

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

OBDULIO VELÁSQUEZ POSADA

Segunda edición

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Velásquez Posada, Obdulio, 1962-

Responsabilidad civil extracontractual / Obdulio Velásquez
Posada ; prologuista Javier Tamayo Jaramillo. -- 2a ed. -- Bogotá :
Editorial Temis, 2013.

688 p. ; 24 cm.

Incluye bibliografía e índice.

ISBN 9789581204069

1. Responsabilidad extracontractual 2. Responsabilidad civil 3. Daños
y perjuicios 4. Derecho civil I. Tamayo Jaramillo, Javier, 1946-, pról. II.
Tít.

347.5 cd 21 ed.

A1412461

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

OBDULIO VELÁSQUEZ POSADA
Profesor de la Universidad de La Sabana,
Master of Laws por la Universidad de Melbourne.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

*Segunda edición,
revisada y puesta al día*



EDITORIAL TEMIS S. A.



Universidad
de La Sabana

Bogotá - Colombia
2013



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Obdulio Velásquez Posada, 2013.

© Editorial Temis S. A., 2013.

Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.

www.editorialtemis.com

correo elec.: editorial@editorialtemis.com

© Universidad de La Sabana, 2009.

Campus Puente del Común

Km. 7 Autopista Norte de Bogotá.
Chía, Cundinamarca - Colombia
www.unisabana.edu.co
correo elec.: publicaciones@unisabana.edu.co

Hecho el depósito que exige la ley.
Carrera 39 B núm. 17-85, Bogotá.

ePub x Hipertexto Ltda.

ISBN 9789581204069
2657 201300027800

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

FE DE ERRATAS

En todos los apartes de esta obra en que se haga referencia al artículo 1006 del Código de Comercio colombiano, debe tenerse en cuenta que ha sido derogado por el literal c) del artículo 626 de la ley 1564 de 2012. La derogatoria rige a partir del 1° de enero de 2014 en los términos del numeral 6 del artículo 627 de dicha ley. En consecuencia, la prohibición a los herederos del pasajero fallecido durante la ejecución del contrato de transporte, de acumular en un mismo proceso la acción hereditaria y la personal, queda sin efecto a partir de la entrada en vigencia de la citada ley.

Tabla de contenido

[Portada](#)

[Portadilla](#)

[Créditos](#)

[FE DE ERRATAS](#)

[PARTE PRIMERA](#)

[“NOCIONES GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. SU NATURALEZA JURÍDICA, CLASIFICACIÓN Y MARCO JURÍDICO](#)

[CAPITULO PRIMERO. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD](#)

[Sección I. Nociones generales](#)

[Sección II. La responsabilidad civil contractual](#)

[Sección III. Paralelo entre la responsabilidad contractual y la aquiliana](#)

[CAPÍTULO SEGUNDO. CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y SUS ESPECIES](#)

[Sección I. Marco jurídico de la responsabilidad civil en Colombia](#)

[Sección II. Clases de responsabilidad civil](#)

[PARTE SEGUNDA](#)

[TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL](#)

[CAPÍTULO PRIMERO. LA EXPANSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL](#)

[Sección I. La responsabilidad civil es un derecho en expansión](#)

[Sección II. Responsabilidad extracontractual del Estado](#)

[Sección III. La indemnización de perjuicios en la acción de tutela](#)

CAPITULO SEGUNDO. EL DAÑO Y SU REPARACIÓN EN EL “COMMON LAW”

Sección I. La responsabilidad civil en el “ common law

PARTE TERCERA

RESEÑA HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

CAPÍTULO PRIMERO. EL DAÑO Y SU REPARACIÓN EN LAS CULTURAS ANTIGUAS

Sección I. Etapa primitiva

Sección II. El daño en el derecho hebreo

Sección III. El daño en el derecho romano y su evolución

CAPÍTULO SEGUNDO. EVOLUCIÓN Y RECEPCIÓN DE LA “LEX AQUILIA

Sección I. La compilación justiniana

Sección II. La responsabilidad civil en las codificaciones anteriores al Código Civil colombiano

Sección III. El Código Civil chileno y el colombiano

PARTE CUARTA

LA CULPA

CAPÍTULO ÚNICO

Sección I. La culpa como elemento de la responsabilidad civil

Sección II. El título jurídico y el fundamento de la responsabilidad civil

Sección III. Definición de culpa

Sección IV. Culpa moral y culpa jurídica

Sección V. Culpa contractual y extracontractual

Sección VI. Reducción de la indemnización por hecho de la víctima

PARTE QUINTA

EL DAÑO

CAPÍTULO PRIMERO. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DAÑO

Sección I. Concepto de daño

Sección II. Características del daño resarcible

CAPÍTULO SEGUNDO. LA CLASIFICACIÓN DEL DAÑO

Sección I. Daño cierto y daño incierto

Sección II. Daño actual y daño futuro

Sección III. Daño previsible e imprevisible

Sección IV. Daños directos e indirectos

Sección V. Daños patrimoniales: daño emergente y lucro cesante

Sección VI. Nueva tipología de los perjuicios extrapatrimoniales

Sección VII. Daño a los derechos e intereses colectivos y de grupo

CAPÍTULO TERCERO. PRINCIPIOS GENERALES DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO

Sección I. La reparación debe tender a ser integral

Sección II. Todo daño debe ser probado: no se presume

PARTE SEXTA

LA LIQUIDACIÓN DE LOS PERJUICIOS

CAPÍTULO PRIMERO. CRITERIOS PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS PERJUICIOS

Sección I. Conceptos preliminares

Sección II. Criterios para la liquidación del daño patrimonial

CAPÍTULO SEGUNDO. PROCEDIMIENTO PARA LIQUIDAR EL PERJUICIO PATRIMONIAL

Sección I. Corrección monetaria del daño

Sección II. Fórmulas para liquidar perjuicios materiales

Sección III. Tablas para calcular el daño emergente y el lucro cesante

Sección IV. Caso práctico de liquidación de perjuicios

CAPÍTULO TERCERO. LA LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO EXTRAPATRIMONIAL

Sección I. Prueba del daño moral

Sección II. Topes máximos de indemnización por daño
extrapatrimonial

Sección III. Prueba y liquidación del daño a la vida de relación

Sección IV. La reparación y liquidación del daño en la doctrina

PARTE SÉPTIMA

EL NEXO CAUSAL

CAPÍTULO PRIMERO. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL NEXO CAUSAL

CAPÍTULO SEGUNDO. LA CAUSA EXTRAÑA

Sección I. La causa extraña o ruptura del nexo causal

PARTE OCTAVA

ESPECIES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

CAPÍTULO PRIMERO. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO

Sección I. La responsabilidad solidaria

CAPÍTULO SEGUNDO. RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL HECHO AJENO

Sección I. Concepto y fundamento

Sección II. Marco legal de la responsabilidad por el hecho de terceros

Sección III. Principio general de responsabilidad por el hecho ajeno

Sección IV. Las reglas comunes

Sección V. ¿Se desvirtúa la presunción probando prudencia y
diligencia?

Sección VI. Relatividad de la presunción de culpa

Sección VII. La responsabilidad por el hecho ajeno, ¿es directa o indirecta?

Sección VIII. Responsabilidad de los padres por la mala educación

Sección IX. Acumulación de acciones y de presunciones

CAPÍTULO TERCERO. ACTIVIDADES PELIGROSAS

Sección I. Desarrollo histórico

Sección II. Definición de actividad peligrosa

Sección III. El daño causado en concurrencia de actividades peligrosas

Sección IV. Responsabilidad en caso de accidentes de tránsito

CAPÍTULO CUARTO. RESPONSABILIDAD POR LAS COSAS

Sección I. Hecho del hombre o hecho de las cosas

Sección II. Responsabilidad civil por el hecho de los animales

Sección III. Responsabilidad por las cosas inanimadas

BIBLIOGRAFÍA

PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN

¿Por qué publicar una segunda edición?

La idea de una segunda edición tiene su origen en la gran acogida que los abogados, jueces, académicos y estudiantes le brindaron a esta modesta obra. Es grato para el autor encontrarse con que su obra —que comenzó con la transcripción de unos apuntes de clase, que con el tiempo fueron madurando y puestos por escrito, de forma sintética y ordenada— sobre las ideas madres de la responsabilidad civil que todo abogado debe conocer (tal y como se manifestaba en la primera edición), ha sido bien recibida por la crítica especializada. Así mismo, la segunda edición surge de la necesidad de presentar al lector cambios relevantes que del año 2009 a la fecha ha tenido la legislación y la jurisprudencia; lo cual nos exigía poner al día el texto.

En ese orden de ideas, las principales actualizaciones que trae esta segunda edición son:

La inclusión de la ley 1654 de 2012, mediante la cual se expidió el Código General del Proceso y que más tarde fue modificada por el decreto 1736 de 2012. En cuanto a la responsabilidad civil por el delito penal, la procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral consagradas en la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), se presentan las modificaciones realizadas por la ley 1395 de 2010, y también se hace referencia a jurisprudencia sobre el tema, como la sentencia C-516 de 11 de julio de 2007, con ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño, en la cual la Corte dejó de manifiesto que la determinación de la calidad de la víctima debe partir de las condiciones de existencia del daño y no de las condiciones de imputación del mismo.

En este mismo campo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de 21 de octubre de 2009, con ponencia del Magistrado Alfredo Gómez Quintero, determinó que el juez debe promover de oficio el incidente cuando se esté frente al caso en que las víctimas sean menores de edad.

En cuanto al tercero civilmente responsable, esta segunda edición presenta como novedad la sentencia C-409 de 17 de junio de 2009, de la cual fue ponente el magistrado Juan Carlos Henao Pérez y en la que se declararon *inexequibles* los apartes referentes a la exclusividad y a la facultad de la compañía de seguros de participar en la audiencia de conciliación, confirmándose así la legitimidad de la crítica que el autor presentaba en la primera edición, pues se consideraba que se estaba frente a una violación del derecho a la reparación integral de las víctimas dentro del sistema procesal previsto en la Constitución Política.

En el ámbito de las medidas cautelares, se hace referencia la regulación que de la materia hace el nuevo Código General del Proceso (ley 1564 de 2012, modificada por el decr. 1736 de ese mismo año).

En cuanto a la presentación de los elementos de la responsabilidad contractual, esta nueva edición esboza una breve definición de la culpa contractual que se había omitido en la primera edición.

El lector se encontrará con el tema de responsabilidad por la prestación de servicios médicos, que ha sido ampliamente desarrollado por el autor en esta nueva edición a partir del estudio de la doctrina nacional y extranjera, así como de la nueva jurisprudencia sobre este tipo de responsabilidad. De igual forma, se exponen las controversias que han surgido en materia de competencia para conocer de casos de responsabilidad médica entre lajurisdicción ordinaria laboral y la ordinaria civil; así como la jurisprudencia que sustenta ambas posturas.

Otra de las novedades tiene que ver con los daños indemnizables en la responsabilidad precontractual. Se le dedica un aparte del libro, en el cual el

autor se encarga de analizar la postura del Profesor Oviedo Albán sobre el tema y el extenso estudio que él ha desarrollado sobre la materia.

En esta edición, también se dan a conocer las modificaciones que trajo la ley 1306 de 2009 (por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados) en cuanto a la capacidad en materia de responsabilidad precontractual.

En el aparte de la expansión de la responsabilidad civil, el lector se encontrará con los cambios que trajo consigo la ley 1592 de 2012, la cual reformó la ley de Justicia y Paz (ley 975 de 2005), la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional que se encarga de unificar los criterios de procedencia de la acción de tutela para la reparación administrativa a las víctimas del desplazamiento forzado interno, así como con el nuevo estatuto del consumidor (ley 1480 de 2011) y el análisis correspondiente a las innovaciones introducidas por éste.

Se entregan al lector los cambios que se produjeron con la ley 1098 de 2006 (por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia) en cuanto al sistema de responsabilidad penal para adolescentes, así como las que introdujo la ley 1306 de 2009 a partir de la cual, por ejemplo, el término “demente” fue sustituido por “persona con discapacidad mental”.

El lector advertirá la ampliación significativa que tuvo el aparte de la reparación integral por violación de derechos humanos en la justicia internacional. En virtud de la profundización que se hace sobre el tema, se comentan los límites y dilemas de la reparación en la justicia transicional, tomando como referencia la obra de Jon Elster, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*. Así mismo, se presentan los nuevos paradigmas en la reparación de los daños materiales y los personales, retos considerables que se mueven entre el Talión y la compensación del daño sufrido, a través del estudio de casos concretos como el de la responsabilidad de reparar a las víctimas del holocausto de la

segunda guerra mundial y cómo ésta a su vez recayó también en las corporaciones privadas. Es así, como la historia de estos casos, enseña que no siempre es posible una reparación integral, razón por la cual el autor se encarga de demostrar cómo en ellos, en la justicia transicional, el dogma de la reparación integral debe ser bajado del pedestal.

En lo referente a la carga de la prueba (*onus probandi*) en la justicia transicional, se revela que los principios clásicos de la reparación del daño, tales como que debe ser cierto y que la reparación sea integral, deben considerarse, pues se está frente a un caso atípico de justicia en el que el daño no es el centro de la responsabilidad civil sino la persona de la víctima.

Capítulos como la reparación del daño en la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido ampliados significativamente, con fundamento en el estudio de casos que han llegado al Sistema; desde el primero de los tres famosos hondureños (Velásquez Rodríguez) así como el caso de María Elena Loayza Tamayo contra Perú, Las Palmeras contra Colombia y las controvertidas Masacres de Mapiripán e Ituango.

Teniendo en cuenta los criterios que se desarrollan en esta edición, se hace claridad en que la Corte Interamericana no sólo propende el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de la violación de los derechos humanos de la persona, sino que procura el restablecimiento del derecho vulnerado, para lo cual se adopta con frecuencia una serie de modalidades de reparación propias de la justicia restaurativa que se desarrollan en el capítulo correspondiente.

En este mismo sentido, la nueva edición estudia ampliamente la aplicación de los principios de reparación integral a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, profundizando a su vez en la ley de justicia y paz.

Otro punto interesante que se presenta es el referente a la fallida fijación de tablas o baremos para liquidar el daño moral por parte del Consejo de

Estado, lo cual lleva al autor a esbozar su postura frente al aparente abandono del *arbitrium iudicis* por el test de proporcionalidad. Lo anterior, basado en las conclusiones a las que llegó en un trabajo de investigación que tuvo la oportunidad de dirigir y que tienen su fundamento en un amplio análisis de la jurisprudencia que versa sobre el tema.

Por otro lado, esta obra se detiene en la nueva reglamentación en materia de responsabilidad del Estado que hace el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011, modificada por la ley 1450 de 2011, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014) que derogó el Código Contencioso Administrativo. Se enuncian los nuevos medios de control que se hacen efectivos en las pretensiones que se encargan de regular la materia.

Adicional a ello, el autor amplía el aparte de la pérdida de una oportunidad (*la perte d ' une chance*) teniendo como fundamento el análisis que hizo de la conferencia “ *La pérdida de una oportunidad (“ chance”) en el derecho francés de la responsabilidad civil*”, del Profesor François Chabas. Se traen a colación también las discusiones sobre la nueva tipología de los perjuicios extrapatrimoniales, analizando las posturas de autores como el Dr. Enrique Gil.

Se tratan temas como el de la indemnización, y cómo esta no se pierde si el incapacitado sigue laborando; la productividad de la víctima y la dificultad en calcularla en casos concretos como el de los empleados que tienen sueldos variables, víctimas con salario inferior al histórico al momento del accidente, desempleados, etc.

En cuanto a la liquidación de perjuicios, se tienen como novedad tablas y gráficas actualizadas a abril de 2013 del índice de precios al consumidor (IPC), con las respectivas series de empalme y las variaciones porcentuales que ha venido presentando, lo cual facilita al lector este tipo de información certificada por el DANE, de vital importancia y utilidad.

En lo relacionado con la responsabilidad por el hecho de un animal fiero y los perros potencialmente peligrosos en Colombia, se trae a colación un caso en el que la Corte Suprema de Justicia tuvo que pronunciarse sobre el sentido y alcance de la ley 746 de 2002.

Por último, se hizo una revisión integral del texto, lo que nos permitió corregir errores menores que tenía la primera edición.

El Autor
Bogotá, abril de 2013

LA RAZÓN DE SER

I. Nunca pensé que mis ilusiones docentes de juventud fueran a depararme las felices realidades que ahora, veinticinco años después, he venido cosechando con motivo de las obras recientes de varios de mis discípulos, obras que me dan mayor alegría que cuando escribo una de las mías. Esta sensación es particularmente intensa al leer la obra del profesor Obdulio Velásquez Posada, egresado de la Universidad Pontificia Bolivariana, donde fue mi alumno, magíster de la Universidad de Melbourne, y actual Rector de la Universidad de La sabana, de Bogotá.

Un autor no espera que se hable mal de él en el prólogo, y sería de mal recibo que el prologuista denigrara del escritor o de su obra. Con todo, si el prólogo no se convierte en panegírico de buena educación o en una declaración pública de amistad, y es lo que debe ser (análisis objetivo de la obra que se presenta), entonces se cumple con la ética y esas palabras preliminares pueden ser guía útil para quien toma por primera vez el libro en sus manos. Ese es el objetivo de los párrafos que siguen.

II. Sin embargo, es inevitable que, como el artesano que comenzó a moldear el intelecto y la vocación del sencillo estudiante que con inusual dedicación y bonhomía para su edad, comenzaba la dura lucha por darle sentido a su existencia, escriba algunas palabras sobre sus calidades personales.

En primer lugar, su sencillez, propia del hijo de una familia antioqueña numerosa, cuyos miembros lucharon a brazo partido por educarse en la más estricta ética cristiana, sin caer en rituales ni en prédicas propias de un fundamentalista. Sin embargo, pese a su desinterés por hacerse notar entre sus compañeros, sus preguntas certeras y respetuosas inevitablemente hacían que su presencia no se pudiera ignorar por compañeros y profesores.

Ningún ánimo de ostentación, pero sí una agudeza rara en sus intervenciones. Su compromiso académico, en todas las materias, siempre fue sobresaliente.

Un día, por casualidad pude ver sus apuntes sobre el curso de Responsabilidad civil, y de inmediato le propuse que hiciera su tesis de grado partiendo de la redacción ordenada de los mismos, con algo de jurisprudencia y de doctrina. Aceptado el reto, surgió una sincera amistad y mutua admiración entre discípulo y profesor, que hoy recogen parte de sus frutos. Por esas casualidades que a veces tiene la vida, meses después ambos buscamos nuevos rumbos en Bogotá, y también por azar nos encontramos en la capital y acordamos que fuera allí mi asistente.

Para nuestra satisfacción, Obdulio se sintió cómodo en el tema de la Responsabilidad civil, y aunque él afirma que este libro es el producto de la tesis de grado que le dirigí, la verdad es que he encontrado en su texto una serie de nociones que yo no conocía, e inclusive, por fortuna, de ideas que no comparto. Su incursión en la historia y en el derecho comparado de la Responsabilidad civil, y la aplicación de esta en las innovaciones económicas, sociales y tecnológicas de la sociedad actual me muestran que somos dos eslabones diferentes en la cadena del conocimiento humano. Si sembré la semilla del objetivo, el discípulo ha tenido la suficiente independencia e inteligencia para elaborar un producto nuevo, así en algunos puntos sus ideas coincidan con las mías. Me siento feliz y satisfecho cuando veo que algunos alumnos comienzan a trasegar a mi lado, y después toman rumbo propio, cumpliéndose así, una y otra vez, la ley de la historia, en la que con suerte se logra ser un peldaño en la escalera del saber de una disciplina. Aquel que pretenda que sus discípulos perpetúen intacta su obra es un mentecato. Sintámonos felices de que el discípulo haya visto en nosotros, al comienzo de su vida intelectual, la luz que le alumbró un camino entre tantos, y que luego construyó y nos mostró nuevas

perspectivas. Esa es la felicidad que hoy me embarga, lo digo con sincera emoción.

III. Pasando del afecto al intelecto, advierto que no haré un análisis sistemático de todos los temas abordados por el autor. Me referiré solo a algunos de los puntos novedosos de su obra, así como a los aspectos que aunque conocidos son especialmente bien tratados, y a uno que otro desacuerdo que hay entre los dos, pues sería un atentado contra la ética guardar silencio en relación con ellos. El lector espera un prólogo que lo oriente objetivamente en el material que está ante sus ojos.

Sea lo primero advertir que para mi gusto lo mejor de esta obra es su organización conceptual, es decir, su plan o estructura. Hay personas inteligentes, incluso geniales, para analizar un concepto aislado, pero que a veces carecen por completo de la capacidad de estructurar con lógica y sencillez un sistema. La elementalidad de un libro no consiste en la superficialidad de su contenido, sino en la claridad explicativa para volver accesible su complejidad. Los grandes maestros lo son por su claridad y profundidad inexplicables. Esa es su maestría. Es maestro aquel que plantea bien los problemas, así los resuelva mal. Vendrán sus discípulos a corregir el contenido. Pero la impronta de la estructura permanece. El clásico es aquel ser que descubre un problema y lo plantea con pureza, y no aquel que lo resuelve. Por eso, lo importante es preguntarse, siempre preguntarse. Y disentir, siempre disentir, con respetuosos argumentos.

Esa claridad sistemática es palmaria en la obra del profesor Obdulio Velásquez, hasta el punto que de aquella tesis de grado, que según él es el germen de su libro, ya no queda por fortuna para su creatividad, absolutamente nada. Su sistema es original, y si en muchos problemas concretos estamos de acuerdo, ello es inevitable en un texto que pretende convertirse en un manual universitario. Y si hay desacuerdos argumentados, ellos me alegran mucho más que las convergencias, así no me convenzan. Por esta razón, puede concluirse que hay en esta obra una estructura

original que resiste el análisis cartesiano que exige no copiar de otro. Y que no falten ni sobren piezas.

IV. En cuanto al contenido, diré que en el tema más elemental de la Responsabilidad civil, pero inexplicablemente el más confuso y problemático (debido a un mal uso del lenguaje), el autor acoge mi punto de vista que, por lo demás, no es original, pero que por lo menos plantea adecuadamente el asunto. Me refiero a la clásica pregunta sobre la prohibición de acumular u optar entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Expresado de otra forma: el de saber si entre las mismas partes y para cobrar el mismo daño, se puede aplicar indistintamente la responsabilidad contractual o la extracontractual. Jamás he visto un problema que cause más confusiones y dificultades a quienes penetran en este universo complejo y esotérico de la responsabilidad civil. El asunto no sería tan grave, de no ser porque si no se resuelve de entrada, el resto de la materia será por completo incomprensible.

Pero el autor lo entiende y lo explica con una elementalidad y capacidad de síntesis sorprendente. Hasta el punto que se enfrenta al crítico de una reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que por primera vez, en mi sentir, entiende y resuelve adecuadamente el problema. El análisis acertado de esa sentencia me alegra, pues al fin nuestra doctrina y jurisprudencia empiezan a comprender un asunto que por mal planteado ha dado lugar a las más absurdas injusticias. Bien por la Corte, bien por nuestro autor.

V. De otro lado, al explicar el problema de la responsabilidad precontractual, el autor destruye con solvencia la tesis de que pese a ser un daño causado por fuera del contrato, la responsabilidad aplicable es la contractual. Con razón Obdulio Velásquez muestra, desde la perspectiva filosófica, que los daños que no se deriven de un contrato válidamente celebrado entre el demandante y el demandado son, por necesidad, extracontractuales. Si fuere necesario, agregaría en su apoyo, que la famosa

teoría de IHERING, según la cual desde el inicio de las negociaciones contractuales surge un primer contrato cuyo objeto consiste en conversar con lealtad, diligencia y buena fe, carece de todo fundamento, pues no es posible que se genere un primer contrato, previo al definitivo, pues nunca las partes dieron su consentimiento para su formación. En consecuencia, si una de las partes no brinda adecuada información a la otra antes de celebrar el contrato, tal proceder causa daño, esos daños serán extracontractuales, como sería el caso del tomador de un seguro que oculta información al asegurador para evitar pagar la prima que realmente corresponde al riesgo asegurado. Ese mayor valor de la prima será un daño extracontractual, porque su origen es previo a la formación del contrato.

VI. Otra de las novedades de esta obra es el estudio de lo que el autor denomina “La reparación de las víctimas en la justicia transicional”. Tema desconocido hasta hace muy pocos años, que ahora cobra vigencia inusitada. Se trata de las reparaciones debidas a las víctimas de un conflicto armado que da lugar a una transición política de gran calado, como sucede al terminar una guerra que deja damnificados en ambos bandos e incluso en personas ajenas a la confrontación. Por ser daños cuyos costes de reparación integral son imposibles de sufragar, poco a poco se han ido creando unos derroteros internacionales que actualmente sirven de referencia a las nuevas situaciones que en el mundo entero se presentan. Las dimensiones de los daños impiden que se apliquen los lineamientos tradicionales de la responsabilidad civil.

VII. Pero donde aparece con luz propia la solvencia del tratadista es en el capítulo relativo al estudio de los perjuicios extrapatrimoniales.

Se trata de uno de los conceptos más discutidos e inacabados de la teoría del derecho en general. El autor, con gran conocimiento del derecho comparado y sobre todo de la jurisprudencia colombiana, nos enseña los pasos que a lo largo de décadas han ido perfilando la naturaleza de los daños extrapatrimoniales y sus diferentes clases. En su análisis, muestra su

desacuerdo con mi punto de vista sobre el carácter punitivo de la indemnización por daño moral. En realidad, aunque considero que el daño moral tiene entidad propia indiscutible, su cuantificación por el juez, quien falla en forma discrecional, está muchas veces relacionada con la inexistencia de otros perjuicios, o con la gravedad de la conducta del causante del perjuicio. De allí que cuando solo existe el daño moral, o la conducta del causante del daño ha sido particularmente agresiva, los montos indemnizables por daño moral tienden a ser superiores en la jurisprudencia. Por ello me parece que en el fondo, aunque se indemniza un daño real, su cuantificación contiene un poco de indemnización punitiva, posición que no comparte el autor.

Ahora, en lo referente a los denominados daños fisiológicos, daños a la vida de relación, daños a las condiciones de existencia, psicológicos, estéticos, etcétera, me parece que el autor, y parte de la jurisprudencia colombiana, se exceden hasta el punto que el mismo Obdulio llama la atención sobre el riesgo de estar indemnizando varias veces el mismo daño, bajo diferentes denominaciones. Contrario a lo que piensa el autor, considero que además de los daños morales subjetivos, consistentes en el dolor físico o psíquico que se deriva de un atentado contra un bien jurídico de una persona, es factible que se produzca un daño adicional, consistente en no poder seguir disfrutando de los placeres físicos o psicológicos que producía ese bien jurídico antes de que fuera dañado. Pero no más. La privación de ese placer tiene diferentes denominaciones, pero en Colombia hemos querido convertir cada definición de la doctrina italiana o francesa en un daño diferente, cuando en realidad se trata de la misma cosa. Tomemos el caso del daño estético. Si una bella mujer sufre una fractura en una pierna, es claro que además de los daños patrimoniales y morales derivados de la fractura, ella se verá privada de la satisfacción de su belleza, y eso afectará su vida de relación o, lo que es lo mismo, sus condiciones de existencia. La persona cuya integridad física y psicológica no ha sufrido

merma, vive de manera agradable y placentera. Si le destruyen esa integridad, vive mal, es decir, se afectan sus condiciones de existencia, o, lo que es lo mismo, se afecta su vida de relación o sufre un perjuicio fisiológico. La lesión o la cicatriz que queda en el cuerpo de la víctima se podrá llamar si se quiere daño estético, pero sus consecuencias siempre serán la privación de los placeres de su belleza o de su integridad. Y si se afecta emocionalmente como consecuencia de la lesión, estaremos en presencia del daño moral subjetivo que, como sabemos, consiste en el dolor psíquico que produce la afectación del bien inicialmente afectado. Por donde se le busque, esas denominaciones obedecen a un mismo tipo de daño: la privación del agrado que producía el bien jurídico afectado. Póngasele el nombre que se quiera, pero no multipliquemos la indemnización de un mismo daño. Por ello comparto la idea del autor según la cual sería preferible englobar todos esos conceptos en un mismo rubro y determinar su indemnización según la gravedad de la afectación.

Aparte esa discrepancia, el capítulo referido a los daños extrapatrimoniales garantiza los conocimientos y las convicciones propias y argumentadas del profesor Velásquez Posada. Su pensamiento ya forma parte de la doctrina nacional.

VIII. Como puede observar el lector, cada tema de los abordados por el autor suscita polémica, actividad por la que tengo obsesión, si cediese a ella, el prólogo terminaría siendo más largo que la obra misma, y ello significaría un irrespeto a la labor que se me encomendó. Con todo, no puedo menos que recomendar al lector el estudio del capítulo relativo a la liquidación del daño, tema descuidado durante mucho tiempo por la doctrina y la jurisprudencia nacionales, pero que actualmente cumple preciosa función, al punto que nuestro país, sin duda alguna, es el más adelantado del continente en esa materia. Lo rescatable de este capítulo es la claridad de su exposición, y el manejo de los nuevos conceptos

actuariales que permiten otorgar a la víctima una indemnización lo más exacta posible, en relación con el daño realmente sufrido.

IX. En resumen, orgulloso y satisfecho, tengo el honor de presentar a la comunidad académica del país una obra que a partir de hoy se convierte en referente obligatorio de la doctrina sobre la Responsabilidad civil.

Que el autor no se confíe ni crea que su tarea está cumplida. Apenas ha puesto la primera piedra. Como dice el profesor Le Tourneau al citar un clásico francés: “No hay obras acabadas, sino obras abandonadas”. Ahora, el autor de estas líneas puede aligerar su carga, seguro de que su discípulo, así sea con ideas distintas, continuará la escuela comenzada hace ya varios lustros. Solo cuando se forme un discípulo como el que yo pude formar, se podrá sentir que se cumplió. una de las razones para vivir es que nuestra existencia, al finalizar, se convierta en una idea.

JAVIER TAMAYO JARAMILLO

En Medellín, 19 de junio de 2009

PARTE PRIMERA

NOCIONES GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. SU NATURALEZA JURÍDICA, CLASIFICACIÓN Y MARCO JURÍDICO

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD

Sección I.

—Nociones generales

1. LA PERPLEJIDAD ANTE UN DILEMA: ¿RESPONSABILIDAD CON CULPA U OBJETIVA?

La tarea propia de una disciplina es identificar, en primer lugar, su objeto material y su objeto formal^{1}. Pero en el caso de la responsabilidad civil, la búsqueda de una definición conceptual de aceptación universal encuentra varios obstáculos:

En primer lugar, el fundamento mismo de la responsabilidad civil es materia de discrepancia conceptual y se erige en un gran obstáculo: determinar cuándo surge la obligación de una persona de reparar el daño sufrido por un tercero, ofrece en el derecho cierto grado de dificultad.

La pregunta fundamental que de modo transversal cubre todo el derecho de la responsabilidad es: ¿por qué se debe responder? De ordinario, como respuesta se ofrece la siguiente: porque se ha causado un daño con culpa. No obstante, la presencia de la *culpa* como elemento constitutivo de la responsabilidad civil ha sido muy discutida y desde finales del siglo XIX y comienzos del XX se ha constituido en fuente de profundas discrepancias entre diferentes corrientes del pensamiento jurídico^{2}.

¿Todo daño causado por una persona implica la responsabilidad de reparar a su autor? O bien, ¿es necesario que la conducta del autor del daño

pueda calificarse como *culposa* para que exista obligación de reparar a la víctima?

La corriente clásica parte del supuesto de que sin *culpa o dolo* por parte de la persona a la que le es imputable el daño, no hay lugar a establecer la obligación de reparar. Esto es, que la culpa en sentido amplio es el fundamento mismo de la responsabilidad y requisito *sine qua non* de toda responsabilidad civil. Así, para esta postura clásica toda responsabilidad debe ser subjetiva o con culpa^{3}.

Posteriores desarrollos de la responsabilidad han llevado a la determinación de que en ciertos casos es posible que el causante del daño sea obligado a la reparación, así no exista culpa en su actuación dañosa, de modo que una responsabilidad objetiva o sin culpa se impone, para sus defensores, en la solución más acorde con las necesidades del derecho de nuestro tiempo.

Los hermanos Mazeaud, clásicos exponentes de la responsabilidad civil, expresan así el estado del dilema: “Tal es la cuestión que separa a los autores, por defender los unos la teoría clásica y tradicional de la culpa, y por negar los otros la necesidad de la culpa y adoptar la llamada teoría del riesgo”^{4}.

Entonces, la definición del concepto de responsabilidad puede tener o no la *culpa* como elemento, dependiendo de la postura doctrinal que se adopte y, por lo mismo, su definición resulta conflictiva. En ese sentido los preclaros discípulos de Henri Capitant, los hermanos Henri y Léon Mazeaud, escribieron sobre la dificultad de la fundamentación de la responsabilidad civil en la primera página de su extenso tratado de responsabilidad civil:

“Si existe una tarea que se sienta uno tentado a abordarla sin definirla es, desde luego, el de la responsabilidad civil. En su misma definición aparecen, en efecto, las profundas divergencias de enfoques que oponen a los autores y que no dejan de encontrar su eco en la jurisprudencia y la

legislación. No se trata aquí de las discrepancias de detalle que surgen a cada paso; sino de esa discusión tan viva, a veces tan áspera, sin duda porque desborda la esfera de las concepciones puramente jurídicas, que domina el conjunto de la materia y que ponen en juego el fundamento mismo de la responsabilidad civil: la lucha entre la doctrina tradicional de la culpa y la moderna del riesgo”^{5}.

De acuerdo con las enseñanzas de Louis Domat^{6}, la culpa era el fundamento indiscutible de la responsabilidad, situación que luego se expresó en el aforismo jurídico “no hay responsabilidad sin culpa”, acuñado en Francia como “*pas de responsabilité sans faute*”. Posteriores interpretaciones de los principios de la responsabilidad fundada en la culpa fueron puestas en entredicho por la doctrina y la jurisprudencia, surgiendo así la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva, que aboga por una responsabilidad sin culpa.

No obstante el abandono de la culpa como fundamento de la responsabilidad, no se puede decir que sea una etapa superada. Las teorías de la responsabilidad objetiva, si bien han ganado un espacio en el derecho contemporáneo, son criticadas por algunos como injusta, porque confunden la mera imputación material del daño a una persona con su responsabilidad u obligación de repararlo. Eliminar la culpa, afirman sus defensores, implicaría que ante el derecho es indiferente actuar con o sin diligencia, de modo que aun la persona más diligente, si causa daño a otro, debe indemnizarlo. Un crítico de la responsabilidad objetiva, el Profesor español Ricardo De Ángel Y Ágüez expresa:

“La responsabilidad objetiva o por riesgo constituye una fórmula hasta cierto punto anormal, un tanto sorprendente. E incluso diríamos que desde la perspectiva del individuo es injusta; no olvidemos que por su virtud el causante de un daño responde por el solo hecho de haberlo ocasionado, es decir, aunque no haya tenido culpa de su producción”^{7}.

Por el contrario, Josserand, al criticar con cierta ironía la exigencia de la culpa en la responsabilidad civil, la denomina una especie de pecado jurídico, de manera que quien no ha actuado con dolo o culpa no tiene responsabilidad.

Si la responsabilidad civil enfrenta un dilema en su fundamento, la definición del concepto queda supeditada a la corriente doctrinal que el autor elija y eso explica el clamor de los hermanos Mazeaud de soslayar el punto en su definición, en la parte inicial de su tratado^{8}.

En los países del *common law*, la responsabilidad civil, denominada con el término inglés *Tort*, tampoco ha escapado a su indefinición. G. Edward White escribe que la historia del *tort law* en América ha revelado el carácter multifacético y elusivo del derecho de *torts*, ya que desde su origen ha sido definido de modo residual. *Tort* es un concepto tan amplio que comprende desde accidentes industriales, hasta injurias, pasando por daños al buen nombre en los negocios hasta por la angustia de abuelos por la seguridad de sus nietos^{9}.

El segundo obstáculo que se debe abordar para definir conceptualmente la responsabilidad civil es el de identificar la expresión más correcta para designar la materia que nos ocupa. En la tradición jurídica son de uso frecuente las siguientes expresiones: *responsabilidad civil*; *responsabilidad civil extracontractual*; *responsabilidad delictual y cuasidelictual*; *responsabilidad extracontractual*; *responsabilidad aquiliana*^{10}; *responsabilidad civil y del Estado*^{11} y *derecho de daños*.

Desde el punto de vista conceptual no es indiferente la terminología que se adopte, pues cada expresión tiene diferentes alcances. Así, por ejemplo, la expresión *responsabilidad civil* se usa por contraposición a la responsabilidad penal u otros tipos de responsabilidad que implican otras sanciones diferentes de la de reparación económica de los daños causados. Su uso se extendió porque originalmente este tipo de responsabilidad está regulada en los códigos civiles. Luego, con la aparición de los códigos de

trabajo y de comercio, y con el desarrollo y autonomía del derecho administrativo surge la dificultad de establecer si la responsabilidad por los daños causados al trabajador, por el comerciante o por el Estado son propiamente una *responsabilidad civil* o sí, por el contrario, debe hablarse, respectivamente, de una responsabilidad laboral, comercial o del Estado, sin el adjetivo civil, pues en algunos aspectos tienen un régimen legal diferente del establecido en el Código Civil.

La expresión *responsabilidad civil extracontractual* surgió en un intento por distinguirla de la responsabilidad de origen contractual y por muchos años no fue conflictiva. Pero ulteriores desarrollos han llevado a que no pocos autores, y en algunos casos legislaciones, aboguen por una unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual bajo un mismo concepto, pues participan de elementos comunes, y en ese sentido podría hablarse a secas de *responsabilidad* como gusta denominarla el profesor colombiano Alvaro Mendoza Ramírez.

Para la Corte Constitucional colombiana, “Responsabilidad civil es expresión genérica que comprende la contractual y la extracontractual. En síntesis, lo mismo da si se trata de los perjuicios originados en un contrato de naturaleza civil o comercial: siempre se hablará de responsabilidad *civil* contractual”^{12}. (sin bastardilla el original).

Las expresiones *responsabilidad delictual* y *cuasidelictual* encuentran su origen en los códigos civiles de Napoleón, el colombiano y el chileno, al señalar que las obligaciones civiles nacen del *delito* civil —cuando el daño es causado con dolo— y del *cuasidelito* —cuando es con culpa^{13}—.

La clasificación en delito y cuasidelito civil se funda en las diferencias de actitud del autor del daño, siendo todos sus demás elementos comunes. La diferencia estriba en que en el delito civil hay dolo, en tanto que en el cuasidelito civil hay culpa y, salvo este aspecto, no existe otra diferencia entre ellos, a tal punto que la responsabilidad extracontractual no es mayor si hay dolo que si hay culpa, porque la extensión o intensidad de la

responsabilidad se mide por el daño causado y no por la gravedad de la conducta del autor del daño.^{14}.

En el derecho argentino y español se utiliza la expresión *derecho de daños* en aplicación del principio de que sin daño no hay acción de responsabilidad. Esta expresión goza de la ventaja de que deja de lado el conflicto de si el fundamento de la responsabilidad está en la culpa o en el riesgo y se centra en el daño que ofrece menos resistencia. Ciertamente no carecen de razón quienes sostienen que de alguna manera la responsabilidad civil o el derecho de daños, o como quiera llamársele, es sin duda todo el derecho a la luz del daño. Los que defienden la primogenitura del daño sobre la culpa aducen con fuerza argumentativa que en los procesos de responsabilidad lo primero que se indaga es si hubo daño y no si hubo culpa. Así lo dijo nuestro Consejo de Estado al acoger este postulado: “Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores, *el primer aspecto a [sic] estudiar en los procesos de reparación directa es la existencia del daño* puesto que si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos”.^{15} (sin bastardilla el original).

No obstante, nos parece excesivo en algunos casos el afanoso deseo de algunos autores de eliminar el concepto jurídico de responsabilidad como si se tratara de un fantasma medieval que se debe desterrar de la literatura jurídica. En definitiva, responsabilidad civil es, ante todo, una obligación, una obligación de reparar un daño, pero el solo daño, su sola existencia no nos da cuenta suficiente para deducir su resarcibilidad.

Otros prefieren denominarla *responsabilidad aquiliana* con una clara evocación a la *Lex Aquilia* del derecho romano que representa el antecedente histórico más significativo para los romanistas. En rigor, este apelativo si bien goza de aceptación en el mundo académico tradicional, no corresponde a la realidad. En primer lugar la *Lex Aquilia* estableció en Roma el *damnum iniuria datum* en los delitos privados, en caso de muerte

de esclavos y ganado o de las lesiones o daños a los demás animales y cosas. Hoy la responsabilidad civil no versa sobre muerte de esclavos, ni se limita a las lesiones o muertes de animales o daños a las cosas y menos aún es aplicable la extinta figura del *adstipulator* que estableció la *Lex Aquilia* en su capítulo segundo, que por demás tiene más visos de responsabilidad contractual que extracontractual, pues se refiere a la obligación de reparar los daños causados a un acreedor por el fraude que su coestipulador —otro acreedor de segundo grado—, hace al acreedor principal, declarando con dolo que ya está extinguida la obligación del deudor.

Por su parte, la escuela de juristas del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, así como sus otros institutos similares en Colombia defienden la expresión *responsabilidad civil y del Estado* como la más omnicomprendensiva en un legítimo intento de enmarcar la responsabilidad del derecho privado y del derecho estatal con una misma base común, pero con diferencias significativas.

Por nuestra parte, acogemos la expresión *derecho de la responsabilidad* pues el fenómeno de la reparación de un daño cubre todos los campos del derecho. No hay diferencias sustanciales entre la que puede llamarse la responsabilidad civil extracontractual y la puramente contractual. La responsabilidad llamada del Estado, si bien goza de un régimen, jurisdicción y algunos principios propios, en su esencia versa sobre el mismo problema jurídico: la naturaleza de la obligación de reparar un daño antijurídico imputable. En todos los casos en que el derecho se ocupa de la obligación de reparar un daño cae dentro de la materia que nos ocupa.

Esta parcela de derecho se ocupa, pues, de los presupuestos que el derecho —que no siempre son de caracteres estrictamente legales o normativos— tiene o debe tener para establecer si una persona determinada está obligada a reparar un daño que le es imputable. En otras palabras, estar obligado a reparar un daño es ser *responsable*. Así entonces, *el derecho de la responsabilidad* versa sobre todos aquellos fenómenos en que el derecho

establece las condiciones del nacimiento, extinción, etc., de la obligación de reparar un daño.

No obstante, por la fuerte tradición del término *responsabilidad civil* o *responsabilidad extracontractual* en el derecho colombiano y comparado y las otras expresiones comentadas, nos parece aconsejable usarlas indistintamente en ciertos pasajes como sinónimas cuando parezca oportuno para facilitar la comprensión y desarrollo de los temas.

2. DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

No obstante los obstáculos señalados para encontrar una definición precisa de la responsabilidad extracontractual, hemos de vencer la tentación de eludir el tema y debemos, al menos en esta parte preliminar, hacer unas precisiones conceptuales para enmarcar claramente el objeto de estudio de esta parcela del derecho.

En su obra, *Responsability and Retribution*, Hart identifica cuatro significados diferentes que tiene la palabra responsabilidad en el lenguaje corriente: 1º) responsabilidad como competencia sobre un determinado ámbito vital derivada de un rol o posición social —*role responsibility*—; 2º) responsabilidad como antecedente o causa de un hecho —*casual-responsability*—; 3º) responsabilidad como sometimiento —*liability-responsability*—, y 4º) responsabilidad como capacidad —*capacity-responsability*—^{16}. La tercera acepción corresponde de modo más preciso a la que empleamos como responsabilidad civil. La segunda se equipara al nexo causal o imputación.

En la búsqueda de una definición del concepto de responsabilidad civil hemos de preguntarnos en primer lugar: ¿qué se entiende en sentido amplio, por responsabilidad? Al respecto el nuevo Diccionario^{17}. Esencial de la Lengua Española de la Real Academia desplaza la versión tradicional de la voz responsabilidad que la definía como “carga u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado”^{18}, a un

segundo lugar y antepone una definición más acorde con los desarrollos de la institución jurídica al señalar que responsabilidad es: “1º) Cualidad de responsable; 2º) deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”^{19}. La Real Academia deja la acepción tradicional atrás citada como una tercera acepción, lo que nos indica que aquella va cayendo en desuso.

De esta acepción de responsabilidad se puede colegir que la responsabilidad se asimila con el concepto de obligación, y así decimos que Pedro está obligado a pagarle el precio de la compraventa a Juan o que Pedro es responsable de pagar el precio de la compraventa. Empleando el término responsabilidad en ese sentido aparece como sinónimo entonces de obligación. Quien es responsable, en sentido jurídico, tiene una obligación a su cargo.

Las obligaciones, por su parte, se pueden clasificar de muchas maneras atendiendo a diferentes criterios y entonces decimos que las obligaciones pueden ser por su origen: contractuales o extracontractuales; y por su contenido: de dar, hacer o no hacer. Cuando hablamos de responsabilidad civil, la obligación puede ser de dar, hacer o no hacer, pero siempre lleva implícita como elemento propio por su naturaleza la idea de reparar o indemnizar un daño causado.

La responsabilidad, del latín *responsabilita*, *responsabilitaé*^{20}, también puede ser entendida en un sentido amplio, como virtud, en sentido pasivo o como la propiedad de los actos humanos, de un ser libre en virtud de la cual este da cuenta de ellos^{21}. La idea de *responsabilidad*, en este sentido, implica las de libertad y ley. Se dice que alguien es responsable cuando es dueño de su juicio y de sus decisiones libres y cuando su acto debe ajustarse a una norma, desde la que debe ser juzgado. Como virtud en su sentido activo, puede entenderse la responsabilidad como el hábito operativo por medio del cual la persona cumple cabalmente sus obligaciones y compromisos y en este sentido se dice que es una *persona responsable*. En

ese orden de ideas, el filósofo del derecho, el español Javier Hervada, señala que la responsabilidad descansa en la naturaleza libre de la persona humana y por eso de alguna manera se puede decir que los efectos de sus actos le son atribuidos en cuanto queridos. En consecuencia, la persona es la causa original de sus actos. “Como origen y causa original del daño, la persona está obligada a reparar, en virtud de su obligación o deber de satisfacer y cumplir el derecho”^{22}.

Es importante tener presente que la correcta concepción jurídica de la responsabilidad ha de partir de una concepción completa de la persona humana y del derecho. Como lo afirma el jurista y juez argentino Rodolfo Vigo: “El derecho está por y al servicio del hombre, o mejor dicho, de los hombres que integran la sociedad política, y no al servicio de los juristas, la ciencia o la autoridad. Ahí donde alguien recibió un daño jurídico que no se puede justificar, no obstante que proviene de una conducta que generalmente es lícita o que tiene su presunción o apariencia de legítima, debe reaccionar el derecho e impedirla o ponerle fin”^{23}.

Sin considerar la expresión que se utilice para denominar la responsabilidad extracontractual en su sentido jurídico más pleno, siempre implica la obligación de reparar un daño causado a otro, sin que medie relación contractual entre ambos. En ese sentido jurídico la responsabilidad tiene como fundamento el principio *neminem laedere*, que prescribe que nadie puede causar daño a otro y que, por lo mismo, “una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar el daño sufrido por otra”^{24}. La responsabilidad extracontractual tiene pues, un campo de aplicación más amplio que el de la contractual, pues comprende las demás fuentes de las obligaciones (delito, cuasidelito y la ley, etc.; C. C., art. 1494).

Los doctrinantes proponen diferentes definiciones que pretenden recoger el concepto. Así, por ejemplo, en Colombia, para Jorge Santos Ballesteros la responsabilidad civil “consiste en reparar el daño que se ocasione a otra

persona en relación causal con el incumplimiento de un deber jurídico sin causa que lo justifique”^{25}.

El jurista Carbonnier la entiende como la “obligación de reparar el perjuicio causado a otro”^{26}. En el mismo sentido, para resaltar la importancia de la existencia de los perjuicios los Mazeaud expresan: “Todo problema de responsabilidad supone un daño cuya víctima pide reparación; a diferencia de la responsabilidad moral, la responsabilidad jurídica no existe sin una acción o una abstención y sin perjuicio”^{27}.

Al exigirse la existencia de un daño, pasado, presente o futuro, pero cierto, los autores nos señalan el contenido específico de la obligación que surge en cabeza del sujeto responsable del daño: la de reparar los perjuicios^{28}.

En conclusión, podemos decir que en un sentido jurídico estricto estamos ante la responsabilidad civil cuando la obligación, la contraprestación, tiene como contenido específico la obligación de reparar un daño antijurídico^{29}. Y en este mismo sentido, Javier Tamayo Jaramillo dice para definirla: “[...] podemos decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, que con esa conducta ilícita, ha producido a terceros”^{30}.

3. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL SUBJETIVA Y OBJETIVA

Tanto en responsabilidad civil como en la del Estado se habla de responsabilidad subjetiva y objetiva. Si se exige que en la conducta haya existido dolo o al menos culpa (negligencia), sea probándola o acudiendo a las presunciones legales, estamos ante la llamada responsabilidad subjetiva. Si no es necesario ningún tipo de dolo o culpa, se denomina responsabilidad objetiva

La conducta puede ser con culpa o sin culpa. Cuando se establece en determinados casos, por ejemplo en las actividades peligrosas, que es una

responsabilidad objetiva, se hace para enfatizar que no es necesario acreditar ninguna culpa o dolo del agente del daño: basta simplemente probar la conducta, por acción u omisión, el daño y el nexo causal^{31}.

De la bibliografía especializada y de la jurisprudencia se infiere que hay un problema terminológico que conviene advertir en estas notas introductorias, de modo que se eviten errores conceptuales fundamentales. Nos referimos a las expresiones *presunción de culpa*, *presunción de responsabilidad* y *responsabilidad sin culpa*, que se utilizan para denotar la responsabilidad objetiva. En rigor, la responsabilidad objetiva es una responsabilidad sin culpa, es decir, no indaga por el factor subjetivo. La jurisprudencia colombiana ha mantenido de modo constante la expresión “presunción de culpa” y otras veces “presunción de responsabilidad” para expresar que hay una responsabilidad objetiva, específicamente en el caso de las actividades peligrosas. El uso cuidadoso de cada expresión nos lleva a conceptos jurídicos diferentes. Así, por ejemplo, decir que en las actividades peligrosas hay “presunción de culpa” implica que sí hay culpa como elemento esencial de la responsabilidad, pero que esta se presume a favor de la víctima que alega la reparación del daño sufrido. Si lo que hay es *presunción*, es decir una suposición, por regla general esta admitiría prueba en contrario, es decir, podría el guardián de la actividad peligrosa demostrar que él actuó con diligencia y cuidado y que de su parte no hubo falta, imprudencia, etc., que constituya una culpa.

Por el contrario, si hay una responsabilidad sin culpa, esto significa que no se exige la existencia de culpa para deducir responsabilidad civil en cabeza del guardián de la actividad peligrosa; esta es la auténtica teoría de la responsabilidad objetiva que aboga por una responsabilidad no contaminada de elementos subjetivos^{32}.

La expresión *presunción de responsabilidad*, acuñada por un sector de la doctrina para expresar que la “culpa” así presumida no admite prueba en contrario de ninguna naturaleza, explica de mejor modo, según sus

defensores, el fenómeno que se da en las actividades peligrosas: a la víctima no se le pide prueba de ninguna culpa para obtener reparación del daño causado con la actividad peligrosa y el demandado solo se exonera probando ruptura del nexo causal, es decir con la fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de un tercero.

No queremos avanzar más sin advertir que en el fondo de este debate terminológico y de la creación de la responsabilidad objetiva, subyacen concepciones ideológicas del derecho, que parten de una ruptura del derecho con la moral y con el derecho natural que a lo largo de la Edad Media había animado las instituciones jurídicas^{33}. Esta corriente busca una fundamentación de la responsabilidad con prescindencia de la noción de culpa, por entenderla una noción moralista extraña al nuevo derecho.

En este sentido es claro el catedrático Javier Hervada, que considera que la reaparición de responsabilidades objetivas si bien logra la restitución o compensación material, desconoce al causante del daño, lo que de cierta manera constituye una regresión a tiempos arcaicos. En palabras de Hervada: “En nuestro tiempo se está extendiendo la llamada *responsabilidad objetiva*, que tiende a imponer una restitución o una compensación siempre que ha habido un daño, con independencia del ánimo o intención del agente, incluso de si actuó libremente o no (v. gr., daños producidos por un demente). Esto es aceptable en la medida en que tiende a recoger el deber de restitución o compensación en supuestos de injusticia material o formal. Pero en los demás casos solo será si se mueve dentro de los términos de la compensación equitativa, la cual ha de tener en cuenta, no solo al dañado, sino también al causante del daño (no imponerle carga sobre carga). Fuera de esto la responsabilidad objetiva es una regresión cultural, que nos retrotrae a estadios primitivos de la vida jurídica.

Sin injusticia —material o formal— no hay deber de justicia de restituir, ni de compensación subsidiaria”^{34}.

4. ELEMENTOS COMUNES A TODO TIPO DE RESPONSABILIDAD

Tomando las definiciones citadas anteriormente y comparadas con el artículo 2341 de nuestro Código Civil que establece el principio general de responsabilidad civil, podríamos elaborar una especie de fórmula para representar los presupuestos o elementos esenciales de toda forma de responsabilidad civil, que sería:

$$R = (C + c + D + N)$$

Donde (R) representa la incógnita que tiene el operador del derecho de identificar si alguien es o no responsable de reparar un daño. Para saberlo ha de verificar que cada uno de los factores de la fórmula esté demostrado en el juicio que se hace del caso. En primer lugar, ha de verificar que el demandado realizó una conducta (C), con culpa o dolo (c), en los casos de responsabilidades subjetivas. En segundo lugar, ha de probarse que el demandante sufrió un daño cierto, personal y antijurídico (D) y, por último, que existe un nexo causal entre la conducta y el daño causado (N).^{35}.

Estos elementos son comunes y esenciales a toda forma de responsabilidad civil contractual o extracontractual, del Estado, etc. Como única excepción tratándose de responsabilidades objetivas, la culpa no es un requisito y, por lo mismo, no es necesaria su existencia para hacer nacer la obligación de reparar los daños.

En palabras de Carlos Darío Barrera: “Cuando se produce una declaración de responsabilidad se dicen a la vez tres cosas: causalidad jurídica, delito o culpa y daño; las tres facetas de un mismo hecho valorado jurídicamente, así que ninguna de ellas existe o subsiste autónomamente”.^{36}.

Partiendo de un concepto amplio, no jurídico, de la responsabilidad, podemos decir que hay varias clases de responsabilidades, según el ámbito de que se trate. Por eso se puede hablar de responsabilidad moral, política, social y jurídica, etc.

5. RESPONSABILIDAD MORAL Y REPARACIÓN DEL DAÑO

La distinción entre responsabilidad moral y responsabilidad jurídica es asunto que ha suscitado interés a lo largo de la historia.^{37}

Si bien se pueden señalar diferencias entre ambas, su interdependencia no deja de ser problemática en el debate jurídico. En tal sentido es ilustrativo lo que al respecto señala el jurista argentino Garrido Cordobera: “El tema de la responsabilidad es sumamente amplio, y uno de los puntos en que todos los autores coinciden es en la manifestación de que se trata de un fenómeno que liga todos los dominios de la vida social. Ello ha ocurrido siempre, y es por tal motivo que cuando se estudia la evolución de estos temas se ve que nace con el derecho mismo, y aun más podemos afirmar que nace con el hombre mismo.

”La responsabilidad o la obligación de responder se nos presenta entremezclada con la religión y la moral de cada época [...] a través del devenir del tiempo, se le han ido dando notas diferenciadas a ese deber preexistente para distinguirlo de los otros dos: el deber moral y el deber religioso”^{38}.

La distinción y relaciones entre responsabilidad moral y responsabilidad jurídica es parte del debate, más amplio y siempre vigente, de las relaciones entre la moral y el derecho. Francesco D’Agostino en su obra *Filosofía del derecho* sugiere que el debate sobre la relación entre derecho y moral es un falso problema y para ello cita a Benedetto Croce quien afirma que “La tematización del nexo derecho/moral, esta «cabeza de tempestades» de la filosofía (y de la teología) del derecho, debería ser simplemente eliminada como un falso problema”^{39}. No obstante el tema sigue vigente y ofrece aún en nuestro tiempo importantes desarrollos.

Para delimitar esas relaciones, en primer término se ha de indagar sobre la naturaleza del conocimiento jurídico según la manera propia como los juristas y los abogados en general conocen y ejercen su oficio y, por tanto, implica un indagar sobre el objeto formal del conocimiento jurídico^{40}.

Ese objeto formal “responde, pues, a la cuestión de saber qué es el derecho o la deuda que le corresponde a alguien —o a varios— en los casos concretos. Es una actividad que consiste en saber qué es lo que alguien puede o podría reclamar, o pedir, o exigir, o devolver, o entregar, en los casos concretos”^{41}.

Si bien entre derecho y moral no hay identificación, sino una relación, por el carácter típicamente analógico del derecho y la moral, que en parte coinciden y en parte difieren, puede decirse que su diferenciación debe distinguir entre el acto moral y el acto jurídico.

Por su parte, Mora Restrepo enseña que el asunto de abordar la relación o separación entre derecho y moral es legendario y ofrece en la moderna teoría del derecho dos vertientes básicas, cada una con sus matices: quienes la afirman y quienes la niegan^{42}.

Niegan la relación entre derecho y moral los positivistas de clara estirpe kelseniana, quienes pretendieron crear un derecho “puro”, con pretensiones de “científico” cuya conceptualización no implicara o exigiera una dimensión de la moralidad. Es decir, sostienen que “no era necesario definir el derecho desde el punto de vista o desde algún elemento proveniente de la moral”^{43}.

Los defensores de la existencia de una relación entre moral y derecho se dividen, a su vez, en dos grupos: los que abordan la cuestión desde la fundamentación moral de la juridicidad que responde a la pregunta ¿por qué se debe obedecer al derecho?, y quienes buscan una relación conceptual, para establecer si es posible definir el derecho sin acudir a la moral o, en otros términos, si hay una conexión necesaria entre ambos conceptos^{44}.

Los que afirman una relación conceptual entre derecho y moral admiten muchos matices. Van desde el realismo jurídico clásico de J. Finnis, Martínez Doral y Javier Hervada (para quienes la relación entre derecho y moral es consecuencia de la perspectiva práctica del conocimiento jurídico), pasando por la postura de Robert Alexy (quien plantea la relación entre

derecho y moral mediante la pretensión de corrección o pretensión de justicia que tiene el derecho). Incluso, entre los que afirman una conexión conceptual entre derecho y moral puede contarse a Ronald Dworkin, quien plantea la relación de estos campos mediante la noción de principio jurídico^{45}.

La corriente del realismo jurídico clásico ofrece una solución al debate más amplia y abierta. El punto central para establecer las relaciones entre derecho y moral consiste en la clara naturaleza práctica del saber jurídico^{46}. El saberjurídico, afirma Mora Restrepo, “no consiste en ser enteramente descriptivo, sino esencialmente valorativo, estimativo, prescriptivo, evaluador de conductas (medios) que permitan la consecución de determinados fines valiosos”^{47}. Y, en consecuencia, el razonamiento jurídico exige del jurista una metodología que incorpore los distintos elementos que permitan formular criterios de corrección a la conducta jurídica humana^{48}.

Así entonces, concluye Mora Restrepo, las relaciones entre derecho y moral deben plantearse “por la índole de realidad implicada en los fenómenos jurídicos, por la naturaleza de sentido y la finalidad del ámbito operacional del derecho. No quiere decir lo anterior que moral y derecho se *identifiquen* o [que] sean una misma cosa (una identificación plena entre derecho y moral es y ha sido síntoma de los dogmas autoritarios), sino más bien que existe entre ellos espacios de coincidencia y de semejanza, aunque también no coincidentes y diferencia”^{49}.

Establecido pues, que la responsabilidad moral y la responsabilidad jurídica, y en nuestro estudio más precisamente la de reparar el daño, tienen alguna conexión, es frecuente preguntarse cuándo surge la obligación moral de reparar y si esta implica la obligación jurídica y viceversa.

La responsabilidad moral surge de calificar los actos como buenos o malos. Los manuales de moral explican que para que una acción sea buena es necesario, en primer lugar, que el *objeto* sea bueno, la *intención* de la

voluntad del que obra sea recta y que las *circunstancias* sean adecuadas o buenas. La moralidad de los actos humanos depende del objeto elegido, del fin que se busca o de la intención y las circunstancias de la acción. El objeto, la intención y las circunstancias forman las fuentes o elementos constitutivos de la moralidad de los actos humanos.

Se denominan modificativas de la moralidad de un acto las causas que impiden que haya total o parcial advertencia, conocimiento voluntario, voluntariedad o libertad y por lo mismo no habrá lugar a responsabilidad moral. Hay también factores que disminuyen y en ocasiones extremas que pueden eximir la responsabilidad moral, como el miedo y las pasiones^{50}.

La moral cristiana es una moral revelada, lo que significa que no es una propuesta ético filosófica pues los criterios éticos no dependen del hombre sino de lo que Dios determina como bueno y como malo. En este sentido se habla también de una responsabilidad religiosa cuyo fundamento está en la libertad, que hace al hombre responsable de sus actos voluntarios. Otros sistemas morales como el estoico, epicúreo, etc., se diferencian de la moral cristiana en que no aceptan una fundamentación trascendente, pero en todos los sistemas morales la responsabilidad surge cuando se actúa en contra del precepto moral y la conciencia hace el juicio de la conducta.

Para el jurista lo esencial es determinar en el acto jurídico *qué es lo justo (derecho) o lo debido (deuda) en los casos concretos* y la relación entre lo jurídico y la moral se da porque lo justo (*derecho*) es lo que en términos morales se denomina la acción buena que debe buscar el hombre moral. Cuando se hace lo justo, se hace lo que manda el derecho y a la vez se hace lo bueno, que lo manda la moral. El derecho no manda lo moral, lo bueno, sino lo justo, el derecho. La moral manda la justicia porque es buena. De este modo moral y derecho no se confunden ni se identifican, sino que se relacionan.

Ahora bien, en el caso de la obligación de reparar un daño, objeto de nuestra materia, la pregunta es abordada por la moral y por el derecho. El

jurista se pregunta: ¿en el caso concreto, cuándo es justa la reparación de un daño? Y el moralista se interroga: ¿cuándo se debe reparar un daño porque es un acto bueno moralmente? Es por lo anterior por lo que un jurista no es un moralista ni viceversa, pues el derecho y la moral coinciden en la exigencia de la justicia, en la finalidad bondadosa del acto en derecho, conforme lo explica el profesor Mora Restrepo:

“No otra cosa sugiere la idea de advertir el acto jurídico desde el plano de la exterioridad del agente y no desde su interioridad: el Derecho se fija en la acción exterior en tanto que la moral en la acción interior. Lo cual no quiere decir que el Derecho puede regular cualquier cosa y, por lo tanto, que será un acto justo lo ordenado (cualquier cosa) por él, ni tampoco puede colegirse que el acto moral, al ser interior o autónomo, puede estar referido a cualquier cosa, según lo querido o considerado por el agente. La autonomía del sujeto moral y la heteronomía del Derecho no son, contrario a lo sostenido por Kant y el positivismo jurídico, absolutas (que sean así explica por qué deban recurrir a la teoría de la obligación del Derecho desde el elemento de la coercibilidad). La razón de que no sean así las cosas es el *tertium comparationis*. la dignidad de la persona humana, aquel supuesto y aquella realidad objetiva respecto de la cual se predica, se realiza, se discierne y se exige lo bueno y lo malo (moral), lo justo y lo injusto (jurídico). El ser humano es la clave: se trata de un ser, pero además de un ser con exigencias, de un *deber ser*”^[51].

Esta visión del realismo jurídico clásico que permite explicar satisfactoriamente la relación entre derecho y moral, se aproxima a lo enseñado por Ronald Dworkin. En *El imperio de la justicia*, Dworkin señala que el derecho no es solo la norma elaborada por quien y de la manera como el sistema jurídico positivo lo establece, dígame congreso, concejos, etc., tal y como lo afirmaron los positivistas de corte kelseniano, quienes no aceptan una dimensión moral del derecho. Dworkin demuestra

cómo los juristas hacen la justificación jurídica de los casos concretos acudiendo a los llamados principios^{52}.

La teología moral enseña cuáles son las condiciones que se deben cumplir, desde el punto de vista moral, para que haya obligación de restituir y vivir así la virtud de la justicia^{53}:

a) Que estemos frente a una verdadera injusticia. La justicia, en términos de Tomás De Aquino, es el hábito por el que el hombre, movido por una voluntad constante e inalterable, da a cada uno su derecho. Por tanto, la esencia de la justicia es el dar a cada uno lo suyo^{54}. En caso de duda, si ha habido una sentencia civil, debe aceptarse la sentencia del juez.

b) El sujeto debe en verdad sentirse afectado y violado, pues no se comete injusticia contra el que, siendo consciente, cede sus derechos, con fundamento en el principio *scienti et volenti nulla fit iniuria*.

c) Intencionalidad del acto injusto. Que la injusticia cometida haya sido querida e intencionada, es decir, debe tratarse de una injusticia formal y no material. injusticia meramente material es aquella que se presenta cuando la simple materialidad de un acto en el que no ha mediado intención o negligencia, ha ocasionado un mal a un tercero. En tal caso no hay moralmente obligación de restituir, a no ser que las leyes civiles determinen otra cosa, como en el caso de la responsabilidad civil por actividades peligrosas.

d)Obligatoriedad grave o leve de restituir. una falta leve puede obligar a restituir cuando se comete repetidamente, como en el caso de hurto continuado de mínima cuantía. La obligación de restituir es grave, cuando se trata de materia grave^{55}.

Para establecer la obligación moral de restituir se exige la denominada “culpabilidad moral”, atendiendo a las fuentes o elementos constitutivos de la moralidad de los actos humanos ya señalados: objeto elegido, fin, intención y circunstancias. En principio, cuando hay obligación jurídica de

reparar también hay obligación moral de hacerlo, pero puede exonerarse de esta obligación moral si la sentencia o la ley es injusta^{56}.

En moral, la obligación de restituir tiene eximentes de responsabilidad que no se dan en el derecho, como la falta de medios económicos del responsable, la ausencia del damnificado, si se pone en peligro la fama y buen nombre del causante del daño al revelarse que él fue el autor o cuando de la restitución se puedan seguir graves y verdaderos males para el obligado.

La gravedad con que se compele al obligado a restituir es susceptible de grados, grave o leve (parvedad de materia), de manera que existen casos en que la obligación es grave en conciencia y en otros es leve, atendiendo a criterios como la cantidad o el monto que se debe restituir, relativos a la persona de la víctima, que pueden hacer más gravosa la obligación de reparar^{57}. Tales circunstancias no son tenidas en cuenta en el derecho, pues en él la obligación de indemnizar solo se exonera con causales de justificación o cuando no se presentan algunos de los presupuestos necesarios para que surja la obligación o se dé el fenómeno de la prescripción.

En conclusión, ha de tenerse en cuenta que si bien la responsabilidad moral y jurídica sí se distinguen por tener diferente naturaleza, no han de estar separadas una de la otra. Al respecto son bien expresivas y significativas las palabras de los Mazeaud:

“Que no vaya a concluirse de eso, que el derecho y la moral son dos disciplinas distintas, enteramente extrañas la una de la otra. Por el contrario, pensamos que la regla de derecho carecería de fundamento si no se conforma con la regla de moral; que, en consecuencia, los principios establecidos por el legislador en el ámbito de la responsabilidad, como en otra materia cualquiera, deben ser la traducción de los sentados por la moral”^{58}.

En cuanto a la llamada responsabilidad ética, la deontología de cada una de las profesiones contiene normas que el profesional debe vivir en el ejercicio de su profesión. La mayoría de las veces esas normas éticas son verdaderas normas jurídicas, con todas sus consecuencias ante el incumplimiento como la amonestación; la suspensión del ejercicio profesional, la pérdida del derecho a ejercerla, etc. Esas sanciones las imponen los tribunales que tienen funciones dadas por la ley^{59}. Simultáneamente con el incorrecto ejercicio profesional se puede incurrir en responsabilidad civil y en responsabilidad penal, disciplinaria, etc.

6. RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL

La responsabilidad civil y la penal pueden concurrir, lo que explica su posible confusión. Como afirma Maximiliano Aramburo Calle, es “uno de los conceptos que más dificultades (teóricas) tiene en la práctica jurídica colombiana”^{59bis}. Para este autor, la definición tiene origen en la confusión de que la fuente de la responsabilidad es el delito y no el daño, como efectivamente lo es. Domat se reputa uno de los primeros autores en intentar una taxonomía de los distintos tipos de responsabilidad a partir de la distinción entre el concepto de culpa aquiliana, culpa penal y culpa contractual^{60}.

El delito penal puede ser fuente de responsabilidad patrimonial, es decir, hacer nacer la obligación, en cabeza del autor del delito —o del civilmente responsable— de indemnizar o de reparar un daño patrimonial por el hecho punible. Esto ha obligado a autores, legisladores y jueces a exponer en no pocas oportunidades las diferencias y semejanzas entre los dos tipos de responsabilidad, ya que por un mismo acto humano, v. gr. un homicidio, se genera responsabilidad penal (prisión) y al mismo tiempo responsabilidad civil (obligación de indemnizar a los familiares de la víctima y a toda persona que esa muerte le haya acarreado un daño).

Como se aprecia, el hecho de que ambas responsabilidades, penal y civil, tengan la misma fuente: la conducta realizada por una persona de matar a otro —en el caso del homicidio—, y que procesalmente se puedan tramitar conjuntamente las dos acciones (penal y civil), no significa que ambas se confundan o no tengan una naturaleza jurídica propia.^{61}.

La responsabilidad penal, por su parte, hace relación a la pena y la medida de aseguramiento, que se rigen en por los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad (C. P., art. 3°).

La pena surge por la realización de la conducta descrita en la ley penal que como elementos básicos debe ser *típica*, esto es que la conducta punible esté descrita previamente en la ley; *antijurídica*, es decir que, sin justa causa, ponga en peligro (tentativa) o lesione el bien jurídico tutelado y *culpable*, es decir que el autor haya actuado con dolo directo, culpa o preterintención.^{62} La obligación de indemnizar surge por un *daño causado*, a un tercero con una *conducta* dolosa o culposa.

A) *Paralelo entre responsabilidad civil y responsabilidad penal*

La responsabilidad civil y la penal, que en épocas preteritas no se diferenciaban, hoy cuentan con naturaleza propia que implica muchas consecuencias sustanciales. Las principales semejanzas y diferencias entre la responsabilidad civil y la penal pueden sintetizarse en las siguientes:

a) *Bien jurídico tutelado*. En la responsabilidad penal el interés general es el bien jurídico tutelado. Cuando el legislador tipifica una conducta como delito lo hace en consideración al daño que causa la conducta tipificada (daño político). Delito penal es pues, en palabras de Francesco Carrara, “La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso”.^{63}.

En cambio, la responsabilidad civil busca resarcir económicamente a la víctima de un hecho y por ende busca un interés particular. Por contener

objetos diferentes no se excluyen entre sí y pueden acumularse. En tal sentido, nuestra Corte Constitucional expresa cuáles son las razones del legislador al tipificar ciertas conductas como delitos: “El legislador ubica en la categoría de los delitos a aquellos comportamientos que, de acuerdo con su apreciación, lesionan los bienes jurídicos de mayor importancia o comportan más altas probabilidades de daño a los intereses tutelados”^{64}. El moderno derecho penal ha pasado de la protección de bienes jurídicos individuales a la protección de bienes jurídicos sociales, estatales.

b) *Tipicidad*. La tipicidad se refiere a que la ley penal define de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley (C. P., art. 10).

La responsabilidad civil es *atípica*: Toda conducta que cause un daño, sin necesidad de que esté expresamente prevista en alguna norma, acarrea la consecuencia de indemnizar. El artículo 2341 del Código Civil trae el principio general de responsabilidad por toda conducta dolosa o culposa que cause daño a terceros.

c) *Culpabilidad*. La responsabilidad penal exige que el agente haya actuado, como regla general, con dolo (excepcionalmente algunos delitos admiten la culpa y la preterintención)^{65}. Se proscribe la responsabilidad objetiva. Además, siempre debe estar probada, nunca se presume^{66}.

En la responsabilidad civil basta la culpa, que se presume en algunos casos, y a diferencia de la responsabilidad penal si caben algunas formas de responsabilidad objetiva. La culpa penal y la culpa civil son diferentes: la civil mira un patrón o modelo (un buen padre de familia), mientras que la penal siempre ha de mirar al sindicado, en su situación concreta. La culpa penal del sindicado nunca se compensa con la de la víctima para reducir la pena, a diferencia de la civil en la que sí cabe esta compensación de culpas entre el causante del daño y el perjudicado.

El problema de la identidad entre la culpa civil y la culpa penal o de su diferencia frecuentemente se debate en la literatura jurídica. Se menciona el carácter abstracto de la culpa civil, frente al carácter concreto de la culpa penal. No obstante, hay autores como Tamayo Jaramillo que sostienen que de fondo hay una identidad entre ambas por lo que una conducta que constituya culpa penal es a su vez culpa civil, pero no a la inversa, pues una falta civil puede no ser reprochada por el derecho penal. En los casos de ciertos tipos de responsabilidad civil, como el ejercicio de actividades peligrosas, en que hay presunción de culpa solo para efectos civiles, o tienen automáticamente implicaciones de culpa penal. Así, sobre el conductor que causa la muerte al peatón, por ejercicio de actividades peligrosas, pesa una “presunción de culpa o responsabilidad” para efectos de la reparación de los perjuicios, pero no puede inferirse que lo sea automáticamente desde el punto de vista penal. Para obtener la condena penal se requerirá una prueba de culpa en su comportamiento: violación de reglamento de tránsito, v. gr.^{67}.

No obstante, después del 11 de septiembre de 2001 en muchas legislaciones se presentan señales de cierto desprecio por los principios de culpabilidad y responsabilidad en los delitos de terrorismo.

d) *Daño*. La responsabilidad penal compromete al agente del hecho aun en la hipótesis de no causar el daño querido; basta haber puesto en peligro el bien jurídicamente tutelado para que se dé la modalidad de responsabilidad penal a título de tentativa^{68}. En la responsabilidad civil se exige siempre que se haya producido efectivamente el daño.

e) *Titular de la acción*. La acción penal es oficiosa y pública^{69} (excepto en algunos pocos delitos en que se exige querrela de parte^{70}. —C. de P. P., art. 74—); entre tanto, la acción civil es privada y exige siempre petición de parte^{71}.

f) *Agente del daño*. En la responsabilidad penal solo la persona natural es capaz del delito o contravención y en esa medida es responsable penalmente

de su conducta, nunca de las personas que están bajo su guarda o cuidado. En el daño civil también la persona jurídica es sujeto capaz. La persona natural en la responsabilidad civil también puede estar obligada a responder por las personas que están bajo su guarda o cuidado. Para ser sujeto penal se debe ser mayor de 16 años; hay capacidad civil extracontractual a partir de los 10 años.

g) *Calidad de la víctima*. En materia penal la profesión de la víctima o sus calidades especiales son irrelevantes para determinar la intensidad de la sanción o pena: las lesiones personales causadas a una modelo o a una actriz se tendrán en consideración para la indemnización de los perjuicios, pero no para la sanción penal del autor.

h) *El cumplimiento de la sanción o pena*. En la responsabilidad penal es siempre personal. No se transmite por ningún título o modo a terceros. En la civil sí se puede transmitir por causa de muerte, o por acto entre vivos. Como consecuencia, la responsabilidad civil es asegurable con una compañía de seguros, pero la responsabilidad penal no puede ser objeto del seguro. El derecho penal está gobernado por el principio de la teleología de la sanción penal^{72}.

i) *Extinción de la sanción*. La acción penal se extingue, según el artículo 82 del Código Penal y el artículo 77 del Código de Procedimiento Penal, en los siguientes casos: muerte del procesado; desistimiento; amnistía; prescripción; oblación; pago en los casos previstos en la ley; indemnización integral en los casos previstos en la ley; retractación en los casos previstos en la ley; en la aplicación del principio de oportunidad en ciertos casos y las demás que consagre la ley. El régimen penal colombiano contempla la aplicación de principios que rompen con el derecho penal clásico, como los preacuerdos, la negociación de penas, la sentencia anticipada, la colaboración eficaz y el principio de oportunidad, que no tienen paralelo en el proceso civil de responsabilidad.

La acción civil de responsabilidad no se extingue con la muerte y generalmente tampoco con la amnistía ni el indulto. Conviene advertir que según el artículo 150 numeral 17 de la Constitución Política, cuando se conceden amnistías o indultos por delitos políticos, no por ello se extingue la responsabilidad civil proveniente del delito, y en el caso de que el favorecido hubiere sido eximido mediante ley de dicha responsabilidad respecto de particulares damnificados, “el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar”.

j) *La prescripción*. La prescripción de la acción penal y de la pena tiene su propia reglamentación dependiendo de si es privativa de la libertad u otro tipo y se computa diferente la prescripción de la pena una vez impuesta^{73}.

La acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejerce dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil (C. de P. P., art. 98). Por su parte, la acción civil puede extinguirse por cualquiera de los modos que enumera el artículo 1625 del Código Civil, y entre ellos la prescripción.

La acción civil que se deriva de la conducta punible se extingue en todo o en parte, por cualquiera de los modos consagrados en el Código Civil. El término de prescripción de las acciones tendientes al resarcimiento del daño en la responsabilidad por culpa aquiliana no es igual en todos los casos. Depende de la naturaleza del hecho que lo haya causado, así:

Si el hecho ilícito es obra de persona que se halla bajo el cuidado o la dependencia de otra, la prescripción a favor de esta (tercero responsable) actúa en tres años a partir del momento en que se produjo el hecho nocivo, según lo dispone el inciso 2° del artículo 2358 del Código Civil:

“Las acciones para la reparación del daño proveniente del delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa,

se

prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal.

”Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto”.

Si el daño proviene de las cosas animadas o inanimadas, o de un hecho propio de la persona responsable no constitutivo de delito o culpa punible, o sea no delictuoso desde el punto de vista penal, o de la responsabilidad por actividades peligrosas, la prescripción está sujeta a las normas generales de la ley civil (C. C., arts. 2535 y 2536), es decir, se consume a los diez años de ocurrido el hecho que lo produjo según el tipo de prescripción^{74}.

k) *Finalidad de la pena o sanción*. La pena en derecho penal tiene varios fines: prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión. La sanción en responsabilidad civil se limita a la reparación de los perjuicios, generalmente tasados en dinero, aunque puede ser en especie.

En el *common law* el derecho de responsabilidad (*torts law*) tiene unos fines que van más allá de la reparación del daño sufrido por la víctima: justicia, disuasión y castigo; prevención de accidentes; compensación a las víctimas; *ombudsman* *’s*role (fin educativo), establecer o cambiar un determinado comportamiento y eficiencia.

l) *Antijuridicidad*. Es un elemento común a ambos tipos de responsabilidad. La responsabilidad penal se rige por el principio de la legalidad que consiste en que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En la responsabilidad civil también hay un principio general que establece que todo el que ha cometido un daño a otro debe repararlo (C.

C., art. 2341). En materia penal se exige una antijuridicidad material y no meramente formal.

m) *Compensación de culpas*. La culpa civil, contractual y extracontractual, se compensa, de modo que “la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso imprudentemente”^{75}. En materia penal la figura de la compensación de culpas es un fenómeno que no opera.

B) *La responsabilidad civil por el delito penal*

No parece necesario establecer cuáles son las diferencias entre ambos tipos de responsabilidad, pues a cualquier abogado le resultaría nítida la distinción entre el derecho civil y el derecho penal, y por ello podría preguntarse: ¿para qué ese esfuerzo permanente de la doctrina por distinguirlas?; ¿qué aporta en el análisis del intérprete del derecho?^{76}. La respuesta, por sencilla que parezca, no es menos importante:

Cuando el perjuicio afecta la sociedad, su autor puede ser castigado con una pena: existe entonces responsabilidad penal, que en el fondo es la reparación del daño político del que hablara Carrara^{77}. La sociedad ha sufrido un daño con el delito y con la sanción penal se repara a la sociedad ese daño, y en ese sentido de reparar un daño se habla de responsabilidad penal. Cuando el perjuicio afecta un derecho privado, su autor puede ser obligado a repararlo, y existe entonces responsabilidad civil^{78}.

De acuerdo con las enseñanzas de Carrara, en el delito se deben considerar dos factores, tanto en su aspecto subjetivo como objetivo: la fuerza moral subjetiva entendida como el concurso de la inteligencia y la voluntad del agente del delito y la objetiva como la alarma social y el mal ejemplo y la inseguridad. La fuerza física subjetiva es el acto mismo externo del hombre y la subjetiva no es otra cosa que el resultado sensible, inmediato y material del delito.

Como resultante de estos dos elementos surge el daño público y privado. El daño público es el daño causado a la sociedad misma y el titular del bien jurídico lesionado es el Estado que, como sujeto pasivo del delito, se constituye en sujeto activo para la imposición de la sanción.

Por su parte, el daño privado es causado directamente a la víctima del delito, que viene a constituirse en sujeto pasivo del mismo y activo de la acción civil de reparación. Por el daño público el delincuente debe responder ante la sociedad representada por el Estado; por el daño privado se constituye, a la luz de los principios del derecho civil, en obligado a reparar todos los perjuicios causados a las víctimas^{79}.

La acción para el cobro de los perjuicios causados con el delito penal, toma el nombre de incidente de reparación integral con la ley 906 de 2004, posteriormente modificada por la ley 1395 de 2010. En ese orden de ideas y conforme al artículo 132 del Código de Procedimiento Penal, solo se le permite a la víctima intervenir en la búsqueda de la reparación a través de dicho incidente, el cual se ejerce una vez se emite el fallo condenatorio con las siguientes características:

- La víctima tiene derecho a una pronta e integral reparación de los daños sufridos.
- Las víctimas pueden ser personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos, que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto^{80}.
- La reparación está a cargo *no solo del autor* sino también de toda persona natural o jurídica que a la luz del derecho civil esté obligada a responder por la reparación de los perjuicios causados por el condenado[s]^{81}.

a) *Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral.* El artículo 102 (modificado por el art. 86 de la ley 1395 de 2010) del Código de Procedimiento Penal establece cuándo procede y cómo se interpone el incidente de reparación integral. Una vez dictada sentencia que declara la

responsabilidad penal del acusado y, previa solicitud expresa de la víctima, del fiscal o del ministerio público a instancia de ella, el juez convocará dentro de los ocho días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 del Código de Procedimiento Penal, de ser solicitadas por el incidentante.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de 21 de octubre de 2009, con ponencia del magistrado Alfredo Gómez Quintero, determinó que el juez debe promover de oficio el incidente cuando se enfrente a un caso en el que las víctimas sean menores de edad; al respecto estableció:

“De manera que si los padres, los representantes legales, el defensor de familia, la fiscalía o el ministerio público no instauran (como deben hacerlo) el incidente de reparación integral dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el juez lo abrirá de modo imperativo. En otros términos, la iniciativa de parte a la que aluden los artículos 102 inciso 2° al 108 del C. de P. P. y del numeral 7 del artículo 137 ib., se ve condicionada, modulada, en cuanto las víctimas sean niños o adolescentes; para ello, el juez debe convocar a la audiencia a los padres, representantes legales, al defensor de familia, al ministerio público, al fiscal que intervino como acusador. La actividad oficiosa del juez (sin perjuicio de su independencia y de su imparcialidad) permite su intervención en el impulso del incidente, en salvaguarda del derecho fundamental que tiene la víctima y para evitar el perjuicio que pueda causar la caducidad de la solicitud de reparación integral (art. 106), se insiste, porque se trata de un menor perjudicado con la conducta punible, con derecho fundamental de acceder a la reparación del perjuicio”^{82}.

Al presentar el incidente de reparación integral, la víctima ha de acreditar, al menos sumariamente, su condición de tal, la naturaleza de los

daños causados con el delito y una estimación de su cuantía. Iniciada la audiencia, el peticionario formulará oralmente su pretensión en contra del condenado, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira y la indicación de las pruebas que hará valer (C. de P. P., art. 103, modificado por el art. 87 de la ley 1395 de 2010). De acuerdo con el artículo 106 (mod. por el art. 89 de la ley 1395 de 2010), ibídem, la acción para la reparación integral caduca a los treinta días después de haber quedado en firme el fallo condenatorio.

El juez examinará la pretensión y debe rechazarla si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y esta fuere la única pretensión formulada.

Admitida la pretensión, el juez la pondrá en conocimiento del condenado y ofrecerá la posibilidad de una conciliación, que de prosperar le pondrá término al incidente y lo allí acordado se incorporará a la sentencia. En caso contrario, el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse el sentenciado debe ofrecer sus propios medios de prueba.

Llegada la audiencia, el juez nuevamente debe invitar a las partes a una conciliación. De lograrse el acuerdo, su contenido se incorporará a la decisión. En caso contrario, se procederá a practicar la prueba ofrecida por cada parte y se oirá el fundamento de sus pretensiones. Cuando la víctima injustificadamente no comparece a la audiencia, el Código la castiga con declarar el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condena en costas. Pero si el que no comparece es el declarado penalmente responsable, se sigue el trámite con las pruebas ofrecidas por los asistentes y, con fundamento en ella, se resolverá. Quien no comparezca, habiendo sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente (C. de P. P., art. 104). Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencias C-717 de 2006 y C-423 de 2006, con ponencias de los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto

Sierra Porto, respectivamente, declaró exequible éste aparte, en virtud de los cargos analizados en cada una de dichas providencias. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la condena en costas dentro del sistema de la ley 906 de 2004, ha dicho que sí procede, pero estrictamente si se trata de tabular el incidente en el proceso penal acusatorio, caso en el cual la decisión del juez tendrá que cumplir las exigencias de comprobación, utilidad, legalidad y razonabilidad y proporcionalidad del gasto^{83}.

En la misma audiencia el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, mediante sentencia (C. de P. P., art. 105 modificado por el art. 88 de la ley 1395 de 2010).

Cuando el juez de segunda instancia dicta sentencia condenatoria contra el sindicado o sindicados absueltos en primera instancia, debe tramitar el incidente de reparación integral dentro de los seis meses posteriores a la ejecutoria del fallo condenatorio, de conformidad con la decisión de 2009 en la que la Corte Suprema cambió su jurisprudencia. Antes, el juez de primera instancia, dentro de los treinta días siguientes a la lectura del sentido del fallo condenatorio proferido en segunda instancia, debía tramitar el respectivo incidente de reparación integral. A partir del nuevo giro de la jurisprudencia, ese trámite corresponde al juez de segunda instancia, dentro de los sesenta días posteriores a su ejecutoria^{84}.

b) *Tercero civilmente responsable*. Como puede haber una compañía de seguros que eventualmente deba responder por la condena al pago de indemnización de perjuicios, el artículo 108 del Código de Procedimiento Penal estableció que la víctima, el condenado o su defensor, o el tercero civilmente responsable pueden pedirle al juez que haga comparecer a la aseguradora a la audiencia de conciliación. El texto del artículo dispone:

“Para efectos de la conciliación de que trata el artículo 103, la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable podrán pedir la

citación del asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado”.

En la edición precedente, manifestamos que la participación del asegurador ha sido problemática en algunos casos, pues en ocasiones se le ha vinculado como parte al incidente. Así mismo, presentamos la tesis relacionada con el artículo 108 del Código de Procedimiento Penal, según la cual la participación del asegurador se presentaría exclusivamente para la audiencia de conciliación, así como la facultad que tenía el asegurador para decidir si participaba o no en ella. En este sentido, se anotó cómo lo anterior parecía dejar un vacío que se traducía en desprotección a las víctimas, pues de no darse la conciliación no se obligaría a la aseguradora al pago de los daños.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional mediante sentencia C-409 de 2009, con ponencia del magistrado Juan Carlos Henao Pérez, declaró inexecutable los apartes del artículo citado que consagraban la participación “exclusiva” y la “facultad de participar” en la audiencia de conciliación, al considerar que se estaba frente a una violación del derecho a la reparación integral de las víctimas del delito dentro del sistema procesal penal previsto en la Constitución Política.

Con esta decisión, la Corte Constitucional confirma nuestra tesis y su posición despeja el camino cuando el objeto de la acción sea la exigencia de los derechos de las víctimas al restablecimiento del derecho y la reparación integral de los afectados con el delito, según lo dispone el artículo 250 de la Constitución Política, como lo sostuvo en su demanda de inconstitucionalidad el abogado Manuel Antonio Echavarría Quiroz^[85].

Cuando no hay sentencia condenatoria o si la acción penal se extingue por cualesquiera de las causales previstas en la ley, al tenor del artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, la extinción de la acción penal produce efectos de cosa juzgada en materia penal, pero esos efectos no se extienden

ni a la acción civil derivada del injusto, ni a la acción de extinción de dominio.

c) *Medidas cautelares*. El Código de Procedimiento Penal (art. 92) ha establecido que el juez de control de garantías tiene la facultad de decretar medidas cautelares sobre bienes del imputado o acusado con el fin de proteger el eventual derecho a la indemnización de perjuicios de las víctimas del delito, en caso de resultar condenado el acusado. Estas medidas cautelares las decreta el juez en la audiencia de formulación de la imputación, o con posterioridad a la petición que hagan las víctimas o el fiscal.

El Código ha establecido unos criterios propios que deben aplicarse en lo relativo a las medidas cautelares de modo que se armonicen con los principios del proceso penal. Así, por ejemplo, se indica al juez que el embargo y secuestro de bienes se ha de ordenar en cuantía suficiente que pueda garantizar el futuro pago de los perjuicios. Las víctimas han de prestar la natural caución que se estila en el proceso civil para las medidas cautelares. El Código establece dos excepciones a la caución: en el caso de menores o incapaces reclamantes y en los casos en que la solicitud sea formulada por el fiscal o que exista motivo fundado para eximir de ella al peticionante.

Otro criterio propio del incidente de reparación integral en cuanto a las medidas cautelares lo define el artículo 94 del Código de Procedimiento Penal, que erige el principio de la proporcionalidad, según el cual no se pueden ordenar medidas cautelares sobre bienes del imputado o acusado cuando aparezcan desproporcionadas en relación con la gravedad del daño y la probable sentencia sobre la pretensión de reparación integral o tasación de perjuicios^{86}.

d) *Reducción de la pena por indemnización antes de la sentencia*. La legislación penal vigente ha establecido que si antes de dictarse sentencia, el responsable restituye el objeto del delito e indemniza los perjuicios

ocasionados debe disminuirse su condena. Esta no es una facultad del juez, sino un derecho del condenado. No obstante, el juez tiene la facultad para fijarla dentro de los límites establecidos por el Código Penal. En este sentido el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá se pronunció así: “En lo atinente a la queja de que el *a quo* disminuyó la sanción en «la mitad», producto de la «reparación» y no en las «tres cuartas partes», según lo reza el num. 5 del artículo 60 del Código Penal, compete anotar: el artículo 269 ibídem dispone que las penas se disminuirán en aquellos topes: «[...] si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado», por lo que [es] indiscutible que ante ese evento los responsables se hacen acreedores a disminución punitiva «no es de facultad del juez otorgarla, la ley se lo ordena», *que es muy diferente a que necesariamente tenga que reducir el máximo permitido* como lo petitiona el apelante ; la discrecionalidad en el juez de escoger el descuento se mantiene incólume; la rebaja tiene que sujetarse a los criterios de ponderación establecidos en el inciso 3° del artículo 61 ídem, que siguen vigentes, sin que ello implique atentado al principio del *non bis in ídem*, por cuanto que es el mismo legislador el que señala un marco de racionalidad en la aplicación de la consecuencia jurídica de la indemnización, a ello se atuvo el *a quo*”^{87}.

e) *Efectos civiles de la sentencia penal absolutoria.* En la responsabilidad civil médica y en la del transportador, cuando se causa la muerte o lesiones al paciente o pasajero, en muchos casos se tipifica también la responsabilidad penal del médico o del transportador. No pocas veces se intentan ambas vías para obtener la reparación, por lo que conviene tener presentes los efectos de la sentencia penal absolutoria por ausencia de culpa del sindicado. Cuando la sentencia penal absuelve al sindicado por inexistencia de los hechos o la inculpabilidad del sindicado, tiene efectos *erga omnes*. La dificultad se presenta cuando la sentencia penal absolutoria

se profiere porque si bien el sindicato cometió el hecho, no lo hizo con la culpabilidad prevista en el Código Penal. En general, puede decirse que la absolución penal por ausencia de culpa tiene efecto de cosa juzgada para eventuales procesos civiles; no obstante, hay casos en los que una sentencia penal absolutoria por ausencia de culpa no tendría efectos de cosa juzgada como sería el caso de responsabilidades civiles objetivas (actividades peligrosas, responsabilidad por animales fieros que no reportan utilidad y responsabilidad civil contractual por obligaciones de resultado). En estos casos queda abierta la puerta para discutir la responsabilidad civil del sindicato absuelto en el proceso penal, para que repare los daños a la luz de las exigencias de la responsabilidad civil^{88}.

Sección II.

—La responsabilidad civil contractual

La responsabilidad civil tiene dos géneros o clases: contractual y extracontractual. Su fuente histórica en el derecho romano se encuentra en la distinción del origen de las obligaciones nacidas del *negotium* y de la *Lex Aquilia* que concedía acción en ciertos casos contra la persona que había causado un daño por acciones consideradas delitos privados^{89}.

La responsabilidad extracontractual es la denominada por nuestro Código como la responsabilidad que nace del delito civil y del cuasidelito (C. C., arts. 1494 y 2341), entendido este como la acción ilícita que causa daño a otro, pero que se ha hecho sin intención de dañar. O como lo ha definido POTHIER, “el hecho por el cual una persona, sin malicia, pero por una imprudencia que no es excusable, causa algún perjuicio a otra”^{90}.

Suele decirse que 1884 fue el punto de partida a partir del cual, de manera sistemática, la doctrina jurídica aborda el problema y plantea las consecuencias de la distinción entre ambas responsabilidades. El jurista

belga Sainctelette acuña la tesis dualista clásica de la irreductible distinción de uno y otro tipo de responsabilidad partiendo de las significativas y numerosas diferencias que las caracterizan, en especial la supuesta diferencia entre culpa contractual y culpa delictual y cuasidelictual^{91}.

La doctrina clásica que propugna la diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual parte del hecho de que el Código Civil de Napoleón —y el Código Civil colombiano— tiene una regulación separada para una y otra, así participen de ciertos elementos comunes. En la responsabilidad contractual existe un vínculo obligatorio, de cuya violación o incumplimiento surge a su vez la obligación de reparar el daño causado por dicho incumplimiento, mientras que en la responsabilidad extracontractual las partes no están unidas por ningún tipo de vínculo, sino que es precisamente el hecho dañoso el que genera el vínculo entre las partes dando origen a la obligación de reparar los daños y perjuicios causados. Cuando Sainctelette expuso su teoría probablemente no vislumbró que esta sería motivo de largo debate en los años venideros. En ese sentido Yzquierdo Tolsada lo expresa de modo gráfico al decir:

“No alcanzó [Sainctelette] a imaginar que tal tesis sería punto de controversia jurídica por más de 100 años y con tendencia a permanecer también en el siglo presente. Las relaciones jurídicas estarían así reguladas por dos conceptos diversos y opuestos: la *ley*, por una parte, como norma expresiva de la voluntad general, y de cuya contravención nace la ofensa y la genuina responsabilidad (como auténtica cuestión de orden público); y el *contrato*, por otro, resultado de la voluntad individual creadora de los deberes rectores de las propias conductas de los particulares (cuestión de orden privado) y que al violarse, origina una obligación distinta de la primeramente asumida”^{92}.

Esta interpretación dualista, se extendió rápidamente^{93}, pero no de manera pacífica. Lefebvre, por ejemplo, rechazó la distinción al decir: “ni desde el punto de vista de los textos legales, ni desde el punto de vista

ontológico se aprecian las diferencias entre ambos tipos de responsabilidad”^{94}.

Los Mazeaud, por su parte, asumen una posición intermedia en la que reconoce que ontológicamente ambos tipos de responsabilidad son una sola, pero en sus efectos sí hay diferencias insoslayables: “No existe diferencia *fundamental* entre los dos órdenes de responsabilidades. Existen algunas diferencias accesorias”^{95}. (sin bastardilla el original). Pero mientras no se haga una reforma legal en nuestro derecho, las diferencias de una y otra subsisten con consecuencias jurídicas relevantes y por lo mismo es necesario hacer claridad entre una y otra.

En contra de la tesis ecléctica de los Mazeaud, Peirano Facio argumenta que entre los dos órdenes de responsabilidad hay una unidad genérica, pero también es cierto que existe una diferencia específica que autoriza y hace necesaria la diversidad de reglamentaciones que establece el derecho positivo^{96}. En consecuencia el jurista uruguayo alega:

“Debemos estimar errónea la posición de aquellos autores eclécticos que, como Mazeaud, no ven sino diferencias de régimen entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. La verdad es que entre la responsabilidad contractual y la extracontractual hay, es cierto, diferencias de régimen, pero estas diferencias responden a un matiz específico de carácter ontológico; en un caso la responsabilidad surge directamente del contrato, y en el otro surge de la violación de una norma de carácter general”^{97}.

1. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La doctrina mayoritaria entiende la responsabilidad contractual como la obligación de resarcir los daños inferidos por el incumplimiento de obligaciones exclusivamente contractuales^{98}.

La responsabilidad contractual parte del presupuesto de que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser

invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales (C. C., arts. 1602 y 1603 y C. de Co., art. 871).

Por consiguiente, las obligaciones de la esencia, de la naturaleza o accidentales nacidas del contrato pueden ser violadas o incumplidas^{99}, por alguna de las partes, dando lugar a que el contratante que cumplió o se allanó a cumplir opte por exigir el cumplimiento forzado de la prestación debida, o pida la resolución del contrato; en ambos casos con la correspondiente indemnización de perjuicios (C. C., art. 1546)^{100}.

En consecuencia, la responsabilidad contractual es la obligación de reparar un daño causado a una de las partes que surge como consecuencia de la *inejecución* o *incumplimiento* de las obligaciones nacidas de un contrato válidamente celebrado. El daño puede tener pues, origen en el incumplimiento puro y simple del contrato, en el cumplimiento moroso o en el incumplimiento defectuoso del mismo. La responsabilidad contractual está fundamentada en la culpa del deudor.

Para deducir responsabilidad contractual es necesario, en todos los casos, que se cumplan los siguientes requisitos:

A) *Un contrato válido*

En primer término se exige que haya un contrato válido que no adolezca de ningún vicio de nulidad, ni formal ni sustancial, pues en caso de existir nulidad imputable a una de las partes, la otra puede pretender la indemnización de perjuicios con fundamento en la responsabilidad aquiliana y no con fundamento en la contractual.

Los Mazeaud al respecto sostienen: “Sin contrato previo, no hay responsabilidad contractual ciertamente. Pero existen algunos casos en los que costará algún esfuerzo determinar si se ha reunido el requisito”^{101}. Como ocurre, v. gr., en el transporte benévolo o gratuito. Otro caso típico que menciona la doctrina es el de la persona que al intentar tomar el autobús se cae porque este se mueve sin haber el conductor advertido la

maniobra del pasajero. Se pregunta si en este caso se ha perfeccionado el contrato de transporte y, por tanto, si la responsabilidad es contractual o si por el contrario es un tipo de responsabilidad aquiliana.

B) *Culpa contractual*

Como bien es sabido, el Código Civil acoge una división tripartita de la culpa; por ello, se encarga de consagrar tres grados de ésta: grave, leve y levísima.^{102}. La culpa grave, que puede equipararse al dolo, es la contractual. Así, en materia de responsabilidad civil contractual, resulta necesario detenerse a observar en el contrato respectivo, de qué tipo de culpa se está hablando para con ello determinar si dicha culpa encuadrada en el campo de este tipo de responsabilidad.

c) *Daño causado por incumplimiento del contrato*

El daño causado al co-contratante, debe provenir directamente de la inejecución del contrato. En este sentido es necesario hacer dos precisiones:

En primer lugar, la responsabilidad contractual exige un daño y no solo el incumplimiento; este no genera responsabilidad, salvo el caso de la cláusula penal y los intereses de mora. Ese incumplimiento debe ser con culpa. En los contratos que implican obligaciones de medio, el demandante debe probar la culpa del contratante incumplido. En los que generan obligaciones de resultado, se presume la culpa del contratante que no cumplió y solo se exonera probando que su incumplimiento proviene de una causa extraña.

En segundo lugar, se han de diferenciar claramente los daños que surgen *por el incumplimiento*, de los daños que se suscitan con *ocasión* de un contrato; estos son siempre perjuicios que se deben demandar por vía extracontractual. Juan, pongamos por caso, contrata la construcción de un edificio con Pedro. Si la edificación se derrumba por la mala construcción y destruye un vehículo de Pedro (beneficiario de la obra) tenemos aquí dos

clases de daños: uno contractual, la ruina del edificio, causado por la inejecución del contrato de obra, y otro extracontractual, el del vehículo, surgido con *ocasión del mencionado contrato*.

El tema ofrece dificultades importantes pues la doctrina y la jurisprudencia han venido aceptando que en ciertos contratos existe la obligación de seguridad que por naturaleza va implícita. En tales casos, entonces, si el daño se causa por incumplimiento de esa obligación, estamos en presencia de la responsabilidad contractual.

D) Nexa causal entre el daño y el incumplimiento de la obligación

El daño ha de ser causado por el deudor al acreedor. Para determinar la responsabilidad contractual, el Código Civil establece en su artículo 1738 que hay incumplimiento del contrato cuando aquél se debe a hecho imputable al deudor contractual o a las personas por quienes fuere responsable^{103}.

Las acciones que nacen del incumplimiento del contrato tienen, en la mayoría de los casos, una típica y extensa regulación legal. Tal es el caso de las acciones de saneamiento por evicción y por vicios redhibitorios (C. C., arts. 1893 a 1927). En el primer caso, al declararse evicta total o parcialmente la cosa comprada, o que no sirve para su uso natural, puede el comprador, con el lleno de los requisitos legales, reclamar las prestaciones establecidas en el artículo 1904 del Código Civil, y solo esas; y en el caso de los vicios redhibitorios, impetrar la rescisión del contrato o la rebaja del precio con las limitaciones establecidas en el artículo 1918 del mismo estatuto.

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE

En materia de responsabilidad contractual hay dos contratos que tienen particular interés: el contrato de transporte y el contrato de prestación de servicios médicos. La razón estriba en que el incumplimiento de las

obligaciones de estos contratos puede generar daños físicos, morales y aún la muerte de personas con daños a la víctima directa y sus herederos, que generan acciones contractuales y extracontractuales.

Para determinar si procede la acción de responsabilidad contractual, ha de probarse dentro del proceso que el daño surgió precisamente por el incumplimiento de una obligación preexistente, nacida del contrato, sea una obligación de la esencia, de la naturaleza o accidental. Con el fin de ilustrar cómo la jurisprudencia aplica los criterios de responsabilidad contractual en el contrato de transporte, veamos un caso que decidió la Corte Suprema de Justicia:

Un bus de servicio público era conducido con exceso de velocidad, y pese a los requerimientos de los pasajeros para que el conductor la disminuyera, no los atendió, razón por la cual colisionó contra una roca, para luego caer en el río Magdalena causando serias lesiones personales al demandante^{104}.

La empresa transportadora presentó excepciones y en su defensa afirmó que hubo error en la acción de responsabilidad presentada por el demandante pues la acción por las alegadas lesiones sufridas por el pasajero, debió ejercerse por la vía contractual y no por la extracontractual. Así explicaron su argumento los demandados: “debió demandarse la contractual por el incumplimiento de la obligación de resultado de conducir sano y salvo al pasajero a su lugar de destino, y no la aquiliana, como se hizo”^{105}.

La Corte Suprema aceptó que en principio “la pretensión del pasajero lesionado es de naturaleza contractual”^{106} y en consecuencia procede examinar si en el caso concurren los elementos de esa responsabilidad, “*vale decir, la existencia del contrato de transporte terrestre, el incumplimiento imputable al transportador, el daño y la relación de causalidad entre dicho daño y la culpa contractual del deudor*”^{107}. (sin bastardilla el original).

La Corte encontró probada la existencia del contrato de transporte entre el pasajero y la empresa transportadora. Partiendo de allí y con fundamento en el artículo 982, numeral 2 del Código de Comercio, consideró que las lesiones y daños causados a los pasajeros en el caso examinado surgieron por el incumplimiento de las obligaciones contractuales de los demandados, “pues en el «transporte de personas», existe la obligación de «conducirlas sanas y salvas al lugar de destino», afirmó la Corte, lo que comporta también, según el artículo 1003, la obligación de responder de «todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de este». La Corte acogió lo que la doctrina ha denominado «obligación de seguridad», en consideración a que el contrato de transporte origina obligaciones de resultado”^{108}.

Aclaró la Corte en la sentencia en comento que esa obligación de resultado que tiene el transportador le impone la carga de la prueba de desvirtuar su responsabilidad, “tal como lo dispone el artículo 1604 *ibídem*”^{109} y no al tenor del artículo 2356 del Código Civil, que se refiere a las actividades peligrosas en responsabilidad aquiliana. En otras palabras, en el contrato de transporte opera una presunción de culpa que pesa contra la parte demandada cuya exoneración de responsabilidad solo procede “cuando los daños ocurran por fuerza mayor, pero esta no podrá alegarse cuando haya mediado culpa imputable al transportador, que en alguna forma sea causa del daño”^{110}.

Examinado el caso, encontró la Corte que si bien los demandados alegaron fuerza mayor o caso fortuito al manifestar que la causa determinante del accidente fue la “falla intempestiva e imprevisible del sistema de dirección y freno” del vehículo de placa WD-1022, y “debido al mal estado de la vía, circunstancia que impidió a Parra Ardila evitar un mal mayor”^{111}, no la encontró probada, pues “para que un hecho pueda catalogarse como imprevisible e irresistible, el mismo no debe estar «ligado al agente, a su persona ni a su industria», sino que debe tratarse de «un

acontecimiento extraordinario que se desate 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”^{112}.

La Corte desechó la excepción de que el error al haberse invocado en la demanda la responsabilidad aquiliana siendo claramente contractual, debía llevar a la absolución de los demandados como lo pretendió la demandada en su contestación. La Corte aprovechó el caso para fijar el criterio de que este error no puede llevar al traste con la demanda y desechar las pretensiones de reparación, y recordó que el juez tiene obligación de interpretar la demanda en su conjunto, no de modo mecánico ni puramente literal, para inferir su verdadera naturaleza. Es decir, si la pretensión de reparación de perjuicios tiene causa en el incumplimiento de obligaciones contractuales, la responsabilidad será contractual, así el demandante se haya equivocado en el libelo al llamarla aquiliana. Por tales motivos, la Corte revocó la sentencia del juzgado que había declarado la responsabilidad aquiliana y en sustitución condenó a los demandados por responsabilidad contractual por los daños causados al pasajero por el incumplimiento del contrato de transporte. Dijo así la Corte:

“Es obligación del juez trascender la redacción de la demanda, interpretándola en su conjunto, con criterio jurídico, que no mecánico, tampoco literal, para inferir su verdadera naturaleza y esencia, eso precisamente era lo que se descubría del *petitum* y la *causapetendi*. Es decir, que las lesiones padecidas por el demandante fueron ocasionadas por razón del accidente de tránsito ocurrido por el bus antes identificado el 27 de junio de 1991, cuando cubría la ruta Pitalito-ibagué, siendo pasajero del mismo el demandante, lo que se traduciría en incumplimiento del contrato de transporte por parte de la empresa demandada, ya que en virtud del

convenio celebrado entre el actor y ella, esta tenía la obligación de conducir al señor Olimpo Rivera Medina sano y salvo al lugar de destino”^{113}.

Sobre la facultad de optar o no entre la responsabilidad contractual y la aquiliana volveremos en detalle más adelante.

3. LA RESPONSABILIDAD POR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS

El segundo contrato de mayor interés en la responsabilidad civil es el contrato de prestación de servicios médicos que se ha convertido en una subespecialidad por las características que presenta en particular en cuanto a la culpa, la solidaridad, la complejidad técnica de la prueba, los principios de imputación o nexo causal y la tendencia mundial de hacer más exigente la responsabilidad del cuerpo médico a favor de los pacientes y potenciales víctimas de una mala práctica profesional. Desarrollar la presentación del tema de la responsabilidad médica escapa a los propósitos de este libro, por lo que aquí nos limitaremos a ofrecer un panorama muy general^{114}.

En la mayoría de los casos la responsabilidad es de naturaleza contractual, pero algunos excepcionalmente asumen carácter extracontractual^{115}; la obligación del médico generalmente es de medio, y en algunos casos se convierte en obligación de resultado con lo que su responsabilidad se ve más fácilmente comprometida.

En la doctrina nacional como en la extranjera, de ordinario se acepta que la responsabilidad médica es obligación de medio, pues se ha entendido que el compromiso profesional y ético del médico es el de “otorgarle al enfermo los cuidados concienzudos y atentos, conforme a sus principios deontológicos y a los datos que en el momento le proporciona la ciencia”^{116}. “Como alguien dijo, su misión consiste en curar algunas veces al enfermo, aliviarlo bastante más y consolarlo siempre”^{117}.

Como suele explicar la doctrina, “en las obligaciones de medios —o de prudencia y diligencia— el incumplimiento no se califica sólo por la no obtención del resultado, pues éste no quedó comprometido, sino por la falta

de diligencia del deudor en la actividad que comprometió: de tal suerte, en este caso el acreedor debe probar la culpa del deudor y éste tendrá a su cargo probar, en contrario, que observó la diligencia debida y que la frustración del resultado no se debió a un obrar u omitir culpable de su parte”^{118}.

En el mismo sentido de considerar el carácter de obligación de medio del profesional de la salud, expresa Francisco Jordano Fraga: “El médico cumple su obligación, cuando desarrolla o despliega el conjunto de curas y atenciones, en las fases diagnósticas, terapéutica y recuperatoria, que son exigibles de un profesional o especialista normal en las circunstancias del caso, además de atender en todas ellas las exigencias de la deontología profesional. Habiendo desplegado esas curas y atenciones, el médico cumple, pues este es el contenido de su prestación, aunque el paciente no haya sanado, no se recupere en su salud, no obtenga la curación apetecida. Es el conjunto de curas litigantes —técnicamente correctas— lo que el médico debe, y no la curación o sanación, a las que ciertamente tales curas se encaminan”^{119}.

La jurisprudencia colombiana, por su parte, desde 1940 empieza a esculpir la doctrina de la culpa probada, indicando que en este tipo de casos debe exigirse la demostración de la culpa del médico y descalifica, expresamente, que la actividad médica se tenga como una empresa de riesgo, porque una tesis así sería “inadmisibile desde el punto de vista legal y científico” y haría “imposible el ejercicio de la profesión”^{120}. La obligación del médico no es, por regla general, de resultado, sino de medio, concluye la citada sentencia porque “el facultativo está obligado a desplegar en pro de sus clientes los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste”^{121}.

Como ya se puso de presente, si bien la obligación del médico es en principio de medio, en algunos casos ésta puede encuadrarse dentro de las obligaciones de resultado. Es el caso concreto el que en definitiva determinará la verdadera naturaleza de la obligación contraída y, por ende, el régimen aplicable. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia señaló que para definir la distribución de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual del médico, “ *lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma*”^{122}. (sin bastardilla el original).

Este criterio lo aplicó la Corte Suprema en un caso de cirugía estética en el que un médico contrató con su paciente, pero no se lograron los resultados esperados. El cirujano plástico se comprometió con la paciente a suprimirle las arrugas de las bolsas que aparecen debajo de los párpados, a eliminarle los pliegues que van de las alas de la nariz a los labios y a levantar la nariz y las comisuras de los labios. En general, el contrato médico estableció obligaciones para el médico de erradicar todas las arrugas faciales dando al rostro expresión de juventud y alegría.

Los resultados de la intervención distaron notoriamente de lo esperado. La paciente quedó con cicatrices de consideración en la región preauricular, endurecimientos de todas las superficies de las mejillas, disminución de la hemicara izquierda, hipertrofia del cornete derecho, desvío y torcedura de los tabiques nasales y debajo del puente de los cornetes.

La Corte condenó al médico por faltar a sus obligaciones contractuales de resultado pactadas con la paciente. Para resolver el caso, la Corte consideró: “[q]ue por lo que a la cirugía estética se refiere, o sea cuando el fin buscado con la intervención es la corrección de un defecto físico, pueden darse situaciones diversas que así mismo tendrán consecuencias distintas respecto de la responsabilidad del cirujano. Así las cosas, deberá establecerse cuál fue la obligación que contrajo el cirujano con su paciente, para deducir si el fracaso de su operación le hace o no responsable. *Cuando en el contrato se hubiere asegurado un determinado resultado, si no lo obtiene será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima*, salvo que se den los casos de exoneración previamente mencionados de fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada. Pero, si tal resultado no se ha asegurado expresamente, cuando no se alcanza, el médico quedará sujeto a las reglas generales sobre la culpa o ausencia de esta”^{123}. (sin bastardilla el original).

Este es el esquema clásico sobre el cual la ley colombiana y la jurisprudencia se apoyan para decidir los casos de responsabilidad médica^{124}. El médico está sujeto no solo a las obligaciones específicas que contraiga con su paciente, sino a las que tiene el obligado en todo contrato, en especial la buena fe y la debida diligencia y prudencia. El carácter contractual de la responsabilidad médica ha sido expresado en forma reiterativa por la Corte Suprema de Justicia, en una de cuyas sentencias (12 septiembre 1895) dice: luego de ubicar el tema en la responsabilidad contractual y anotar que el contenido de las obligaciones que en virtud del contrato asumen los médicos y los establecimientos hospitalarios, “variará según la naturaleza de la afección que padezca el enfermo y la especialización misma de los servicios que preste la entidad”. Además sostuvo que “Con relación a las obligaciones que el médico asume frente a su cliente, *hoy no se discute que el contrato de servicios profesionales implica para el galeno el compromiso si no exactamente de curar al*

enfermo, si al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, según expresiones con que la jurisprudencia francesa describe su comportamiento. Por tanto, el médico solo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, este deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”^{125}. (sin bastardilla el original).

A) Naturaleza jurídica y obligaciones

La naturaleza del contrato de prestación de servicios médicos ha sido materia de discusión en la doctrina y en la jurisprudencia. El exmagistrado y profesor Carlos Ignacio Jaramillo describe en su obra siete diferentes clasificaciones que la doctrina y la jurisprudencia han atribuido como posible naturaleza del contrato de prestación de servicios médicos: mandato; arrendamiento de servicios; contrato de obra; contrato de trabajo; un contrato mixto entre todos estos; un contrato atípico o un contrato multiforme que puede adoptar varias modalidades contractuales^{126}. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia^{127}.

Las obligaciones que surgen del contrato de prestación de servicios médicos han sido denominadas ordinariamente obligaciones de medio, es decir, no se promete un resultado concreto, sino que el médico asume la obligación de poner los medios ordinarios para obtener el resultado esperado. En consecuencia, si no logra alcanzar el objetivo propuesto con el tratamiento o la intervención realizada, solo podrá ser declarado civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios si se demuestra que incurrió en culpa por haber abandonado o descuidado al enfermo o por no haber utilizado diligentemente en su atención sus conocimientos científicos o por no haberle aplicado el tratamiento adecuado a su dolencia a pesar de que sabía que era el indicado^{128}.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto para saber si hay responsabilidad del médico. Es cada contrato, *“específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa”*^{129}. (sin bastardilla el original).

Más recientemente la Corte Suprema esclareció que la responsabilidad médica no puede estar sujeta a estándares predeterminados de culpa. La dilucidación de la responsabilidad médica no puede ceñirse a modelos prefigurados de responsabilidad, pues no se trata de una culpa ordinaria sino de una profesional que debe ser estimada a la luz de la complejidad de la ciencia, y a su estado para el momento en que se aplicó.^{130}.

En la categoría de la prestación médica caben los más disímiles procedimientos o intervenciones, puntualizó la Corte Suprema. Reconoció la citada sentencia que contra una innumerable variedad de males, cuyas causas, síntomas y tratamientos, son unos aceptablemente esclarecidos, y sobre otros la ciencia aún anda a oscuras, ninguno exento del alea terapéutica, todos sometidos a múltiples y variables factores endógenos y exógenos.^{131}.

En cuanto al consentimiento informado la jurisprudencia ha señalado que es deber del médico informar al paciente de forma veraz el procedimiento médico que debe aplicar, con sus implicaciones.^{132}.

El deber de información es de la esencia del convenio de prestación de servicios médicos y debe cumplirse a lo largo de toda la relación o tratamiento médico, incluyendo la etapa precontractual cuando el paciente acude al galeno a consultar sobre su patología o la posible existencia de esta, puesto que la información que en este momento se le brinde al paciente se constituirá en requisito de la eficacia contractual que

determinará el consentimiento del paciente a contratar. Es apenas natural que el debido y correcto enteramiento del paciente respecto del procedimiento médico propuesto sea la piedra angular de la decisión de someterse a él^{133}.

B) *La carga de la prueba*

Debe recordarse que, conforme a lo dispuesto en el artículo 169 del Código General del Proceso (ley 1564 de 2012 modificada por el decret. 1736 de 2012) incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Conforme al estado actual de la jurisprudencia, el principio de la carga dinámica de la prueba rige para el contrato médico. Es decir que no es posible sentar reglas probatorias absolutas y se debe mirar el caso concreto. En algunos casos será viable hacer presunciones judiciales, en otros, la carga de la prueba le corresponde al demandante, y en otros, al demandado. La aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba impone a las partes, dentro de un marco de lealtad y colaboración, la obligación de aportar la prueba de los hechos que está en posibilidad de demostrar.

En materia de responsabilidad contractual médica, el Consejo de Estado ha reconocido el principio de la carga dinámica de la prueba determinando que procesalmente la prueba le corresponde a la parte que está más cercana a ella. Así, en muchos casos el hospital y los médicos están en mejores condiciones de probar algo; en otras, el paciente o los reclamantes. Así, por ejemplo, en el caso de una paciente embarazada que ingresó a una clínica de los Seguros Sociales para que le practicaran unos exámenes, en virtud de los cuales le fue diagnosticado sufrimiento fetal y por lo cual se dio la orden a las 3:50 p.m. de realizarle cesárea, siendo llevada a cirugía para dicho procedimiento a las 10:50 p.m., que tuvo como resultado el fallecimiento de la recién nacida al día siguiente de la intervención, el Consejo de Estado en relación con la carga de la prueba señaló que, en principio, corresponde al

demandante demostrar los hechos y las cargas de la demanda, pero cuando hay dificultades probatorias, y le queda más fácil probar a la institución, es esta quien tendrá la obligación de probar que su actuación fue diligente y eficiente para exonerarse de responsabilidad. En este caso el hospital debe demostrar que en el tiempo transcurrido entre el diagnóstico (3:50 p. m.) y el momento de llevarla a cirugía (10:50 p. m.), siete horas después, hubo una práctica médica diligente para con la paciente de acuerdo con las exigencias de la medicina en esos casos. Pero el hecho de trasladar la carga de la prueba al demandado, no significa desconocer que su obligación es solamente de medios, pues la ciencia médica tiene limitaciones que impiden garantizar un resultado^{134}.

C) La competencia en la responsabilidad médica

La Corte Suprema de Justicia, ha dictado un par de sentencias (2007) en las que determina que por el principio de integralidad del sistema de seguridad social la competencia para conocer de casos de responsabilidad médica es de esa corporación^{135}. El hecho de que el sistema de la seguridad social en Colombia sea integral, sirvió de fundamento a los jueces laborales para alegar que tienen competencia para conocer de los procesos contra las instituciones y el cuerpo médico encargado de la prestación del servicio de salud, de origen particular o del Estado. En opinión de la Sala Laboral de la Corte Suprema, la interpretación del numeral 4 del artículo 2° de la ley 712 de 2001, comporta la asignación a la jurisdicción ordinaria laboral del conocimiento de las controversias atañedoras a la responsabilidad médica suscitadas entre afiliados, beneficiarios, usuarios, empleadores y entidades administradoras o prestadoras de salud. Considera la Sala Laboral que de manera residual “son jueces naturales los de la jurisdicción civil cuando los servicios prestados tienen su origen en la médica particular, o los administrativos

cuando entidades públicas prestan servicios de salud a quienes no están afiliados o vinculados al sistema” (sent. de 22 enero 2008, exp. 30.621).

Por su parte, el Consejo de Estado rechaza tal posición en fallo del 24 de abril de 2008, en que sostiene que la Corte Suprema de Justicia está equivocada. La Sección Tercera del Consejo de Estado, hacer derivar del principio de integralidad del sistema de la seguridad social una competencia sin límites que implica, de facto, desconocer los principios de especialidad e independencia de las jurisdicciones. Además, tal posición, alega el Consejo de Estado, iría en contravía de lo expresado por la Corte Constitucional y las altas cortes que le han atribuido al Consejo de Estado la competencia cuando se trata de instituciones públicas^{136}.

La Sala Civil de la Corte Suprema, en sentencia de 2009 también ha rechazado la interpretación de la Sala Laboral en la que se atribuye esta competencia. A este respecto, en la mencionada sentencia, la Sala Civil, se separa con absoluto comedimiento de la posición asumida por la Sala de Casación Laboral de la Corte en providencias de 13 de febrero de 2007 (exp. 29.519), 27 de marzo de 2007 (exp. 28.983), 26 de abril de 2007 (exp. 3) y 22 de enero de 2008 (exp. 30.621), según la cual, el entendimiento del numeral 4 del artículo 2° de la ley 712 de 2001, comporta la asignación a la jurisdicción ordinaria laboral del conocimiento de las controversias atañederas a la responsabilidad médica suscitadas entre afiliados, beneficiarios, usuarios, empleadores y entidades administradoras o prestadoras de salud^{137}.

La argumentación de la Sala Civil expresa que la correcta interpretación del artículo 2° de la ley 712 de 2001 no le otorga competencia a la jurisdicción laboral de “todas las controversias sobre responsabilidad derivada de las relaciones jurídicas médico legales, pues ninguna parte del precepto las menciona, contiene o atribuye *expressis verbis* a la jurisdicción ordinaria laboral, ni puede generalizarse sobre la perspectiva de la unidad del sistema”^{138}.

Para la Sala Civil, si bien el citado artículo 2° atribuye a la especialidad laboral el conocimiento de las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se suscriben entre los afiliados, beneficiarios y usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan, esta remisión es exclusiva para los conflictos de la seguridad social integral, entendida en las voces del artículo 8° de la ley 100 de 1993, mas no a todas las relaciones jurídicas médico legales. Para la Sala Civil las normas atributivas de competencia obedecen al *ius cogens*, son de orden público y no admiten aplicación e interpretación extensiva, analógica o amplia como lo hace equivocadamente la Sala Laboral.

Estos argumentos de la Sala Civil, apoyados en la tesis del Consejo de Estado, les ha llevado a concluir: *“En suma, la Sala, reitera su jurisprudencia sobre la competencia privativa, exclusiva y excluyente de la jurisdicción civil para conocer de los asuntos atañedores a la responsabilidad médica, con excepción de los atribuidos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y a la jurisdicción ordinaria laboral en materia de seguridad social integral, en cuanto hace exclusivamente al régimen económico prestacional y asistencial consagrado en la ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias”*^{139}.

4. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR EL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES JURÍDICOS CONCRETOS

Un sector minoritario en la doctrina y en la Corte Suprema de Justicia sostiene que la responsabilidad civil contractual es más amplia y cubija situaciones más allá de las originadas por obligaciones jurídicas nacidas de una relación contractual válida. Sus defensores sostienen, en consecuencia, que la responsabilidad contractual se debe definir como “la obligación de resarcir los daños que una persona le genera a otra por el incumplimiento de

obligaciones concretas que existan en cualquiera de las fuentes de las obligaciones”^{140}.

El exmagistrado de la Corte Suprema, Jorge Santos Ballesteros, al acoger una doctrina extranjera, enseña que el criterio clásico de distinción entre responsabilidad civil extracontractual y contractual debe ser abandonado porque para él ha sido superado. La responsabilidad civil contractual nace también del incumplimiento o violación de deberes jurídicos concretos diferentes del contrato, como es el caso de la oferta o los tratos preliminares, que la doctrina argentina denomina tratativas.

Los deberes jurídicos pueden ser genéricos o concretos. Si se considera que el daño es consecuencia de la violación de un deber jurídico concreto, la responsabilidad será contractual; si es de la violación o incumplimiento de un deber genérico, como por ejemplo el del artículo 2341 del Código Civil, que contiene un deber jurídico abstracto, la responsabilidad será extracontractual.

Según esta concepción, la responsabilidad contractual no nace exclusivamente del incumplimiento de obligaciones que surgen de una relación contractual, sino también en el incumplimiento de obligaciones nacidas de actos unilaterales como los cuasicontratos o de obligaciones legales, como ocurre cuando un mandatario excede los límites del mandato (C. de Co., art. 431). Habría entonces responsabilidad civil extracontractual solo cuando hay incumplimiento de un deber jurídico abstracto, como en el caso del artículo 2341 del Código Civil, con prescindencia de cualquier relación jurídica concreta.

Como señalaremos en detalle más adelante, la jurisprudencia y doctrina nacional y extranjera mayoritaria entiende que la responsabilidad precontractual es extracontractual^{141}. No obstante, Santos Ballesteros plantea que la naturaleza de esa responsabilidad está en determinar si la obligación del artículo 863 del Código de Comercio (obrar con buena fe exenta de culpa) es una obligación *genérica* o una obligación *específica* o

concreta. Dependiendo de la respuesta, la responsabilidad será extracontractual en el primer caso, y contractual en el segundo. Si bien él reconoce que la tesis mayoritaria de la jurisprudencia colombiana le da un carácter general a la obligación de obrar con buena fe (art. 863 del C. de Co.) y consecuentemente un carácter de responsabilidad aquiliana, considera que debe cambiarse la tesis dominante. Para Santos Ballesteros, incurrir en mala fe es incurrir en una trasgresión de un deber jurídico concreto y, en consecuencia, si se causa un daño, la responsabilidad será contractual. El texto que recoge la tesis del autor señala:

“Por consiguiente, a la luz del artículo 863 del Código de Comercio colombiano, actuar de manera diversa a la buena fe exigida en la etapa preliminar, es actuar abusivamente, es desconocer la finalidad de los tratos, es incurrir en la infracción de un deber secundario de conducta, es realizar un comportamiento de mala fe, *incurrir en trasgresión de un deber jurídico concreto*, efectuar una contravención, cuya sanción específica es la indemnización de perjuicios de llegar a ocasionarse un daño con tal comportamiento. Que encuadra por consiguiente en el ámbito de la responsabilidad contractual por originarse el daño como consecuencia de la violación de un deber jurídico concreto y que afecta el interés de confianza o el interés negativo de la otra parte”^{142}.

Mas esta distinción ha sido refutada pues el postulado *neminem laedere*, de cuño romano, como deber genérico de no causar daño, supone siempre, afirma Santos Ballesteros, “deberes concretos de los cuales no es más que la síntesis; no se concibe que se establezca un límite a mi capacidad de obrar si ese límite no se determina por una norma que precise el alcance del propio derecho y del ajeno. La culpa, pues, sin la existencia de una obligación especial, no existe ni puede existir”^{143}.

5. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL ES EXTRA CONTRACTUAL

¿Qué pasa con los daños que se causen en la etapa precontractual? La jurisprudencia nacional ha aceptado que los daños causados en la etapa precontractual, en la que no se ha perfeccionado el contrato, son de tipo extracontractual. En fallo del año 2000, la Corte Suprema reafirma la doctrina al decir que esos actos de la etapa precontractual son simples actos preparatorios que no dan lugar a la responsabilidad contractual a menos que se den los presupuestos del contrato de promesa. Y aunque esos actos preparatorios no obliguen a contratar sí exigen de las partes obrar con buena fe, de modo que interrupciones intempestivas que causen daño generan responsabilidad civil aquiliana. Los apartes más relevantes del fallo son los siguientes:

“[...] si bien la formación de un contrato puede ser instantánea, en cuanto no se necesita de preparación previa, no puede desconocerse que con frecuencia los interesados requieren tiempo para perfeccionarlo, mientras agotan fases que permitan proyectar lo que habrá de ser la relación contractual, siendo ellas de variada índole y, por supuesto, con distintos alcances, según provengan de simples actos preparatorios de lo que será el futuro acuerdo de voluntades, *verbigratia*, encuentros, contactos, intercambios de opiniones, consultas, en fin; o de un negocio jurídico que sin dejar de ser un pacto preparatorio y transitorio, contiene la obligación de contratar en los términos convenidos, tal cual sucede con la promesa de contrato o con la opción.

”[...] aun cuando en ambos casos se trata de cristalizar un contrato futuro, es claro que al no mediar en el primer evento la obligación de contratar en los términos convenidos, en principio y salvo casos específicos, *la responsabilidad no puede ubicarse en el plano contractual*^{144}, como sí acontece en el segundo, en donde por tratarse de un estadio aventajado en la consecución del contrato, se supone la existencia de un negocio jurídico con efecto vinculante, lazo este que, no se descarta, bien pudo ser el producto de esos tratos preliminares. Pero si no obstante el camino recorrido para llegar

al acuerdo de voluntades, el contrato o el pacto preparatorio de contratar finalmente se frustra, la ley exige a quienes se contactan ajustar su conducta a los postulados de la buena fe, al prescribir que las partes «*deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen*» (C. de Co., art. 863)”.

Responsabilidad que, ha dicho la Corte, impide “que una parte abuse de su libertad para concluir o no el contrato proyectado, en daño de aquélla otra cuyo interés ha sido solicitado por ella”, porque una “interrupción intempestiva de las negociaciones sin motivo justo (culpa *in contrahendo*) puede dar derecho a una indemnización por el daño que sea consecuencia de la defraudación de la confianza en la seriedad de los tratos que venían realizándose”. Traduce esto, dijo en otra oportunidad esta Corporación, “que cuando alguien abusa del derecho de no contratar, es preciso pasar de largo ante tan cimero postulado de la libertad que se tiene para contratar y ver entonces comprometida igualmente su responsabilidad civil, la que por tener su génesis en el camino cumplido para llegar a un contrato que finalmente no se produjo, ha dado en denominarse responsabilidad precontractual”^[145].

En sentencia anterior ya la Corte Suprema se había pronunciado sobre la responsabilidad precontractual en el mismo sentido de ubicarla dentro de la responsabilidad extracontractual. Por la claridad en la exposición de los argumentos jurídicos vemos conveniente transcribir los apartes más significativos de la sentencia comentada:

“1. A propósito de la responsabilidad precontractual la doctrina ha concluido que los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato. [...] también *ha considerado la doctrina, que*

*durante el decurso mismo de tales actos, tratos o conversaciones las partes contratantes están ligadas por unas reglas jurídicas tendientes a asegurar una cierta protección contra la mala fe o la ligereza de su contraparte, pues no pueden considerarse vinculadas por un contrato hasta que no se haya producido el consentimiento respectivo; por ello, los mecanismos de la responsabilidad *extracontractual* pueden ser utilizados para impedir que una parte abuse de su libertad para concluir o no el contrato proyectado, en daño de aquella otra cuyo interés ha sido solicitado por ella. De consiguiente, se ha admitido [...] que una interrupción intempestiva de las negociaciones sin motivo justo (*culpa in contrahendo*) puede dar derecho a una indemnización por el daño que sea consecuencia de la defraudación de la confianza en la seriedad de los tratos que venían realizándose [...].*

”2. De manera que en cuanto a la entidad y a la naturaleza de la responsabilidad consiguiente a la violación de los citados deberes, no pudiéndose sostener que haya incumplimiento del contrato, que no alcanzó a tener existencia, se considera que la responsabilidad refleja en esos casos únicamente el llamado interés negativo, o sea las consecuencias dañinas (gastos, pérdidas de otros negocios, etc.) de la falta de celebración del acuerdo. O en otros términos, que se responde por la trasgresión de los mencionados deberes genéricos de conducta, que ciertamente no se pueden equiparar a obligaciones en sentido propio, emanadas de las partes.

”a. El actual Código de Comercio, siguiendo muy de cerca las opiniones de la doctrina universal en el punto, estatuye en el artículo 863 que «las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen», descargando en cada uno de los contratantes el deber de comportarse de buena fe, como una fórmula comprensiva de los varios deberes que pueden integrar el criterio fundamental de la corrección en el tráfico jurídico, a pesar de no estar ligados por vínculo contractual alguno”^{146}.

Esta sentencia está en armonía con el sentir de doctrina extranjera relevante. Así el tratadista Francesco Galgano, en su obra *El negocio jurídico*, trae una explicación y ejemplos sobre la buena fe que se ajustan muy bien a lo que la jurisprudencia nacional ha sostenido. Dice Galgano: “un caso muy tipificado por la jurisprudencia es el *desistimiento sin causa de los tratos* precontractuales. Se considera que es contraria a la buena fe la ruptura de las negociaciones imprevista e injustificada, y acaecida en el momento en el que la otra parte *tenía motivos para confiar en la conclusión futura del contrato y había realizado*, en consideración al mismo, *gastos* para hacer frente al cumplimiento de las obligaciones contractuales (por ejemplo, el arrendatario ya había dispuesto su organización empresarial, contratación de dependientes, etc., a fin de poder ejecutar una obra que *las circunstancias presentaban como de segura realización*) o había renunciado a la celebración de otros contratos”.

Las principales reglas jurisprudenciales que gobiernan la materia son las siguientes:

“a) Es necesario que, aun cuando sea en sede de simples negociaciones, las partes hayan tenido en consideración los *elementos esenciales* del contrato que se proponen o que esperan estipular.

”b) En cambio, es irrelevante la eventual breve duración o el escaso *número de encuentros* habidos entre las partes, en el caso en el que la interrupción de los tratos por una de las partes carezca de toda razón justificativa y *sea de tal carácter que sacrifique la confianza legítima que la contraparte podía haberse creado respecto de la conclusión del contrato*.

”c) No es justa causa de desistimiento que quien lo pretenda *alegue circunstancias que ya eran conocidas al inicio de las negociaciones* o que podían haberse conocido haciendo uso de una diligencia ordinaria”^{147}. (sin bastardilla el original).

Más adelante el mismo Galgano concluye: “Quien, violando el deber de buena fe en las negociaciones contractuales, haya ocasionado un daño a la

otra parte estará obligado a resarcirlo. Es la llamada responsabilidad precontractual: su fuente no se encuentra en el contrato, sino en un hecho ilícito que ha precedido o acompañado a la formación de contrato (no haber informado al otro contratante, haber interrumpido las negociaciones sin justificación. *Por tanto constituye una forma de responsabilidad aquiliana [...] la medida del daño resarcible se hará con criterio del descrito interés contractual negativo, como interés en la no celebración, en vez de en la conclusión del contrato*”^{148}.

En conclusión, podemos afirmar que en nuestro derecho la responsabilidad precontractual es aquiliana cuando luego de pasar esa etapa las partes no llegan a celebrar el contrato. Formado el contrato válido, todo lo sucedido en la etapa precontractual queda ya dentro del contrato y por lo mismo bajo el tipo de responsabilidad pertinente.

En la doctrina nacional, el profesor Jorge Oviedo Albán enseña que además del deber de buena fe en la etapa precontractual, entendida como los tratos preliminares, la oferta y la aceptación, hay una serie de deberes derivados de los principios de lealtad y corrección que pueden enumerarse y cuya violación acarreará responsabilidad civil. Tales son: deber de información; deber de secreto; deber de protección y conservación; deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa^{149}.

6. DAÑOS INDEMNIZABLES EN LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

El profesor Oviedo Albán pone de presente que los expertos en contratos discuten el alcance de los daños indemnizables en la etapa precontractual. un sector de la doctrina ha sostenido que solo los intereses negativos son reconocibles en la responsabilidad precontractual. Según este sector doctrinal, solo cabría el reconocimiento del interés negativo y no el lucro o ganancias dejadas de reportar por la frustración del contrato^{150}. Es decir, en la etapa precontractual frustrada por culpa de uno de los negociadores y que da lugar a buscar indemnización, la víctima no podría reclamar como

perjuicio sufrido los beneficios económicos que el contrato en formación le hubiera reportado de haberse llevado a término. Este interés se denomina interés positivo y no es indemnizable, entre otras razones, porque ese alegado daño carece del elemento certeza, requisito *sine qua non* de todo daño para ser indemnizable.

El lucro o beneficio que espera el negociador en un contrato en proceso es una mera esperanza y no constituye un daño cierto. Lo anterior no significa que el negociador víctima no pueda reclamar sus perjuicios de daño emergente y de lucro cesante que haya sufrido. Ese lucro cesante puede ser, v. gr., que la negociación iniciada y frustrada por culpa del otro negociador, frustró otro negocio cierto y concreto que él tenía con un tercero y que le habría reportado una ventaja o provecho económico. El contrato se frustró porque inició la etapa de negociación con el demandado quien a la postre hizo fracasar culposamente estos tratos preliminares. Esta posición la acepta nuestra Corte Suprema de Justicia al sostener que “los participantes perjudicados tienen derecho a una indemnización cuya medida ya no se encadena con el interés de cumplimiento o interés positivo —exigible únicamente en la hipótesis de contratos efectiva y válidamente celebrados—, sino que vendrá dada por el que comúnmente se llama interés “negativo o de confianza”, ordenado por definición hacia el restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que pueden encontrarse aquellos por la confianza que tuvieron en que el curso normal de la negociación no se interrumpiría [...] Por el primero de aquellos conceptos —daño emergente— el damnificado podrá demandar el reembolso de los gastos ocasionados con motivo de tales negociaciones, mientras que a título de ganancias frustradas habrá lugar a reclamar beneficios ciertos que se hayan dejado de percibir en razón de las actuaciones precontractuales que no progresaron debido al retiro injustificado de la otra parte, este último teniendo en cuenta, obviamente, que no se trata del lucro cesante por incumplimiento de la propia relación

negocial proyectada —pues una utilidad de esa naturaleza integra sin duda el interés positivo o de cumplimiento que, como se advirtió antes, presupone un contrato *ab initio* válido y perfecto— sino de la pérdida que significa el que, por haber confiado en que el otro negociador haría lo necesario para llegar a la perfección del vínculo contractual proyectado, se haya abandonado una posición económicamente favorable y existente en realidad al momento del evento dañoso —v. gr. la posibilidad cierta de celebrar otro contrato distinto— que le habría reportado ventaja”^{151}.

Sección III

.—Paralelo entre la responsabilidad contractual y la aquiliana

Aunque la responsabilidad contractual y la extracontractual tienen “una función reparadora y esto constituye un factor determinante de la materia”^{152}, sin embargo, como tuvimos oportunidad de señalarlo, la distinción de los dos tipos de responsabilidad tiene consecuencias jurídicas que no se pueden soslayar y sería un error garrafal pretender lo contrario, aunque hay intentos doctrinales, válidos, por buscar una unidad entre los dos regímenes de responsabilidad. Esta distinción no puede ser dejada de lado hasta tanto no se modifique el Código Civil.

1. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS

A) Origen

La forma como se produce una y otra responsabilidad es diferente. La responsabilidad civil contractual surge para la teoría clásica cuando el daño es originado por el incumplimiento de un contrato válidamente celebrado. Por su parte, el origen de la responsabilidad civil extracontractual surge cuando el daño es causado por la violación del principio general *neminem laedere*; “no causar daño a otro”.

La responsabilidad civil contractual tiene función secundaria, sustitutiva o vicaria, pues cuando hay un contrato emergen prestaciones claras de dar, hacer o no hacer y son asumidas por las partes para ser cumplidas con el pago, pero de llegarse a incumplir y generar daño, esa obligación primaria se transforma en una obligación de reparar perjuicios: indemnización plena compensatoria, más la moratoria. La indemnización compensatoria puede ser en especie o en equivalente. Es en especie cuando aun se puede cumplir,

y por equivalente cuando no se puede cumplir exactamente la prestación, en ambos casos más la indemnización moratoria.

En la responsabilidad civil contractual la obligación reparadora está íntimamente unida a la prestación originaria que al ser incumplida condiciona la naturaleza y cuantía de la obligación reparadora. Por el contrario, en la responsabilidad extracontractual la obligación de reparar es originaria, primigenia, porque no hay prestación anterior, nace pura y simplemente, no tiene condicionamiento.

Algunos doctrinantes distinguen en la responsabilidad extracontractual los conceptos deber jurídico y obligación. En desarrollo de esta distinción se dice que del incumplimiento del deber jurídico *erga omnes* de no causar daño a otros surge la obligación para con alguien determinado de repararle los perjuicios.

B) *Mora*

En la responsabilidad civil contractual la mora puede ser automática o por requerimiento judicial. Automática cuando la obligación es de dar, hacer y se debe cumplir dentro de un plazo o término y llegado este no se hace, tal como lo señala el artículo 1608 del Código Civil; en los demás casos se necesita reconvención judicial, no privada, ni por carta o notaría, pero que se entiende surtida con la presentación de la demanda.

“Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o si la obligación es de no hacer desde el momento de la contravención” (C. C., art. 1615).

“El deudor está en mora:

”1º) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

”2º) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

”3º) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor” (ibid., art. 1608).

Por su parte, el Código General del Proceso (ley 1564 de 2012, modificada por el decr. 1736 de 2012) establece en su artículo 94 que la presentación de la demanda produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor^{153}. En cuanto a las obligaciones dinerarias tiene sus efectos propios:

“ *Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero*, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

”1ª) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

”El interés legal se fija en seis por ciento anual.

”2ª) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

”3ª) Los intereses atrasados no producen interés.

”4ª) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas” (ibid., art. 1617).

En todo caso la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios al tenor del Código Civil, artículo 1616.

En la responsabilidad extracontractual no hay mora. Cuando se dicta sentencia condenatoria y se liquida el monto de la indemnización, se actualizan los valores a la fecha de la sentencia, pero no se incluyen intereses de mora. Cosa muy diferente es que si una vez ejecutoriada la sentencia que contiene la condena al pago de una suma de dinero como indemnización y el demandado o deudor no paga esa obligación contenida en este título ejecutivo que es la sentencia ejecutoriada, el demandante

podrá exigir su pago por la vía ejecutiva con los correspondientes intereses de mora.

C) *Culpa*

En cuanto a la división tripartita de la culpa, la ley colombiana se acoge a la distinción de los pandectistas alemanes que interpretaron el *Corpus justinianeo*, dependiendo de la utilidad en el acto o negocio y clasifica la culpa en grave, leve o levísima (C. C., art. 63)^{154}. Nuestra Corte Suprema de Justicia al respecto ha dicho:

“La graduación de culpas en el artículo 63 del Código Civil se refiere a contratos y a cuasicontratos, mas no a delitos y a cuasidelitos, de los cuales esta clasificación está excluida. La disposición define el alcance de las tres nociones de culpa cuando la ley, regulando relaciones contractuales acude a alguna de ellas graduando la responsabilidad del deudor según la gravedad de la culpa cometida”^{155}.

En la responsabilidad civil extracontractual como no hay prestación anterior, cualquier clase de culpa compromete la responsabilidad. La imposibilidad de hablar de grados de culpa en materia extracontractual permite aplicar el aforismo del derecho romano: en la ley Aquilia una culpa levísima es suficiente (*in lege Aquilia et levissima culpa venii*)^{156}.

D) *Presunciones de culpa y de responsabilidad*

Las obligaciones que surgen de los contratos se clasifican en obligaciones de medio y de resultado. Esta distinción es de origen doctrinal más que legal y tiene importancia, pues en las obligaciones de medio la carga de la prueba de la culpa es del acreedor, del demandante, pues no hay presunción de culpa. Si la *obligación es de resultado*, por la índole de la prestación está envuelta la garantía de cumplimiento efectivo; así, por ejemplo, el transportador debe llevar sanos y salvos los pasajeros y

mercancías al lugar de destino; de no hacerlo —por el resultado—, se presume la culpa^{157}.

En materia extracontractual se considera que hay dos sistemas de culpa: responsabilidad por el hecho propio o directa con culpa probada (C. C., art. 2341); en estos casos el demandante siempre debe probar que el demandado actuó con culpa, esto es, que un buen padre de familia no hubiera actuado de la forma como lo hizo el demandado en los hechos que generaron el daño. El otro sistema de culpa es el establecido en la denominada responsabilidad por el hecho ajeno (C. C., art. 2347) en la que probados los presupuestos se presume la culpa de la persona que tiene bajo su cuidado al causante del daño. Presunción de culpa significa que el demandante cuenta con el beneficio de la presunción de la culpa del demandado, invirtiéndose así la carga de la prueba, de modo que el demandado para exonerarse de la presunción ha de probar ausencia de culpa o, lo que es lo mismo, diligencia y cuidado.

En los casos de responsabilidades objetivas como la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, solo exonera la causa extraña, es decir el hecho exclusivo de un tercero, el hecho exclusivo de la víctima o la fuerza mayor o el caso fortuito.

Conviene aclarar que nuestra jurisprudencia en ocasiones al hablar de la responsabilidad objetiva, en la que no existe el elemento culpa, utiliza la expresión “presunción de culpa”, y agrega que solo exonera la causa extraña y no la prueba de la diligencia o cuidado. Este modo de expresarlo puede resultar confuso, por lo que se ha acuñado la expresión “presunción de responsabilidad”^{158} para expresar el carácter de responsabilidad objetiva. Si bien es mejor esta última expresión, hemos de manifestar que se ha de tener cuidado porque también esta expresión amerita una crítica, toda vez que en las responsabilidades objetivas no se presume absolutamente nada: ni la culpa, porque no interesa, y mucho menos el daño o el nexo causal que siempre han de probarse en toda forma de responsabilidad. otro

error al que podría inducir la expresión “presunción de responsabilidad” es pensar que daño y nexo no se deben probar, lo que no es cierto.

E) *Extensión de los perjuicios*

En materia contractual el artículo 1616 del Código Civil establece que si solamente se incurre en culpa leve o levísima se deben los perjuicios *previsibles* que se pudieran prever al momento de celebrar el contrato. Si media culpa grave, que equivale al dolo (C. C., art. 63) se deben pagar los daños, tanto los previsibles como los imprevisibles, siempre que sean perjuicios directos. El texto de la norma es del siguiente tenor:

“Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

”La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas”.

En este punto hay una importante diferencia entre ambos tipos de responsabilidad civil: en la responsabilidad extracontractual se deben reparar todos los daños, previsibles o imprevisibles sin importar si hubo dolo o culpa.

F) *Solidaridad*

Si la obligación de reparar los perjuicios es solidaria, legalmente no es posible fraccionar o dividir la responsabilidad, por lo que la víctima está facultada para demandar a todos los coautores del daño o a uno solo por el valor total de los perjuicios.

En materia contractual el artículo 1568 del Código Civil dispone que la solidaridad debe pactarse expresamente cuando hay sujetos múltiples; si no

se pacta, es conjunta o mancomunada y cada uno debe una cuota. En materia comercial, por el contrario, el Código presume la solidaridad en contratos mercantiles (C. de Co., art. 825)^{159}. En la responsabilidad civil extracontractual la regla general es la solidaridad cuando el daño ha sido cometido por dos o más personas.

“Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355.

”Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso” (C. C., art. 2344).

La Corte Suprema de Justicia ha precisado que existe solidaridad así la participación de los autores no haya sido simultánea en la comisión del hecho ilícito: “Según el artículo 2344, cuando dos o más personas incurren en un mismo hecho ilícito responden solidariamente, así se trate de hechos instantáneos o de extensa duración. Lo que interesa para los efectos de la solidaridad no es el proceso mismo causante del daño, sino su resultado. Por ejemplo: en el caso de homicidio cometido por varias personas en forma lenta y prolongada, como ocurre, verbigracia, cuando diaria y sistemáticamente se intoxica a alguien con veneno colocado clandestinamente en los alimentos que ingiere, es cierto que se trata de intervenciones distintas y separadas, dentro del proceso de agotamiento de la salud de la víctima, pero que constituyen apenas etapas en la producción de un resultado único: la muerte.

”Con sobra de razón debió prever el legislador colombiano que, en eventos como el del ejemplo dado, no pueden nacer obligaciones de indemnizar simplemente conjuntas, esto es, de objeto divisible, sino de obligaciones solidarias. El vínculo entre los agentes del hecho ilícito prolongado, y su víctima, tiene que ser uno solo, por el todo, sin perjuicio del *commodum* entre los deudores, o sea la repartición de la indemnización, una vez pagada por cualquiera de ellos, en justas proporciones entre los

mismos, problema que en manera alguna atañe a la víctima acreedora, en cuyos derechos se subroga el deudor que paga la indemnización *in integrum* (C. C., art. 1579).

”No es pues, de recibo la tesis de que el citado artículo 2344 solo es aplicable a quienes simultáneamente cometen hecho ilícito determinado, de modo que si su intervención en este es sucesiva e independiente, sea preciso dividir la indemnización proporcionalmente, a efectos de que la víctima la cobre por partes. Esto es, precisamente, lo que la disposición en comento se propone evitar, aliviando a la parte acreedora de la carga de probar hasta dónde llegó la intervención de cada uno de los agentes del ilícito, extremo que le resultaría, si no imposible, por lo menos muy difícil de demostrar, por ser ajeno al campo de sus actividades”^{160}.

La solidaridad en responsabilidad civil encuentra excepciones en dos casos: el contemplado en el artículo 2350 del Código Civil por ruina de edificios y el 2355 por objetos que caen de un edificio de varios propietarios. En estos casos la obligación de reparar es conjunta.

La solidaridad también se da “sin importar la fuente de responsabilidad de la que derive su particular participación en el hecho dañoso”^{161}, como ocurriría cuando una persona mayor de edad junto con algunos adolescentes, mayores de diez años, causan daños a un tercero. En este caso la víctima podrá instaurar la acción de responsabilidad civil solidariamente contra todos los involucrados en el hecho por responsabilidad por el hecho propio e incluir a los padres de los menores, también solidariamente, así la responsabilidad de estos sea por el hecho ajeno.

G) *Capacidad*

En responsabilidad aquiliana^{162}, ya se dijo, hay plena capacidad a partir de los diez años de edad y en la contractual a partir de la mayoría de edad (C. C., arts. 34 y 1504), pero la exoneración de responsabilidad de los incapaces en materia extracontractual no se extiende a sus padres o

cuidadores, que eventualmente podrían ser responsables si se prueba que han cometido alguna culpa en la vigilancia del menor o del demente incapaz de culpa aquiliana.

H) *Juez competente*

Por regla general se demandará en el domicilio del demandado. En materia contractual, el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, numeral 5, dispone que será competente el juez del domicilio del demandado o el del lugar de cumplimiento del contrato. Conforme a lo preceptuado por los numerales 1 y 8 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, cuando se trate de deducir judicialmente una pretensión de responsabilidad civil extracontractual, son competentes para ello tanto el juez del domicilio del demandado, por tratarse de un asunto contencioso, como el del lugar “donde ocurrió el hecho”, lo que significa que existe para el efecto una competencia a prevención, que, una vez que el demandante opta por reclamar la prestación de la jurisdicción del Estado en uno de tales juzgados, desde ese instante le es vedado al otro el conocimiento de ese proceso.

La Corte, aplicando estos principios, dirimió un conflicto de competencias entre un juzgado de Bogotá y uno de Barranquilla con ocasión de una demanda contra un periódico que publicó una noticia supuestamente difamatoria contra los demandantes, que tienen domicilio en Barranquilla.

La Corte encontró que efectivamente el periódico demandado tenía domicilio en Bogotá, pero en la demanda se estableció igualmente que el periódico había circulado en Barranquilla, ciudad en la que tenían su domicilio los demandantes y donde se afectó “su vida social y familiar”, con motivo de la noticia publicada en el periódico demandado. En consecuencia, determinó la Corte que para identificar el factor de competencia debe acudirse a lo indicado en la demanda, según la cual, el

periódico circuló en la ciudad de Barranquilla donde el diario demandado, con la publicación aludida, produjo un enorme efecto entre los miembros de la familia de los demandantes^{163}.

I) *Prescripción*

El fenómeno de la prescripción de las acciones de responsabilidad se regula por el régimen general de prescripción de las acciones^{164}, que es generalmente de diez años, al tenor del artículo 2536 del Código Civil: “La acción ejecutiva se prescribe por cinco años, y la ordinaria por diez. La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de diez años, y convertida en ordinaria durará solamente otros diez”. No obstante, con frecuencia encontramos términos de prescripción diferentes en muchos tipos de contratos. Así, por ejemplo, el artículo 1181 del Código de Comercio establece dos años para la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros y el artículo 993 igualmente señala dos años para la prescripción de las acciones provenientes del contrato de transporte.

En materia extracontractual hay que distinguir el tipo de responsabilidad: la prescripción de la acción de responsabilidad civil por el hecho ajeno es de tres años contados a partir de la ocurrencia de los hechos, al tenor del artículo 2358 inciso 2º: “Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto”.

Por su parte, la prescripción de las acciones de indemnización de perjuicios por los delitos penales tienen diferente modo de computarse, dependiendo de si la acción civil se ejerce en el proceso penal o fuera de él.

Las acciones populares son imprescriptibles, de acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional que declaró inexecutable la prescripción de cinco años prevista inicialmente en ley 472 de 1998^{165}. Las acciones de grupo, por su parte, prescriben en tres años.

Como se concluye de lo anterior, el régimen diferente en la responsabilidad contractual y extracontractual puede llegar a tener efectos procesales prácticos de suma importancia, que exigen, en consecuencia, determinar claramente qué tipo de acción se está ejerciendo para poder establecer el tipo de prescripción aplicable^{166}.

J) Cláusulas eximentes y limitativas de responsabilidad

Dentro de la libertad contractual, en ocasiones las partes pactan de modo anticipado al incumplimiento del contrato las formas de regular la reparación de los daños que puedan sufrir por los incumplimientos que se presenten. Estas son las denominadas cláusulas de responsabilidad, que según la doctrina pueden dividirse en dos tipos: a) cláusulas relativas a la obligación que al eliminarla afectan necesariamente la responsabilidad y b) las cláusulas relativas a la reparación, dentro de la cuales se incluyen las que exoneran de responsabilidad por daños a una de las partes, y las cláusulas limitativas de responsabilidad que tiene por objeto predeterminar límites y modalidades de reparación^{167}.

La doctrina se ha preguntado: ¿sería posible una cláusula eximente de responsabilidad civil que excluya los daños causados extracontractualmente? El ejemplo clásico en la literatura jurídica es el de un par de vecinos que pueden acordar que si los ganados de uno pasan a los predios del otro y causan daño, no habrá lugar a reparar ningún perjuicio. Los daños así causados tienen origen extracontractual, pero la cláusula pactada los exime de perjuicios.

Barrera y Santos entienden por cláusulas eximentes de la responsabilidad aquellas “por medio de las cuales uno de los contratantes libera al otro de la obligación indemnizatoria de la responsabilidad civil, en eventos más o menos definidos y con aplicación futura”^{168}. La cláusula eximente de responsabilidad es una dispensa de responsabilidad total, mientras que la cláusula limitativa constituye una dispensa parcial.

La dispensa de la culpa futura, en principio es aceptada por la doctrina, cuando no contraría norma de orden público, como ocurre en el caso del contrato de transporte de menores y personas con discapacidad mental en los que el transportador asume la responsabilidad por los daños causados por sus pasajeros bajo su cuidado y se proscribe la exoneración de esta responsabilidad en cabeza del transportador por medio de cláusulas de exoneración (C. de Co., art. 1005)^{169}.

El debate sobre la posibilidad de pactar cláusulas eximentes o limitativas de la responsabilidad en materia extracontractual ha ocupado la atención de la doctrina por mucho tiempo. Cualquier cláusula que busque limitar o dispensar la responsabilidad por los delitos, sería contraria al orden público. En cuanto a los cuasidelitos o culpa, la dificultad que se enfrenta es la de la hipótesis aplicable. Un sector de la doctrina acepta que la cláusula sería válida de acuerdo con dos criterios: 1º) que solo comprenda los daños a las cosas, es decir que no serían válidas para daños a la persona y 2º) que se trate de daños causados por las cosas o personas bajo el cuidado^{170}.

Sobre el particular volveremos más adelante cuando estudiemos los casos en que la víctima puede llegar a recibir menos del daño sufrido^{171}. En todo caso conviene adelantar que las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad se erigen como un límite al principio de la reparación integral del daño que pregonan que “se debe indemnizar el daño, solo el daño y nada más que el daño”, buscando evitar que la reparación sea demasiado gravosa para el deudor^{172}, o que la indemnización se convierta en fuente de enriquecimiento de la víctima.

Como acertadamente lo sostiene Gual Acosta, las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad aportan ventajas en los procesos de negociación y contratación, con particular relevancia en los mercados de seguros pues los hacen factibles desde el punto de vista financiero. Las cláusulas de exoneración o limitación también cumplen importante papel en el derecho de la competencia, como ocurrió en el

transporte marítimo en el que gracias a la presencia de las cláusulas de limitación de responsabilidad se redujeron los fletes favoreciendo a las compañías navieras anglosajonas frente a las competidoras italianas y francesas^{173}.

2. CONSECUENCIAS DE LA DISTINCIÓN ENTRE AMBOS TIPOS DE RESPONSABILIDAD

La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual implica consecuencias teóricas y procesales de suma importancia. Como tuvimos oportunidad de mencionarlo, si bien hay movimientos doctrinales que abogan por la unificación de los dos regímenes de responsabilidad, aceptada en legislaciones de algunos países, la distinción entre responsabilidad contractual y la extracontractual es un hecho contrastable al repasar las normas de nuestro ordenamiento jurídico. La distinción entre una y otra trae consecuencias importantes que conviene tener en cuenta, en especial cuando los hechos generadores del daño están envueltos en medio de contratos, al menos aparentemente, y de hechos *ex delicto* o cuasidelitos.

La Corte Suprema afirmó a este respecto: “Estas diferentes esferas en que se mueven la responsabilidad contractual y la extracontractual no presentan un simple interés teórico o académico ya que en el ejercicio de las acciones correspondientes tan importante distinción repercute en la inaplicabilidad de los preceptos y en el mecanismo probatorio [...]”. En la misma providencia la Corte no desconoce que las semejanzas entre ambas responsabilidades han dado pie para que en la doctrina se propugne un régimen unificado de la responsabilidad contractual y extracontractual. Dice la Corte: “[...] y si bien es cierto que entre los dos órdenes de responsabilidad mencionados no existen en realidad diferencias radicales que justifiquen a cabalidad el tratamiento normativo separado que reciben en el Código Civil, ello no quiere decir que cada uno de dichos regímenes, vistos con la perspectiva que ofrece su ejercicio práctico, no tenga que ser

compaginado con los postulados procesales enunciados en apartes anteriores de estas consideraciones, en particular con el que consagra el requisito de congruencia en las sentencias proferidas en el orden jurisdiccional civil”^{174}.

A) Prohibición de opción entre responsabilidad contractual y extracontractual

La denominada *prohibición de opción* es, en la responsabilidad civil, una de las instituciones que ofrece mayor confusión en su aplicación práctica^{175}. Ya los hermanos Mazeaud en este sentido habían señalado que “pocas cuestiones son tan discutidas y tan oscuras. En otro aspecto, hay pocas que estén tan mal planteadas como ella. Siembra confusión el nombre mismo con que se designa, por tradición, el problema”^{176}.

Aunque a primera vista en nuestro derecho pareciera que es cuestión suficientemente estudiada y decantada^{177}, una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (18 octubre 2005) revive el debate académico sobre este asunto al permitir que la viuda de un paciente fallecido en una clínica reclame en una misma demanda los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados tanto al fallecido como a la cónyuge sobreviviente^{178}.

Al fallo se le acusa de haber dado al traste con la inveterada tradición de la *prohibición de opción*. El propósito de los siguientes apartados es pues, defender la sentencia de la Corte y rebatir el argumento de que con ese fallo citado se abolió la *prohibición de opción* en Colombia. Por el contrario, pretendemos demostrar que la sentencia hace claridad en el debate al establecer correctamente los términos del problema y dar la solución, por demás acertada, a la llamada *prohibición de opción*.

Un articulista del periódico especializado *Ambito Jurídico* de la editorial Legis tituló “Un sorpresivo viraje de la Corte Suprema”^{179} y se quejó de que en este caso la Corte Suprema había dado un inusitado giro en su

jurisprudencia al reconocer que la viuda de Cárdenas Lalinde había podido acumular en un mismo proceso para ejercer la acción de responsabilidad contractual y extracontractual y con este “sorpresivo viraje” la Corte se había “llevado de calle una sólida y bien fundada tradición de doctrina y jurisprudencia sobre el tema”^{180} y en consecuencia se había desconocido la *prohibición de opción* que ha sido columna basal en la tradición de la responsabilidad civil.

El articulista acusó a la Corte de haber generado gran inseguridad jurídica y romper con la tradición jurisprudencial en esta materia sin causa razonable. Con respeto, y en aras del sano debate académico, sentamos nuestra discrepancia por las razones que se exponen adelante. Para centrar los términos del debate jurídico es necesario distinguir los siguientes conceptos:

1º) Los hechos relevantes del caso.

2º) El concepto de prohibición de opción.

3º) Fenómenos conexos de la prohibición de opción y sus diferencias, tales como: a) no cobrar dos veces el mismo daño; b) no formar un híbrido entre las dos formas de responsabilidad: contractual y aquiliana; c) la prohibición del artículo 1006 del Código de Comercio para ejercer la acción hereditaria y la personal que tienen los herederos del pasajero fallecido por incumplimiento del contrato de transporte; d) acción contra un responsable contractual y otro extracontractual, e) la acción civil debe corresponder a la naturaleza de la causa de los daños.

4º) Diferenciar los daños causados a la víctima directa y los daños causados a sus herederos.

5º) La acumulación de acciones y pretensiones como principio general de economía procesal.

a) *El caso concreto*. El problema de la *prohibición de opción* y otros fenómenos conexos lo estudiamos a la luz del caso *Cárdenas Lalinde* fallado por la Corte Suprema de Justicia en 2005. Se trata de un paciente de

edad avanzada que al terminar un examen médico —TAC tomografía de senos paranasales— manifestó encontrarse en buen estado, pero al levantarse de la camilla y dar unos pasos sufrió un mareo y cayó al piso, lo que le produjo severas lesiones que días después lo llevaron a la muerte^{181}. La viuda presentó demanda contra la clínica y la litis se centró en los siguientes términos:

“Como diáfano se advierte, la demandante reclama, de un lado, para la sucesión de Cárdenas Lalinde (*iure hereditatis*), la indemnización del perjuicio moral que su esposo padeció al verse postrado e impedido por causa del accidente, así como los sufrimientos y dolores que lo acongojaron hasta su fallecimiento, y de otro, para sí (*iure proprio*), el perjuicio que personalmente sufrió por causa del fallecimiento de aquél”^{182}.

El debate en el tribunal en segunda instancia y en la Corte se basó en la obligación de seguridad de la clínica con su paciente y en la valoración probatoria de los hechos de la demanda, esto es, si la clínica faltó o no a su deber contractual (obligación de la naturaleza del contrato) de seguridad con su paciente.

b) *Concepto y alcance de la prohibición de opción*. Aunque ambos tipos de responsabilidad civil, la contractual y la extracontractual, participan de los mismos elementos básicos: hecho dañoso, perjuicio y nexo causal entre aquél y este, tienen diferencias que es preciso señalar por las implicaciones procesales importantes de cada una. Los principios del derecho civil y del procedimiento civil le prohíben al perjudicado solicitarle al juez la indemnización de perjuicios de un mismo daño, invocando al tiempo las normas de la responsabilidad civil contractual y de la extracontractual, cuando se trata de asuntos entre las mismas partes. La razón de tal prohibición se encuentra en que un perjuicio no puede tener —en principio— al mismo tiempo dos fuentes: por un lado la inejecución de un contrato válido y ser de origen extracontractual^{183}.

Con la prohibición se pretende evitar que se fusionen o confundan las dos instituciones, dando lugar a que ante un daño causado por la inejecución de un contrato, el perjudicado invoque términos de prescripción, carga de la prueba, etc., propios de la responsabilidad extracontractual, porque en un momento determinado le conviniese a sus intereses; es decir, que el perjudicado no tiene la *opción* de escoger el tipo de responsabilidad: ella está determinada por los hechos.

Esta prohibición, denominada por la doctrina *prohibición de opción*, es formulada^{184} de modo sintético por los Mazeaud de la siguiente manera:

“En esta ocasión se encuentran reunidos los requisitos necesarios para que sea contractual la responsabilidad. La víctima sufre por el incumplimiento de un contrato que ha celebrado. Por lo tanto, tiene la posibilidad de situarse en el terreno contractual. Pero prefiere acogerse a las reglas delictuales. ¿Tiene derecho a ello?; ¿está en libertad para elegir entre la acción delictual y la acción contractual?; ¿dispone de una opción?”^{185}.

Si se permite que el acreedor pueda prescindir del contrato y perseguir la responsabilidad del deudor conforme a las normas de la responsabilidad extracontractual, sería desconocer la fuerza obligatoria del contrato y, aún más, sería desconocer las cláusulas por medio de las cuales las partes pudieran haber eximido o limitado la responsabilidad del deudor. En este sentido la jurisprudencia ha señalado:

“ *La Corte estima propicia la ocasión para reiterar su posición jurisprudencial en torno a las diferencias que, en la esfera jurídica patria, al amparo de la codificación del derecho privado, existen entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, frente a las cuales es necesario destacar que, con respecto al ejercicio de la acción, estas se distinguen, pues «la contractual solo está en cabeza de quienes tomaron parte en el acuerdo o de sus causahabientes, que por la misma razón no pueden demandar por fuera de esa relación jurídica preexistente la indemnización del daño causado por la inejecución de las obligaciones*

acordadas, relación material esta en la que ninguna injerencia tienen los terceros, quienes *porel contrario solo son titulares de acción de responsabilidad nacida de hecho ilícito, de la que también se pueden servir los herederos del contratante afectado por el incumplimiento del acuerdo, cuando la culpa en que incurre el deudor les acarrea un daño personal*» (sent. 19 abril 1993, “G. J .”, ccxxii, pág. 404)”^{186}. (sin bastardilla el original).

Cabe recordar que el Código Civil permite que las partes modifiquen las normas sobre responsabilidad contractual haciendo que el deudor tenga una responsabilidad menor e, incluso, eximiéndolo de responsabilidad^{187}.

c) *Prohibición de opción y fenómenos conexos*. Como indicamos atrás, para una clara comprensión del problema de la *prohibición de opción* es preciso señalar que este es frecuentemente confundido, aun por sentencias de la misma Corte Suprema^{188}, con otros fenómenos conexos, a saber: a) no cobrar dos veces el mismo daño; b) no formar un híbrido entre las dos formas de responsabilidad: contractual y aquiliana; c) la prohibición del artículo 1006 del Código de Comercio de ejercer la acción hereditaria y la personal que tienen los herederos del pasajero fallecido por incumplimiento del contrato de transporte, y d) acción contra un responsable contractual y otro extracontractual.

a’) *Prohibición de cobrar dos veces el mismo daño*. En todo proceso de responsabilidad civil, hay un principio general del derecho que prohíbe cobrar dos veces por un mismo daño, que consulta la lógica y la justicia. Quien ha sufrido un daño causado por un tercero (que debe reparar a la luz del derecho vigente), tiene el derecho a solicitar que se le indemnice ese daño en forma integral, cualquiera sea su naturaleza: patrimonial o extrapatrimonial. Y el derecho le concede una acción de responsabilidad civil, que será contractual o extracontractual dependiendo de la naturaleza de los hechos^{189}.

La acción de responsabilidad civil es una acción para el cobro de perjuicios. Es contractual cuando los daños se causan por el incumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato válido (obligaciones de la esencia, de la naturaleza o accidentales), y es extracontractual cuando no habiendo relación contractual entre las partes, el daño se ha causado por violación del principio general *neminem laedere* (nadie puede causar daño a otro) y en caso tal debe indemnizarlo (C. C., arts. 2341 al 2360).

El cobro doble por un mismo daño se presentaría, por ejemplo si se permitiera que los herederos de un pasajero fallecido cobraran en ejercicio de la acción hereditaria contractual el lucro cesante causado a la víctima (lo que la víctima dejó de ganar durante su convalecencia y lo que hubiera ganado después de muerto de no haber ocurrido el deceso) y a la vez, esos mismos herederos, en ejercicio de la acción personal, cobraran su lucro cesante (lo que dejan de recibir como ayuda económica del fallecido).

b') *Prohibición de integrar un híbrido con las dos responsabilidades.* Las diferencias de origen de la responsabilidad contractual y la extracontractual implican un régimen jurídico específico en el Código Civil para cada una de ellas. En consecuencia, en la demanda o en la sentencia no se pueden mezclar instituciones de una y otra clase de responsabilidad, para estructurar el proceso de responsabilidad civil. Así, sería absurdo aplicar en un mismo caso las prescripciones de la responsabilidad extracontractual y las normas de la mora, propias de la materia contractual; o acudir a las formas de responsabilidad objetiva extracontractual y determinar la competencia del juez aplicando los factores de jurisdicción y competencia de los contratos. Incluso este híbrido no se puede integrar en las hipótesis en que se acepta como excepción la facultad de optar entre una y otra clase de responsabilidad civil.

c') *Prohibición a los herederos de pasajero fallecido. Artículo 1006 del Código de Comercio.* El otro fenómeno jurídico que se debe distinguir es la prohibición que el Código de Comercio (art. 1006) establece en el caso del

contrato de transporte de pasajeros^{190}. En esta hipótesis se prohíbe a los herederos de un pasajero fallecido acumular *simultáneamente* en *un* mismo proceso la acción contractual y la extracontractual de que son titulares. No obstante, el legislador permite que cada acción, la hereditaria contractual y la personal extracontractual, sean ejercidas en procesos separados o sucesivos.

Algunos han visto en esta prohibición la consagración legal de la comentada prohibición de opción, pero en realidad se trata de un fenómeno diferente. Al legislador comercial no le pareció sana la economía procesal y prefirió que el cobro de daños causados al pasajero fallecido y a sus herederos se tramitara en procesos diferentes y nunca en una sola demanda. La verdad, y esto es criticable, no hay razón lógica ni de equidad para tal prohibición, pero mientras subsista el adefesio legal es menester respetarlo en los casos que involucren el contrato de transporte. Cosa diferente, error bastante común, es que algunos quieran aplicar extensivamente esta prohibición a todas las situaciones legales en que cónyuge e hijos sobrevivientes tienen las dos acciones, la contractual y la extracontractual, para el cobro de perjuicios causados a ellos y a su padre o madre fallecidos.

En conclusión, la prohibición de acumular en un mismo proceso la acción contractual del pasajero fallecido y la extracontractual de los herederos está circunscrita únicamente al contrato de transporte. En casos como el del contrato de servicios médicos no hay norma que lo prohíba, por lo que se aplican los principios generales de acumulación de acciones previstas en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

d') *Acción contra un responsable contractual y otro extracontractual.* Otro fenómeno que puede darse es el de una acción contra un responsable que lo es por responsabilidad contractual y otro, un tercero, que es responsable de esos mismos daños por vía extracontractual. Algunos manifiestan que en tal caso existe esta prohibición, pero esto no es correcto. Eso sí se puede hacer; piénsese por ejemplo si un organizador de

espectáculos contrata a un famoso artista para una gira en una ciudad. Toda la campaña publicitaria, arrendamiento de escenarios, equipos, etc., se hacen a expensas del empresario que invierte un dinero para realizar el espectáculo. Un tercero lesiona al artista y por lo mismo éste se excusa y no cumple el contrato al empresario. Nada impide que el empresario demande por daños al artista por incumplimiento del contrato —acción personal de responsabilidad contractual— y al tercero en acción personal de responsabilidad extracontractual por los daños ocasionados sufridos al lesionar al artista y no poder sacar adelante el espectáculo. En todo caso no podrá obtener doble indemnización por el mismo daño.

d) *La acción civil debe corresponder a la naturaleza de los daños.* Otro principio que se deriva de la prohibición de cobrar dos veces el mismo daño es el de que los demandantes deben incoar la acción de responsabilidad propia que les corresponde a la naturaleza de los daños causados. Los daños causados a la víctima fallecida por el incumplimiento de las obligaciones del contrato de prestación de servicios médicos, por ejemplo, se deben cobrar, en consecuencia, en ejercicio de una acción contractual. Los demandantes no pueden *optar* por la vía extracontractual, por considerarla más favorable a sus intereses. De ahí el nombre de *prohibición de opción*; es decir, que el perjudicado no tiene la opción de escoger el tipo de responsabilidad, pues ella está determinada por los hechos.

e) *Daños causados a la víctima-fallecida y parte del contrato y a sus herederos.* El problema de la *prohibición de opción* cobra especial interés si se produce la muerte de una persona y con ella se causa daños a la víctima directa y a sus herederos. Esos daños, que son diferentes y son causados a perjudicados diferentes, generan acciones de responsabilidad diferentes: la acción hereditaria y la acción personal.

Cuando la víctima directa ha sufrido unos daños específicos, la ley le concede una acción propia a la naturaleza de tales hechos en que estos daños se producen, para la reparación de los perjuicios. Como

lamentablemente la víctima ha fallecido y él no puede ejercer sus derechos, su acción de responsabilidad pasa, en las mismas condiciones y términos, a sus herederos. Los herederos, entonces, son titulares de la acción hereditaria, para la reparación de los perjuicios causados al fallecido. Si obtienen la reparación de los perjuicios, ese dinero entra a la masa herencial del causante para cubrir las acreencias que terceros tengan contra la sucesión y el remanente, si lo hubiere, será repartido entre herederos y legatarios en proporción a sus derechos legítimos. La Corte recordó en la sentencia comentada: “Como el paciente falleció sin haber reclamado tal indemnización, transmitió ese derecho a sus herederos, en este caso su cónyuge [...] quien pide para su sucesión. No advierte esta Sala reparo alguno respecto de la posibilidad de transmitir tal derecho”^{191}.

La acción hereditaria será contractual o extracontractual atendiendo a la naturaleza de los hechos. Si la víctima tenía un contrato con el responsable de los daños, entonces la acción es contractual y si es ejercida por los herederos, se denomina *acción hereditaria contractual*; es el caso de los pasajeros fallecidos, o de los pacientes fallecidos por incumplimiento de un contrato de prestación de servicios de salud.

Si la víctima no tenía ninguna relación contractual con el responsable de los hechos, entonces la acción es extracontractual y si es ejercida en su nombre por los herederos para el cobro de los daños causados a la víctima directa, se denomina *acción hereditaria extracontractual*; sería el caso del peatón fallecido en accidente de tránsito.

Entonces, los herederos de una víctima fallecida son titulares de dos acciones: 1ª) la acción *hereditaria*, que puede ser *contractual* o *extracontractual*, y 2ª) una acción *personal* de responsabilidad *extracontractual* para el cobro de los perjuicios sufridos por ellos. Aquí es preciso hacer una distinción: una cosa es ser titular de una acción y otra, muy diferente, el *modo* como se ejerce cada acción.

f) *La acumulación de acciones*. En principio, cuando un demandante es titular de varias acciones contra un mismo demandado, el *modo de ejercerlas* es por medio de la llamada *acumulación de demandas o acumulación de acciones* en un mismo proceso, para ser decididas por el mismo juez usando el mismo procedimiento (ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, art. 88). La pregunta que surge es si este principio general se aplica cuando un demandante es a la vez titular de una acción de responsabilidad civil hereditaria contractual —para el cobro de los perjuicios causados a la víctima fallecida— y de otra acción personal de responsabilidad extracontractual —para el cobro de los perjuicios directos sufridos por los herederos por los mismos hechos y contra los mismos demandados—.

La regla general es la siguiente: las dos acciones se pueden incoar en un mismo proceso, tanto si son contractuales como extracontractuales.^{192}. Ahora bien, el punto en que de ordinario se presenta confusión es este: como los herederos de la víctima fallecida pueden ejercer dos acciones (la heredada del fallecido para el cobro de los perjuicios *causados a él* y la acción extracontractual para el cobro de los perjuicios *causados a ellos*), la pregunta es *si pueden tramitar en un mismo proceso las dos demandas*. La razón para que la ley lo permita es la siguiente: tienen un trámite procesal similar; el proceso lo integran las mismas partes (unos mismos demandantes y unos mismos demandados); hay pruebas comunes, etc. En estos casos, los principios del derecho procesal permiten, no obligan, por economía procesal, tramitar estas dos demandas en un mismo proceso; es lo que se denomina *acumulación de acciones*.

La lógica recomienda este trámite común. No obstante, el derecho exige que en este proceso común de ambas acciones *no se violen otros principios de la lógica y la equidad* como sería que se aprovechara la acumulación de acciones diferentes en cabeza de los herederos, la hereditaria y la personal extracontractual, para cobrar dos veces un mismo daño, que en sana lógica

y en derecho es un despropósito que siempre se ha de evitar. Cuando por falta de técnica procesal el demandante, al invocar en su demanda la acción contractual pide la indemnización por daños causados a la esposa e hijos, verbigracia el daño moral sufrido por ellos, incurre en una típica violación de la prohibición de opción y su acción está condenada a fracasar, pues no se puede invocar el incumplimiento de obligaciones contractuales con la víctima fallecida y pedir con fundamento en ello, los daños causados al cónyuge e hijos sobrevivientes. Si se reclaman los perjuicios causados a cónyuge e hijos se debe señalar claramente en la demanda que se lo hace en ejercicio de la acción propia, que es la extracontractual.

En esa misma demanda *pueden acumular otra acción* y pedir que el demandado pague los daños causados a la víctima fallecida —insistimos que son diferentes de los causados a su cónyuge e hijos sobrevivientes— en ejercicio de la acción de responsabilidad civil contractual que la víctima hubiera ejercido en caso de haber sobrevivido y que ahora, en su nombre o en nombre de la sucesión, ejercen los herederos como continuadores jurídicos del fallecido.

Precisamente en ese sentido se falló en el caso *Cárdenas Lalinde*. Al casar la sentencia proferida el 14 de marzo de 2000, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y revocar la correspondiente del juzgado civil del circuito, la Corte condenó a la sociedad demandada a pagar a la sucesión del paciente fallecido la suma de ocho millones de pesos (\$ 8.000.000) m/cte., por concepto de “los perjuicios morales que este padeció” solicitados en ejercicio de la acción hereditaria contractual que intentó la viuda.

En cuanto hace a los perjuicios personales reclamados en ejercicio de la acción personal extracontractual por la demandante, la Corte condenó a la sociedad demandada a cancelarle a la viuda del paciente fallecido, “la cantidad de quince millones de pesos (\$ 15.000.000) m/cte., como indemnización por los perjuicios morales *que le fueron causados*

directamente en los hechos aquí debatidos”^{193}. (sin bastardilla el original). La Corte igualmente reconoció a la viuda el lucro cesante sufrido por ella con la muerte de su esposo y desestimó el daño emergente, por falta de prueba válida en el proceso.

Como se ve, si los herederos saben precisar en la demanda la acción que ejercen y los daños que cobran en ejercicio de cada acción, no hay ninguna razón para que no puedan ejercer ambas acciones en un mismo proceso judicial. La Corte, en tono clarificador, se adelanta a las posibles críticas, infundadas en nuestro concepto, de que está permitiendo la opción, que como hemos dicho está prohibida:

“Y no [advierte la Corte], hay que decirlo sin ambages, que esa acumulación de pretensiones violente las reglas procesales que regulan la materia y, mucho menos, las sustanciales que gobiernan la responsabilidad civil. No estas últimas porque si bien los hechos que soportan ambas reclamaciones fueron los mismos, los daños no lo son; *la demandante está cobrando dos perjuicios distintos mediante sendas «acciones» de las cuales es titular, tampoco ha confundido el objeto de cada pretensión, toda vez que contractualmente está cobrando el perjuicio sufrido por su causante y extracontractualmente el personal*. Por lo demás, no se advierte que en asuntos como el de esta especie exista norma que impida esa modalidad de acumulación de pretensiones ni ella repulsa las prescripciones del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil que regulan la materia”^{194}. (sin bastardilla el original).

Lo que las partes y el juez deben vigilar celosamente es que no se utilice esta acumulación de pretensiones para que se violen tres principios que son inquebrantables: 1º) que por esta vía los demandantes no estén cobrando dos veces el mismo daño; 2º) que no estén cobrando daños que se cobran por la vía contractual, ejerciendo la extracontractual o viceversa, y 3º) hacer un híbrido, producto de la mezcla de las dos acciones. En el segundo caso se estaría violando el principio que *prohíbe la opción*, que la jurisprudencia

y la doctrina han sentado como principio de la responsabilidad civil. Es cierto y así debe seguir siendo, que los demandantes no pueden escoger a su antojo o capricho el tipo de acción para el cobro de unos perjuicios. No pueden cobrar daños causados por incumplimiento de obligaciones contractuales por la vía extracontractual, porque ésta en un momento determinado les parezca más favorable por su régimen probatorio, carga de la prueba, prescripciones, etc. Los daños causados, por regla general solo se pueden cobrar en ejercicio de la acción civil de responsabilidad, contractual o extracontractual, atendiendo a la naturaleza de los hechos y no sometidos a la potestad de los demandantes.^{195}.

La prohibición de opción, que consiste en que ningún perjudicado puede escoger el tipo de acción de responsabilidad civil para el cobro de sus perjuicios, exige que se ha de ejercer la acción civil que corresponda atendiendo al tipo de daño que va a cobrar: si propios, siempre la acción personal, si daños causados a la víctima fallecida, será siempre hereditaria.

Por la naturaleza del proceso civil, nuestra legislación le exige al juez que la sentencia sea congruente con las pretensiones de la demanda y los hechos, de modo que si se invocare una pretensión de condena con fundamento en una responsabilidad contractual y en el proceso no resultaren probados todos sus supuestos, el juez ha de absolver al demandado, así se acrediten los supuestos de una responsabilidad aquiliana si esta no ha sido invocada como pretensión dentro de la demanda.^{196}.

g) *Excepciones al principio de la prohibición de opción.* Aunque de manera estricta no constituyen excepción a la prohibición, la doctrina señala casos en los que sí puede haber facultad para el perjudicado de escoger entre la vía contractual o la extracontractual, porque de modo simultáneo hay una fuente aquiliana y otra contractual.

Señala García Valdecasa, como supuestos de hecho necesarios para que pueda hablarse *de concurrencia de acciones* de resarcimiento y

consiguiente derecho del perjudicado a optar por cualquiera de ellas, los siguientes:

“1) Que el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro, es decir, violación de un deber con abstracción de la obligación contractual que se daría aunque esta no hubiese existido. Se excluyen aquellos hechos acaecidos *con ocasión* de la ejecución de una obligación contractual, pero no dentro o en el marco de ella [...] Por ejemplo el pintor, que aprovecha su estancia en su lugar de trabajo para sustraer objetos de propiedad de quien le contrató.

”2) El perjudicado por efecto de la doble infracción (contractual y delictual) ha de ser la misma persona, es decir, el acreedor contractual. Porque si el incumplimiento del contrato causa daño también a un tercero extraño a la relación contractual, entonces se acumularán dos responsabilidades sobre el deudor: la contractual frente al otro contratante y la delictual frente al tercero, y la posibilidad de una opción queda entonces descartada.

”3) Por último, es también necesario que la doble infracción haya sido cometida por la misma persona, el deudor contractual, porque si en la producción del daño ha colaborado un tercero extraño al contrato, el perjudicado podrá dirigirse, contra los dos, si bien no podrá obtener dos veces la reparación del mismo daño”^{197}.

En aplicación de estos principios que permiten la opción por vía excepcional, encontramos los siguientes: incumplimiento del contrato que a la vez es delito penal y los casos de terceros subadquirentes en la acción que tienen contra el productor o vendedor inicial. Veámoslos.

a’) *Incumplimiento del contrato tipificado como delito penal*. Cuando la conducta del causante del daño es simultáneamente una acción tipificada por el ordenamiento legal como delito y constituye un incumplimiento de una obligación nacida de un contrato, la doctrina ha entendido que en esta

hipótesis, sí puede el perjudicado optar por una u otra responsabilidad. La razón es lógica, ya que se dan por un lado todos los presupuestos de la responsabilidad contractual [el daño ha sido causado por una parte a otra por incumplimiento de alguna(s) de las obligaciones del contrato válidamente celebrado]. Tal es el caso, por ejemplo, del arrendatario que con dolo incendia la cosa dada en arriendo. Esa conducta es delito (acción de responsabilidad civil extracontractual) y a la vez constituye incumplimiento de obligaciones específicas nacidas del contrato^{198}. O el caso de las lesiones o muerte causadas por el incumplimiento del contrato de transporte de pasajeros.

b') *Acción del subadquirente contra el deudor inicial.* Cuando en una cadena contractual, un tercer adquirente de una cosa sufre daños por la cosa adquirida, en primer lugar tiene la acción contractual contra la contraparte por haberle incumplido la obligación, pero como no tiene vínculo contractual con la primera persona su acción es aquiliana. El típico caso se da en el caso de los consumidores frente a los productores. Muchas veces el consumidor final tiene la acción contractual contra el vendedor, de quien adquirió la cosa, pero puede también reclamar contra el fabricante con quien no tiene en estricto sentido un vínculo contractual.

El nuevo Estatuto del Consumidor (ley 1480 de 2011) consagra claramente como derecho del consumidor o usuario (se entiende incluido en el concepto de consumidor el de usuario conforme al art. 5° num. 3 del nuevo Estatuto), el de reclamación, que lo faculta para ir directamente ante el productor, proveedor o prestador para obtener la reparación integral, oportuna y adecuada de todos los daños sufridos. Así las cosas, se garantiza el acceso a las autoridades judiciales o administrativas para el mismo fin, actuando personalmente o por medio de representante o apoderado.

En ese orden de ideas, tanto productor como expendedor serán responsables solidariamente por los daños ocasionados por los defectos de sus productos, sin perjuicio de las acciones de repetición que se generen

(art. 20 del nuevo Estatuto). En cuanto a la determinación de responsabilidad por los daños ocasionados por el producto defectuoso, el nuevo Estatuto es claro en su artículo 21, pues establece que el afectado tendrá que demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre éste y aquél sin tener que demostrar en ningún momento la culpa del productor, proveedor o prestador, con lo cual se evidencia la inclusión de una responsabilidad objetiva a favor del consumidor o usuario, pues el demandado sólo podrá exonerarse de responsabilidad si demuestra una causa extraña.

Lo anterior ha sido previsto en el nuevo Estatuto a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, en procura de contrarrestar el desequilibrio contractual que se presenta en la mayoría de estos tipos de contratos.

h) *La prohibición de opción a la luz de la Constitución.* Ya se afirmó que el demandante debe precisar muy bien la acción de responsabilidad civil que invoca para cobrar sus perjuicios, pues un error en la técnica de la demanda puede llevar al fracaso sus pretensiones.

No obstante, adviértase que a la luz de nuestra Constitución (art. 228), que establece el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimiento, los jueces deben evitar, en la medida de lo posible, desechar las pretensiones de reparación por sujetarse a rigorismos civilistas de corte decimonónico. En este sentido es significativo el fallo de la Corte Suprema de Justicia en el que reconoció que un pasajero herido en un accidente de tránsito que había invocado equivocadamente en su demanda las normas de la responsabilidad extracontractual sí tenía derecho a la reparación por vía contractual, al interpretar la demanda con fundamento en los hechos del accidente^{199}.

La Corte casó la sentencia del tribunal que había rechazado las pretensiones del demandante porque “se equivocó al plantearlas dentro del

ámbito de la responsabilidad civil extracontractual pese a que ésta difiere sustancialmente de la de tipo contractual, pertinente para el asunto”^{200}.

La Corte recordó que el objeto del procedimiento es hacer efectivos los derechos reconocidos por la ley sustancial, de acuerdo con el artículo 4° del Código de Procedimiento Civil y el 228 de la Constitución, que consagra como principios explícitos de la administración de justicia en Colombia, la prevalencia del derecho sustancial y el derecho a una tutela judicial efectiva.

Expuso la Corte que la demanda debe “examinarse no insularmente, sino armonizándola con sus razones fácticas y jurídicas” y que son los hechos los que delimitan la *causa petendi* y hacen parte de la elaboración de la congruencia de la sentencia^{201}.

Pide la Corte a los jueces aplicar la Constitución y las leyes adecuadas al caso concreto, así las invocaciones de derecho hechas por las partes sean erradas, pues “el juez está compelido a aplicar la norma correcta^{202}, haya sido o no denunciada por la parte”. En el caso que comentamos, la Corte encontró que en la demanda simplemente se narraron los hechos sin calificar si tales daños provenían de un incumplimiento contractual o extracontractual, pero de su lectura se concluye que obviamente fueron producto del incumplimiento del contrato de transporte al no llevar sanos y salvos al lugar de destino a los pasajeros, lo que le permite al juez condenar a la indemnización dándole la denominación correcta. El texto pertinente de la sentencia dice:

“[...] en ninguna parte del texto del libelo introductorio se bautizó o se le puso nombre a las pretensiones formuladas, sino que simplemente se pusieron a consideración del fallador los hechos antes mencionados, los cuales sin ningún esfuerzo muestran que las pretensiones tienen su génesis en el incumplimiento del contrato de transporte por parte de la empresa demandada.

”Es más, aun en el evento de una denominación incorrecta, dicha circunstancia no tenía porqué repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes, definir el derecho en conflicto: *iura novit curia*”^{203}.

La Corte, al flexibilizar la interpretación de la demanda o al darle el sentido correcto de acuerdo con los hechos al amparo del citado artículo 28 de nuestra Constitución, no abolió la prohibición de opción. Por el contrario, la reafirmó, pues si el demandante yerra en la calificación de la naturaleza de la acción indemnizatoria llamándola extracontractual siendo contractual o viceversa, el juez debe decidir cuál es la correcta y en su caso aplicar las normas propias de la responsabilidad de que se trate. Si el juez concluye que la demanda invoca la responsabilidad extracontractual, pero en verdad es contractual, ha de resolver la indemnización al tenor de la responsabilidad nacida de los contratos y aplicar los criterios de extensión de perjuicios, prescripciones si las hubiere, mora, etc. Como se ve, la reconducción del caso a la vía correcta es una expresión más de la imposibilidad jurídica de optar por una u otra forma de responsabilidad.

i) *Conclusión sobre la prohibición de opción.* Analizada así la prohibición de opción en nuestro país, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1º) El principio de la *prohibición de opción* sigue vigente en nuestro derecho, pues no pueden los demandantes escoger entre la responsabilidad contractual o extracontractual para el cobro de sus perjuicios. La acción de responsabilidad civil está determinada por la naturaleza de los hechos y por la relación entre las partes.

2º) Rige el principio de que no se puede cobrar dos veces el mismo daño y sí acumular en un mismo proceso la acción hereditaria contractual y la personal extracontractual para el cobro de los respectivos daños causados a la víctima fallecida y a sus sucesores, siempre y cuando se observen los siguientes criterios: a) la demanda ha de presentarse de forma técnica que

permita dilucidar con claridad que no se está violando el principio de prohibición de opción, esto es cobrar perjuicios que corresponden a la acción contractual al invocar la acción civil de responsabilidad extracontractual, o viceversa; b) que las partes no cobran dos veces un mismo perjuicio, y c) que no se trate de un contrato de transporte, pues en este caso subsiste la anacrónica restricción del artículo 1006 del Código de Comercio que la prohíbe. A los herederos del pasajero fallecido solo les queda intentar las dos demandas, simultáneas o de forma sucesiva, en las que tampoco se podrán cobrar dos veces un mismo daño ni invocar equivocadamente la acción de responsabilidad civil correspondiente.

3º) El artículo 228 de la Constitución Política que establece la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal cumple un papel muy importante en la aplicación de la responsabilidad civil y en muchos casos permitirá al juez interpretar la demanda y corregir errores de derecho que planteen las partes al no invocar la acción civil de responsabilidad en que fundan sus pretensiones resarcitorias.

4º) Sorprende, en el principio de la prohibición de opción que las dos excepciones sean los casos más frecuentes. En los casos de pasajeros lesionados o fallecidos durante la ejecución del contrato de transporte se dan todos los elementos necesarios para aplicar la excepción a la prohibición de opción, pues de ordinario hay simultáneamente un incumplimiento contractual del transportador de llevar sanos y salvos a los pasajeros y un delito penal de tipo culposos, por las lesiones o muerte causada. Por lo anterior, el pasajero lesionado sí tiene la opción de invocar la vía contractual o la aquiliana, a su elección, por operar la excepción.

Por último, reiteramos que en el caso *Cárdenas Lalinde* la Corte no dio un viraje sorpresivo en la aplicación del principio de *prohibición de opción* ni el fallo se ha “llevado de calle una sólida y bien fundada tradición doctrinaria y jurisprudencial”^[204]. Por el contrario, este caso reitera

jurisprudencia en la materia y confirma los criterios mayoritarios de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera.

Como se ve, *la prohibición de opción*, por su carácter técnico, puede resultar asunto bien complejo, pero ningún operador del derecho puede marginarse de conocerlo en profundidad y saberlo distinguir de fenómenos conexos.

CAPÍTULO SEGUNDO

CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y SUS ESPECIES

Sección I.

—Marco jurídico de la responsabilidad civil en Colombia

La obligación de reparar en la responsabilidad extracontractual la regulan los artículos 2341 al 2360 del Código Civil colombiano. Estos diecinueve artículos contienen todos los principios de la responsabilidad extracontractual que rigen en el derecho colombiano. Como características fundamentales pueden señalarse las siguientes:

1. EXISTENCIA DE UN PRINCIPIO GENERAL DE RESPONSABILIDAD CON CULPA

En primer lugar, el legislador colombiano establece un principio general de responsabilidad por el hecho propio cuando se ha obrado con dolo o culpa y esta conducta ha causado un daño (C. C., art. 2341). A diferencia del antecedente romano en el que la responsabilidad civil era típica, esto es, solo se daba en los casos previstos expresamente, nuestro derecho contiene un principio general, según el cual cualquier hipótesis de conducta imaginable que cause daño a terceros, por dolo o culpa, hace surgir la obligación de reparar, por lo que puede afirmarse que la culpa está consagrada en nuestro derecho como principio general de responsabilidad,

esto es, todo daño causado con culpa debe ser indemnizado y solo excepcionalmente se admiten formas de responsabilidad objetiva, sin culpa.

No obstante, nuestra jurisprudencia ha reconocido la existencia de la responsabilidad objetiva por el ejercicio de actividades peligrosas en la interpretación reiterada que la Corte Suprema de Justicia ha hecho del artículo 2356 del Código Civil, desde 1938^{1}.

2. HAY UN PRINCIPIO GENERAL DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO

No solo se es responsable por la conducta propia que causa daños, sino también ante la víctima o los perjudicados por los daños que personas que están bajo nuestra guarda o cuidado causen a terceros, como ocurre con los dependientes, los hijos, etc. (C. C., art. 2347). A esta forma de responsabilidad en ocasiones se le denomina indirecta y comúnmente *por el hecho ajeno* y consiste en una presunción de culpa en contra de quien tiene a su cargo la persona subordinada bajo su autoridad.

3. EXISTENCIA DE UNA CAPACIDAD PROPIA PARA LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

La capacidad de cometer delito o culpa es un presupuesto en materia de responsabilidad civil. Nuestro código civil la establece en materia de responsabilidad extracontractual a partir de la edad de diez años, sin distinguir entre varón o mujer. En el artículo 2346 se lee: “Los menores de diez años y los [dementes] ^{1bis} no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudieren imputárseles negligencia”.

En este caso se rompe la unidad de nuestro código cuando se estableció para los demás aspectos la clasificación de las personas en infante, impúber,

menor adulto y mayor de edad ^[2]. se estimó que los varones alcanzaban la pubertad a los catorce años y las mujeres a los doce años.

El antecedente de la capacidad para cometer delitos o culpas lo encontramos en la *lex Aquilia* en la que se respondía por todos los actos ilícitos cuando se llegaba a la *impubes pubertati proximi*, esto es a las puertas de la pubertad, un estado intermedio entre la infancia y la pubertad^[3].

En el derecho romano la pubertad se determinaba en los casos concretos por la *inspectio corporis*, pero desde la época imperial, conforme a un criterio adoptado por los proculeyanos, se estableció la presunción de los doce y catorce años, para mujer y varón, respectivamente. Los impúberes se clasificaban en *impúberes infantia maiores e impúberes pubertati proximi*.

A los *pubertati proximi* se les consideraba capaces de algunos actos delictivos^[4]. En el *Digesto* pueden leerse comparaciones ilustrativas que hacen clara la distinción entre el infante y el impúber para efectos de la obligación de reparar los daños:

“Y por consiguiente preguntamos: si un loco hubiese causado daño, ¿se aplica la acción de la ley Aquilia? Pegaso lo negó, porque ¿qué culpa tiene el que no es cuerdo? Y esto es certísimo. De ahí que cesará en este caso la acción de la *lex Aquilia*, como cesa si un cuadrúpedo hubiese causado daño o si cayere una teja. Si hubiese causado el daño un infante, deberá decirse lo mismo, pero si lo hubiese hecho un impúber, dice Labeón que toda vez que se obliga por el hurto, queda obligado también por la *lex Aquilia*. Y opino que esto es cierto con tal que sea capaz de discernir la injusticia” (*Digesto*, 9, 2, 5, 2).

En la adaptación del texto chileno de Bello para Colombia se modificó el sistema de edades del Código (de siete años), y se tomó el antecedente romano de edad intermedia entre infante menor y púber al modo como las *Siete Partidas* habían incorporado el precedente romano. En las *Siete Partidas* (Part. 7, ley 3 inc. 1º, ley 5 inc. 2º)^[5] se estableció como

capacidad para cometer delito o culpa la edad de diez años y medio. El texto colombiano suprimió los seis meses adicionales y lo fijó en diez años de edad.

En relación con la discapacidad mental, se define que la persona que la tenga es incapaz de cometer delito o culpa y por lo mismo no está obligada a reparar, pero las personas que la tienen bajo su cuidado deben asumir la reparación de los perjuicios causados por ella de modo directo, si pudiere probárseles culpa o dolo en su obligación de cuidado de la persona en situación de discapacidad mental.

El exigir capacidad para cometer *delito o culpa* en nuestro derecho es consistente con el principio de que la responsabilidad es, por regla general, subjetiva. La norma también es consecuente al equiparar al menor de diez años con la persona con discapacidad mental, pues en ambos casos ninguno tiene capacidad plena para comprender su conducta y, por lo mismo son incapaces de cometer delito o culpa.

La obligación del ebrio de reparar los daños causados, prescrita en el artículo 2345 del Código Civil (“El ebrio es responsable del daño causado por su delito o culpa”), es la aplicación en el derecho civil del principio de las acciones libres en la causa (*actiones liberae in causa*). Por las acciones *liberae in causa* no se exculpa de responsabilidad a aquellas personas que libremente se pusieron en un estado de ebriedad que no les permitió el ejercicio pleno y correcto de la voluntad y la razón. No sobra advertir que el término ebriedad se ha de entender en todas aquellas formas en las que el causante del daño con anterioridad a la conducta dañosa se puso libremente en estado de cierta enajenación mental transitoria, por cualquier tipo de drogas o procedimientos.

Con el fin de no dejar desprotegidas a las víctimas de los daños causados por los incapaces (personas con discapacidad mental o por lo menores de diez años), el Código concede acción civil de responsabilidad contra las personas “a cuyo cargo estén dichos menores o personas con discapacidad

mental, si a tales personas pudiere imputárseles negligencia”. Es decir, que sobre los cuidadores o guardianes de los incapaces se puede establecer una responsabilidad directa, por el hecho propio, si se logra demostrar una negligencia en el cuidado de esos incapaces que fue la causa de que provocaran el daño.

4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL ES PREPONDERANTEMENTE JURISPRUDENCIAL

Con independencia del llamado activismo judicial en boga, en especial en los casos de los jueces constitucionales, la responsabilidad civil históricamente es una de las áreas del derecho que más ha sido desarrollada por la jurisprudencia. Si bien nuestro sistema jurídico es de tinte napoleónico, y en él la ley escrita pretende agotar el derecho, en materia de responsabilidad civil la realidad es otra. Escasos diecinueve artículos del Código Civil colombiano han sido desarrollados por la jurisprudencia creando nuevo derecho a lo largo de más de cien años. Nada dice el Código Civil sobre el daño moral o el daño fisiológico ni sobre el daño o la alteración de las condiciones de existencia; tampoco hay en su redacción e interpretación literal espacio para la llamada responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas. No hay en el Código una distinción entre las personas jurídicas y naturales para regular la responsabilidad de las personas que están bajo su cuidado. Es más, muchos desarrollos de la jurisprudencia riñen en sentido estricto con las palabras y el espíritu del Código en materia de responsabilidad civil; pero esas viejas normas, con sus principios perennes y a la luz de nuevas interpretaciones han dado pie para crear nuevas figuras y ampliar el campo de la responsabilidad civil.

En consecuencia, para conocer en profundidad la responsabilidad civil es necesario conocer la jurisprudencia, que en esta materia es cada vez más fecunda. Esto nos lleva a un problema aún mayor que escapa al objeto de este libro: el de la teoría de la interpretación con todo lo que ella supone (una teoría del sistema jurídico, una teoría de las fuentes del

derecho, la consideración de la jerarquía de normas, principios, valores y fines que persigue un ordenamiento jurídico, para determinar en cada caso concreto lo justo)^{6}.

Sección II.

—Clases de responsabilidad civil

No obstante el principio general de responsabilidad con culpa, el Código Civil contiene disposiciones especiales para ciertos tipos de responsabilidad que complementan o modifican el régimen general establecido en el artículo 2341. Esto se explica porque el Código conservó la tradición de los tipos de responsabilidad civil del derecho romano, paralelo con un principio general de responsabilidad, generándose así un sistema atípico y en cierta forma incoherente. Entonces existe responsabilidad por el hecho de las personas que están bajo nuestro cuidado; responsabilidad por ciertas cosas (edificios y objetos que caen de ellos); responsabilidad por animales, fieros o no, y la responsabilidad por las actividades peligrosas.^{7}

sin perjuicio de que más adelante tratemos a espacio cada tipo de responsabilidad civil que trae el Código, señalamos a continuación las principales clases de responsabilidad civil extracontractual:

- a) Responsabilidad por el hecho propio, probando la culpa (C. C., art. 2341).
- b) Responsabilidad por el hecho ajeno, con culpa presunta (C. C., art. 2347).
- c) Responsabilidad por las cosas y los animales, fieros o no (C. C., arts. 2353 y 2354).
- d) Responsabilidad por ruina de edificios y objetos que caen de ellos (C. C., arts. 2350 y 2355).
- e) Responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, como un caso de responsabilidad objetiva (C. C., art. 2356).

1. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO (C. C., ART. 2341)

Puede afirmarse que el artículo 2341 del Código Civil consagra el principio general de responsabilidad civil en el que todo daño causado, por culpa o dolo, debe ser indemnizado por el que realizó la conducta. Los elementos de la responsabilidad deben ser probados: la conducta, la culpa o dolo, el daño y el nexo causal. El texto del Código Civil dice así:

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

2. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO (C. C., ART. 2347)

Además del principio de responsabilidad por la culpa propia (C. C., art. 2341), el Código Civil estableció un principio de responsabilidad para todas aquellas personas que tienen bajo su guarda o cuidado a otras, cuando ellos causan daños a terceros. Tal el caso de la responsabilidad de los padres por sus hijos menores, los tutores por sus pupilos, los directores de los colegios por los alumnos, etc. (C. C., art. 2347). Comúnmente esta responsabilidad se denomina responsabilidad por el hecho ajeno y en ella se establece una presunción de culpa en contra de quien tiene a su cargo la persona subordinada bajo su autoridad.

A esta forma de responsabilidad en ocasiones se le denomina indirecta. No solo se es responsable jurídicamente por los propios actos sino que también se responde por los daños causados por las personas que están legalmente bajo nuestro cuidado, tutela o dependencia. Para que se dé la responsabilidad por el hecho de otra persona bajo cuidado, el subordinado debe ser capaz de cometer culpa aquiliana y haber causado un daño a un tercero durante la vigencia de la obligación de cuidado. Así, el padre de familia es responsable del hijo menor que habita en su casa.

Las normas que regulan este tipo de responsabilidad se establecieron con la finalidad de que las víctimas, gracias a la presunción de culpa sobre el civilmente responsable, padres, tutores, etc., sean garantizadas de la indemnización a que tienen derecho por los actos dañosos del directamente responsable. Esa presunción legal de culpa contra el civilmente responsable y a favor de la víctima se puede desvirtuar si se prueba diligencia y cuidado en la vigilancia del subordinado, caso en el cual se exonera de responsabilidad civil frente al tercero. El texto de la norma dice:

“Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”.

Inciso 2°. *Modificado. Decreto 2820 de 1974, art 65.* “Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

”Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado”.

Inciso 4°. *Derogado. Decreto 2820 de 1974, art. 70.* “Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.

”Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”^[8].

3. RESPONSABILIDAD POR LAS COSAS (C. C., ARTS. 2353, 2354, 2350, 2351 Y 2355)

La responsabilidad por las cosas, llamada impropriamente así pues en sentido estricto solo la persona puede responder de su conducta, comprende algunos casos expresos en el Código Civil en que el daño es causado de manera directa por cosas, animadas (animales) o inanimadas (ruina de

edificios y objetos que caen de ellos), que están bajo la tutela o guarda de una persona.

En Colombia no hay un régimen general de responsabilidad por las cosas. Esta solo se da en los casos tipificados en los artículos referidos. Los daños causados con concurrencia de cosas diferentes se han de enmarcar en los principios generales de responsabilidad por el hecho propio o, en su caso, por el ejercicio de actividades peligrosas, si puede calificarse de tal la actividad desplegada por el guardián de las cosas peligrosas.

En los casos de responsabilidad por las cosas, el juicio de reproche consiste en que el guardián de la cosa ha faltado a la obligación legal de cuidar, o de vigilar, que las cosas bajo su cuidado no causen daño a terceros. El daño causado por la cosa puede proceder de su operación natural, como el ganado que se come el sembrado del vecino; o por acción de leyes físicas como la gravedad que desprenden partes u objetos de los edificios. En ambos casos, se está obligado a la indemnización correspondiente. Daños causados a terceros en que intervengan cosas diferentes de las materias reguladas en el Código Civil no caen dentro del tipo de responsabilidad por las cosas. En este caso la responsabilidad del causante del daño se podrá deducir por otras especies de responsabilidad, bien sea el hecho propio como principio general o el caso de actividades peligrosas, siempre que la cosa involucrada en el hecho dañoso tenga esa categoría. La responsabilidad por las cosas se clasifica tradicionalmente en dos tipos:

A) Cosas inanimadas

Nuestro estatuto civil contempla, de modo taxativo, los casos de ruina de los edificios (C. C., arts. 2350, 2351) y la caída de objetos de los mismos (*ibid.*, art. 2355).

“El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.

”No habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto.

”Si el edificio perteneciere a dos o más personas proindiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio” (*ibid.*, art. 2350).

“Si el daño causado por la ruina de un edificio proviniera de un vicio de construcción, tendrá lugar la responsabilidad prescrita en la regla 3a del artículo 2060” (*ibid.*, art. 2351).

“El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable esta sola.

”Si hubiere alguna cosa que de la parte superior de un edificio o de otro paraje elevado, amenace caída o daño, podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien perteneciere la cosa, o que se sirviere de ella, y cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción” (*ibid.*, art. 2355).

B) *Cosas animadas*

El Código sigue en esta materia una larga tradición en las legislaciones arcaicas que regulan el régimen de responsabilidad de los dueños o tenedores de animales que causan daños a terceros. Nuestro Código distingue si el daño se causa por animales fieros o no fieros para darle un tratamiento diferente (C. C., arts. 2353 y 2354).

“El dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aun después de que se haya soltado o extraviado, salvo que la soltura, extravío o daño no puedan imputarse a culpa del dueño o del dependiente, encargado de la guarda o servicio del animal.

”Lo que se dice del dueño se aplica a toda persona que se sirva de un animal ajeno; salva su acción contra el dueño si el daño ha sobrevenido por una calidad o vicio del animal, que el dueño con mediano cuidado o prudencia, debió conocer o prever, y de que no le dio conocimiento” (ibid., art. 2353).

“El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído” (ibid., art. 2354).

4. RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS (C. C., ART. 2356)

Nuestra jurisprudencia ha desarrollado este tipo de responsabilidad objetiva con fundamento en la interpretación del artículo 2356 del Código Civil para deducir obligación de indemnizar los daños que se causen a las víctimas cuando interviene, de parte del agente, el ejercicio de lo que se llama una «actividad peligrosa», circunstancia en la que se exige a las víctimas probar una culpa del guardián para obtener su indemnización. Los presupuestos son:

A) Conducta

Que el demandado haya ejercido una actividad peligrosa, y que sea el guardián, es decir la persona que ostenta el control de la actividad peligrosa. se entiende que hay actividades peligrosas cuando en un trabajo se emplean cosas o energías o actividades con un alto riesgo de generar daños a terceros, tales como las que se relacionan con vehículos, ferrocarriles, energías eléctrica, atómica, etc.

B) Daño

Como elemento esencial a todo tipo de responsabilidad debe acreditarse el daño material o patrimonial y el inmaterial o extrapatrimonial que se busca resarcir.

C) Nexo causal

Que el daño sea causado por el peligro propio de la actividad peligrosa. Que la víctima sea extraña a la causa del daño; es decir, que no se le pueda imputar a ella o a un tercero como causas exclusivas del accidente que causó el daño.

Establecidos esos supuestos el derecho colombiano, por de la vía jurisprudencia, ha establecido una presunción de responsabilidad en el agente de la actividad peligrosa que no se puede desvirtuar, como las otras presunciones, con acreditar la buena diligencia y cuidado. probado que el daño fue causado por la actividad peligrosa, su guardián únicamente podría exonerarse de responsabilidad si prueba lo que se denomina una “causa extraña”, es decir si prueba fehacientemente que el daño realmente se causó por cualquiera de los siguientes hechos: fuerza mayor; hecho exclusivo de un tercero, o hecho exclusivo de la víctima. Como no se tiene que probar que en el ejercicio de la actividad peligrosa el guardián actuó con algún tipo de culpa o imprudencia, a esta responsabilidad se le *incluye* dentro de las denominadas formas de responsabilidad objetiva.

La norma que sirvió de fundamento a la jurisprudencia para estructurar este tipo de responsabilidad establece (C. C., art. 2356):

“por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta.

”son especialmente obligados a esta reparación:

”1º) El que dispara imprudentemente un arma de fuego;

”2º) El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.

”3º) El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino”.

PARTE_SEGUNDA

TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

CAPÍTULO PRIMERO

LA EXPANSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Sección I.

—La responsabilidad civil es un derecho en expansión

La responsabilidad civil en Colombia se caracteriza por ser un derecho en expansión o, como dice el jurista argentino Carlos Alberto Gherzi: “El derecho es otro y especialmente lo atinente a la responsabilidad civil”^{1}. En igual sentido, el profesor español Luis Díez-Picazo enseña que el derecho de la responsabilidad civil se encuentra en un momento muy sensible de indefinición por la significativa expansión que sufre debido a las múltiples convergencias de teorías jurisprudenciales y doctrinales^{2}.

El juez argentino, ante el fenómeno de la expansión como un hecho irrefutable y expresando cierta preocupación por el desbordamiento que esta tendencia viene presentando, se pregunta: “Pero, ¿es correcta la extensión desmesurada de la responsabilidad civil?; ¿la hipertrofia de la responsabilidad civil puede dar una solución verdadera y sustentable a la siniestralidad creciente de la vida moderna?”^{3}.

Esos cambios de paradigmas de la responsabilidad civil conforme a los cuales muchos jueces y doctrinantes, bien intencionados, afirman de palabra u obra que todo perjuicio debe ser indemnizado, reúna o no el caso los presupuestos de la responsabilidad civil, Marcelo López Meza los denomina “ideología de la reparación” en la que se da una marcada protección a los demandantes (víctimas) con desconocimiento de los derechos de los demandados o en caso de rechazar las pretensiones

desbordadas no hay una condena en costas significativa que contenga la aventura de los espíritus litigiosos, quienes tienen poco que perder en caso de una sentencia adversa^{4}.

En esta línea podemos decir que del clásico principio *no hay responsabilidad sin culpa*, se pretende hacer un peligroso giro copernicano para llegar al principio opuesto que se formularía como: *todo daño debe ser reparado por alguien*. El debate entre la culpa y la responsabilidad objetiva puede declararse superado, pues la culpa, en su sentido jurídico, permanece como parte esencial del derecho de la responsabilidad sin que ello implique desconocer que la responsabilidad objetiva, en los casos excepcionales que se admite, ha llegado para quedarse.

No obstante los peligros que una desmesurada expansión de la responsabilidad pueda traer, no se pretende rechazar de plano todos los importantes avances que las instituciones de la responsabilidad han conocido en los últimos años. Simplemente se quiere hacer eco a los llamados que algunos sectores de la doctrina han hecho para que esos desarrollos de la jurisprudencia vayan acompañados también de un equilibrio que sea respetuoso de la seguridad jurídica, también como un valor necesario en la interpretación y aplicación del derecho.

La expansión del derecho de la responsabilidad se manifiesta en muchos campos. Podemos enumerar algunos: se amplía el campo de la responsabilidad objetiva; se conceden más indemnizaciones por razones de equidad, especialmente en el campo de la responsabilidad del Estado; se ha ampliado el número de los obligados a la reparación; también se ha aumentado el número de legitimarios activos con derecho a reclamar una reparación; el número de daños reparables ha crecido, especialmente en los daños extrapatrimoniales; se diluye el concepto jurídico de culpa y se deduce su existencia en la conducta de los demandados de manera fácil; el concepto de antijuridicidad del daño y nexo causal han sufrido una transformación significativa pues se ha pasado del daño injustamente

causado al daño injustamente sufrido; se ha enfatizado un desarrollo de los daños extrapatrimoniales como expresión de una concepción de protección a la dignidad de la persona; se da una creciente protección a las víctimas por violación de derechos humanos admitiéndose nuevas formas de reparación de los daños sufridos y ajustando los requerimientos del derecho tradicional de la responsabilidad al entorno de las víctimas en conflictos armados; la reparación del daño enfrenta cambios en la era del ciberespacio; el fortalecimiento de subsistemas de reparación de daños que tienen principios propios como el derecho del consumidor, y la responsabilidad del Estado; la constitucionalización de la responsabilidad civil y la influencia del análisis económico del derecho, son, entre otras, las tendencias que hoy caracterizan a la responsabilidad civil haciendo de este campo un sector cada vez más dilatado del derecho. En lo que sigue veremos los aspectos que nos parecen más pertinentes a los propósitos de esta obra. Las demás tendencias de la responsabilidad civil se comentan a lo largo de la obra en los temas correspondientes^{5}.

LA REPARACIÓN INTEGRAL POR VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN LA JUSTICIA INTERNACIONAL

Enseña el filósofo Alejandro Llano que los atentados terroristas de principios de siglo (11-S en Estados Unidos y el 14-M en España) y muchos otros que le han sucedido, están llamados a “adquirir una significación epocal” en la que se ha transformado lo que Max Weber había señalado como característica propia del Estado moderno en el que este tendría el monopolio de la fuerza^{6}. Hoy hemos pasado a la sociedad del riesgo. Los grandes genocidios de nuestro tiempo como el holocausto nazi, el gulag soviético y la revolución maoísta han ocurrido en el momento más “civilizado de la historia”, que nuestra sociedad hizo posible y no los pudo detener a tiempo. Colombia y otros países viven conflictos armados de muy

diversa naturaleza y sus estragos en la sociedad y en la violación de derechos humanos son materia de preocupación internacional.

Ilva Myriam Hoyos Castañeda señala sobre el particular que la raíz de esta crisis es la confusión de lo justo y de lo injusto, del derecho y de la negación del derecho, que enmarca a la sociedad actual caracterizada por la crisis de vivir en el *tiempo de los derechos sin derechos*^{7}. Estas afirmaciones resultan paradójicas cuando la humanidad cuenta con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre desde 1948 y con un abundante marco normativo de documentos internacionales y un sinnúmero de constituciones que acogen los derechos humanos haciendo del constitucionalismo moderno uno de sus rasgos más típicos.

La responsabilidad extracontractual y sus principios de reparación del daño antijurídico cumplen importante papel en la construcción colectiva de una sociedad basada en el respeto a la dignidad de la persona humana y de sus derechos humanos fundamentales. Quizás la función de la responsabilidad extracontractual en la protección de los derechos humanos sea más modesta que la de la filosofía, el constitucionalismo, la ciencia política, la antropología y la sociología, pero en los últimos tiempos se ha convertido en un buen indicador e instrumento pedagógico para que la sociedad, los Estados y gobiernos apropien aquellos principios y valores, allende los debates ideológicos profundos que enmarcan el problema. Por eso en las líneas que siguen abordaremos el problema del daño y su reparación en el contexto de la violación de los derechos humanos, dejando de lado importantes aspectos que este tema suscita en otras importantes disciplinas. Nuestro enfoque intenta detenerse fundamentalmente en el daño resarcible y en los principios que lo rigen. Escapan entonces al propósito de esta obra cuestiones como el conflicto interno, la paz, la justicia transicional como instrumento para la paz y la justicia restaurativa, la resocialización de los delincuentes, etc.

La justicia internacional y la de los Estados ha avanzado en el reconocimiento específico y claro de que ante la violación de un derecho humano fundamental procede la reparación del daño de las víctimas directas y de sus allegados. La responsabilidad extracontractual ha venido expandiendo sus clásicos principios de la reparación del daño para hacer eficaz la reparación de las víctimas de violaciones de los derechos humanos. En los siguientes apartados veremos cómo la justicia internacional ha abordado este cometido, en particular la justicia transicional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en el ámbito interno los avances de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Ley de Justicia y Paz, que son receptoras de estas tendencias internacionales.

A) Los límites y dilemas de la reparación en la justicia transicional

Los conflictos armados internos y entre países representan importantes retos para el derecho de la responsabilidad por la magnitud de las personas afectadas y la dimensión de los daños que causa. Especial atención ha merecido la reparación de las víctimas en los procesos de transición de las dictaduras a los procesos democráticos, o en los procesos de paz después de un cruento conflicto armado interno. La justicia penal se enfrenta a los retos de sancionar a los criminales del viejo régimen y a la reparación de las víctimas.

La justicia que enfrenta este problema se denomina justicia transicional. El noruego Jon en su obra *Rendición de cuentas (La justicia transicional en perspectiva histórica)* explica cómo las sociedades saldan cuentas con el pasado luego de un cambio de régimen^[8].

“La expresión «justicia transicional» hace referencia a los *procesos* a través de los cuales se realizan *transformaciones* radicales de un *orden social y político*, bien sea por el paso de un régimen dictatorial a uno democrático, bien por la finalización de un conflicto interno armado y la

consecución de la paz. Estos procesos *enfrentan el dilema de lograr un equilibrio* entre los *objetivos contrapuestos de justicia y paz*, esto es, entre las exigencias jurídicas nacionales e internacionales de *proteger los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición de las víctimas de crímenes* atroces cometidos en el régimen anterior a la transición, de una parte, y las *necesidades políticas de lograr la paz*, de otra parte”^{2}.

Las investigaciones sobre la justicia transicional demuestran que desde el siglo v a. C. en Atenas, hasta la caída del imperio de la Unión Soviética en el siglo xx, la reparación a las víctimas ha presentado y debe presentar enfoques novedosos para lograr equilibrar las exigencias de la razón, las emociones y los intereses en juego a la hora de hacer justicia.

La justicia puramente política contra los criminales, al viejo estilo francés del régimen del terror que estableció la pena revolucionaria en la que el nuevo régimen declaraba quiénes estaban fuera de la ley de modo que cualquiera podía ajusticiarlos con impunidad, no parece ser la mejor solución. Esta forma de justicia política en la que el nuevo gobierno señala y decide quién es criminal y cual la pena, fue sugerida por los ingleses después de la segunda guerra mundial. La propuesta fue la de elaborar una lista de cincuenta o cien nazis a los cuales podría disparárseles en el acto sin juicio previo. Stalin recomendó que la cifra quizá debiera multiplicarse por mil. Afortunadamente estas ideas no tuvieron eco^{10}. Una forma más sutil de esta imperfectajusticia política está en los juicios orquestados en los que hay una apariencia de legalidad, que también se debe evitar^{11}. Por su parte, la justicia debe garantizar que las leyes no sean ambiguas y que no faciliten la arbitrariedad; que el poder judicial sea independiente del nuevo gobierno, y que la selección de los jurados sea imparcial y se garantice el debido proceso.

a) *Nuevos paradigmas en la reparación de los daños materiales.* La reparación de las víctimas en la justicia transicional ofrece retos

considerables. Algunos se mueven entre la venganza del Tali3n y la compensaci3n del da1o sufrido. Pero el proceso de compensaci3n puede estar cargado de motivaciones punitivas. As3, por ejemplo, la responsabilidad de reparar a las v3ctimas del holocausto de la segunda guerra mundial recay3 tambi3n en las corporaciones privadas. La banca suiza fue condenada por “da1os punitivos por lo que hicieron y dijeron en la d3cada de 1990, adem3s de la reparaci3n por lo que hab3an hecho en la d3cada de 1940”^{12}. La Comisi3n Matte3li que investig3 la reparaci3n a los jud3os franceses consider3 que el pago de U\$ 1.250 millones que deb3o hacer la banca suiza se bas3 en el hecho de que “los suizos hab3an mentido, destruido documentos y ocultado informaci3n [...] Merec3an castigo p3blico y las demandas de cuantiosos pagos compensatorios” a diferencia de la banca francesa que no lo hab3a hecho, y por tanto merec3a un tratamiento m3s moderado^{13}.

La historia de los casos muestra que no siempre es posible una reparaci3n integral. En los casos de justicia transicional, el dogma de la reparaci3n integral debe ser bajado de su pedestal. veamos algunos casos relevantes:

Tras la finalizaci3n de la segunda guerra mundial, varios pa3ses expidieron leyes que establec3an una indemnizaci3n para aquellas personas que hab3an sufrido destrucci3n de sus propiedades. As3, Francia estableci3 que no se indemnizaban bienes suntuarios como joyas u obras de arte^{14}.

Las v3ctimas directas recib3an m3s que las colaterales. La distinci3n entre bienes confiscados y bienes destruidos suscit3 reacciones importantes por la forma como se deb3an repartir entre las v3ctimas los 10.000 millones de marcos que Alemania (gobierno y empresas privadas) entregaron en el a1o 2000 para la reparaci3n de las v3ctimas hasta ese momento no indemnizadas. No faltaron quienes alegaran que prevalec3a el derecho a una mayor reparaci3n de quienes hab3an sufrido confiscaci3n frente a quienes hab3an sufrido solo destrucci3n^{15}. En Francia, por ejemplo, los repatriados

obtuvieron en compensación por sus propiedades confiscadas el valor por el que se habían vendido que era mucho menor del valor real^{16}.

También hay casos en la justicia transicional en que se niega la reparación material. muestra cómo a la Iglesia Católica francesa en 1815 se le negó la devolución de los bienes ilegalmente confiscados por el régimen anterior. En cambio, en Europa del Este han sido devueltos los bienes incautados a las instituciones religiosas por el régimen comunista, y en la República Checa se le negó a los judíos la restitución de sus bienes con el argumento de que esto traería un precedente que permitiría la reclamación de los alemanes de los Sudantes y de la Iglesia Católica^{17}.

b) *La reparación de daños personales*. Los daños a las personas en los procesos de transición presentan muchas variedades. encuentra que pueden consistir en acosos cotidianos, prisión por años, tortura, maltrato y trabajos forzados^{18}. Los criterios para esa reparación son variados:

“Algunas categorías de víctimas (definidos por criterios que no sean la forma del daño) pueden excluirse por completo. Algunas categorías de víctimas suelen recibir compensación de manera uniforme sin importar sus circunstancias pasadas o presentes”^{19}.

La repartición del fondo de 8.000 millones de marcos alemanes para la reparación a las personas que habían sufrido trabajo forzado durante el régimen nazi llevó a distinguir, para establecer la cuantía para cada individuo y grupo, entre trabajadores forzados y trabajadores esclavos. “Después de todo, a los trabajadores forzados los habían deportado, golpeado y encarcelado, pero los trabajadores esclavos habían sido víctimas de intento de homicidio”^{20}. Hubo consenso en que los trabajadores esclavos debían recibir más que los forzados, pero se dieron desacuerdos sobre la proporción. Los judíos exigían una proporción de cuatro a uno, mientras que los representantes de Europa del Este abogaban por una relación de dos a uno^{21}.

propone un caso que rompe los paradigmas más clásicos de la reparación del daño, que consiste en tener en cuenta más que el daño realmente sufrido, atender a la reparación de acuerdo con las necesidades futuras de la víctima. El caso es de dos víctimas de la persecución nazi que habían sufrido de modo similar. A la hora de pretender la reparación se observó que uno de ellos se había radicado en los Estados Unidos, había realizado una carrera exitosa y tenía una vida familiar plena. Por el contrario, el compañero de infortunio no había corrido con tan buena suerte y vivía una situación económica precaria y con dificultades para su sostenimiento. Se convino en dar una indemnización mayor a quien necesitaba más que a quien la fortuna le había sonreído, aunque en sentido estricto ambos habían sufrido un daño equivalente. No se trata del daño futuro y cierto, sino de un criterio de reparación por las condiciones precarias o robustas de la víctima que demanda reparación. Dice : “Podría plantearse el siguiente interrogante: ¿qué debe tenerse más en cuenta para la compensación, el *daño* pasado o la *necesidad* futura?”^{22}.

c) *La carga de la prueba*. La justicia transicional presenta retos para el *onus probandi*. El principio general es que la prueba recae sobre la víctima que alega el daño. El caso de ventas forzadas de propiedades judías en la segunda guerra mundial tuvo un tratamiento dispar. En Austria, la víctima debía probar que el negocio jurídico había sido causado bajo coacción, mientras que la legislación alemana estableció una presunción. En Noruega hubo un caso de un judío que solicitó la restitución de la propiedad. Toda su familia había muerto y no había manera de probar su derecho. Bajo fuertes presiones se llegó a aceptar pagos “en caso de existir una convicción íntima y personal” de la víctima de la legitimidad de su derecho.^{23}.

En conclusión, la justicia transicional nos muestra que los principios clásicos de la reparación del daño (que debe ser cierto y que la reparación sea integral) deben reconsiderarse, al menos para estos casos extremos. También señala este atípico caso de justicia que no es el daño el centro de la

responsabilidad civil sino la persona de la víctima. Por eso es urgente poner de nuevo al hombre y su dignidad en el centro de los procesos de reparación del daño, teniendo en cuenta que la reparación integral es un propósito teleológico que no se debe exacerbar.

B) *La reparación del daño en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

La responsabilidad civil por violación de derechos humanos presenta una tendencia significativa a la expansión, pues las instituciones clásicas del daño y su reparación sufren ajustes y desarrollos cuando se deben aplicar a la reparación de las víctimas por violación de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, desde 1979 se ha constituido en ente judicial y consultivo de los Estados firmantes^{24}. En ejercicio de sus funciones le corresponde aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados interamericanos^{25}. En esta primera etapa de funcionamiento, sus decisiones están marcando una nueva tendencia en el concepto mismo de daño y su reparación a las víctimas^{26}, guiada por el principio de que “toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. Dicha reparación requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación”^{27}.

Con fundamento en este criterio, la Corte Interamericana no solo propende el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de la violación de los derechos humanos de la persona, sino que procura el restablecimiento del derecho vulnerado, para lo cual adoptan con frecuencia modalidades de reparación propias de la justicia restaurativa, tales como:

a) La restitución o *restitutio in integrum*. es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación, producto del ilícito internacional; es la forma perfecta de reparación y solo en la medida en que

dicha restitución no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias.

b) La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular incluye: el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial.

c) La rehabilitación: comprende la financiación de la atención médica y psicológica o siquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole.

d) La satisfacción: son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que abarcan los perjuicios no materiales, como el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc.

e) Las garantías de no repetición: son las medidas idóneas, de carácter administrativo, legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras^{28}.

En materia de reparación de daños por violación de derechos humanos, la Corte Interamericana ha señalado, en el caso *María Elena Loayza Tamayo vs. Perú*, que el concepto de violación de los derechos humanos debe ser “repensado desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y restauración de su dignidad”^{29}.

En sus sentencias condenatorias por violación de derechos humanos se han establecido criterios de reparación novedosos como el de la publicación en el diario oficial del Estado y en periódicos de amplia circulación nacional del contenido de la sentencia condenatoria, de modo que su difusión procure una reparación de tipo moral a las víctimas y sus herederos. En ocasiones se establecen plazos para que las autoridades nacionales hagan las investigaciones judiciales correspondientes y se juzgue

y sancione a los autores de las violaciones de derechos humanos. En materia de reparación de daños se ordena el pago de sumas para indemnizar el daño material, el inmaterial y el de la expectativa de vida. En ocasiones se ha condenado a los Estados a otorgar becas de estudio para los parientes de las víctimas, y en algunos casos se ha ordenado que se construyan monumentos o se instalen placas en memoria de las víctimas.

Puede afirmarse que existe un criterio general en la jurisprudencia internacional respecto de la tipología de los daños reconocidos por violación de derechos humanos en el contexto de la justicia internacional, destacándose de modo particular, por su desarrollo, los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos^{30}.

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos denomina los daños resarcibles de modo variado como, por ejemplo, el daño patrimonial familiar y el daño al proyecto de vida, etc., todos estos daños se clasifican dentro de la tipología que se ha establecido en su Reglamento, que determina que los daños son de dos clases: individuales y colectivos. El individual puede ser: daño material y daño inmaterial. Las otras denominaciones encuadran en subcategorías de estas dos formas principales. Así las cosas, el daño emergente, el lucro cesante y el daño patrimonial familiar integran el daño material y, a su vez, el daño moral, el daño al proyecto de vida y la alteración de condiciones de existencia son subcategorías del daño inmaterial^{31}.

a) *Los daños materiales.* La Corte Interamericana ha definido el daño material como aquel que “supone la pérdida de los ingresos que había percibido la víctima fallecida en su vida probable, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal directo con los hechos del caso^{32}”.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la pérdida de los réditos de los pensionados, las ganancias indebidamente liquidadas o perturbaciones a la propiedad, entre otros^{33}.

El daño material puede clasificarse, a su vez, en tres subcategorías: daño emergente, lucro cesante y daño patrimonial familiar.^{34}.

- *El daño emergente.* La Corte Interamericana ha precisado que este tipo de daño, reúne aquellos gastos que los familiares de las víctimas realizaron con ocasión del daño infligido a la víctima, es decir, trámites médicos, mortuorios, desplazamiento, etc.^{35}.

- *Lucro cesante o pérdida de ingresos.* Este daño material se denominó lucro cesante, pero la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del caso Juan Humberto Sánchez lo denomina *pérdida de ingresos*^{36}. Inicialmente esta categoría hacía referencia a los montos dejados de percibir por la víctima directa, pero luego se incluyeron los ingresos dejados de percibir por los familiares de la víctima a raíz de hechos que atañen directamente a la violación de derechos humanos^{37}.

- *El daño patrimonial familiar.* Ya se anotó que el daño patrimonial familiar es una subcategoría de daño material, que la Corte Interamericana estableció en los casos *Bulacio*^{38} y *Castillo Páez*^{39}. El daño patrimonial familiar comprende todo quebranto económico que sufre la familia de la víctima con ocasión de la desaparición forzada. Este daño consiste en las graves aminoraciones al patrimonio acaecidas a raíz de la infracción de los derechos humanos de la víctima y sus familiares, como desórdenes psicológicos o físicos padecidos por los familiares de la víctima y graves aminoraciones del patrimonio familiar^{40}.

b) *Los daños inmateriales.* Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el daño inmaterial está integrado por tres subcategorías: daño moral, daño al proyecto de vida, daño biológico (también llamado fisiológico o físico) y alteración de las condiciones de existencia. No obstante, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos los dos últimos quedan comprendidos dentro del daño moral sin establecer subcategorías especiales. En los procesos de Justicia y Paz, atendido su carácter penal, se aplica el tope legal establecido en el Código Penal (1.000 s.m.l.m.v.) de

acuerdo con la intensidad del daño sufrido por la víctima; el grado parentesco, la cercanía afectiva y la gravedad del delito cometido.

- *El daño moral.* Este daño es reconocido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y se refiere a perjuicios intangibles que producen angustia, sufrimiento y dolor físico o pena moral, que de ordinario se compensan en dinero.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este daño puede “comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria”^[41]. En otros casos, la Corte Interamericana lo ha definido como el sufrimiento psicológico que resulta de la violación padecida, en tanto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo ha reconocido por ansiedad, confusión, negligencia y humillación, entre otras circunstancias.

La Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, reconoció una verdadera presunción legal de daño moral respecto del cónyuge, compañero o familiares cercanos, en los supuestos del inciso 2° del artículo 5° de la ley 975 de 2005, en los siguientes términos: “Los demandantes consideran que las disposiciones demandadas establecen una restricción al limitar a los parientes en primer grado de consanguinidad el derecho a ser reconocidos como víctimas para los efectos de la ley que se estudia. Al estudiar las expresiones demandadas partiendo de todo el inciso en el cual se inscriben, la Corte encuentra que las mismas establecen una presunción a favor de los parientes en primer grado de consanguinidad y primero civil de la víctima directa. En efecto, tales incisos empiezan diciendo que «también se tendrá por víctima» o «asimismo». La cuestión entonces reside en determinar si tales disposiciones pueden dar lugar a la exclusión del reconocimiento de la calidad de víctimas de otros familiares (como los hermanos, abuelos o nietos) que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos

armados ilegales que decidan someterse a la ley estudiada” (subrayado nuestro).

- *El daño al proyecto de vida.* Este daño tiene que ver con la perspectiva objetiva de la función de la víctima en el conglomerado social, sus aspiraciones, expectativas y, en general, la manifestación de poder conducir su vida de acuerdo con sus propios deseos. Lo anterior hace relación a la profesión o el oficio ejercidos y al proyecto de vida y las capacitaciones orientadas a tal fin. Se ha descrito como “la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”^{42}. La Corte Interamericana reconoció este daño al proyecto de vida en el caso *Loayza vs. Perú* en el que se reconoce que el demandante sufrió una disminución del normal desarrollo de su vida, pero no determinó cuantía por este daño, pues la sola sentencia cumplía este fin restaurativo del interés lesionado^{43}. En el caso *Villagrán Morales o Niños de la Calle*, la Corte asimiló el daño al proyecto de vida con el daño moral^{44}. En otros fallos, la Corte ha sostenido la tesis de la autonomía del daño al proyecto de vida, y su indemnización ha estado más enfocada a tomar medidas de justicia restaurativa y simbólica. Así ocurrió en los casos *Cantoral Benavides vs. Perú* y *Valle Jaramillo* en que otorgó a los demandantes una beca de estudios^{45}. A diferencia del daño moral que se circunscribe al aspecto emocional o psicológico, el daño al proyecto de vida incide sobre la libertad de la víctima que “desencadena una serie de menoscabos al pleno uso de la misma relación con el desarrollo y desenvolvimiento del ser humano hacia sus objetivos y aspiraciones de vida”^{46}.

- *El daño biológico, perjuicio fisiológico o daño físico.* Si bien un importante sector de la doctrina ha defendido la autonomía de este tipo de daño, en la jurisprudencia internacional de los derechos humanos no se le ha reconocido formalmente. El daño biológico ha sido subsumido en los

reconocimientos del daño moral o del daño inmaterial en los casos en que se ha reconocido grave perturbación física con secuelas en órganos de las víctimas^{47}.

- *Alteración a las condiciones de existencia.* Este tipo de daño alude al campo social de la víctima, es decir, su entorno familiar y cercano. Chapus lo define como un camino anormal dentro de la existencia de la víctima, en especial con sus ocupaciones y hábitos^{48}. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Cantoral Benavides*, por primera vez hizo alusión a este daño cuando consideró los efectos nocivos de los hechos que no tienen carácter económico y que, por ende, no pueden ser tasados. Sostuvo: “El mencionado daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria, así como las alteraciones de condiciones de existencia de la víctima o su familia. Es una característica común a las distintas expresiones del daño inmaterial al que, no siendo posible asignárseles un precio equivalente o monetario, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes y servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolidación de sus derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir^{49}.”

c) *Improcedencia de los daños punitivos.* Hay consenso en los tribunales internacionales acerca de la improcedencia de los denominados daños punitivos en materia de violación de derechos humanos. En este

sentido es clara la manifestación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que expresamente ha señalado que al tenor literal del artículo 63.1 de la Convención, la naturaleza de la reparación que se busca en los procesos de su competencia tiene un claro componente compensatorio y no sancionatorio. Así lo ha expresado la Corte Interamericana en el caso *Velásquez Rodríguez*, “los abogados solicitan, igualmente el pago por el gobierno de daños punitivos, como parte de la indemnización, por tratarse en el caso de violaciones extremadamente graves de los derechos humanos.

”La expresión «justa indemnización» que utiliza el artículo 63.1 de la Convención, por referirse a una parte de la reparación y dirigirse a la parte lesionada, es compensatoria y no sancionatoria. Aunque algunos tribunales internos, en particular los angloamericanos, fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no es aplicable en el estado actual del derecho internacional”^{50}.

Con el propósito de sistematizar los daños aceptados por la Corte Interamericana, transcribimos el cuadro que trae la obra *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*^{51}.

d) *Cuadro resumen de los daños reconocidos por la Corte Interamericana*. Reproducimos el cuadro resumen de los daños que reconoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, elaborado por la GTZ^{52}.

Categoría principal	Categoría secundaria	Fundamento del daño	Jurisprudencia fundante
Daño material	Daño emergente	Aminoración patrimonial directa a consecuencia del daño.	Caso Velásquez Rodríguez. Indemnización compensatoria (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sent. de 21 julio 1989. Serie C núm. 7.
Daño material	Pérdida de ingresos	Lucro cesante.	Caso Velásquez Rodríguez. Indemnización compensatoria (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sent. de 21 julio 1989. Serie C núm. 7.

Categoría principal	Categoría secundaria	Fundamento del daño	Jurisprudencia fundante
Daño material	Daño patrimonial familiar	Ruptura del núcleo familiar: graves aminoraciones al patrimonio acaecidas a raíz de la infracción a los DD. HH. de la víctima y sus familiares, tales como desórdenes psicológicos o físicos padecidos por familiares de la víctima y graves aminoraciones del patrimonio familiar.	Caso Castillo Páez Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C núm. 43.
Daño inmaterial	Daño moral	Sufrimientos, acongojas de carácter sentimental o psicológico.	Caso Velásquez Rodríguez. Indemnización compensatoria (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sent. de 21 de julio de 1989. Serie C núm. 7.
Daño inmaterial	Daño al proyecto de vida	Previsibles aspiraciones de la víctima, expectativas y, en general, la manifestación de la potestad de poder conducir su vida de acuerdo con sus propios deseos.	Caso Loayza Tamayo. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C núm. 42.
Daño inmaterial	Perjuicio fisiológico	Daño físico.	Caso Bueno Alves. Sent. de 11 mayo 2007. Serie C núm. 164.
Daño inmaterial	Alteración a las condiciones de existencia	Cambio anormal en la existencia de la víctima, en especial ocupaciones y hábitos. Tiene relación con el campo social (entorno familiar y cercano del afectado).	Caso Cantoral Benavides. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C núm. 88.

e) *Casos colombianos ante la Corte Interamericana*. Colombia ha sido condenada en varias ocasiones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En 2004, por el caso *Diecinueve comerciantes*, la *Masacre de Mapiripán*, en que murieron 49 personas a manos de grupos paramilitares; el caso *Pueblo Bello*, causa que se adelantó por la masacre de 43 personas en ese municipio; el caso *Ituango* en el que la Corte condenó al Estado por la masacre y desplazamiento de civiles a manos de paramilitares y el caso *La Rochela* en el que la Corte, además de reiterar su jurisprudencia sobre la responsabilidad del Estado colombiano por las masacres de grupos armados contra población civil, estableció que la responsabilidad del Estado era objetiva, pues no se le había dado la debida protección a la *comisión de derechos humanos* que investigaba una masacre y cuyos integrantes fueron asesinados.

Consideró la Corte Interamericana que cualquier acción u omisión que menoscabe los derechos protegidos en la Convención Americana de Derechos Humanos genera responsabilidad objetiva del Estado, de modo que no se requiere demostrar dolo, culpa o falla del servicio.

La Corte afirmó además que las indemnizaciones administrativas que el Consejo de Estado colombiano ya había concedido a las víctimas en el caso sometido a su jurisdicción, no constituían reparación integral, con lo que lo recibido por las víctimas del Estado colombiano solo podía descontarse como un abono a la cifra concedida a los demandantes por la Corte Interamericana.

El Estado colombiano fue condenado por la muerte de diecinueve comerciantes, ocurrida en Puerto Boyacá en 1987, asesinados por grupos de autodefensa con la anuencia de la fuerza pública. La Corte Interamericana consideró que Colombia violó los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida, garantías judiciales y protección judicial consagrados en los artículos 4º, 5º, 7º, 8º.1 y 25 de la Convención Americana y la condenó a pagar perjuicios a los herederos. Adicionalmente

se obligó a Colombia a construir un monumento en memoria de las víctimas que se inaugurará en ceremonia pública para la reparación del buen nombre de las víctimas y sus familiares. Se ordenó que los parientes de las víctimas recibieran tratamiento médico y psicológico y en algún caso la repatriación de algunos exilados. La Corte Interamericana otorgó una indemnización de US\$ 150.000 dólares por cada víctima, por concepto de un novedoso tipo de daño denominado *proyecto de vida*^{53}, que se describe como “la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”^{54}.

2. LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA

Colombia ha sido receptiva a las tendencias en materia de reparación del daño en la justicia internacional por dos vías fundamentales: en primer lugar, el Consejo de Estado ha aplicado los principios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos que impliquen violación de derechos humanos.

En segundo lugar, el Estado colombiano ha promulgado la Ley de Justicia y Paz, ley 975 de 2005 (reformada por la ley 1592 de 2012), por medio de la cual se adoptan criterios de justicia transicional y de política criminal para que los grupos al margen de la ley abandonen las armas, se reincorporen a la vida civil, contribuyan positivamente al restablecimiento de la paz y que las víctimas, individual y colectivamente, y la sociedad, reciban una reparación, conozcan plenamente la verdad y obtengan pronta y cumplida justicia. veamos cada supuesto:

A) El Consejo de Estado y la aplicación de los principios de reparación integral a la luz del sistema interamericano de derechos humanos

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido eco en el Consejo de Estado, que ha ordenado reparaciones simbólicas en casos juzgados por nuestro derecho interno, como modo de proceder a una verdadera reparación integral en el caso de violación de los derechos humanos. Así, en el caso de dos personas que fueron privadas de la libertad y luego aparecieron muertas, se responsabilizó al Estado por los daños causados, se otorgó una reparación simbólica, entendiendo por tal, “toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas”^{55}. Esa reparación simbólica, dice el Consejo de Estado, puede tener muchas formas como el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc.^{56}.

“En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no solo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona, reconocidas nacional e internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del *statu quo*, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que propenden la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos, máxime si se tiene en cuenta que tales vulneraciones tienen origen en delitos o crímenes que son tipificados como de lesa humanidad.

”La anterior conclusión se impone, a todas luces, como quiera que, en estos casos el reconocimiento de una indemnización económica con miras al cubrimiento de un determinado perjuicio o detrimento, en modo alguno puede catalogarse como suficiente, toda vez que la persona o conglomerado social ven afectado un derecho que, en la mayoría de los casos, pertenece a la primera generación de derechos humanos y, por tanto, por regla general,

se ven cercenadas garantías de naturaleza fundamental, sin las cuales la existencia del ser humano no es plena.

”[...] el juez de lo contencioso administrativo debe asumir una posición dinámica frente a las nuevas exigencias que le traza el ordenamiento jurídico interno, así como el internacional, toda vez que la protección de los derechos humanos se ha convertido en un aspecto de regulación positiva que ha desbordado las Barreras que tradicionalmente habían sido fijadas por los Estados en su defensa acérrima del principio de soberanía nacional. Este nuevo cambio de paradigma, en el cual el sujeto y la sociedad son el eje fundamental del Estado (social y democrático de derecho), hacen que todo el ordenamiento jurídico internacional tenga directo interés en la materialización real y efectiva de los derechos y garantías de los cuales es titular el ser humano”^{57}.

Como consecuencia de la responsabilidad del Estado por violación de los derechos humanos y atendiendo a las consideraciones de la obligatoriedad de la reparación integral, incluida la simbólica para estos casos, la sentencia decretó, para el caso *sub iudice*, la siguiente condena simbólica:

“1) El señor Director General de la Policía Nacional presentará públicamente, en una ceremonia en la cual estén presentes los familiares de los hermanos Cardona —demandantes en este proceso—, excusas por los hechos acaecidos entre el 27 y 31 de enero de 1995, en la población de Tuluá, relacionados con la desaparición forzada y posterior muerte de los mismos.

”2) [...] el Comando de Policía de Tuluá (Valle del Cauca), a través de su personal asignado en dichas instalaciones, diseñará y pondrá en práctica un sistema de promoción y respeto de los derechos de las personas, mediante charlas en diversos barrios y centros educativos de dicha ciudad, y con entrega, de ser posible, de material didáctico, en el cual la población tenga conciencia de los derechos humanos de los cuales es titular cada individuo.

”3) La parte resolutive de la sentencia será publicada en un lugar visible del Comando de Policía de Tuluá, por el término de seis meses, de tal forma que toda persona que visite dicha estación, tenga la posibilidad de acceder al contenido de la misma”^{58}.

Cabe preguntarse si esta expansión de la responsabilidad por violación de los derechos humanos contraría principios procesales como la *no reformatio in pejus*, la congruencia de la sentencia y los principios de justicia rogada. El Consejo de Estado argumenta que en una correcta ponderación de los principios de reparación integral y del principio de congruencia, el postulado de la reparación integral debe primar sobre cualquier restricción que se relacione con aspectos de índole procesal orientados a evitar pronunciamientos judiciales extra o ultra petita. Sobre el particular, en fallo de 2008 el Consejo de Estado afirmó:

“[...] debe precisarse que los anteriores planteamientos, en modo alguno, desconocen los principios de jurisdicción rogada y de congruencia (C. de P. C., art. 305) , toda vez que frente a graves violaciones de derechos humanos (v. gr. crímenes de lesa humanidad), el ordenamiento jurídico interno debe ceder frente al internacional, en tanto este último impone la obligación a los Estados, a los diferentes órganos que los integran —incluida la rama judicial del poder público—, de adoptar todas las medidas tendientes a la protección y reparación de esas garantías del individuo.

El principio de reparación integral cobra particular fuerza en aquellos casos en que el juez de lo contencioso administrativo, debe decidir asuntos relacionados con presuntos desconocimientos de las garantías fundamentales del ser humano, por cuanto en tales supuestos el ordenamiento jurídico interno e internacional, lo dota de herramientas e instrumentos para procurar el restablecimiento de los derechos.

Lo anterior no implica, en ningún sentido, desconocer los postulados de índole procesal trazados por el legislador, sino que, por el contrario, representa la correcta y adecuada armonización de las reglas jurídicas del

sistema interno, con los principios y normas que protegen al ser humano en el ámbito internacional, la mayoría de los cuales han sido suscritos y ratificados por Colombia.

Las medidas que puede adoptar el juez, dirigidas a reivindicar los derechos humanos transgredidos en un determinado caso, no desconocen la garantía fundamental de la *no reformatio in pejus* (íntimamente relacionado con el de congruencia), en tanto no suponen modificar o desconocer los límites trazados por la *causa petendi* de la demanda, sino que dichas medidas conmemorativas, simbólicas, o de no repetición de la conducta, suponen una labor pedagógica e instructiva encaminada a sensibilizar a las entidades públicas y a la población, acerca de la importancia del respeto de las garantías fundamentales del individuo^{59}.

B) *La Ley de Justicia y Paz*

Con la promulgación de la Ley de Justicia y Paz, ley 975 de 2005 (reformada por la ley 1592 de 2012), Colombia estableció un marco jurídico para la reparación judicial del daño causado a las víctimas individuales y colectivas en el contexto de los procesos de Justicia y Paz. Este es un proceso especial, de carácter jurisdiccional, temporal, transicional y alternativo, que busca la paz y la reconciliación nacional, por la reincorporación a la sociedad de grupos armados organizados al margen de la ley. El artículo 1° señala el objeto de la ley: “facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”.

Tras la revisión de la Corte Constitucional, la ley reduce las penas para los miembros desmovilizados de grupos armados organizados ilegales que cooperen plenamente, por medio de la verdad, con el esclarecimiento de crímenes, que contribuyan con todos sus bienes a las políticas de reparación y que colaboren con el desmantelamiento de las estructuras ilegales. Para

ello, el artículo 3° establece el principio de la alternatividad como el beneficio que consiste en suspender la ejecución de la pena determinada en la sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. Se busca garantizar los derechos de las víctimas a participar activamente en todas las etapas del proceso penal. Los desmovilizados que no cooperen plenamente o que incurran en nuevos actos delictivos, perderán el beneficio de reducción de penas.

En el marco conceptual y jurídico de la Ley de Justicia y Paz, el daño y su reparación tienen algunas particularidades, que hemos desarrollado en los apartes anteriores: “el daño individual, que no tiene connotaciones esencialmente distintas de las del daño resarcible en general; los daños colectivos, que afectan grupos sociales o colectividades, los mismos se perciben como un elemento novedoso en materia de reparación pues el tipo de derechos, intereses o bienes tutelados exige consideraciones distintas de las propias del daño individual [...]; el daño resarcible, su definición y alcance, la diferencia entre los conceptos daño y perjuicio, los elementos estructurales del daño, las clases y tipos de daño, la reparación y la oportunidad procesal en que el daño debe alegarse, probarse y reconocerse a favor de las víctimas”^{60}.

a) *La víctima*. Ley de Justicia y Paz entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos como lesiones transitorias o permanentes, que ocasionen discapacidad física, psíquica o sensorial (visual o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deben ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley. También se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima

directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida^{61}. De esta definición legal se pueden extraer los elementos esenciales del carácter de víctima:

1) Toda persona natural que individual o colectivamente haya sufrido un daño. Si bien se reconoce el carácter de víctimas a grupos de personas colectivamente consideradas, no se incluye a las personas jurídicas porque la Ley de Justicia y Paz es un instrumento ideado para la protección de los derechos humanos propios de las personas naturales.

La exigencia de que individual o colectivamente haya sufrido daño es aspecto central. No se debe confundir el daño colectivo con el daño sufrido por un número plural de víctimas individuales como ocurre en el caso de una explosión que lesiona a varias personas naturales. Para que se pueda hablar de daño colectivo, “el bien jurídico afectado trasciende lo individual y afecta colectiva e indivisiblemente a un grupo o a la comunidad, como sería el caso de la destrucción de una escuela, de un hospital, de un centro comunitario o cultural, el de una red de servicios públicos o el hecho de impedir que los ciudadanos participen libremente en la elección de sus autoridades”^{62}.

La Ley de Justicia y Paz prevé una tipología de víctimas que se agrupan en las siguientes: víctima directa e indirecta; víctima individual y colectiva; víctimas con trato ordinario y víctimas especiales, que pueden ser personas protegidas como los niños, ancianos o discapacitados, etc., y los miembros de la fuerza pública^{63}. La ley también se refiere a las víctimas plenamente identificadas y las indeterminadas que no han comparecido al proceso y por la cuales el Estado debe velar para que se hagan parte en el respectivo incidente de reparación integral.

2) Que el daño sea consecuencia directa de acciones punibles penalmente. Este requisito supone que los causantes del daño están incurso en los procesos penales que son objeto de los programas de reinserción y desmovilización y por acciones ejecutadas que tipifican conductas

sancionadas por el Código Penal y no simplemente causadas por un accidente o caso fortuito. Al tenor del artículo 42, se ordena la reparación de la víctima aun cuando no se haya podido identificar e individualizar al sujeto activo de la conducta punible, siempre que se compruebe el daño y el nexo causal con las actividades del grupo armado ilegal.

3) Que el causante del daño pertenezca a un grupo armado organizado al margen de la ley que haya sido aceptado por el gobierno en el proceso de desmovilización individual o colectiva^{64}. De acuerdo con el artículo 9°, por desmovilización se entiende el acto individual o colectivo de dejar las armas y abandonar el grupo armado organizado al margen de la ley, realizado ante autoridad competente. El artículo 2° de la Ley de Justicia y Paz al establecer el ámbito de la ley, su interpretación y aplicación normativa precisa: “La presente ley regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional”. De este texto se infiere que no habrá acción reparatoria de la víctima si los hechos ocurrieron con ocasión de las actividades ilegales del grupo armado, pero los hechos tuvieron un interés o móvil diferente a los propios del grupo ilegal^{65}.

En este sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia de 31 de julio de 2009, con ponencia del Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán, expresó: “Emerge de lo anterior, que los objetivos de política criminal dispuestos en la Ley de Justicia y Paz atienden a violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, cuyo juzgamiento y fallo se centran en la vinculación al grupo armado ilegal (concierto para delinquir) y no, como se ha insistido, en conductas punibles

individualmente causadas porque, entonces, su investigación y juzgamiento sería de competencia de la justicia ordinaria”.

b) *El daño y su reparación*. El daño, como eje central del proceso de responsabilidad extracontractual, ha sido abordado *in extenso* por el legislador con el propósito de guiar el proceso de la reparación integral de las víctimas directas e indirectas en estos procesos especiales por violación de derechos humanos. La ley 975 lo regula en los artículos 1°, 2°, 3°, 6°, 8°, 10, 11, 15, 23, 24, 29, 38 num. 3, 44, 46, 54. Con la reforma introducida por la ley 1592 de 2012, en virtud de su artículo 41, se derogaron de la ley de Justicia y Paz, entre otros, los artículos: 8° (sobre el derecho a la reparación), 42 (deber general de reparar), 43 (reparación y medidas), 45 (solicitud de reparación), 47 (rehabilitación), 48 (medidas de satisfacción y garantías de no repetición), 49 (programas de reparación colectiva) y 55 (funciones de la red de solidaridad social). Así mismo, en virtud del artículo 208 de la ley 1448 de 2011, se derogó el artículo 50 referente a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, el artículo 51 que aludía a las funciones de dicha Comisión, y los artículos 52 y 53, referentes a las Comisiones Regionales de Reparación y Reconciliación y su composición.

Puede afirmarse que el marco de la ley reitera los tres requisitos generales para que el daño sea indemnizable:

1) El daño debe ser cierto y no meramente hipotético o eventual. Los daños ciertos pueden ser actuales o futuros, según se hayan producido hasta el momento de la sentencia o se produzcan después de ella. La circunstancia de que el daño material pueda ser futuro no le resta certeza; simplemente se la disminuye hasta un grado de daño probable; en estos términos el daño futuro, para ser indemnizable, ha de ser un daño cierto. La Corte Constitucional, en la sentencia C-370 de 2006, que examinó la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz, reiteró la necesidad de la prueba del perjuicio, aunque admitió la existencia de una presunción de daño moral.

María Cristina Patiño González alude que en relación con el daño patrimonial, la Corte interamericana de Derechos Humanos ha considerado en su jurisprudencia que en circunstancias de desplazamiento forzado es comprensible que las víctimas no hayan podido acopiar las pruebas que en un posterior juicio puedan demostrar el monto de los perjuicios a cuya indemnización tendrían derecho. En estos supuestos, cuando las víctimas se ven obligadas a salir abruptamente de sus hogares, llevando consigo apenas lo indispensable y se carezca de elementos que permitan calcular la indemnización, el Tribunal fija los montos correspondientes en equidad^{66}.

2) El daño debe ser personal, es decir que la persona que lo reclama debe estar legitimado para reclamarlo, salvo en el daño colectivo que bien puede ser despersonalizado.

3) El daño debe ser antijurídico, es decir no existir una causal de justificación.

La Ley de Justicia y Paz establece unos condicionamientos del daño indemnizable en el ámbito de esta normativa. Como hemos indicado, el sujeto activo del daño debe ser miembro de los grupos ilegales, siempre que las acciones generadoras del daño se hayan cometido durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos (art. 10) y anterior a la vigencia de la ley 975 de 2005, es decir, hasta el 25 de julio de 2005. Dijimos igualmente, que los daños deben ser consecuencia de la violación de la ley penal por los grupos armados ilegales o por cualquiera de sus miembros. En consecuencia, daños que no cumplan estos requisitos solo pueden ser reclamados por los procedimientos ordinarios.

De acuerdo con el artículo 44 (modificado por el art. 29 de la ley 1592 de 2012) de la Ley de Justicia y Paz, la contribución a la reparación integral comprende cualquiera de los siguientes actos: la declaración pública que restablezca la dignidad de la víctima y de las personas vinculadas con ella; el reconocimiento público de responsabilidad, la declaración pública de arrepentimiento y el compromiso de no incurrir en conductas punibles; la

participación en los actos simbólicos de resarcimiento y redignificación de las víctimas a los que haya lugar de conformidad con los programas que sean ofrecidos, para tal efecto; la colaboración eficaz para localizar a las personas secuestradas o desaparecidas y los cadáveres de las víctimas, de los que tenga conocimiento; o llevar a cabo acciones de servicio social.

El artículo 8° de la Ley de Justicia y Paz (derogado por el art. 41 de la ley 1592 de 2012) establecía que el derecho de las víctimas a la reparación comprendía las acciones que propiendieran la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas. El artículo 4° de la reforma, modificó el artículo 6° de la ley 975 de 2005, estableciendo que las víctimas tienen derecho a la verdad, la justicia y la reparación integral. El artículo remite a la ley 1448 de 2011 para la definición de cada uno de los citados derechos.

En ese orden de ideas, el artículo 24 de la ley 1592 de 2012, se encarga de modificar el artículo 23A, a fin de asegurar a las víctimas una reparación integral, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas o la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, según corresponda, adoptarán las medidas articuladas de rehabilitación, restitución, indemnización y garantías de no repetición, por el hecho victimizante, de conformidad con el modelo de reparación de la ley 1448 de 2011 y sus normas complementarias.

Así las cosas, el artículo 46 de la ley de Justicia y Paz (modificado por la ley 1592 de 2012) define los criterios de la restitución jurídica y material de las tierras a los despojados y desplazados, la cual se llevará a cabo mediante el proceso establecido en la ley 1448 de 2011 y las normas que la modifiquen, sustituyan o adicionen. Este artículo establece que con el objeto de integrar las medidas de justicia transicional, no habrá restitución directa en los procesos judiciales de que trata la ley 1592 de 2012.

La Corte Constitucional (sent. SU-254 de 2013) unificó los criterios de procedencia de la acción de tutela para la reparación administrativa de las víctimas del desplazamiento forzado interno. La Corte, al resolver varias tutelas contra Acción Social, ahora Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, se encargó de unificar los criterios relacionados con los derechos a la reparación integral y a la indemnización de las víctimas del desplazamiento forzado. Estableció que la tutela, como mecanismo procedente para reparar a las víctimas, no puede ser utilizado por los jueces de forma abstracta, tal y como se estaba presentando.

Así las cosas, la Corte estableció que las víctimas del desplazamiento forzado tienen derecho a la reparación integral y a una indemnización justa, pronta y proporcional, y que esa reparación no se agota con el componente económico, pues se trata de un derecho complejo que prevé distintos mecanismos.

Adicional a ello, las obligaciones del Estado frente a la reparación no pueden confundirse con la ayuda humanitaria o asistencial, y se precisaron otras vías, judiciales o administrativas, para acceder a la reparación integral.

El magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez salvó parcialmente el voto, pues consideró que se estaba cerrando la posibilidad de reparación mediante otros instrumentos, al limitarla al dinero.

- La restitución *la define el artículo 8° (derogado por el art 41 de la ley 1592 de 2012), de la ley 975 en estos términos*. “Restitución es la realización de las acciones que propenden por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito”. El artículo 46 dispone: “La restitución implica la realización de los actos que propendan por la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos. incluye el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades”.

- *Indemnización*. La ley 975 de 2005, en el artículo 8°, define qué ha de entenderse por indemnización: “[...] consiste en compensar los perjuicios

causados por el delito”. Es decir que coincide tanto en el lenguaje jurídico como en el lenguaje común.

- La reparación integral del daño tal como está consagrada en la ley de Justicia y Paz comprende, además de la reparación económica, la justicia y la verdad; sin embargo, tales conceptos están interrelacionados; pues tienen un contenido distinto pero cada uno puede contener los otros dos. La justicia y la verdad aluden a las medidas que deben tomarse para adelantar las investigaciones penales. Con estas acciones se busca hacer pública la comisión de los delitos, el arrepentimiento, la recuperación de la dignidad de las víctimas y su integridad física y psicológica, las garantías de no repetición de las conductas objeto de reproche en el proceso, etc. Y toda medida necesaria para garantizar que los grupos armados ilegales no reincidan en la violación de los derechos humanos y prevenir la amenaza de los derechos y bienes colectivos, si fuere el caso.

- Los principios de “reparación integral y la equidad” en la valoración de los daños en los procesos que se surtan ante la administración de justicia, han de tenerse en cuenta ante las dificultades probatorias de estos casos. La equidad entonces puede ser instrumento eficaz para dar especial relevancia a la prueba indiciaria y a las presunciones judiciales.

- La reparación del daño individual requiere partir de la distinción entre daños materiales e inmateriales.

- En la reparación del daño inmaterial, en la modalidad de daño moral, causado por el delito, han de aplicarse los topes de hasta 1000 salarios mínimos legales mensuales. Este tope quizás no es aplicable para el daño a la vida de relación y al de la pérdida de oportunidades (pérdida de un *chance*) que quedarán al prudente y fundado arbitrio judicial.

- Para la reparación de los daños colectivos las medidas que se adopten revisten varias posibilidades y han de ajustarse a las circunstancias de cada caso. Estas medidas han sido establecidas en el derecho internacional y son las de satisfacción, las simbólicas, las de rehabilitación, las de difusión de la

verdad, preservación de la memoria histórica, de restablecimiento de dignidad de las víctimas, de reconstrucción sico-social de las comunidades y las que garantizan la no repetición de las conductas victimizantes, etc. El arbitrio judicial cumple papel especial en esta modalidad de reparación a diferencia de la reparación de perjuicios individuales en que el fallo ha de ser congruente con la demanda de la víctima. En los daños colectivos el juez tiene mayor libertad al determinar el alcance de las medidas de la reparación del daño colectivo.

c) *Algunos aspectos procesales.* El proceso de reparación integral por violación de los derechos humanos en el contexto de la Ley de Justicia y Paz tiene carácter especial. Al igual que en el proceso penal ordinario (ley 906 de 2004) existe un incidente de reparación integral para discutir y establecer el monto indemnizable en favor de los reclamantes por violación de los derechos humanos (art. 23 de la ley 975 de 2005). Ambos procedimientos ofrecen espacio para que las víctimas presenten sus pretensiones, se busque la conciliación y se debatan las pruebas sobre los daños y perjuicios y sus cuantías^{67}.

Se advierte una clara diferencia entre un procedimiento y otro: en los procesos de justicia y paz, no es necesario que se haya proferido el sentido del fallo condenatorio como se exige en los procesos ordinarios. En la Ley de Justicia y Paz, el incidente de reparación puede interponerse en la audiencia de control de legalidad de aceptación de cargos del integrante de la organización armada. El permitir la apertura del incidente de reparación integral en esta fase temprana del proceso es concordante con el espíritu y sentido de la ley: que las víctimas puedan intervenir en el proceso con el fin de conocer en toda su extensión las circunstancias y los hechos en que se produjeron las violaciones a sus derechos; la finalidad de demostrar la responsabilidad penal de los responsables y que se logre la completa reparación, junto con la verdad y el castigo de los responsables.

En el incidente de reparación integral del proceso de justicia y paz no existe el término de caducidad (30 días) que establece el Código de Procedimiento Penal para los procesos penales ordinarios. La condena concreta a la indemnización no requiere que se individualice el autor del delito penal, causa del daño que se debe reparar, pues lo importante es que el delito haya sido cometido por los integrantes del bloque criminal al que pertenecía el procesado. Así pues, la indeterminación de la autoría no es óbice para que se logre la reparación integral de la víctima siempre y cuando se pruebe la existencia del daño y los demás requisitos de carácter personal y su antijuridicidad. En caso de que el incidente se resuelva antes de dictar sentencia, sus efectos quedan en suspenso.

3. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Es otro campo en que se manifiesta la expansión del derecho de la responsabilidad, que hoy constituye una materia autónoma del derecho. La responsabilidad del productor y del comerciante ante el consumidor suscita debates sobre el daño que se produce en la cadena productor-comercializador-comprador-consumidor final: ¿qué acciones y cuáles medios tienen los consumidores frente al daño causado por un producto defectuoso?; ¿contra quiénes puede iniciarse un proceso de responsabilidad?; ¿qué naturaleza jurídica tiene la acción?; ¿cómo es el régimen de la carga de la prueba?, ¿qué papel cumplen la culpa y la responsabilidad objetiva?

Muchas respuestas se han dado a estas preguntas que suponen el desarrollo de principios de la reparación del daño. A continuación expondremos algunos aspectos del régimen del consumidor en Colombia, teniendo en cuenta la nueva ley, focalizados en los aspectos del daño y su reparación, dejando de lado otros aspectos que escapan al propósito de esta obra.

La expansión de la responsabilidad civil es clara en este campo ante los problemas que la producción de bienes y servicios y su consumo masivo traen para el derecho comercial y civil clásico, en los que las nociones de vicios redhibitorios u ocultos de la cosa son insuficientes para proteger al consumidor. Por ejemplo, la noción clásica de culpa ha cedido terreno a formas de responsabilidad objetiva en las que se descarga al consumidor de la obligación de probar la culpa del productor. Tal el caso del Estatuto del Consumidor. El concepto clásico de daño resulta inoperante en algunas hipótesis de productos defectuosos en los que no hay un daño de la cosa, sino simplemente una falta de eficiencia de la cosa vendida y que hoy los estatutos de consumidores reconocen como causal de reclamación.

Otro reto del derecho del consumidor es encuadrar la relación del consumidor con el productor, desde la perspectiva puramente contractual en la que se dificulta el seguimiento de la cadena de contratos y su relatividad para las partes. El definir el tipo de acción de reparación que el consumidor tiene para resarcir el daño dentro de las categorías de contractual o extracontractual enfrenta los problemas advertidos al referirnos a la prohibición de opción y a las diferencias entre una y otra forma de responsabilidad civil. Otros problemas suscitan los servicios prestados de manera defectuosa. El derecho de contratos en veces resulta insuficiente para regular las prestaciones y reclamaciones por el incumplimiento y los daños que se pudieren ocasionar.

El nuevo Estatuto del Consumidor responde a algunos de estos problemas y pretende adecuar su normativa a las tendencias actuales en materia de responsabilidad y a la realidad económica y social colombiana. El marco normativo del Estatuto en cuanto al régimen de responsabilidad es el siguiente:

a) *La responsabilidad es objetiva y solo la causa extraña exonera de responsabilidad.* Se establece un tipo de responsabilidad objetiva que no requiere que el consumidor pruebe la culpa.

Para determinar la responsabilidad por daños ocasionados por productos defectuosos, el afectado debe demostrar: 1) el defecto del bien que se presume si se viola una medida sanitaria o fitosanitaria, o un reglamento técnico; 2) la existencia del daño, y 3) el nexo causal entre este y aquel (art. 21.)

Para exonerarse de responsabilidad por daños ocasionados por producto defectuoso, se admiten como causales: 1) la fuerza mayor o caso fortuito; 2) cuando el daño ocurra por culpa exclusiva del afectado; 3) por hecho de un tercero; 4) cuando no haya puesto el producto en circulación; 5) cuando el defecto sea consecuencia directa de la elaboración, rotulación o empaque del producto conforme a normas imperativas, sin que pueda ser evitado por el productor sin violar la norma; 6) cuando en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permita descubrir la existencia del defecto. Esto, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19 de la ley (art. 22). Prevé la ley que si hay concurrencia de causas en la producción del daño, la responsabilidad del productor podrá disminuirse.

b) *Solidaridad entre productor y expendedor*. El título IV regula la responsabilidad por daños ocasionados por producto defectuoso y reitera la solidaridad entre productor y expendedor frente al consumidor, a la vez que presume la calidad de productor en aquel que ponga su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto (art. 20).

c) *Los daños se extienden a los daños ocasionados a la cosa y a las personas*. El Estatuto introduce una definición que a nuestro juicio ofrece más confusión que claridad pues no se ajusta a la tradición en materia de responsabilidad extracontractual. Dice el artículo 20 que como daño se entienden: 1. Muerte o lesiones corporales, causadas por el producto defectuoso; 2. Los producidos a una cosa diferente al producto defectuoso, causados por el producto defectuoso, sin que el perjudicado pueda reclamar otro tipo de indemnizaciones de acuerdo con la ley.

d) *Responsabilidad por publicidad engañosa y falta de información veraz.* A partir de la actividad publicitaria y del deber de informar al consumidor sobre las características del bien o servicio que se ofrecen, el productor y el comercializador asumen obligaciones específicas por faltar a esos deberes.

En cuanto a la publicidad, el Estatuto establece que las condiciones objetivas y específicas anunciadas obligarán al anunciante, en los términos de dicha publicidad. Se reitera la prohibición de la publicidad engañosa y habrá responsabilidad solidaria del medio de comunicación, cuando actúe con dolo o culpa grave. El artículo 30 dice: “El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave. En los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados”. El régimen de exoneración se regula en el artículo 32: “ *Causales de exoneración de responsabilidad.* El anunciante solo podrá exonerarse de responsabilidad, cuando demuestre fuerza mayor, caso fortuito o que la publicidad fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación”.

En cuanto al deber de proveer información mínima, el artículo 23 preceptúa que los “proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información”. Para exonerarse de responsabilidad, por fallas en la información el productor o el proveedor debe demostrar “fuerza mayor,

caso fortuito o que la información fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación” (art. 24).

e) *Las cláusulas abusivas son ineficaces*. Se regula la elaboración de los contratos de adhesión y se prohíben las cláusulas abusivas que generen desequilibrio injustificado en contra del consumidor. El Estatuto reglamenta las denominadas cláusulas abusivas en el Capítulo iii. En el artículo 42 las define como aquellas “que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza. Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores”.

La sanción prevista para las cláusulas abusivas es la ineficacia de pleno derecho. No obstante, la nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces. Dispone el Estatuto que cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente (art. 44).

Para determinar cuándo una cláusula es abusiva, el artículo 43 establece que son todas aquellas que “1. Limiten las obligaciones del productor o proveedor que por ley les corresponden; 2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden; 3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; 4. Trasladen al consumidor o a un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor; 5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado; 6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones; 7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta

a lo estipulado en el mismo; 8. impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero; 9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de ella se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo; 10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal; 11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan; 12. Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral. 13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles. 14. Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley”.

f) *Se establece la obligación de ofrecer garantía sobre todos los bienes y servicios que se comercialicen.* La garantía es una obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y su conformidad con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas (arts. 5° y 10). Para establecer la responsabilidad por incumplimiento a las condiciones de idoneidad y calidad, bastará demostrar el defecto del producto, sin perjuicio de las causales de exoneración de responsabilidad establecidas en el artículo 16 de la ley.

g) *Las acciones judiciales y administrativas en protección del consumidor.* La ley dispone algunos aspectos procedimentales en los que regula las acciones jurisdiccionales de protección al consumidor (art. 56).

Reitera el Estatuto la vigencia y factibilidad de interponer las acciones populares y de grupo reguladas en la ley 472 de 1998 para la protección de los derechos del consumidor. La responsabilidad por daños ocasionados por producto defectuoso, definidas en el Estatuto, se adelantarán ante la jurisdicción ordinaria prevista en el Código General del Proceso (ley 1564 de 2012, modificada por el decreto 1736 de 2012).

Se conceden a la Superintendencia de Industria y Comercio facultades jurisdiccionales para dirimir las que denomina acciones de protección al consumidor. Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario.

En cuanto a las acciones de protección al consumidor, son aquellas que tienen como fundamento la vulneración de sus derechos y proceden “por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a consumidores y usuarios; los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía; los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios contemplados en el artículo 19 de esta ley o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor” (art. 56).

Para los productos financieros, el Estatuto dispone que la Superintendencia Financiera tendrá facultades jurisdiccionales para conocer las controversias que surjan entre las entidades financieras y sus consumidores, relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales cuya cuantía no supere los 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes. “En desarrollo de la facultad jurisdiccional atribuida por esta ley, la Superintendencia Financiera de Colombia podrá conocer de las controversias que surjan entre los

consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público” (art. 57).

En el proceso verbal sumario que se adelante ante las Superintendencias, según el caso, los jueces han de ceñirse a las siguientes reglas especiales (art. 58):

“1. La Superintendencia de Industria y Comercio o el juez competente conocerán a prevención.

”La Superintendencia de Industria y Comercio tiene competencia en todo el territorio nacional y reemplaza al juez de primera o única instancia competente por razón de la cuantía y el territorio.

”2. Será también competente el juez del lugar donde se haya comercializado o adquirido el producto, o realizado la relación de consumo.

”Cuando la Superintendencia de Industria y Comercio deba conocer de un asunto en un lugar donde no tenga oficina, podrá delegar a un funcionario de la entidad, utilizar medios técnicos para la realización de las diligencias y audiencias o comisionar a un juez.

”3. Las demandas para efectividad de garantía, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la expiración de la garantía y las controversias netamente contractuales, a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato. En los demás casos, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación. En cualquier caso deberá aportarse prueba de que la reclamación fue efectuada durante la vigencia de la garantía.

”4. No se requerirá actuar por intermedio de abogado. Las ligas y asociaciones de consumidores constituidas de acuerdo con la ley podrán representar a los consumidores. Por razones de economía procesal, la

Superintendencia de industria y Comercio podrá decidir varios procesos en una sola audiencia.

”5. A la demanda deberá acompañarse la reclamación directa hecha por el demandante al productor y/o proveedor, reclamación que podrá ser presentada por escrito, telefónica o verbalmente, con observancia de las siguientes reglas:

”a) Cuando la pretensión principal sea que se cumpla con la garantía, se repare el bien o servicio, se cambie por uno nuevo de similares características, se devuelva el dinero pagado o en los casos de prestación de servicios que suponen la entrega de un bien, cuando el bien sufra deterioro o pérdida, la reposición del mismo por uno de similares características o su equivalente en dinero, se deberá identificar el producto, la fecha de adquisición o prestación del servicio y las pruebas del defecto. Cuando la reclamación sea por protección contractual o por información o publicidad engañosa, debe anexarse la prueba documental e indicarse las razones de inconformidad.

”b) La reclamación se entenderá presentada por escrito cuando se utilicen medios electrónicos. Quien disponga de la vía telefónica para recibir reclamaciones, deberá garantizar que queden grabadas. En caso de que la reclamación sea verbal, el productor o proveedor deberá expedir constancia escrita del recibo de la misma, con la fecha de presentación y el objeto de reclamo. El consumidor también podrá remitir la reclamación mediante correo con constancia de envío a la dirección del establecimiento de comercio donde adquirió el producto y/o a la dirección del productor del bien o servicio.

”c) El productor o el proveedor deberá dar respuesta dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la recepción de la reclamación. La respuesta deberá contener todas las pruebas en que se basa. Cuando el proveedor y/o productor no hubiera expedido la constancia, o se haya negado a recibir la

reclamación, el consumidor así lo declarará bajo juramento, con copia del envío por correo.

”d) Las partes podrán practicar pruebas periciales anticipadas ante los peritos debidamente inscritos en el listado que para estos efectos organizará y reglamentará la Superintendencia de Industria y Comercio, los que deberán ser de las más altas calidades morales y profesionales. El dictamen, junto con la constancia de pago de los gastos y honorarios, se aportarán en la demanda o en la contestación. En estos casos, la Superintendencia de Industria y Comercio debe valorar el dictamen de acuerdo a [sic] las normas de la sana crítica, en conjunto con las demás pruebas que obren en el proceso y solo en caso de que carezca de firmeza y precisión podrá decretar uno nuevo.

”e) Las pretensiones, hechos y las pruebas del reclamo y la respuesta del productor o proveedor, delimitarán la actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio, a excepción de los hechos que sucedan con posterioridad. Las partes solo podrán pedir práctica de pruebas que no les hubiera sido posible practicar en la reclamación directa o por hechos posteriores a esta.

”f. Si la respuesta es negativa, o si la atención, la reparación, o la prestación realizada a título de efectividad de la garantía no es satisfactoria, el consumidor podrá acudir ante el juez competente o la Superintendencia.

”Si dentro del término señalado por la ley el productor o proveedor no da respuesta, se tendrá como indicio grave en su contra. La negativa comprobada del productor o proveedor a recibir una reclamación dará lugar a la imposición de las sanciones previstas en la presente ley y será apreciada como indicio grave en su contra.

”g) Se dará por cumplido el requisito de procedibilidad de reclamación directa en todos los casos en que se presente un acta de audiencia de conciliación emitida por cualquier centro de conciliación legalmente establecido.

”6. La demanda deberá identificar plenamente al productor o proveedor. En caso de que el consumidor no cuente con dicha información, deberá indicar el sitio donde se adquirió el producto o se suministró el servicio, o el medio por el cual se adquirió y cualquier otra información adicional que permita a la Superintendencia de Industria y Comercio individualizar y vincular al proceso al productor o proveedor, tales como direcciones, teléfonos, correos electrónicos, entre otros.

”La Superintendencia de Industria y Comercio adelantará las gestiones pertinentes para individualizar y vincular al proveedor o productor. Si transcurridos dos meses desde la interposición de la demanda, y habiéndose realizado las gestiones pertinentes, no es posible su individualización y vinculación, se archivará el proceso, sin perjuicio de que el demandante pueda presentar, antes de que opere la prescripción de la acción, una nueva demanda con los requisitos establecidos en la presente ley y además deberá contener información nueva sobre la identidad del productor y/o expendedor.

”7. Las comunicaciones y notificaciones que deba hacer la Superintendencia de Industria y Comercio podrán realizarse por un medio eficaz que deje constancia del acto de notificación, ya sea de manera verbal, telefónica o por escrito, dirigidas al lugar donde se expendió el producto o se celebró el contrato, o a la que aparezca en las etiquetas del producto o en las páginas web del expendedor y el productor, o a las que obren en los certificados de existencia y representación legal, o a las direcciones electrónicas reportadas a la Superintendencia de Industria y Comercio, o a las que aparezcan en el registro mercantil o a las anunciadas en la publicidad del productor o proveedor.

”8. Los autos que se dicten dentro del proceso no tendrán recurso alguno, a excepción del rechazo de la demanda que tendrá recurso de reposición y apelación y del auto que rechace pruebas, que tendrá recurso de reposición. La sentencia que ponga fin al proceso tendrá recurso de apelación según las

reglas del Código General del Proceso [ley 1564 de 2012 modificada por el decreto 1736 de 2012].

”9. Al adoptar la decisión definitiva, el juez de conocimiento o la Superintendencia de Industria y Comercio resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes según lo probado en el proceso, con plenas facultades para fallar infra, extra y ultra petita, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir.

”10. Si la decisión final es favorable al consumidor, la Superintendencia de Industria y Comercio y los jueces podrán imponer al productor o proveedor que no haya cumplido con sus obligaciones contractuales o legales, además de la condena que corresponda, una multa de hasta ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, que se fijará teniendo en cuenta circunstancias de agravación debidamente probadas, tales como la gravedad del hecho, la reiteración en el incumplimiento de garantías o del contrato, la renuencia a cumplir con sus obligaciones legales, inclusive la de expedir la factura y las demás circunstancias. No procederá esta multa si el proceso termina por conciliación, transacción, desistimiento o cuando el demandado se allana a los hechos en la contestación de la demanda. La misma multa podrá imponerse al consumidor que actúe en forma temeraria.

”11. En caso de incumplimiento de la orden impartida en la sentencia o de una conciliación o transacción realizadas en legal forma, la Superintendencia Industria y Comercio podrá:

”a) Sancionar con una multa sucesiva a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, equivalente a la séptima parte de un salario mínimo legal mensual vigente por cada día de retardo en el incumplimiento.

”b) Decretar el cierre temporal del establecimiento comercial, si persiste el incumplimiento y mientras se acredite el cumplimiento de la orden. Cuando lo considere necesario la Superintendencia de Industria y Comercio

podrá solicitar la colaboración de la fuerza pública para hacer efectiva la medida adoptada.

”La misma sanción podrá imponer la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia Financiera o el juez competente, cuando se incumpla con una conciliación o transacción que haya sido realizada en legal forma.

”*Parágrafo.* Para efectos de lo previsto en el presente artículo, la Superintendencia Financiera de Colombia tendrá competencia exclusiva respecto de los asuntos a los que se refiere el artículo 57 de esta ley”.

La Superintendencia conserva las facultades administrativas para la proteger al consumidor y velar por la observancia de las disposiciones del Estatuto y dar trámite a las investigaciones por su incumplimiento, e imponer las sanciones respectivas (art. 59). Se incrementa el régimen sancionatorio por violación de las normas de protección al consumidor, hasta 2.000 s.m.m.l.v.

4. EL DAÑO EN LA ERA DEL CIBERESPACIO

En la última década del siglo XX el uso de la Internet se expandió alrededor del mundo^{68}. El crecimiento exponencial de lo que se conoce como ciberespacio, generó entusiasmo en unos y escepticismo en otros^{69}. Las implicaciones legales de la red global generaron muchas preguntas y dudas acerca de este fenómeno. En primer lugar surgió el debate de si la Internet requería normas jurídicas propias, totalmente diferentes de las leyes que gobiernan los territorios. En otras palabras, se preguntaba si la Internet es un lugar diferente del mundo real que no se puede regular por los principios tradicionales. Las respuestas ocuparon dos posiciones: unas sostenían que la Internet se debía autorregular y otras que los tradicionales principios del derecho podían aplicarse a los nuevos fenómenos.

Para quienes sostienen que la Internet es un ciberespacio diferente del mundo real, en el que la velocidad de las comunicaciones y su arquitectura

en la práctica hacen de él algo autónomo de una ubicación física en el mundo real, debía crearse un nuevo derecho para su regulación. Este nuevo territorio jurisdiccional que escapa al mundo real debería crear sus propias leyes e instituciones para resolver los problemas jurídicos que un enfoque tradicional no podría atender de manera adecuada. Adicionalmente, afirmaron que esto debía ser así, pues si en la práctica algún país pretendía imponer su derecho para regularlo, su acción sería ilegítima, pues tal decisión tendría efectos en múltiples jurisdicciones fuera de su alcance. Los entusiastas del ciberespacio profetizaron entonces que la Internet causaría profundos y permanentes efectos en todas las facetas de la sociedad^{70}.

El reconocimiento de la Internet como medio de comunicación no comparable con los existentes, se dio también en los primeros casos llevados ante los tribunales norteamericanos. Por ejemplo, en *American Civil Liberties Union v Reno*^{71}, la Corte señaló que las características de la Internet diferían de los demás medios de comunicación que le anteceden en muchos aspectos, entre los cuales mencionó que la Internet no puede ser considerada una entidad física o tangible. Es más parecida a una gigante red de trabajo que interrelaciona inconmensurable número de pequeños grupos de computadoras conectadas entre sí. Se dijo igualmente, que para esa fecha ya era casi imposible determinar el tamaño en número de usuarios y computadores conectados. Internet fue diseñado en sus orígenes para ser un sistema descentralizado sin control humano directo en el que no hay un punto central de control o de almacenamiento, por lo que ninguna entidad individual, corporación o gobierno es responsable de su administración, porque es humanamente imposible^{72}.

En el mismo sentido, doctrinantes como David Potts argumentaron que la Internet debería ser tratada de modo diferente como lo fueron las viejas tecnologías por su naturaleza global, el carácter anónimo de sus usuarios, su accesibilidad abierta a todos y su naturaleza interactiva^{73}.

Esta visión llevó a pronosticar que en la responsabilidad civil en el *common law (torts law)* deberían hacerse ajustes para abarcar nuevos fenómenos que quedarían por fuera del derecho tradicional de la responsabilidad. Así, por ejemplo, en un famoso caso de difamación por Internet, *Dow Jones & Company Inc. v. Gutnick*^{74}, se sostuvo la necesidad de adaptar el derecho tradicional de difamación para hacerlo aplicable a los casos que ocurrían en la Internet. otros doctrinantes clamaron por la creación de nuevos tipos de responsabilidad civil por vía legislativa.^{75}

Sin desconocer que la Internet cumple una función especialmente significativa en este siglo y que ha afectado muchas áreas del derecho hasta el punto de surgir para algunos un denominado “Derecho de la Internet”, se ha impuesto la corriente de que esta puede ser regulada por el derecho interno de los países, acudiendo a los principios clásicos del derecho, también en materia de responsabilidad civil, con pequeños ajustes.

El primer caso reportado en la literatura del *common law*, que desafió el derecho de la responsabilidad civil, ocurrió en 1996, cuando en el caso *Thrifty-Tel v. Bezenek*^{76}, una corte de California reconoció que una señal eléctrica, como la que se produce con un teléfono o un computador, tiene entidad suficiente para cumplir el requisito de contacto físico entre el demandado y la cosa dañada, requisito *sine qua non* en el tipo de responsabilidad civil denominado *trespass to goods* (perturbación de la posesión) del *common law*.

Este precedente despertó el entusiasmo de la doctrina que vio abrirse una puerta para la creación de nuevas formas de responsabilidad civil propias del ciberespacio denominadas *cyber torts*^{77}. A este caso siguieron varias decisiones en diferentes cortes norteamericanas en las que se debatió durante la década de los noventa el cometido de la Internet y sus implicaciones en el derecho de la responsabilidad.^{78}

El análisis de los precedentes norteamericanos muestra que los intentos iniciales de crear nuevas formas de responsabilidad civil para los casos de

Internet no tuvieron éxito. Especialmente, a partir del famoso caso *Hamidi* en el que la Corte Suprema de California rectificó la orientación que cortes inferiores estaban dando al tema de la Internet en los casos de spam y *robot software* e *hiperlinks*.

La Corte Suprema de California declaró que el caso *eBay* no debería ser entendido como un precedente obligatorio en el entendido de que se hubiese eliminado el requisito del daño como elemento esencial del tipo de responsabilidad civil denominado *trespass to goods* (perturbación de posesión de bien mueble). La jurisprudencia norteamericana también determinó que la Internet no debería ser tratada de manera radicalmente diferente a como lo fueron las tecnologías precedentes. No obstante, los fenómenos del ciberespacio en materias como la difamación, el daño por virus, el uso de *spam* y robot software han llevado a que se hagan ajustes en la interpretación de los viejos principios del derecho de *torts* de modo que se adapte a los cambios tecnológicos.

En Colombia la cuestión del *spam* tiene un precedente singular en el caso de tutela *Samper Posada*^[79], en un ciudadano reclamó la tutela a su derecho de intimidad y *habeas data* por haber recibido correos electrónicos no deseados de parte del demandado. El demandado manifestó que el demandante ya había sido retirado de la base de datos, pero le advirtió que en mercadeo era permitido buscar clientes por todos los medios de comunicación, incluyendo la Internet. No obstante, los correos *spam* siguieron llegando a la cuenta del demandante quien solicitó y obtuvo protección a su derecho a la intimidad en el entendido que al demandante se le había violado la intimidad al comercializar su cuenta de correo electrónico sin su expresa autorización. Por la naturaleza de la acción de tutela, el caso no fue objeto de análisis desde el punto de vista del daño y su reparación y difícilmente podría configurarse una acción civil de responsabilidad civil, pues el elemento daño es de difícil configuración, aunque no debe descartarse esta eventual hipótesis.

Fenómenos diferentes del *spam* pueden constituir fundamento de una acción de responsabilidad civil más clara. Por ejemplo, no cabe duda de que los virus informáticos pueden causar daño a bienes en la red y contener los elementos de la acción de responsabilidad civil. En los casos de difamación el potencial dañino de textos, videos, etc., que pueden ponerse en la red aumentó significativamente y en muchos casos el derecho de la responsabilidad puede ser clave para buscar la reparación de los perjuicios.

5. NUEVOS DERECHOS EXTRAPATRIMONIALES

La expansión de la responsabilidad civil está marcada también por la creación frecuente de daños extrapatrimoniales como el daño fisiológico o a la vida de relación o daño a la alteración de las condiciones de existencia, etc., que han de llevar a reflexionar si es posible una expansión indefinida de daños resarcibles causados por la lesión a cada uno de los bienes o derechos autónomos de la personalidad, o si, por el contrario, se debe hacer una nueva teoría del daño extrapatrimonial que subsuma todos los daños extrapatrimoniales en uno solo.

En nuestro derecho se reconocen en la jurisdicción contencioso administrativa el daño moral, el daño a la vida de relación y, más recientemente, denominado daño por la alteración de las condiciones de existencia^{80}.

El que la alteración de condiciones de existencia sea un nuevo nombre del daño a la vida de relación o se haya creado un tercer nuevo daño extrapatrimonial ha sido materia de debate en el Consejo de Estado y en la doctrina. Algunos consejeros afirmaron en 2007 que se trataba de un nuevo daño denominado alteración de las condiciones de existencia. En 2008 la mayoría de la Sala aclaró que lo que esos fallos señalaban era un simple cambio de nombre, pues en su sentir en el caso examinado (la congoja sufrida por los adquirentes de unas viviendas que resultaron seriamente afectadas por la mala calidad de los terrenos) se había confundido el daño

moral (así lo pidió la demanda) con la alteración de las condiciones de existencia que a juicio de la Sala era el verdadero daño sufrido por los demandantes que se reconoció y por ello se condenó a su reparación. Dijo la sentencia al respecto: “se confundió el perjuicio moral con aquél propio de la alteración de las condiciones de existencia; como se observa de lo antes indicado, estos son esencialmente distintos; una cosa es el dolor, el sufrimiento, la congoja y otra muy distinta, el cambio anormal de los hábitos en función de la proyección vida”^{81}.

El consejero Gil Botero al salvar el voto aclaró que para él era un error considerar que la alteración de condiciones de existencia solo extrañaba un cambio de nombre al daño a la vida de relación. En su concepto, existen razones para propugnar la creación de otros daños extrapatrimoniales. Es previsible que no tardará mucho tiempo en que la jurisprudencia adopte la expansión de daños, tal y como lo propone Gil Botero.

6. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO APLICADO A LA REPARACIÓN

Los defensores del análisis económico del derecho aplicado a la responsabilidad nos ofrecen soluciones aritméticas y de eficiencia para establecer la obligación de reparar los daños, y poner en juego principios de estirpe milenaria. Con fundamento en los estudios de Coasi y Guido Calabresi, tomó fuerza la idea de que la responsabilidad civil es ante todo un sistema de distribución de costos de los accidentes que procura reducir sus efectos. En el análisis de un accidente, entonces, la alternativa más acertada será la que proponga una solución económicamente más eficiente. Así, para el análisis económico del derecho, el sistema basado en la culpa resulta defectuoso en la función de distribuir las pérdidas como en la de control primario de los costos. Esta postura, de marcada influencia anglosajona, ha sido muy criticada, pero aporta a los nuevos debates de la responsabilidad el punto de vista de los costos de las decisiones judiciales, sin que ellos deban ser el factor determinante^{82}.

Dos célebres defensores del análisis económico del derecho son Posner y el juez Holmes. El juez Holmes resumía en 1881 su visión económica de la responsabilidad civil diciendo que la responsabilidad civil, en su función inmediata, es simplemente una redistribución entre dos individuos de unas pérdidas existentes. Posner afirma que “Por más de dos décadas he argumentado que lo que llamo «maximización de la riqueza» es la mejor guía positiva y normativa para la responsabilidad civil”^{83}.

El debate entre quienes propugnan la expansión del derecho de la responsabilidad y quienes abogan por su restricción, en el fondo es la discusión sobre el papel o función que le compete a la responsabilidad civil. En el mundo anglosajón el tema ha sido claramente definido. En este contexto se le han señalado tres funciones básicas al derecho de la responsabilidad civil:

“1° La función de combatir el ilícito dañoso y procurar el resarcimiento de los perjudicados,

”2° En conexión con el anterior, el rol de procurar restablecer a la víctima al estado anterior del hecho dañoso, dejándola indemne, y en tercer lugar,

”3° El derecho de *torts* ha jugado un fin educativo social de las conductas dañosas. También se le conoce como la función disuasiva (deterrent) de la responsabilidad civil, pues cuando el responsable del daño es condenado a repararlo se envía un mensaje disuasivo a él y toda la sociedad de que tal conducta causante de daños está sometida a la sanción judicial de repararlos”.

Caso paradigmático de este fin educativo social lo constituyen las condenas por más de ciento cuarenta y cuatro billones de dólares a las tabacaleras norteamericanas por los daños a todos los consumidores de cigarrillos que no fueron suficientemente advertidos de los graves peligros que les puede causar el consumo frecuente. Las cortes decidieron esta cuantiosa condena teniendo en cuenta la capacidad económica de los

demandados, el elevado número de perjudicados y el indudable interés de sentar un precedente ejemplarizante para los productores de ser responsables de advertir claramente los riesgos de daño en el consumidor final de esos productos. Con una condena así, se educaba a los productores para que tengan más diligencia y cuidado de evitar los daños masivos. Los defensores de la expansión de la responsabilidad civil sostienen que esto permite desarrollar una sociedad más segura y humana^{84}.

Pero la expansión de la responsabilidad civil, esto es más casos cobijados, menos requisitos, más facilidad y protección a los perjudicados, condenas cada vez mayores y cuantiosas, llevan a muchos teóricos a sostener que esto contribuye a hacer una sociedad más litigiosa y conflictiva^{85}.

7. LAS NUEVAS TEORÍAS DEL DERECHO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El proceso de expansión de la responsabilidad civil encuentra una causa más profunda y externa al mismo derecho de responsabilidad: las transformaciones que se están dando en la teoría del derecho actual. Detrás de cada fallo que expande el derecho de la responsabilidad subyace la adopción de una doctrina o teoría (o filosofía) del derecho que el juez asume como presupuesto de su razonamiento e interpretación de derecho.

La forma como se está entendiendo el derecho en nuestros días sufre considerables y rápidos cambios. A la generación formada en la primera parte de la década de los ochenta, que podría llamarse la última generación de abogados del modelo clásico del siglo XX, nos correspondió estudiar la hermenéutica con la *lectio* de Savigny y la lectura del capítulo segundo de nuestro Código Civil. Aún resuenan las palabras de los profesores que en forma dogmática nos enseñaron y obligaron a repetir la norma jurídica como un derecho revelado, científico, lógico y sistemático. Un derecho impoluto de política, filosofía, religión, moral o derechos naturales, es decir, “un derecho puro”^{86}. Pocas décadas después todo aquello entró en

crisis^{87}; crisis que implicó que el derecho pasara del *normativismo* al *principialismo* en el que los principios son mandatos de optimización en la terminología de Robert Alexy en tanto ordenan la mejor conducta posible. El principio así entendido es derecho concentrado que no define hipótesis ni consecuencias; de la validez jurídica a la validez ética, donde la validez no solo está dada por que la ley cumpla la fórmula trinitaria de haber sido creada por el órgano competente, por el procedimiento establecido y sea compatible con la norma jerárquicamente superior.

La responsabilidad civil o, mejor, el derecho de la responsabilidad no es ajeno a todo este movimiento que ha venido ocurriendo en la teoría del derecho y la filosofía del derecho. Sin duda el estado actual de la teoría del derecho ha afectado la responsabilidad civil y a sus intérpretes. Estas transformaciones del derecho hacen un llamado al “civilista” sobre la necesidad de un acercamiento al debate de la teoría del derecho para hacer un mejor trabajo de desarrollo, interpretación y aplicación del derecho de la responsabilidad civil.

El intérprete del derecho de nuestro tiempo acepta que la ley debe estar siempre en consonancia con los derechos humanos fundamentales y los principios^{88}. Las transformaciones sociales y consecuentemente las del derecho han dado paso en los últimos años de la cultura y culto de la ley a la cultura de un derecho fundado más en la *realidad* y en la *persona*.

Además del enfoque principialista del derecho, podemos afirmar que en la responsabilidad civil han surgido subsistemas propios y, así se habla de una responsabilidad por accidentes de trabajo que difiere de las lesiones causadas a un peatón. El régimen jurídico de la responsabilidad del dependiente de una persona jurídica no es el mismo al de la dependiente doméstica de un particular. La responsabilidad por lesiones personales en un accidente deportivo no tiene el mismo régimen de un accidente de tránsito. La responsabilidad del Estado se ha abierto como un surco autónomo del régimen del derecho civil.

Esta expansión concomitante con la creación de regímenes particulares ha producido una crisis en la unidad del fenómeno resarcitorio por lo que el argentino Ricardo Luis Lorenzetti propone “emprender una tarea de reconstrucción teórica de la responsabilidad por daños”^{89}, partiendo del análisis de los tipos de responsabilidades especiales, de modo que la nueva teoría general sea capaz de comprender los diversos subsistemas^{90}.

La reconstrucción teórica de la responsabilidad civil exige, a nuestro modo de ver, dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿cuáles son las notas características de ese nuevo derecho y cómo se afecta la responsabilidad civil en este marco conceptual? Pero la respuesta escapa a los objetivos de esta obra^{91}.

Sección II.

—Responsabilidad extracontractual del Estado

Otra expresión de las tendencias de la responsabilidad extracontractual se da en la creciente autonomía y expansión de la responsabilidad del Estado, que en Colombia se desprende de la clásica responsabilidad civil y es expresión relevante del fenómeno de la expansión del derecho de la responsabilidad^{92}. De un lado, la jurisdicción ordinaria con la Corte Suprema de Justicia como continuadora de la tradición civilista de la responsabilidad; del otro, la jurisdicción administrativa encabezada por el Consejo de Estado. La elaboración teórica de la responsabilidad del Estado presenta varias dificultades:

En primer lugar, la misma existencia de la responsabilidad estatal, pues durante mucho tiempo se consideró que el Estado no era responsable por los daños que causara, en una clara aplicación del aforismo inglés “ *The king can do not wrong*: el Rey no puede cometer error.

En segundo término, la forma como ha de considerarse el Estado en estos casos; si como organismo que responde directamente, asumiendo la responsabilidad de los daños causados por sus órganos o agentes; o como un ente que responde indirectamente por las personas que están bajo su cuidado.

En tercer lugar, el conjunto de normas aplicables al Estado: ¿son las mismas que regulan la responsabilidad de los particulares y que están contenidas en el Código Civil, o por el contrario, existe una normativa especial y particular de la responsabilidad del Estado? Finalmente, y este aspecto en buena parte depende del anterior, ¿los conflictos a que dé lugar la responsabilidad del Estado, se ventilan ante los jueces civiles o ante los jueces administrativos?.

Tras un *iter* en la jurisprudencia y en la doctrina, podemos decir que la responsabilidad del Estado es una realidad^{93}. De una etapa de absoluta irresponsabilidad hemos pasado a una de plena responsabilidad.

La responsabilidad del Estado no tiene ya más fundamento legal en los textos del Código Civil, que expresamente han sido abandonados para dilucidar los problemas del daño en esta materia. El fundamento de la responsabilidad del Estado es el título tercero de la Constitución Política que trata sobre los “Derechos civiles y garantías sociales”^{94}, constitutivos del Estado de derecho, pero de modo muy particular en el artículo 90^{95}. Por el contrario, la responsabilidad civil finca su fundamento legal en preceptos de derecho privado contenidos en los artículos 2341 al 2360 del Código Civil que rigen las relaciones entre los particulares bajo el principio de la igualdad.

El principio general de la responsabilidad del Estado colombiano descansa en el artículo 90 de la Constitución, que preceptúa que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas”. Tiene la responsabilidad del Estado su centro en el daño antijurídico como

principio general de responsabilidad, entendido como aquel que la víctima no tiene obligación de soportar. Por su parte, la responsabilidad civil tiene su principio general de responsabilidad en el delito o culpa cometido que causa daño.

El artículo 90 de la Constitución concuerda con el artículo 2° de la Carta, que señala los fines del Estado: servir a la comunidad; promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes dados y reconocidos por ella; facilitar la participación de todos en las decisiones de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial; asegurar la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo.

En la clásica división tripartita de las funciones del Estado (legal, judicial y ejecutiva) que armónicamente han de trabajar para lograr los fines propuestos, es posible que el Estado cause daños a terceros y en tal caso ha de indemnizarlos y es por eso por lo que es mejor denominar a este tipo de responsabilidad como del Estado y no simplemente administrativa, que se limitaría a la acción ejecutiva o administrativa^[96]. Si bien un importante sector doctrinal encuentra hoy reticencia para establecer una responsabilidad patrimonial del Estado por la actividad legislativa, es tema que ya se abrió paso en nuestro sistema como veremos más adelante^[97].

Puede decirse que el punto de inicio de la jurisdicción contencioso administrativa está en la ley 167 de 1941^[98] (C. C. A.), por medio de la cual se le asignó competencia a esta jurisdicción para conocer los procesos que se adelanten contra el Estado por daños causados por trabajos públicos; el resto de asuntos de responsabilidad del Estado siguió bajo la jurisdicción ordinaria, al tenor de la ley 130 de 1914 (C. de R. P. M.).

Más tarde, mediante el decreto 528 de 1964, la jurisdicción contenciosoadministrativa asumió el pleno conocimiento de todos los hechos dañosos atribuidos al Estado en cualquiera de sus manifestaciones, con la única excepción, vigente aún hoy, de los procesos contra las

sociedades industriales y comerciales del Estado y las empresas de economía mixta, de cualquier orden, que son competencia de la jurisdicción ordinaria, atendiendo al criterio que en estas empresas el Estado actúa como particular.

La responsabilidad del Estado puede dividirse, inicialmente, en tres tipos: responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, que a su vez puede ser ocasionada por actos del Estado o por hechos imputables a él. Conforme a la nueva normativa establecida en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011 que derogó el Código Contencioso Administrativo—decr. 1 de 1984—) se encarga de consagrar una serie de medios de control, que la doctrina denomina pretensiones y que antiguamente se conocían como acciones, que para el caso de la reparación de perjuicios extracontractuales^{99}. —por hechos o por actos— ocasionados bien por hechos o bien por actos—toma el nombre de reparación directa^{100}.

1. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Aunque no hay uniformidad en la doctrina para presentar los elementos que se requieren para que exista responsabilidad, puede decirse que en el caso de la responsabilidad del Estado esos elementos son tres^{101}:

A) *Actuación del Estado*

Para que una persona pública sea considerada responsable de reparar un daño, debe haberse producido una actuación que le sea imputable, es decir, una conducta de la cual esa persona pública haya sido autora. Como regla general, la actuación de la administración se hace por medio de sus agentes o funcionarios públicos. Es preciso, en primer lugar, distinguir entre falta o conducta personal del funcionario y la falta o conducta del funcionario que determina la actuación de la administración; en segundo lugar, la solidaridad entre el funcionario persona natural y la administración frente a

la víctima o perjudicado y, en tercer lugar, las acciones que tiene el Estado contra el funcionario para repetir lo pagado al administrado.

Hay actuación de la administración, por actos y por hechos administrativos imputables a sus funcionarios. Se entiende por funcionario, toda persona vinculada a la administración (o al poder judicial o legislativo en caso de responsabilidad por el servicio judicial o legislativo), cualquiera sea el tipo jurídico de vinculación: elección popular, nombramiento o particulares que por contratación con el Estado ejercen funciones o tareas de la administración.

Si la actuación del funcionario, definido con ese carácter amplio, compromete la responsabilidad del Estado, aquel puede ver comprometida su responsabilidad civil personal cuando su conducta, por acción u omisión, pueda calificarse de *culpa grave o dolo*, caso en el cual el Estado *debe* ejercer las acciones correspondientes para recuperar lo pagado.

Cuando las conductas realizadas que causaron daño, son imputables a particulares contratados por la administración y fueron realizadas en nombre de las entidades que representan, no puede pactarse la exclusión de responsabilidad para el Estado y por ello no puede ser exonerado de su responsabilidad extracontractual. En este sentido ha enseñado el Consejo de Estado que el contratista no deviene en funcionario público, pero tampoco se libera al Estado de su obligación. Esta tesis fue recogida en un fallo que señala:

“El contratista no se torna por ello en agente de la administración ni funcionario suyo. Aquella continúa ligada con sus administrados. La Sala no patrocina la perspectiva jurídica del apoderado del municipio cuando pretende que se exonere de responsabilidad a su representado, por haber contratado con un particular la celebración de las festividades taurinas. Y no la hace suya, porque la *administración no se desliga de sus obligaciones para con sus administrados, cuando encarga a terceros la ejecución de las obras, o de ciertas actividades*”^{102}. (sin bastardilla el original).

B) *Daño o perjuicio antijurídico*

El artículo 90 de la Carta Política establece como requisito *sine qua non* para que opere la responsabilidad del Estado, que el daño sea antijurídico, lo que ha venido en definirse como aquel que la víctima no está en la obligación legal de soportar.

El Consejo de Estado cita al tratadista Legina, en sentencia de 1993, y comenta que “el daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no está obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonialmente garantizado por la norma jurídica”^{103}. Este concepto prácticamente de aceptación general, ha encontrado en nuestro país la crítica de Javier Tamayo Jaramillo, para quien la definición es tautológica, pues si se pregunta y ¿cuál es el daño que la víctima no está obligada a soportar? se contestará que el antijurídico, y a su vez, daño antijurídico es el que no está obligado a soportar la víctima.

El daño, como sucede en la jurisdicción ordinaria, además de antijurídico, ha de cumplir los requisitos de ser cierto personal y plenamente probado^{104}. En este sentido Juan Carlos Henao estima que “para que el perjuicio pueda calificarse de tal, debe ser personal y cierto. Estas son las dos características que lo definen”^{105}. Sobre el carácter personal del daño, la jurisdicción contencioso administrativa ha propugnado la tesis según la cual este aspecto no se reduce a que el daño sea la afectación de un derecho subjetivo, basta un interés.

Sobre la exigencia de la prueba del daño es elocuente la sentencia del Consejo de Estado que señaló: “No basta entonces, que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia del daño, porque el demandado no puede limitarse, si quiere sacar adelante su pretensión, a hacer afirmaciones sin respaldo probatorio”^{106}.

En algunos casos la jurisprudencia ha aligerado la carga de la prueba del daño que pesa sobre la víctima cuando se trata de la ayuda económica entre familiares, a pesar de que no obre prueba en el proceso. El juez puede

presumir su existencia partiendo del concepto de obligación alimentaria que tenía la víctima con el demandante. Sostiene Henao que tal giro en la jurisprudencia “pronostica una evolución que puede ir cobijando otra clase de daños: el juez puede utilizar elementos de juicio que permitan establecer estándares de cuantificación mínima de daños”^{107}. Pero hemos de advertir que en este caso en estricto sentido no se hace una excepción a la prueba de la *existencia* del daño, sino que se está, en aras de la equidad y la lógica, buscando métodos para determinar el *quantum* del perjuicio causado^{108}. Al igual que en la jurisdicción civil, la contenciosa ha señalado que “una cosa es la ausencia de prueba del perjuicio y otra cosa es la falta de los elementos para hacer su tasación”^{109}.

Es frecuente en la literatura jurídica colombiana, en particular la posterior a 1991, abordar el daño antijurídico desde la perspectiva de la responsabilidad objetiva, es decir, que al exigirse la antijuridicidad del daño como elemento esencial de la responsabilidad, se puede, y en algunos casos se debe, hacer caso omiso del análisis de la culpa o falla. Lo que no debe llevarnos a confusión es que en todo tipo de responsabilidad, subjetiva u objetiva, la antijuridicidad del daño es requisito indispensable.

Nuestro Consejo de Estado, en sentencia del 14 de diciembre de 1993, señaló en los siguientes términos que el principio *iura novit curia* es la esencia del concepto de daño antijurídico:

“El asunto amerita ser tratado con base en el artículo 90 de la nueva Constitución, porque más que falla del servicio, el presente asunto muestra la ocurrencia de un daño antijurídico imputable a la administración. *Daño* que como ya lo ha dicho la jurisprudencia, *no tiene porqué provenir siempre de la conducta irregularo ilegal de la autoridad pública, porque puede darse aun como consecuencia del obrar legal ajustado al ordenamiento de la misma*. En este caso la antijuridicidad no estará en esa conducta sino en el resultado dañoso para alguien que no tenía por qué soportarlo”^{110}. (sin bastardilla en el original).

Precisaremos tres aspectos relacionados con la antijuridicidad del daño:

“a) Si bien el artículo 90 de la Carta Política estableció la antijuridicidad del daño, esto no implica que se convirtió en objetiva toda la responsabilidad del Estado; la antijuridicidad se predica del daño causado y no de la conducta de la administración, que puede ser a su vez irregular o ilícita o legal.

”b) La antijuridicidad del daño no exonera de acreditar el nexo causal, de modo que la antijuridicidad del daño debe imputársele a una persona jurídica pública determinada conservando el Estado como medio de defensa la causa extraña.

”c) Y por último ha de tenerse en cuenta que si bien en toda forma de responsabilidad, incluida la del Estado, el daño debe ser antijurídico, nuestro sistema es mixto pues, si bien la culpa o falla ha dejado de ser el fundamento único de la responsabilidad del Estado, no significa que ha desaparecido y la responsabilidad objetiva se establece por vía de excepción como lo señaló el Consejo de Estado en 1994: *«Pero decir antijurídico no quiere significar que la noción de falta o falla del servicio desapareció de la responsabilidad estatal y menos que el acreedor de la indemnización ya no tenga que probar la falla si la hubo o la conducta irregular que lo lesionó»*^{111}. (sin bastardilla el original).

C) Nexa causal entre el daño y la actuación del Estado

Como en todo tipo de responsabilidad el nexo causal ha de estar presente, debe existir una relación de causalidad entre la situación imputable al Estado y el daño causado, lo que indica que el daño debe ser efecto o resultado de aquel hecho. Es de tener en cuenta que este nexo causal se puede romper probando la denominada causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima.

Acerca de la fuerza mayor, reproducimos algunos apartes del fallo sobre uno de los casos más sonados en nuestro país: la erupción del nevado del

Ruiz que destruyó la población de Armero y afectó otras poblaciones, causando más de veinte mil muertos. El Consejo de Estado desestimó las demandas presentadas, pues consideró que este fue un típico caso de fuerza mayor que hacía desestimar las pretensiones.

“[...] no puede el sentenciador aceptar que la administración haya sido *pasiva* en el manejo de la situación. La mente humana no alcanza a imaginar qué medidas habría podido tomar la Nación para impedir que los lahares viajaran por los flancos de 11 valles y para que el primer depósito de lodo, que alcanzó a Armero, que inicialmente fue frío, no se volviera cada vez más caliente, humeante o escaldante. ¿Cómo haber evitado, por ejemplo, el ruido espantoso y la ráfaga de viento que según el residente E. Nieto, golpeó a la población, y el fuego que caía del cielo? ¿Cómo se habría podido evitar que los lahares avanzaran entre 30 y 35 km. por hora? ¿Habría podido la administración evitar que una nube que contenía más de 0.5×10 toneladas métricas de SO_2 , cubriese una zona de 650.000 km^2 [...]?”. Y más adelante: “¿se habría podido ordenar, por ejemplo en marzo de 1985, cuando el científico John Tomblin, rindió su informe sobre el citado volcán, que los habitantes de Armero desocuparan en su totalidad la ciudad? ¿Acaso no dice él en su estudio, bajo el rubro «interpretación» que «[...] la actividad del volcán Ruiz es anormal y corresponde a los eventos típicos precursores de una erupción de magnitud [...]» pero que dichos eventos precursores se presentan típicamente algunos meses o a veces más de un año antes de una erupción violenta, pero aproximadamente en uno solo de cuatro casos dichos eventos precursores desemboca en una erupción de magnitud?”.^{[112](#)}.

Hecho exclusivo de un tercero. Si bien en principio es aceptado como eximente de responsabilidad, hay que resaltar un aspecto que se diferencia con la misma figura aplicada en la responsabilidad civil. Se trata del hecho del tercero que causa daño a una persona, y cuyo actuar constituye un ataque que el Estado debió evitar con la fuerza pública; en tal caso la

administración sí es responsable por haber faltado a su deber de vigilancia o protección a la víctima dándose una típica responsabilidad por falla del servicio, consistente en el incumplimiento de un deber, como en el caso examinado por el Consejo de Estado en 1993 cuando un recluso de la Penitenciaría Nacional San Isidro fue asesinado por un compañero (hecho de un tercero). Consideró el juez contencioso que “la realidad que se deja descrita permite concluir que en la Penitenciaría Nacional San Isidro no se ofrecen condiciones de seguridad para los reclusos que quedan a merced de otros delincuentes que terminan por acabar con sus vidas. Ese vacío de dirección y control es el que permite afirmar que se da la falla del servicio”^{113}.

Hecho exclusivo de la víctima. Al igual que en el hecho exclusivo de un tercero, se exige que ese hecho o culpa de la víctima tenga incidencia causal en la producción del daño de modo exclusivo, porque si hay coadyuvancia o coautoría en la producción del daño con la falla del servicio, la figura que se presenta es la de la compensación parcial de culpas, que reducirá el monto indemnizable.

No obstante, el consejero Enrique Gil ha manifestado, en un salvamento de voto, su desacuerdo con la forma como el Consejo de Estado estructura los elementos de la responsabilidad. Sostiene que realmente los elementos de la responsabilidad del Estado son solo dos. Así se expresó el consejero en su salvamento de voto:

“2.1. La Sala parte, en este caso implícitamente, del reconocimiento de que son varios los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado, los cuales serían, a saber: i) daño antijurídico, ii) hecho dañoso, iii) nexo causal y, en algunos casos, iv) imputación.

”2.2. La anterior estructura conceptual, en mi criterio, desconoce los postulados sobre los cuales se fundamenta la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991, en tanto el artículo 90 del estatuto superior estableció solo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son:

i) el daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico ^{114}.

2. CLASES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Clasificar los varios tipos de responsabilidad del Estado no resulta del todo fácil, pues los autores presentan diversos modos o tipos de clasificación^{115}. Por ejemplo, Juan Carlos Henao sostiene que la responsabilidad extracontractual del Estado puede ser “Por falla en el servicio, por daño especial, por riesgo y por enriquecimiento sin causa”^{116}.

Por su parte, el jurista colombiano Libardo Rodríguez clasifica la responsabilidad del Estado en objetiva, con falla y presunta. Es responsabilidad objetiva cuando no se exige una falla o culpa en el servicio público prestado por el Estado, como ocurre en los casos de responsabilidad por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra; la responsabilidad por almacenaje; la responsabilidad por daño especial, la responsabilidad por riesgo y la responsabilidad por trabajos públicos^{117}.

Gustavo Penagos señala que la responsabilidad del Estado comprende: la responsabilidad precontractual, la responsabilidad contractual, la responsabilidad extracontractual, la responsabilidad legislativa, la responsabilidad judicial y la responsabilidad administrativa^{118}.

Partiendo de las clasificaciones antes descritas, haremos una breve descripción de las principales formas de responsabilidad del Estado. Muchas formas de responsabilidad del Estado como la responsabilidad por actividades terroristas, por privación injusta de la libertad, legislativa^{119}, etc., se encuadran finalmente en las formas o tipos que desarrollamos a continuación.

A) Con falla en el servicio. Responsabilidad subjetiva

La idea originaria de culpa, del derecho civil, estuvo presente por algún tiempo en el derecho público, pero pronto se cambió por la de falla del

servicio público. Tamayo Jaramillo sostiene que el uso del término falla del servicio empleado por el Consejo de Estado, por oposición al término culpa, es un error conceptual que obedece al desconocimiento del origen del término, pues la palabra francesa *faute* significa culpa en español. Cuando el derecho administrativo francés menciona la *faute du service* habla de *culpa en el servicio*, sin pretender introducir un concepto nuevo o diferente al civil de culpa^{120}.

La expresión tuvo su origen en el Consejo de Estado francés, concretamente en sentencia —fallo Blanco— del 8 de febrero de 1873, en la que se afirmó categóricamente que el Estado sí es responsable y esa responsabilidad es singularmente diferente de la responsabilidad civil entre los particulares regida por el Código Civil. Esta responsabilidad del Estado no fue considerada general y absoluta, tiene reglas especiales que varían según las peculiaridades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses de los particulares. Esta falla puede ser probada, correspondiéndole a la víctima probarla o, presunta, caso en el cual le corresponde al Estado desvirtuar la presunción que pesa en su contra.

a) *Falla probada*. Se dijo que la pretensión indemnizatoria contra el Estado se puede derivar de actuaciones, actos administrativos, hechos positivos o negativos, u operaciones que hayan causado daño y configuren la responsabilidad extracontractual.

En las normas constitucionales de 1886, desarrolladas por la jurisprudencia a lo largo de varias etapas, se había determinado que la responsabilidad del Estado tenía como fuentes la falla del servicio en unos casos, la simple ilegalidad en otros, las vías de hecho, o el rompimiento del equilibrio en las cargas públicas.

Sobre *la falla del servicio*, el Consejo de Estado ha unificado el criterio, del cual se deduce la tendencia a exigir cada vez más de la administración una prestación eficiente de sus servicios: Cuando el Estado, en desarrollo de

sus funciones incurre en la llamada “falta o falla del servicio”, o mejor aún en la falta o falla de la administración, trátese de simples actuaciones administrativas, omisiones, hechos y operaciones administrativas, se hace responsable de los daños causados al administrado.

La jurisprudencia, cuando examina la falta o falla en el servicio, tiene en cuenta circunstancias normales o medias. El Consejo de Estado, haciendo suya la doctrina del tratadista Jean Rivero, manifestó en 1994: “debe examinarse a la luz del nivel medio que se espera del servicio, [...] *variables según su misión y según las circunstancias*, estructurándose la falla, cuando este se presenta por debajo de este nivel. Por todo ello, concluye, el juez debe apreciarla sin referencia a norma abstracta, pero sí preguntándose [...] lo que en ese caso debía esperarse del servicio, teniendo en cuenta la dificultad más o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (períodos de paz, momentos de crisis), de lugar, de los recursos de que disponía el servicio [...]. De ello resulta que la *noción de falta del servicio tiene un carácter relativo, pudiendo el mismo hecho según las circunstancias, ser reputado como culposo o como no culposo* ^{121}.”

No se puede exigir al Estado una calidad del servicio más allá de su real capacidad, según el criterio del Consejo de Estado^{122}. No podemos hacerlo responsable de “toda muerte violenta acaecida en el territorio nacional (él tiene el deber de proteger la vida); siempre que muera una persona por falla en la asistencia médica; por los niños que se quedan sin escuela y que entran a la mendicidad; por todos los casos de inanición; por las epidemias no contrarrestadas; por todos los daños producidos por el terrorismo; por la caída de un avión en zona carente de radio ayuda; por todos los derrumbes de las carreteras; por la falta de acueductos, por la contaminación de los ríos”. En fallo de 1994 el Consejo de Estado afirmó:

“Dentro del marco político anterior, se impone concluir que no todas las falencias del Estado social de derecho pueden repararse a través de la filosofía que informa la falla del servicio, o el daño antijurídico, pues el

juez tiene que ser consciente de la realidad social que vive, y no dejarse deslumbrar por el universo que tienen las palabras o los conceptos políticos y jurídicos”^{123}.

b) *Falla presunta*. En el proceso de facilitarle a la víctima la reparación del daño sufrido, la jurisprudencia también ha invertido la carga de la prueba en cuanto al elemento culpa o falla de la administración, pues se considera que en los casos en que rige esta presunción, la prueba de la culpa o falla de la administración es muy difícil o prácticamente imposible y, por el contrario, al Estado o demandado le resulta más fácil probar que contrario a lo que se presume —que obró con culpa o falla— ha actuado con la debida diligencia y cuidado. El caso típico que acepta nuestra jurisprudencia como falla presunta es el del denominado acto médico.

El Consejo de Estado ha considerado este régimen de responsabilidad con falla presunta como intermedio entre el de falla del servicio y el de responsabilidad objetiva:

“En segundo término, y como régimen intermedio entre el que acaba de mencionarse y los de responsabilidad objetiva [...], se encuentra aquel en donde la falta o *falla es presunta*. En los eventos respecto de los cuales puede aplicarse este régimen especial, el actor solo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio. A la *entidad demandada* queda la posibilidad de *exonerarse* de toda responsabilidad probando que aunque el perjuicio fue causado por un hecho o acto a ella imputable, *obró* de tal manera *prudente*, con tal diligencia, que su actuación no puede calificarse como omisa, imprudente o negligente, en forma tal que dé lugar a comprometer su responsabilidad.

”En este sentido la ausencia de la falla del servicio demostrada por la administración pública demandada la exonera de responsabilidad porque rompe la presunción de imputabilidad, así el vínculo de causalidad entre el hecho de la administración y el perjuicio continúe intacto. Por ello, en este

régimen la falla del servicio sigue existiendo, pero en cierto modo inverso, es decir, cuando es a la entidad demandada a la que corresponde proveer al juez de los medios de convicción necesarios para que este realice una valoración positiva del comportamiento administrativo.

”El tipo propio de esta responsabilidad presunta es el llamado acto médico: mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, es decir, se presume uno de los tres supuestos de esa responsabilidad (los otros, como se sabe, son el daño y la relación de causalidad)”^{124}.

B) *Sin falla en el servicio. Responsabilidad objetiva*

Alguna jurisprudencia y parte de la doctrina aboga para que la responsabilidad objetiva del Estado se configure en todos los casos. Sus propugnadores, seguidores del jurista Eduardo García De Enterría, reclaman una superación de la noción de falla del servicio o de la culpa, fundamentados en la noción de daño antijurídico. Dice el connotado autor: “Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea *antijurídico*, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (antijuridicidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre *no tenga el deber jurídico de soportar los* (antijuridicidad objetiva)”^{125}.

Algunos critican como exceso la tendencia de que el Estado deba responder objetivamente por todo daño. Mariano Yzquierdo Tolsada cita un caso del Tribunal Supremo de España (14 de junio de 1991) en el que una paciente que presentaba dos aneurismas gigantes es sometida a una intervención médica delicada. La actuación médica fue, para las circunstancias, óptima, pero la paciente sufrió graves secuelas. No hubo culpa alguna del cuerpo médico, pero el daño se causó y el Tribunal Supremo consideró suficiente esto para condenar al pago de los perjuicios. Veamos el texto:

“El cirujano optó por reducir primero la del lado derecho, ocluyéndola con un clip al no ser viable otra posibilidad. Pero contra lo previsible, la otra carótida no suministró suficiente flujo de sangre al cerebro, lo que produjo a la enferma graves secuelas. La intervención facultativa fue irreprochable, pues no había motivos para pensar *a priori* que los riesgos habrían sido menores si se hubiera intervenido antes sobre la carótida izquierda. Con todo el Supremo dijo que un supuesto de responsabilidad que tiene carácter objetivo significa la «desconsideración total de las circunstancias y conductas de quienes lo crean, organizan, controlan o vigilan y del personal que lo realiza», y que procedía entonces la condena del Insalud, pues «lo único relevante para la Sala ha de ser la incidencia, a efectos de causalidad, de la intervención quirúrgica llevada a cabo en un Centro de la Seguridad Social». [...] Ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala”^{126}.

Colombia no ha sido ajena a esta tendencia y la teoría de la responsabilidad sin falta ha sido acogida en cinco casos 1º) por daño especial cuando se rompe el equilibrio de las cargas públicas; 2º) por almacenaje; 3º) por actividades peligrosas; 4º) daños a inmuebles por trabajos públicos, y 5º) por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra. Veámoslas.

a) *Por daño especial*. La responsabilidad del Estado por daño especial o rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas parte del principio que rige el Estado de derecho que establece la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Se ha desarrollado un principio de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado que ordena reparar los daños causados por la administración a sus ciudadanos cuando la actuación del ente estatal implica romper la igualdad ante las cargas públicas para una persona concreta, incluso si la actuación del Estado puede considerarse legítima o lícita.

Aguilar Díaz, citado en sentencia del Consejo de Estado de 1993, resume esta idea al señalar que “siempre que un individuo sea perjudicado en sus derechos como condición o necesidad del bien común, síguese que los efectos de la lesión o las cargas de la reparación deben ser repartidos entre toda la colectividad, esto es, satisfecha por el Estado, a fin de que de este modo se restituya la justicia conmutativa”^{127}.

Por nuestra parte, aclaramos que la justicia lesionada no es la conmutativa, como sostiene el autor, sino la distributiva. La justicia conmutativa regula las relaciones de daños causados por una persona a otra. Si alguien causa un daño a otro, por justicia conmutativa debe repararlo. En cambio, cuando una persona sufre un daño y es la sociedad en general la llamada a repararlo por solidaridad, la justicia aplicada en tal caso es la distributiva que inclina a la sociedad y a sus gobernantes a distribuir los bienes comunes entre las personas privadas en proporción a sus méritos, a su dignidad, a sus necesidades y, en general, a las cargas con la sociedad.

Las formas más comunes de responsabilidad por daño especial se dan cuando la administración actúa en cumplimiento de actos administrativos conforme a la ley, pero rompe el equilibrio en contra de un particular y debe reparar el daño por razones de solidaridad^{128}. Así, por ejemplo, en ciertas circunstancias de atentados terroristas, el “daño resulta antijurídico porque un grupo de personas, o una sola de estas, no tiene porqué soportar los daños que se generan con motivo de la defensa del orden institucional, frente a las fuerzas de la subversión”^{129}. El actuar de la administración, en estos casos es lícito, pero no la libera del deber jurídico de indemnizar los daños que se causen.

En otras ocasiones el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas impone al Estado el deber de reparar el daño sufrido por el ciudadano por razones de equidad, no obstante es legítima la actuación de la administración. A este tipo de responsabilidad se le ha llamado *riesgo excepcional*^{130}, pero ante la posibilidad de confundirla con la que surge de

las actividades peligrosas, es mejor desechar esta denominación. independientemente del título que se le dé, todas las actuales formas de responsabilidad del Estado de tipo objetivo tienen los mismos elementos estructurales, por lo que sin temor pueden agruparse bajo una misma especie, llámense actividades peligrosas, daño especial, daños por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra, daños por almacenaje, daños a inmuebles por trabajos públicos, daños por actos terroristas, etc.

En todos los casos el elemento determinante es el daño antijurídico, que exime al juez del estudio de algún tipo de falla, falta o culpa del Estado. Naturalmente ha de acreditarse que el daño antijurídico procede o tiene nexo causal con la conducta lícita del Estado.

Un caso de responsabilidad objetiva en que la actividad del Estado fue lícita pero que produjo un daño antijurídico se presentó con ocasión del atentado contra el director del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, en 1989. El oficial fue objeto de un ataque terrorista en el que los demandantes, transeúntes inocentes, sufrieron daños. Estos perjuicios fueron causados por terceros ajenos al Estado y no hay ningún tipo de falla o culpa de los organismos de seguridad. No obstante, el Consejo de Estado encontró responsable al Estado por el riesgo excepcional en aplicación de los principios de responsabilidad objetiva. Los apartes relevantes del fallo resumen el argumento del Consejo de Estado en este caso:

“Frente a la realidad que se deja detallada, la Sala encuentra que en el caso en comento, sí es posible aplicar el régimen de responsabilidad por *daño especial* [...]. De lo dicho, y para hechos como el que se dirime, observa la Sala, sí puede deprecarse responsabilidad. Esta tiene como razón, el reparar daños ocasionados como consecuencia de un *riesgo de naturaleza excepcional*, a los que se ven sometidos los administrados, cuando el Estado combate fuerzas ilegales que quieren aniquilarlo o destruirlo”^{131}. (sin bastardilla en el original).

Ese daño especial encuentra su fundamento en la equidad y la solidaridad ante los particulares que están expuestos a soportar una carga más pesada que el resto de los ciudadanos. En el caso que se comenta, “*el daño resulta antijurídico, porque un grupo de personas, o una sola de estas, no tiene por qué soportar los daños que se generan con motivo de la defensa del orden institucional, frente a las fuerzas de la subversión*. El actuar de la administración, en estos casos, es *lícito*, pero ello no la libera del deber jurídico de indemnizar los daños que cause con tal motivo”^{132}. Luego el Consejo de Estado enfatiza:

“Al dejar bien precisado que esta sentencia se informa también en la *equidad*, quede en claro que para llegar a ella la Sala ha hecho suya la perspectiva de cuestionamiento que el ilustre filósofo [John Rawls] aconseja al juez, cuando le exige: «[...] determinar qué pensaría que es justo e injusto si cada uno de esos intereses fuera tan enteramente el suyo como de hecho son los de otras personas, y de prestar su juicio sobre el caso tal como le parece que su sentido de la justicia exige tras haber articulado en su mente con todo cuidado los problemas que hay que decidir» (obra citada, *Justicia como equidad*, pág. 3). En otras palabras: cualquiera de los magistrados que integran la Sala, de encontrarse en las mismas circunstancias externas de los demandantes, también habrían demandado del Estado la indemnización correspondiente, pues el derecho es justicia o no es”^{133}.

La tesis de la responsabilidad objetiva del Estado tiene además respaldo en el derecho comparado. Así, el argentino Roberto M. López Cabana reseña cómo en las III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil en 1986, se admitió que “la obligación de reparación del daño causado comprende tanto el derivado de los actos ilícitos como igualmente de los lícitos. Esto sucede, por ejemplo, en la responsabilidad que se le adjudica al Estado en los casos de expropiación por causa de utilidad pública, la ocupación temporal de bienes, la requisición de bienes en tiempo de guerra, la destrucción de

bienes por causas sanitarias, las servidumbres administrativas, la rescisión unilateral de contratos administrativos, la revocación de autorizaciones administrativas, la realización o remodelación de obras públicas, la desafectación del destino de uso público”^{134}.

En igual sentido, García De Enterría, exponente del concepto de daño antijurídico, enseña: “Lo que ahora importa retener es que cualquiera que sea la causa de imputación, la administración está obligada a responder siempre que de su actividad resulte una lesión en el sentido expuesto, un daño antijurídico que reúna los caracteres de efectividad, posibilidad de evaluación económica e individualización en relación a [sic] una persona o grupo de personas”^{135} y más adelante aclara el sentido de las notas o caracteres del daño antijurídico:

“Si las notas de efectividad y evaluabilidad económica del daño sufrido, comunes por lo demás al derecho privado, no ofrecen dificultades graves, ni requieren por ello mayores precisiones, supuesta su exclusiva finalidad de evitar la inclusión en el ámbito de cobertura de simples perjuicios y aún de meras molestias subjetivas, el tercer requisito —individualización del daño por relación a una persona o grupo de personas— sí merece alguna atención especial en este momento [...] el requisito de la individualización del daño quiere indicar, en primer término, que ha de tratarse de un daño concreto, residenciable directamente en el patrimonio, del reclamante^{136} y que *exceda, además, de lo que pueden considerarse cargas comunes de la vida social [...]. Cuando la carga pasa de ser general a singular y entraña un sacrificio, excesivo y desigual para alguno de los administrados, se convierte en una lesión indemnizable* en razón de la particular incidencia dañosa de la actividad administrativa, sobre el patrimonio del perjudicado. Esta mayor intensidad del sacrificio postula claramente el reconocimiento al administrado del derecho a obtener una indemnización compensatoria del daño sufrido que, por su gravedad excepcional, no puede ser considerado

como una carga general de obligado acatamiento”^{137}. (sin bastardilla el original).

b) *Actividades peligrosas*. La responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, como conducción de vehículos, extensión de redes de energía, constitución de gasoductos, armas de dotación oficial, etc., fue absurdamente considerada en muchas sentencias como una responsabilidad con culpa o falla; decimos que absurdamente, porque generaba una paradoja con el régimen de las actividades peligrosas del Código Civil, que por bastantes años ha sido un prototipo de responsabilidad objetiva. Mientras en un daño causado, pongamos por caso, con un vehículo particular, la víctima tenía a su favor la institución de la responsabilidad objetiva, de la que el causante solo se exonera si demuestra causa extraña, la misma víctima lesionada por un automóvil oficial, solo tenía en su favor la presunción de culpa, que podía ser desvirtuada más fácilmente porque bastaba probar buena diligencia y cuidado.

Tal tesis pudo ser reorientada, al concebir las actividades peligrosas que ejerce el Estado como forma de responsabilidad objetiva. Nuestro Consejo de Estado, en sentencia del 14 de septiembre de 2000, manifestó:

“En relación con el ejercicio de actividades peligrosas como la conducción de vehículos automotores, esta Sección consideró hasta el año de 1989 que el régimen aplicable era el de la falla probada. Sin embargo, a partir de ese año, mediante sentencia del 19 de diciembre (exp. núm. 4484, actor: Rosa Helena Franco de Bernal) se adoptó el régimen de falla presunta para juzgar este tipo de eventos por considerar que «un vehículo automotor, por su peligrosidad, al ser nexo instrumental en la causación de un perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el vehículo pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que por demás bien puede existir”.

En sentencia del 24 de agosto de 1992 (exp. núm. 6754, actor: Henry Enrique Saltarín Monroy), con objeto de resolver un asunto en el que estaba

comprometida la responsabilidad en la prestación del servicio médico, estableció diferencias entre el régimen aplicable en estos casos y el que debía regir frente a los daños producidos por cosas o actividades peligrosas y consideró que en relación con estos, en los que no *se juzga* la conducta irregular de la administración sino *el daño antijurídico, opera una presunción de responsabilidad o lo que es lo mismo, un régimen de responsabilidad objetiva* y no una presunción de falta. Se dijo en la sentencia: “Mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, es decir, se presume uno de los tres supuestos de esa responsabilidad (los otros, como se sabe, son el daño y la relación de causalidad), *en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular de la administración, sino solo el daño antijurídico* (Const. Pol., art. 90) *produciéndose así más que una presunción de falla, una de responsabilidad.* [...] cuando se habla de responsabilidad por los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, en las que no juega ya la noción de falla, ni la probada ni la presunta, le incumbe a la demandada demostrar, para exculparse, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero, también exclusivo y determinante, y por eso mismo se entiende que en estos casos no se pueda exonerar la administración demostrando la diligencia y cuidado. En otras palabras, estos eventos encuentran en el derecho colombiano respaldo inequívoco en el artículo 90 de la Constitución” (sin bastardilla el original).

Esta última posición ha sido reiterada en fallos posteriores y se considera hoy la más acertada para definir los asuntos relacionados con la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas.

En estas circunstancias, a los actores les basta acreditar que la actividad riesgosa les causó un daño, sin que deban demostrar la falla del servicio, pues en el régimen de la presunción de responsabilidad, la falla del servicio no es elemento constitutivo de la misma; en tanto que al demandado para

exonerarse de responsabilidad le corresponde demostrar una causa extraña^{138}.

c) *Daños a inmuebles por trabajos públicos*. Desde 1941, con la expedición del Código Contencioso Administrativo (ley 167 de ese mismo año), se consagró legalmente la responsabilidad objetiva de la administración por los daños causados a una propiedad particular *inmueble* o por su ocupación, con ocasión de un trabajo público.

En estricto sentido no encontramos razón para que el legislador mantenga este tipo de responsabilidad regulado de modo particular, puesto que a la luz de los principios de la responsabilidad subjetiva o con falla y de la objetiva, se podría dar plena solución a los casos que ocasiona la actividad de la administración. Así, por ejemplo, puede considerarse que realizar trabajos públicos sea una típica actividad peligrosa que, como comentamos, a partir del año 2000 inequívocamente es una responsabilidad objetiva, con la ventaja que no solo comprenderá los daños a bienes inmuebles, sino a toda clase de perjuicios materiales y extrapatrimoniales. Si se quisiera optar por darle una solución dentro de las responsabilidades con falla, podría pensarse en establecer una presunción de culpa a favor de la víctima. En la responsabilidad civil extracontractual entre particulares, regida por el Código Civil, hay unanimidad en considerar peligrosa a la actividad constructora y no se entiende por qué no se puedan aplicar los mismos principios en estos casos de daños por trabajos públicos .

d) *Responsabilidad del Estado por almacenaje*. Esta responsabilidad objetiva, relacionada con las mercancías almacenadas en bodegas oficiales, tiene más un carácter de responsabilidad contractual. A este efecto el artículo 2° del decreto-ley 630 de 1942, sustitutivo del artículo 55 de la ley 79 de 1931, consagra lo siguiente: “Salvo pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso o de suyo inadecuado, por su poca consistencia o mala confección, para la seguridad del contenido, el gobierno responderá a los dueños de las mercancías

almacenadas en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o su abandono voluntario, o hasta cuando se le considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal del almacenaje”.

Como mencionamos, algunos doctrinantes incluyen esta responsabilidad en una categoría especial de responsabilidad del Estado, dentro de las formas objetivas. Caben, en este lugar, similares consideraciones a las hechas en torno al daño a inmuebles por trabajos públicos. Estos dos casos muestran cierta incongruencia en las clasificaciones que ensayan los autores, fruto en el fondo del proceso de independización de la responsabilidad del Estado de la tradicional civil, de la que a pesar de muchos esfuerzos no logra liberarse como es el deseo de muchos de sus impulsores.

e) *Expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra.* Como toda forma de responsabilidad objetiva prescinde del elemento subjetivo. Pensamos que este tipo de responsabilidad bien puede encuadrarse dentro del mencionado como daño especial, toda vez que el fundamento es el mismo: las cargas públicas se rompen causando un desequilibrio en cabeza de un ciudadano que ve que su inmueble, por razones de seguridad nacional, es ocupado por la tropa para la búsqueda de la paz y del bien común. No es equitativo que su propietario deba soportar él solo el daño causado a su propiedad en aras del bien común, sin recibir de los demás asociados, representados por el Estado, la correspondiente reparación o indemnización por los perjuicios recibidos.

3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

El Consejo de Estado ha aceptado la responsabilidad del Estado por el ejercicio de la actividad legislativa con fundamento en el principio de igualdad ante las cargas públicas. El desarrollo de la jurisprudencia en esta materia ha tenido como referente el caso de la sociedad anónima de

productos lácteos *La Fleurette* del Consejo de Estado francés, del 14 de febrero de 1938^{139}. En este precedente se condenó al Estado a pagar a un particular una indemnización en reparación de un daño causado por la entrada en vigor de un texto legislativo con fundamento en la ruptura de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.

Portugal ofrece también un referente extranjero de responsabilidad del Estado legislador en el caso de los daños causados por las fuerzas armadas americanas estacionadas en las islas Azores en virtud del tratado que creó la Otan. Como los tribunales de Portugal no son competentes para juzgar a las fuerzas militares americanas en razón del tratado, consideró el Consejo de Estado de Portugal que “para obviar el sacrificio que para los ciudadanos nacionales, consistiría en la necesidad de, en tales casos, recurrir a los tribunales americanos, el Estado portugués asume por la misma cláusula de la convención referida la responsabilidad objetiva por el resarcimiento de tales daños obligándose al pago de la indemnización respectiva”. (Recurso 33534, Rel. C. E. José da Cruz Rodríguez)^{140}.

Con fundamento en estos antecedentes extranjeros y en la doctrina nacional del principio del rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, el Consejo de Estado colombiano condenó al Estado a pagar los perjuicios causados a un particular por un miembro del cuerpo diplomático que de acuerdo con el tratado internacional era inmune a la acción judicial interna. Como el Estado aceptó conceder inmunidad a los agentes diplomáticos acreditados en Colombia, esto trae dos importantes consecuencias: 1ª) por ser el Estado sujeto de derecho internacional, esto es, con plena capacidad jurídica para pactar, firmar y ratificar instrumentos internacionales, está obligado a cumplir sus compromisos; 2ª) el Estado asumió la responsabilidad por los perjuicios de orden patrimonial que se produzcan por la acción u omisión de los agentes diplomáticos con inmunidad dentro del territorio donde el Estado ejerce jurisdicción^{141}.

4. LOS COSTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Colombia no ha sido ajena al fenómeno de incremento litigioso en torno a la responsabilidad del Estado. Así, por ejemplo, en informe del 16 de junio de 2003, la Contraloría General de la República^{142} informó que durante el período 1995-2001, el Estado colombiano debió pagar por concepto de condenas y conciliaciones la suma de 1,95 billones de pesos y enfrenta en el inmediato futuro demandas cuyas pretensiones son estimadas en 31,6 billones de pesos^{143}. Esta cifra equivale al 44 por ciento del presupuesto nacional y a 17 por ciento del producto interno bruto, lo que pone de manifiesto un problema estructural en el tema de la responsabilidad del Estado^{144}.

Si bien celebramos las consideraciones del Consejo de Estado en la protección de víctimas inocentes con el atentado terrorista, el caso lo traemos para ilustrar cómo principios tradicionales del derecho de responsabilidad (v. gr., el nexo causal) se ponen en entredicho por otras consideraciones que han llevado a la expansión del fenómeno de la reparación de los perjuicios con consecuencias económicas insospechadas. El citado informe concluye:

“Tan solo en términos de oportunidad, si estos recursos (lo pagado por condenas y conciliaciones) se destinaran a la educación, en un solo año se podría cubrir a toda la población infantil menor de 10 años que se encuentra por fuera del sistema escolar (1.118.000 niños), solucionar el déficit de vivienda del país en solamente tres años o, con los recursos de dos años, alcanzar las metas de exploración, desarrollo y producción de petróleo previstas para el próximo cuatrienio”^{145}.

Estos cincuenta años han sido de desarrollo de la separación entre los dos regímenes de responsabilidad, la estatal y la privada, y llegarán momentos, no nos cabe duda, en los que se clamará por un régimen de unificación entre el régimen privado y el estatal.

Sección III.

—La indemnización de perjuicios en la acción de tutela

La constitucionalización del derecho civil también ha llegado como tendencia al derecho de la responsabilidad. Una expresión de esa constitucionalización se presenta con el ejercicio de la acción constitucional de tutela para la protección de derechos fundamentales aplicados a la responsabilidad civil.

Desde que nuestra Constitución consagró la acción de tutela para la defensa de los derechos fundamentales.^{146}, en no pocas ocasiones se ha acudido a los tribunales en busca de condenas por perjuicios mediante este expedito medio procesal. El principio general es que la tutela no procede para reclamar la responsabilidad económica ni contractual ni aquilina ante la existencia de otros medios judiciales para lograr la eventual reparación de los perjuicios, pues el artículo 86 de la Constitución establece que la tutela solo procede si el afectado no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial. El juez de tutela no puede entonces reemplazar a los jueces competentes cuando la ley ha previsto expresamente otras vías judiciales, a menos que se intente de manera excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable que se prueba debidamente.^{147}

En principio, la jurisdicción constitucional se agota cuando se obtiene la orden de cesar la acción o la omisión que da origen a la controversia, y solo se da la condena *in genere* cuando el afectado no dispone de un medio ordinario para reclamarla, o cuando es necesario ordenarla para asegurar el restablecimiento y goce de los derechos vulnerados.^{148}

Por su parte, el decreto-ley 2591 del 19 de noviembre de 1991, que reglamenta la acción de tutela, estableció algunas hipótesis en las que sí procedían ciertas reclamaciones de indemnización de perjuicios por vía de tutela, cuando el mismo juez que acepta tutelar el derecho puede condenar al pago de la correspondiente indemnización del *daño emergente*.

Artículo 25.—*Indemnizaciones y costas.* Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que concede la tutela *el juez de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará* ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los 6 meses siguientes, para lo cual el juez que esté conociendo de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación. La condena será en contra de la entidad de que dependa el demandado y solidariamente contra este, si se considera que ha mediado dolo o culpa grave de su parte, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles o penales en que haya incurrido.

”Si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, este condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad” (sin bastardilla el original).

Cuando la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del decreto-ley en 1º de octubre de 1992 (C-543) y el 2 de febrero de 1994 (T-033), confirmó que en ciertos casos es posible imponer la obligación de indemnizar por el juez de tutela.

Elementos necesarios para que proceda la indemnización del daño emergente en la acción de tutela:

1. *Que el afectado no disponga de otro medio judicial para obtener la indemnización.* Esto no es absoluto; sabemos que la acción de tutela es residual y que siempre teóricamente hay acciones judiciales para el afectado como son la acción de reparación directa ante lo contencioso administrativo en contra de actos de autoridades o de servidores públicos y la acción de

responsabilidad civil extracontractual ante la jurisdicción civil frente a los actos de los particulares.

Como afirman Gilberto Martínez Rave y Catalina Martínez Tamayo, esta exigencia no habrá de interpretarse en el sentido de que haya imposibilidad absoluta de acudir a otros mecanismos judiciales para obtener la reparación, sino como “la posibilidad de lograr que la determinación del juez de tutela, ante la claridad de la infracción, ante la evidencia de lo arbitraria la conducta y la existencia del perjuicio, determine su indemnización”^[149].

2. *La violación del derecho debe ser manifiesta.* El legislador da una calificación especial a la violación del derecho fundamental que le impone un límite al juez de tutela para establecer, al momento de tutelar el derecho, la condena adicional del pago de perjuicios.

3. *Consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria.* Para el juez de tutela existe la obligación de tener certeza de que además de ser manifiesta la violación al derecho fundamental, esta ha de tener nexo causal con una conducta del demandado, calificada por el fallador como indiscutiblemente arbitraria, es decir que carece de todo sustento legal o asidero jurídico, lo que le da precisamente ese carácter de arbitraria.

El referido artículo 25 del decreto 2591 de 1991 solo habla de acción, pero pensamos que si la conducta del demandado procede de omisión de un deber legal y esa omisión de la conducta debida es susceptible de calificarse como arbitraria, también procedería la condena al pago de daño emergente.

4. *Unicamente la condena del pago de perjuicios cubre el daño emergente, si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho.* Esta limitación al daño emergente, excluye entonces el lucro cesante y los perjuicios extrapatrimoniales que solo se podrán cobrar por la vía civil ordinaria o la contenciosa administrativa, según el caso. Pero no basta acreditar la existencia del daño emergente, pues debe existir además una relación de causalidad indiscutible con el goce del derecho fundamental

violado o desconocido, tal como los gastos hechos para hacer respetar el derecho, honorarios profesionales en defensa de su derecho, etc.

No obstante la claridad que ofrecen las disposiciones sobre el límite de la indemnización al daño emergente, el jurista Ricardo Hoyos Duque reseña algunos fallos de nuestra Corte Constitucional en los que tal principio ha sido roto o al menos difuminado, tales como la tutela al derecho a la intimidad y a la dignidad por estar en la lista de deudores morosos de la Asociación Bancaria (T-414 de 16 junio 1992). En este caso se condenó al pago de perjuicios, pero no se especificaron cuáles, si materiales o extrapatrimoniales.^{150}. Y en el caso se tuteló el derecho a la intimidad de los familiares de un conocido cantante y se condenó al pago de los perjuicios a los periódicos que dieron difusión a las noticias.^{151}.

5. *Facultad oficiosa de imponer la condena en indemnización de perjuicios.* Parece romperse aquí el principio de la acción indemnizatoria que tiene carácter típicamente privado y solo procede a petición de parte, pues se permite al fallador de tutela, condenar oficiosamente al pago de la indemnización del daño emergente “si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho”.

En este sentido el jurista Martínez Rave afirma que es una facultad y no una obligación, que debe ejercer el juez cuando considere que no solo se satisfacen las exigencias del decreto 2591 de 1991, artículo 25, para imponer la obligación indemnizatoria sino que se evidencie que se ha causado un perjuicio.^{152}. Dice este tratadista, que el juez, así estén reunidos los requisitos del artículo 25, puede conceder o no la condena indemnizatoria en favor del solicitante, probada la existencia del daño, todo a su buen criterio.

Esta norma dispone que “en el fallo que concede la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho”. Se entiende entonces que el juez de tutela de oficio tiene el poder,

la potestad, de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho, siempre y cuando juzgue que la violación del derecho fundamental es manifiesta y es consecuencia de una acción indiscutiblemente arbitraria. Esto es, según nuestro entender, que el juez de tutela tiene el poder de condenar al pago del daño emergente causado si con ello se asegura el goce efectivo del derecho tutelado. En otras palabras, si el juez, ante esa violación manifiesta y arbitraria, concluye además que para poder proteger íntegramente el derecho, debe pagarse el daño emergente causado — probado—, y que de no hacerse los derechos tutelados no quedarían plenamente protegidos, debe, en aras de proteger el derecho fundamental, usar ese poder o potestad, aunque no lo haya pedido el solicitante. De oficio, el juez está obligado a condenar al pago de ese daño emergente, claro está, siempre y cuando esté probada su existencia —no su cuantía— y se reúnan los demás requisitos del artículo 25 comentado.

Cuando la ley faculta al juez para proceder de oficio, le impone simultáneamente un deber de actuar. De lo contrario podríamos, conforme a la interpretación que criticamos, llegar al extremo que el juez reconociera que la violación es manifiesta, que además es consecuencia de una acción arbitraria con la que se ha causado un daño emergente y que si ese daño emergente no se repara de modo inmediato, el goce efectivo del derecho fundamental no está asegurado. Si el juez en este caso decide no condenar al pago de la indemnización, caeríamos en un contrasentido, pues no tomaría todas las medidas necesarias para tutelar el derecho fundamental violado o amenazado, con lo que se estaría negando la protección debida al derecho fundamental.

Cuando para proteger el derecho fundamental se hace necesario condenar en abstracto al pago del daño emergente causado, el juez debe, aún de oficio, utilizar esa potestad, poder, de condenar a su pago, pero potestad no significa aquí discrecionalidad.

Cosa diferente es que el juez encuentre que la violación al derecho fundamental es manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente ostensible y que además está probado un daño emergente por esa violación del derecho fundamental, pero considera que el pago de ese perjuicio no es necesario para asegurar el goce efectivo del derecho; en tal caso no debe condenar al pago de ese perjuicio en la sentencia de tutela, pues no se reúnen plenamente los requisitos del artículo 25 en comentario.

6. *Condena en abstracto.* La condena del juez de tutela nunca puede ser en concreto, así aparezcan en el procedimiento pruebas de la cuantía. La controversia sobre la cuantía exacta se posterga para el incidente de regulación correspondiente (decr. 2282 de 1989, art. 1°).

La condena en abstracto incluye las costas, inclusive para la entidad del Estado, y ese trámite se hará dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez debe remitir inmediatamente copia de lo actuado a la jurisdicción pertinente.

Si el juez considera que ha habido culpa grave o dolo del funcionario de la entidad del Estado, se condena a ambos solidariamente, sin perjuicio de otras responsabilidades que les sean aplicables.

CAPITULO SEGUNDO

EL DAÑO Y SU REPARACIÓN EN EL “COMMON LAW”

Sección I.

—La responsabilidad civil en el “common law”

Para comprender plenamente la responsabilidad civil en su naturaleza y tendencias, es conveniente hacer una breve exposición del fenómeno de la reparación en el *common law*. Por las características del sistema del *common law* y del sistema federal norteamericano, hay algunas diferencias de matiz en algunos aspectos de las instituciones de la responsabilidad civil que se aplican en unos Estados y en otros no^{1}.

El objetivo de esta reseña no es el de dar un curso de responsabilidad civil norteamericano, tarea imposible en pocas líneas, sino la de presentar un bosquejo de la estructura de las principales instituciones de la responsabilidad civil y hacer algunos comentarios, comparándolo con nuestro sistema.

1. NOCIONES GENERALES

Como hemos señalado a lo largo de esta obra, la responsabilidad extracontractual es un concepto jurídico que cubre literalmente todas las formas de responsabilidad que no se originan en el incumplimiento de una obligación contractual, lo que la hace particularmente extensa por su definición por vía negativa, también en el *common law*. Por lo tanto se incluyen, pero no se limita a todas las formas de ilícitos, tales como

cuasicontratos, delitos, cuasidelitos, y toda forma de responsabilidad civil proveniente de legislaciones que confieren a la persona el derecho a buscar una indemnización del responsable de un daño^{2}.

Si bien el *common law* ha tenido un desarrollo diferente al nuestro, denominado sistema civil (o napoleónico) en las instituciones de la responsabilidad civil, puede decirse que ambos en sus orígenes son herederos del derecho romano. Tanto el *common law* como el sistema civil o napoleónico tienen claros antecedentes en las instituciones romanas. No obstante, el *common law* con servó en la responsabilidad civil el carácter romano de ser un sistema casuístico, típico, que no parte de principios generales.

Se dice que el *precedente* es la máxima expresión del pragmatismo anglosajón con sus fuentes, técnica, tradiciones y modos de interpretar. se señala en la historia a Edward I (1274-1307) como su gran impulsor, mientras que el sistema civil viene de la codificación justiniana (527-565) que recopila el antiguo derecho romano.

En los Estados Unidos, la responsabilidad extracontractual se encuentra gobernada principalmente por varias fuentes: leyes federales, por las leyes de los cincuenta Estados y otras jurisdicciones subnacionales como por ejemplo las del Distrito de Columbia y Puerto Rico, entre otras. Esto explica que autores como Prosser calificaran el conflicto de leyes en ese país como “una ciénaga sombría, repleta de pantanos movedizos”^{3}.

El *common law* es eminentemente inductivo, lo que le permite ser muy flexible y muy cercano de la realidad y de la experiencia, aunque a veces parece faltar lógica y simetría, a diferencia del sistema romano que ha permitido construir un sistema con una fuerte unidad formal.

Ha de señalarse como una diferencia importante que el *common law* es un derecho de jueces, mientras que el sistema napoleónico es desarrollado por doctrinantes y profesores universitarios. En las sentencias judiciales en el derecho anglosajón excepcionalmente se cita la autoridad de la doctrina

para un punto del derecho. El nombre del juez y el caso son la autoridad. En cambio, en nuestro sistema, el juez de ordinario cita textualmente el texto del profesor universitario o tratadista y de ahí concluye la interpretación de la ley.^{4}.

En el *common law*, los jueces están obligados por el precedente porque este contiene el derecho aplicable al caso.^{5} En contraste, los jueces del sistema civil en teoría no tienen la obligación de seguir el precedente judicial que está expresamente proscrito.^{6} No obstante, la figura de la doctrina probable y la fuerza que impone la sentencia del juez superior hace que los jueces inferiores, para buscar su ascenso en la carrera judicial, no se distancien mucho de sus cortes superiores, lo que en la práctica hace que la obligatoriedad del precedente sea de hecho muy similar en ambos sistemas, así en teoría constituya el elemento diferencial más significativo.

Otro elemento diferenciador entre el *common law* y el *civil law system* es la capacidad creadora del derecho.^{7} El juez anglosajón crea derecho y el del *civil law* no, pero esta afirmación de hecho no es correcta. El juez anglosajón se ve muy limitado por el precedente para crear el derecho y esto solo lo puede hacer cuando están dadas circunstancias especiales que el sistema lo permite. En el *civil law*, el juez solo interpreta la ley: su texto, su espíritu, sus principios, etc., y dice el modo y qué es lo que la ley quiere regular. Empero, en la práctica, las interpretaciones judiciales del texto legal muchas veces son “creación de nuevo derecho”, lo que permite afirmar que no pocas veces el juez de nuestro sistema romano se ha vuelto “creador de derecho” más prolífico que el juez anglosajón.

Otro punto diferencial entre el *common law* y el *civil law system* es el de las cortes o fallo en equidad que surgieron en el *common law* en el siglo xviii. Cuando el derecho no permitía acudir al procedimiento ordinario, en algunos casos se acudía a los jueces para que en equidad concedieran una acción en defensa del demandante. Para conceder la acción en *Equity*, el

demandante debía tener “manos limpias” (*clean hands*), es decir, no tener culpa o dolo^{8}.

El derecho romano, como el anglosajón, es un derecho de *torts*^{9}. *Torts* es palabra inglesa antigua que significa entuerto y es originaria del latín *torquere* que pasó a Inglaterra por vía del francés.

La definición de *tort* no es asunto pacífico. En primer lugar porque sus distintas clases no conservan una base común que permita categorizarlos fácilmente dentro de una especie. En segundo lugar, porque en el *common law* la teorización propia de nuestro sistema es menos frecuente.

Prosser, connotado autor en el mundo anglosajón, afirma que el término *tort* en el *common law* se aplica a un grupo heterogéneo más o menos desarticulado de conductas ilícitas diferentes del incumplimiento de obligaciones contractuales, que confieren una acción para el cobro de perjuicios. El derecho de *torts* se refiere a la compensación por pérdidas sufridas en sus intereses legítimos por personas particulares como consecuencia de conductas de terceros calificadas como no razonables^{10}. En otras palabras, cuando una persona es lesionada (*injured*) o su propiedad es dañada (*damaged*) la institución legal que surge para lograr la reparación se denomina *torts*.

Si bien no existe una definición por medio de la cual podamos distinguir todas las conductas que incluye, sí podemos señalar dos características fundamentales:

a) *No nacida del contrato (Not contractual)*. A diferencia del derecho de las obligaciones contractuales, el *torts law* no está basado en la idea de consentimiento^{11}.

b) *Indemnización (Compensation)*. La idea general de *tort law* está fundamentada en la indemnización que el demandante debe recibir por haber sufrido un daño excesivo (*unreasonable harm*).

Tal como ocurre en nuestro derecho, como principio general, en el derecho anglosajón se requiere de un elemento subjetivo o culpa, pues el

simple hecho de causar un daño a una propiedad o una lesión personal no significa que automáticamente la persona que ha causado el daño esté obligada a resarcir los perjuicios. una persona estará obligada a resarcir los daños causados únicamente si de alguna manera han cometido una falta o culpa (fault).

La mayoría de los cursos sobre responsabilidad civil dividen esta responsabilidad en tres categorías, atendiendo a la naturaleza de la conducta del responsable: *intentional torts*, *negligence* y *strict liability*.

2. CLASES DE RESPONSABILIDAD

A) Responsabilidad por daños intencionales (*intentional torts*)

Se da cuando el demandado deseó causar un particular resultado. Equivale al dolo en nuestro derecho, pero con la diferencia de que en el derecho anglosajón si el daño se causa por dolo, la indemnización puede ser mayor que cuando es solo por culpa o negligencia, en cuyo caso la indemnización está limitada por la extensión del daño. En esta clase se dan a su vez las siguientes instituciones:

a) *Battery*. Es la lesión personal causada por un golpe o contacto corporal con la víctima, por ejemplo con algún instrumento, como un arma de fuego^{12}. Así, si Pedro intencionalmente golpea a Diego en la nariz, Pedro será condenado a pagar los daños causados a Diego por *battery*, puesto que el daño intencional en la persona de Diego lo causó Pedro con su cuerpo. No es necesario que la víctima advierta o esté consciente al tiempo de ocurrir el contacto.

- Es la aplicación directa e intencional de fuerza física sobre otro sin justificación legal.

- Todo contacto físico puede ser considerado fuerza.

- Es un caso de *strict liability* y no requiere prueba de daños para cobrar perjuicios.

Si bien el *battery* tiene como elemento esencial el contacto corporal del atacante con la víctima, algunas jurisdicciones han aceptado otras formas más amplias en las que también se tipifica el *battery*, sin que en estricto sentido haya un contacto físico del cuerpo del agresor con el de la víctima, tales como:

- Derramar agua sobre alguien.
- Quitar la silla cuando alguien se va a sentar.
- Violar los procedimientos legales al tomar las huellas dactilares.
- Pisar a otro en un tumulto de personas.

Sin embargo ciertos tipos de contacto físico no dan lugar a la acción por *battery* tales como: codear, dar empujones en una fila llena de gente, etc.

Las cortes se han preguntado si el demandado debe haber tenido intención de causar daño al demandante. De acuerdo con el precedente sentado por el juez Lord Goff, el acto no tiene que haber sido hostil, así un truco o broma o incluso una amigable palmada en la espalda teóricamente da lugar a la acción [*F v. West Berthshire Health Authority* 1989].

b) *Assault*(*asaltar, atacar*). Se da cuando teniendo la firme intención de retener, dañar o causar una lesión se amenaza a la víctima^{13}, cuando se tiene la intención inmediata de cometer *battery*, por ejemplo, cuando Pedro amenaza a Juan con golpearle la cara si no le paga inmediatamente el dinero que le adeuda. En el caso *Winfield v. Jolowiczse* define el acto de asalto: acto del demandado que causa en el demandante un razonable temor o aprehensión de que el demandado hará contacto físico sobre el demandante. El elemento esencial en el *assault* es el temor que sufre la víctima.

Desde el momento en que Pedro intentó golpear a Juan o era inminente el contacto corporal, Pedro es responsable por *assault*. Generalmente las amenazas verbales (*words alone*) —solo palabras— no son suficientes para configurar *assault* a menos que vayan acompañadas de actos físicos o gestos que manifiesten que sí lo va a realizar.

Hay varias formas en las que se puede cometer *assault* sin haber tocado al demandante:

Por palabras amenazantes: “la bolsa o la vida”.

- Moviendo el puño de modo amenazante.
- Apuntando un arma o cualquier objeto dañoso contra alguien.

c) *Retención arbitraria o falso encarcelamiento (False imprisonment)*.

Se configura cuando se retiene ilegalmente a una persona (así sea por un particular) contra su voluntad^[14]. Generalmente se asocia con el falso encarcelamiento, esto es, cuando se encierra con seguro en una habitación o celda a una persona, pero también puede ser cuando en un lugar abierto se previene a la persona que no puede irse. Si la víctima tiene facilidad para huir por una ventana o por la puerta, no se tipifica el *false imprisonment* que se configura cuando se finge ser una autoridad legítima para lograr la retención de la víctima.

El *false imprisonment* es alegado generalmente por las personas que sienten que han sido arrestadas ilegalmente, cuando la policía no tiene una justa causa para hacerlo.

Una persona puede ser retenida ilegalmente en un carro, en una calle, incluso en un techo. Cualquiera que sea privado ilegalmente de su libertad para ir donde le plazca, tiene acción para reclamar perjuicios bajo esta forma de *tort*. La persona retenida ilegalmente puede serlo así no sea consciente de que lo fue al tiempo de los hechos. Por ejemplo, cuando a alguien dormido le cierran el cuarto con llave. En un caso fallado por Lord Atkin, este famoso juez sentenció que una persona puede sufrir falso arresto, mientras está dormida, borracha e incluso mientras sufre un trastorno mental que no le permite comprender su situación. Pero la limitación de la libertad debe ser total, pues si por medios razonables la víctima se puede escapar, no puede reclamar haber sido sometido a este tipo de *tort* de falso arresto.

¿Cuándo una persona está legalmente privada de su libertad y por ende no procede acción civil por *false imprisonment*? En los siguientes casos:

- Cuando el demandante se niega a pagar la salida del hotel. La retención en el lugar es considerada razonable.
- Cuando el demandado simplemente se negó a ayudar al demandante a salir de las instalaciones.
- Cuando se retiene a un sospechoso de robo en un supermercado — *shoplifter*— por un razonable tiempo para investigar.

d) *Daños psicológicos (infliction of mental distress)*. Se configura si se producen daños psicológicos o emocionales por causa de actos injustos^{15}. Pero hay precedentes que establecen que la perturbación emocional debe ser acreditada por un siquiatra (*Jaensch v. Coffey* 1994 155 CLR 549 Brennan J).

e) *Perturbación de vecindad (intentional interference with property)*. Las perturbaciones de vecindad son tenidas en el derecho anglosajón como institución propia de la responsabilidad civil y se denominan con la expresión *trespass to land* y comprenden tanto la situación en que intencionalmente se entra a la propiedad ajena sin permiso (*D intentionally enters P's land, without permission*) o se permanece en ella sin derecho a estar allí (*D remains on P's land without the right to be there*) o la situación en que se pone un objeto dentro de la propiedad ajena sin autorización del dueño o se rehúsa retirarlo (*D puts an object on [or refuses to remove an object from] P's land without permission*).

También la perturbación de la posesión de bienes muebles (*trespass to chattels*) cuando esas interferencias son intencionales y afectan el uso o disfrute de la posesión de bienes muebles^{16}. En este caso únicamente se debe pagar los daños, no el valor pleno de la propiedad.

f) *Negligencia (negligence)*. Puede consistir en la manera de cometer un acto o en una forma autónoma de responsabilidad extracontractual (*a separate independent tort*). Generalmente cuando se usa la expresión

negligence se refiere a un tipo de *tort* específico, que comprende algunas situaciones. A diferencia de nuestro sistema donde hay un principio general de responsabilidad por culpa, en el *common law* no. Solo se es responsable por negligencia cuando la conducta está tipificada en las formas aceptadas en el derecho consuetudinario aceptado en las Cortes^{17}.

Hay *negligence* cuando el demandado no tiene intención de causar el resultado dañoso, y el daño se ha producido por falta de cuidado o prudencia en su comportamiento; pero no siempre que se da un daño por negligencia hay obligación de repararlo, como veremos más adelante.

La responsabilidad civil por negligencia ocurre cuando la conducta realizada supone un irrazonable riesgo sobre otro, es decir que el causante no se ha comportado como una persona prudente (*reasonable person of ordinary prudence*).

Negligence como un *tort* separado e independiente se dio en el famosísimo caso *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562: la señora Donoghue se enfermó como consecuencia de que bebió un caracol podrido que estaba en una botella de ginger y que le había sido servida en un restaurante por invitación de un amigo. Mrs. Donoghue no tenía ningún contrato con la empresa productora de la bebida, así que no tenía una acción contractual; además, no parecía que la fábrica tuviera obligación específica con el consumidor —*duty of care*— y por lo mismo no resultaba fácil cumplir todos los requisitos para establecer un caso de *tort of negligence*. El avance en este caso se da porque el juez Lord Atkin sentó el famoso principio de la obligación con el prójimo, basado en el pasaje del buen samaritano del Evangelio. Así, la Casa de los Lores, sostuvo que el fabricante era responsable *in tort*, porque tenía el deber de cuidado —*duty of care to her*— con la última consumidora y sentó para el mundo anglosajón el avance más significativo en muchos años en materia de responsabilidad. El derecho y la protección del consumidor en el *common law* parten de este paradigmático precedente judicial.

El principio del prójimo —*Neighbour*— sentado en este caso, establece que uno está obligado a evitar conductas —actos u omisiones— de las cuales se pueda razonablemente prever que puedan causar daño al prójimo^{18}.

a') *Requisitos de la acción negligente*. Solo será obligado en negligencia aquel que esté sometido a un deber legal de cuidado. Hay tres elementos que se deben probar para establecer que alguien es responsable por el *tort* de negligencia:

1) *El demandado tenía un deber de cuidado específico establecido en el derecho (They owed a duty of care)*. *Obligación*. Toda persona debe comportarse de acuerdo con cierto estándar de prudencia, sin asumir riesgos innecesarios. Un hombre no puede ser declarado responsable ante la ley por cualquier descuido, ni por todo acto descuidado que cause daño. El deber de cuidado se establece contestando el siguiente test:

- ¿El daño fue razonable?
- ¿Había proximidad (*proximity*) entre las partes?
- ¿Habría sido justo y razonable imponer un deber?
- ¿Hay alguna razón de orden público (*public policy*) que recomiende la imposición de esta obligación?

2) *Ese deber de cuidado fue incumplido (that duty was breached)*. Debe tratarse de un descuido tal que la conducta pueda calificarse como no conforme al estándar previsto.

3) *Como consecuencia de ese incumplimiento, el demandante sufrió daños (that as a result of this breach, the plaintiff suffered damage)*. Debe haber nexo entre la conducta negligente y el daño. La violación de normas y reglamentos muchas Cortes igualmente la consideran negligencia *per se*.

Aquí surge una importantísima diferencia con nuestro sistema, en el que siempre debe haber un daño cierto, personal y antijurídico para que se pueda hablar de responsabilidad civil; en el derecho anglosajón, en caso de dolo así no haya daño, puede haber lugar a indemnización.

De esta manera, por negligencia se entenderá la omisión en hacer algo que un hombre razonable no hubiera hecho en esas circunstancias (*Blyth v. Birmingham Waterworks Co.* 1856). Así todas nuestras acciones son comparadas con las de un hombre razonable que no es ni descuidado, ni muy cuidadoso.

g) “*Malpractice*”. En la responsabilidad por negligencia cabe la denominada mala práctica profesional, especialmente la que tiene que ver con la responsabilidad médica, aplicable a toda profesión u oficio.

h) *Responsabilidad objetiva (strict liability)*. Se configura cuando el daño es causado por actividades que *per se* son anormalmente peligrosas (*at their own peril*), así la conducta del responsable haya sido cuidadosa en extremo. Es decir, no exonera la prudencia y la diligencia; es, por llamarlo así, una responsabilidad objetiva. Parte del principio pragmático según el cual en la sociedad anglosajona se considera que cada actividad debe pagar de algún modo los daños que cause; los anglosajones parten de la creencia de que para el responsable de la actividad peligrosa es más fácil asumir las pérdidas, que para la víctima (probablemente por medio de seguros).

Se ha denominado *strict liability*, responsabilidad estricta, porque precisamente no se presenta el elemento intencional ni la negligencia o la culpa. También se le llama responsabilidad absoluta (“*absolute liability*”) o responsabilidad sin falta (“*liability without fault*”).

Esta se da en dos casos especialmente: actividades peligrosas y animales salvajes; en algunos Estados se consideran igualmente los accidentes de trabajo.

i) *Actividades anormalmente peligrosas*. Toda persona es responsable de los daños que cause cuando ejerce una actividad peligrosa. Las Cortes consideran seis factores para determinar cuando una actividad puede considerarse peligrosa (*abnormally dangerous*)^{19}.

1. Riesgo importante (*high degree of risk*) de causar algún daño a otros. Son actividades consideradas anormalmente peligrosas: los explosivos, la

operación de plantas nucleares, la conducción o investigación con virus, armas, el transporte de sustancias inflamables o muy tóxicas, etc.

2. El daño que resulta debe ser probablemente grave.
3. El riesgo no puede ser eliminado con un cuidado normal.
4. La actividad no es común.
5. La actividad no es apropiada para el lugar donde se realiza.

6. Importancia para la comunidad. Si la actividad se considera de suma importancia para la comunidad, no obstante el peligro que pueda representar, no es considerada una actividad peligrosa. Por ejemplo, en Texas y Oklahoma, como la dependencia de la industria petrolera es tan grande, en esos estados la explotación de petróleo y gas no es considerada una actividad anormalmente peligrosa.

En el caso de accidentes aéreos hay mucha controversia al respecto. El transporte de pasajeros no es considerado una actividad anormalmente peligrosa ya que el pasajero es un beneficiario directo de la actividad aérea; diferente es el caso de lesiones o daños a no pasajeros, en el que sí se aplica la responsabilidad civil por actividad anormalmente peligrosa.

Obsérvese que a diferencia de nuestro concepto de actividad peligrosa, en el derecho anglosajón se hace hincapié en el carácter anormal de la peligrosidad, en el sentido que todas las actividades de por sí implican una peligrosidad, pero solo son calificadas así aquellas en las que el peligro es considerado anormal.

Nótese que los vehículos automotores no encajan dentro de esta categoría, sino dentro de la responsabilidad con culpa (*intentional o negligence torts*), lo que a nuestro juicio constituye una interesante reflexión sobre el desarrollo que nuestra doctrina ha dado a los accidentes con automotores en los que paradójicamente se acepta que es una típica actividad peligrosa, no obstante que las estadísticas del Fondo de Prevención Vial indican que en la inmensa mayoría se ha presentado culpa de alguno de los involucrados en el accidente de tránsito, lo que haría

pensar que bien podría volverse a una responsabilidad con culpa en el caso de los automotores.

j) *Animales*. Los animales, según los ha considerado tradicionalmente la doctrina, pueden ser domésticos o fieros y salvajes.

a') *Domésticos*. Los propietarios de animales domésticos (caballos, vacas, ovejas, cerdos, pavos, pollos, etc.) en principio no son responsables de los daños que causen a las personas, a menos que sepan que el animal lo ha hecho antes o que le guste atacar a las personas. La persona lesionada debe probar, por regla general, que el animal ya había atacado a las personas y que el propietario conocía tal circunstancia.

En caso de daños a la propiedad, por lo regular se condena al propietario a pagar los daños que causen las vacas, caballos o pollos. Los gatos o perros tienen un tratamiento diferente y por regla general su propietario no debe responder de los daños causados a otras propiedades, porque se considera que perros y gatos de ordinario, cuando pasan a otras propiedades, no causan serios daños; además, por costumbre, se ha considerado que perros y gatos son libres de deambular por la comunidad.

b') *Fieros o salvajes*. El propietario de un animal salvaje, generalmente es responsable de las lesiones que aquel cause a las personas, pues se considera que estos animales son instintivamente peligrosos y no son fáciles de domesticar. Los zoológicos y circos son responsables además de los animales a cargo cuando estos escapan y causan daños.

En estos casos de animales salvajes se aplica la institución *strict liability* lo mismo que en el caso de los domésticos, cuando el propietario conocía previamente la propensión a agredir del animal. Para obtener la indemnización es necesario probar que el daño resulta de la fiereza del animal.

k) *Venta de productos defectuosos (selling ofa defective product)*. Es la denominada responsabilidad por productos defectuosos que prevén los estatutos del consumidor y que se ha erigido en un área autónoma de la responsabilidad civil. Hay lugar a responsabilidad civil cuando estos causan lesiones personales o daño a las cosas. Hay tres clases de este tipo de responsabilidad:

- Defectos en la elaboración del producto (*manufacturign defects*).
- Defectos en el diseño del producto (*desing defects*).
- Falta de instrucciones o advertencias de uso o instalación (*lack of adequate instructions or warnings*); este caso incluye también la responsabilidad por empaques inadecuados.

B) *El concepto de daño en el “common law ”*

En toda acción fundada en la negligencia, se requiere la existencia de un daño actual —*actual injury*— a diferencia de los casos de *intentional torts*.

Extensión de los daños. Una vez los daños físicos han sido probados, estos pueden ser cobrados por la víctima. Esos daños incluyen^{20}:

1) Pérdidas físicas directas (*direct loss*) o, lo que es lo mismo, el valor de toda función corporal que ha sufrido daño.

2) Pérdidas económicas: gastos médicos, reparaciones, etc.

3) Daño moral (*pain suffering*): sufrimientos que se padecen por el daño que ha sido causado.

4) Daños hedonísticos (*hedonistic damages*) son los daños que hacen perder cierta calidad de vida como pérdida de habilidad para caminar, desfiguraciones, etc., que no tengan consecuencias económicas.

5) Daños futuros.

Si la víctima no recibe una asistencia médica oportuna y por eso el daño se hace más intenso, hay una mitigación o reducción de la indemnización.

a) *Daños punitivos (punitive damages)*. Los daños punitivos con larga tradición en los estados primitivos de la responsabilidad civil, como en Babilonia o en el Código de Hammurabi, se instituyeron para castigar las conductas de victimarios poderosos cuando estos utilizaban su poder o influencia para abusar de los más débiles^{21}. Luego, bajo el gobierno del rey Jorge iii la doctrina de los daños punitivos se incorporó al *common law* como una forma de fortalecer el derecho criminal, concediéndoles a las víctimas de graves abusos de autoridad cometidos por funcionarios del gobierno una reparación superior al daño sufrido^{22}.

En la jurisprudencia norteamericana los daños punitivos se adoptaron por primera vez en el caso *Coryell v. Colbaugh* (1791), en el que se estableció una suma de dinero para la demandante por el incumplimiento de una promesa de contraer matrimonio, con el exclusivo fin de dar ejemplo, sin importar la pérdida o sufrimiento del perjudicado. Posteriormente, la institución se extendió para indemnizar a las víctimas por los sufrimientos y angustias causados por actos intencionales, por ser de difícil determinación económica y para mantener la paz y la ejemplaridad en la comunidad^{23}.

Hoy, el campo de los daños punitivos se ha establecido con el propósito de castigar al causante del daño cuando su conducta puede calificarse como maliciosa o con culpa grave. El daño punitivo, por consiguiente, busca proteger a los consumidores y al público en general ya que al castigar la conducta antisocial se da un efecto ejemplarizante a la sociedad para que dicha conducta no se repita en el futuro^{24}.

La posibilidad de que en el derecho colombiano se introduzca el daño punitivo ha sido discutida de tiempo en tiempo y se ha llegado a la conclusión de que este instituto es extraño a nuestra tradición jurídica, así tenga su antecedente en la *Lex Aquilia* del derecho romano y en las *Siete Partidas* de Alfonso el Sabio, una de cuyas disposiciones le exigía a quien negara que causó el daño, que lo pagara doblado^{25}.

Jesús Alberto Buitrago Duque ha publicado una obra que desarrolla el tema del daño punitivo en la responsabilidad civil. El argumento central del autor es que el derecho de responsabilidad tiene una finalidad reguladora de la conducta social y que esta se materializa cuando se imponen sanciones civiles a los victimarios. sostiene el autor que hay “argumentos éticos, sociológicos, económicos y jurídicos que permiten la imposición de condenas por concepto de daños punitivos o sanción civil”^{26}, y que contrario a lo que se puede pensar, la función sancionatoria de la responsabilidad civil no es extraña en nuestro derecho, en particular por lo preceptuado en el Código Penal, artículo 97, que establece un monto de hasta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes como suma indemnizatoria por daños morales que puede fijar el juez atendiendo a la entidad de la conducta.

El mayor obstáculo que enfrenta el reconocimiento del daño punitivo en la responsabilidad civil extracontractual lo constituye el principio de la reparación integral como eje rector del derecho de la responsabilidad civil que tiene expresa consagración en la ley 446 de 1998 que ordena a los jueces someterse a criterios técnicos, objetivos y a la reparación integral. Lo anterior no obsta para que el daño punitivo sí tenga cabida en materia contractual, como ocurre con la cláusula penal del artículo 1592 del Código Civil.

C) *Inmunidades*

El *common law* reconoce algunas inmunidades entre familiares, de modo que los daños causados entre los parientes y en determinadas condiciones no da lugar a indemnización de perjuicios: daños causados entre esposos o entre padres e hijos. Así, por ejemplo, si la esposa es lesionada en el automóvil que de modo imprudente maneja su esposo, ella no puede instaurar proceso de responsabilidad para obtener indemnización. Igual sucede con los daños causados entre padre e hijos.

Estas inmunidades han sido abolidas en muchos estados; en otros, su abolición ha sido parcial y solo se consagra para los casos de negligencia; en casos de *intentional torts* sí cabe acción de responsabilidad. En más de treinta estados ha sido abolida una inmunidad que beneficia a las organizaciones de caridad, de educación o religiosas. La responsabilidad del Estado (los Estados Unidos) es aceptada hoy.

D) *Responsabilidad de los empleadores*

Si un trabajador ocasiona un daño en el ámbito de su trabajo, el empleador es responsable de los daños, solidariamente con el trabajador; se aplica a todo tipo de responsabilidad, incluida la *intentional torts*. No se aplica a los contratistas independientes, pues ellos no trabajan sometidos a un control cercano (*subject to the close control*) de la persona que les ha contratado, como sí ocurre con el trabajador o empleado.

E) *Medios de defensa en los casos de “intentional torts”*

Hay cinco hipótesis principales que se deben tener en cuenta. Podemos señalar los siguientes medios de defensa^{27}:

a) *Consentimiento*, que puede tener cuatro variables:

1) *Consentimiento expreso (Express consent)*. Si *P* expresamente consiente una agresión intencional a su persona o a su propiedad, el agresor no será obligado por ese daño. Por ejemplo, si *P* dice a *D*, vamos, golpéame en el estómago, “te mostraré que tan fuerte soy” y *D* lo golpea y causa daño a *P*, no está obligado a indemnizar.

2) *Consentimiento implícito (implied consent)*. Si el consentimiento se da de modo implícito por la conducta de la víctima, por las costumbres o por las circunstancias.

3) *Incapacidad (lack capacity)*. Cuando el damnificado es incapaz de dar su consentimiento porque es un niño, está intoxicado o inconsciente, su consentimiento es inválido.

4) *Exceso en el ámbito del consentimiento*. Cuando se excede el ámbito del consentimiento dado, sí hay lugar a responsabilidad como en el caso del médico que tiene autorización para operar un oído y en la operación decide operar el otro, excediendo la autorización que ha dado el paciente. obviamente siempre y cuando no sea una emergencia, caso en el cual sí puede legítimamente hacer la operación que estime necesaria. El consentimiento de actos criminales no es válido por tener objeto ilícito.

b) *Legítima defensa propia (selfdefense)*. Toda persona tiene derecho a usar razonablemente la fuerza para prevenir toda amenaza de daño o ataque personal y toda amenaza de retención ilegal (*confinement or imprisonment*) [\[28\]](#).

1) *Defensa de terceros*. Toda persona está autorizada para usar razonablemente la fuerza para defender a otras personas de ataques. Se aplican las mismas reglas que para la legítima defensa.

2) *Defensa de la propiedad*. Por regla general toda persona puede usar razonablemente la fuerza para defender su propiedad o posesión. En todo caso, antes de usar la fuerza debe existir una advertencia verbal (*verbal demand*) para que el intruso se detenga. obviamente está prevista la legítima defensa putativa (*reasonable mistake*) cuando al defender la propiedad se teme razonablemente que el intruso está armado y se le ataca.

3) *Recuperación de la propiedad*. Como regla general, el dueño de una cosa tiene el derecho a hacer uso razonable de la fuerza para recuperar (*regain*) la propiedad o la posesión ilegítimamente perdida en caso de flagrancia (*fresh pursuit*).

c) *Estado de necesidad (necessity)*. Como regla general, en estado de necesidad toda persona tiene derecho a afectar o dañar la propiedad de otros, siempre y cuando sea necesario para prevenir un gran daño a terceras personas o a sí mismo.

d) *Arresto (arrest)*. Como medio de defensa para la detención arbitraria está el arresto con orden de detención. Es decir que cuando el arresto se

hace con orden, no procede la indemnización.

e) *Justificación justification*). Existe un principio general en virtud del cual si la conducta del agente que ha ocasionado el daño no se adecua a las señaladas como medios de defensa, en todo caso puede alegar una justificación si tiene una excusa razonable para haber actuado de esa manera y queda en manos del juez su valoración^{29}.

PARTE_TERCERA

**RESEÑA HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL**

CAPÍTULO PRIMERO

EL DAÑO Y SU REPARACIÓN EN LAS CULTURAS ANTIGUAS

Para comprender mejor la discusión sobre el fundamento de la responsabilidad civil es necesario conocer el contexto social, político, ideológico e histórico en que los problemas de la responsabilidad civil se han venido desarrollando. En palabras de los Mazeaud:

“Trazar la evolución general de la responsabilidad civil permite, a la vez, comprender mejor y medir más exactamente la importancia de la misma. No se trata aquí de estudiar en sus detalles la historia de la responsabilidad civil, sino tan solo recordar cómo se han modificado, en el transcurso de los siglos, las ideas fundamentales que dominan el tema. Sin ello, no cabría descubrir el porqué de las soluciones adoptadas en nuestros días”^[1].

Sección I.

—Etapa primitiva

Se puede decir que la conciencia de la obligación de reparar el daño causado en la persona o bienes de otro es tan antigua como el hombre mismo. Ya en las sociedades primitivas encontramos vestigios de una regulación legal en este sentido. La primera etapa común a todos los pueblos ha sido la de la venganza, como lo señala Rudolf Von Ihering:

“El dolor gobierna soberanamente el sentimiento jurídico del hombre primitivo. La injusticia es apreciada no según su causa, sino según su efecto; no según las circunstancias relativas a la persona del actor sino desde el ángulo de la víctima. La piedra lo ha golpeado, él siente el dolor y

el dolor lo empuja a la venganza. Cuando la pasión es excitada no importa mucho que sea la intención o la negligencia o aún el azar lo que haya conducido la mano que ha causado el mal. La pasión impone la expiación aún del inocente”^{2}.

El Código de Hammurabi. *Agorita*, rey de Babilonia (1792-1750 a. C.) conquista (en 1768 a. C.) Larsa y desde entonces se autoproclama Rey de Sumer y Akkad y gobierna con mano fuerte su reino. Su obra estelar es el Código que lleva su nombre, conservado en la estela diorita que se custodia en el museo del Louvre en París. Este Código contiene 282 artículos que se pueden clasificar en cinco secciones relativas: a) a la propiedad, considerada como derecho inalienable; b) a las condiciones jurídicas de los hombres y sus clases; C) a los oficios y su remuneración; d) al matrimonio y a la familia, y e) a los delitos y a la forma de su composición^{3}.

Para ilustrar cómo operaba el sistema del talión y la composición en el sistema de HAMMURABI es relevante transcribir algunas de las sentencias del Código más pertinentes con nuestro estudio^{4}:

199 § Si deja tuerto al esclavo de un hombre o le rompe un hueso al esclavo de un hombre, pagará la mitad de su valor.

201 § Si le arranca el diente a un individuo común, pagará 1/3 tercio de mina de plata.

203 § Si un hijo de hombre golpea en la mejilla a otro hijo de hombre como él, pagará 1 mina de plata.

204 § Si un individuo común golpea en la mejilla a un individuo común, pagará 10 ciclos de plata.

206 § Si un hombre golpea a otro hombre durante una discusión acalorada y le produce una herida, que ese hombre jure: “Le he golpeado sin intención [de hacer ese daño]”, y pagará el médico.

207 § Si muere debido a sus golpes, que jure lo mismo, y, si [el muerto] es un hijo de hombre pagará 1/2 mina de plata.

208 § Si es el hijo de un individuo común pagará 1/3 de mina de plata.

209 § Si un hombre golpea a una hija de hombre y le causa la pérdida de [el fruto de] sus entrañas [aborto], pagará 10 ciclos de plata por [el fruto de] sus entrañas.

210 § Si esa mujer muere, que maten a su hija.

211 § Si es a la hija de un individuo común a quien le causa a golpes la pérdida de [el fruto de] sus entrañas, pagará 5 ciclos de plata.

212 § Si esa mujer muere, pagará 1/2 mina de plata.

213 § Si golpea a la esclava de un hombre y le provoca la pérdida de [el fruto de] sus entrañas, pagará 2 ciclos de plata.

214 § Si esa esclava muere, pagará 1/3 de mina de plata.

215 § Si un médico hace incisión profunda en un hombre con bisturí de bronce y le salva la vida al hombre, o si le abre la sien a un hombre con bisturí de bronce y le salva un ojo al hombre, percibirá 10 ciclos de plata.

216 § Si es el hijo de un individuo común, percibirá 5 ciclos de plata.

217 § Si es esclavo de un hombre, percibirá 2 ciclos de plata.

218 § Si un médico hace incisión profunda en un hombre con bisturí de bronce y le provoca la muerte, o si le abre la sien a un hombre con bisturí de bronce y deja tuerto al hombre, que le corten la mano.

219 § Si un médico hace incisión profunda al esclavo de un individuo común y le provoca la muerte, restituirá esclavo por esclavo.

220 § Si le abre la sien con bisturí de bronce y lo deja tuerto, pagará en plata la mitad de su valor.

251 § Si el buey de un hombre suele dar cornadas y su barrio ya le ha hecho saber que da cornadas y él ni le recorta los cuernos ni controla su buey, si luego ese buey da una cornada a un hijo de hombre y lo mata, pagará 1/2 mina de plata.

De la lectura de este extracto de disposiciones se concluye que la responsabilidad penal y la responsabilidad civil en su origen están fusionadas, se confunden la una con la otra. También es significativo que existe la compensación o indemnización más allá del daño causado,

exigiendo pagar a la víctima el doble, etc., del valor del daño, institución que aún se conserva en el *common law* con el *punishment* o daños punitivos. Constituye también el Código de Hammurabi un antecedente de las tablas o baremos por daños corporales y a la compensación obligatoria

Sección II.

—El daño en el derecho hebreo

En el Antiguo testamento (la *Torah*) encontramos que el libro del Éxodo^{5} (siglo xiii a. C.) (*Shemot*, que traduce literalmente “Los nombres”) contiene, según los expertos, una serie de relatos y normas entremezclados con disposiciones de contenido religioso y jurídico. Los relatos parten del Génesis y del desarrollo de las tribus de Israel, pasando por el asentamiento en Egipto en donde son esclavizadas hasta la liberación liderada por Moisés^{6}.

Este libro recoge el cuerpo legislativo más importante del Pentateuco y nos ofrece una descripción de la sociedad hebrea de siglo XIII a. C. Entre las leyes, además del Decálogo, encontramos leyes sobre violación, temas sociales, esclavos, el homicidio, etc., que son de interés para nuestro estudio y que agruparemos en leyes sobre daños a las personas y daños a la propiedad.

1. LEYES SOBRE DAÑOS A LAS PERSONAS

Del estudio de la legislación hebrea se concluye que se pueden agrupar en cuatro las instituciones que se refieren a las lesiones a las personas: a) homicidio, b) lesiones personales por riña, c) aborto provocado por un tercero, y d) daños causados por un animal.

En cuanto a las lesiones inferidas a las personas, se distinguía si la víctima era libre o esclava, de modo similar a como lo hace el Código de

Hammurabi, con la diferencia de que en el Éxodo se defienden los derechos de los esclavos^{7} y se subraya su condición de personas; buen ejemplo de esta afirmación está en el Éxodo XXI, 20 que proclama como reo de venganza al amo que golpea con un bastón a su esclavo produciéndole la muerte: “Cuando uno golpee con un bastón a su esclavo o esclava, y muera a manos del dueño, será reo de venganza”. Muy diferente al Código de Hammurabi donde “los esclavos eran considerados como objetos y no como personas”^{8}.

Otra expresión de la protección jurídica al esclavo en la sociedad mosaica se puede ver en el caso de las lesiones graves. En algunos casos, el esclavo obtenía la libertad a modo de indemnización. La regulación hebrea sobre el esclavo, en cuanto a la indemnización prescribe: “Cuando uno golpee a su esclavo o a su esclava en un ojo, y los deja tuertos, los dejará libres en compensación del ojo. Y si le hace saltar un diente a su esclavo o a su esclava, le dejará libre en compensación del diente” (Éxodo XXI, 26-27) y si “Cuando uno golpee con un bastón a su esclavo o esclava, y muera a manos del dueño, será reo de venganza; pero si sobrevive un día o dos, no será reo, puesto que es parte de su hacienda” (Éxodo XXI, 20-21). Cuando un buey cornea a un esclavo o esclava y muere, la sanción es pagar una indemnización pecuniaria; si es sobre una persona libre, el tratamiento es diferente (cfr. Éxodo XXI, 28-32).

La regulación era casuística describía los casos más comunes o típicos en que se podía causar daños a las personas y la correspondiente obligación de indemnizar, con penas corporales —penales— o indemnizatorias pecuniarias, constituyéndose a nuestro modo de ver en una huella histórica de la evolución de la responsabilidad civil, incluso anterior al desarrollo del derecho romano, que ocurrirá siglos más tarde.

A) Homicidio

En los casos de homicidio voluntario la pena común en las sociedades coetáneas era la pena de muerte. Cuando el homicidio se había ocasionado sin intención, el homicida podía ir a los lugares de asilo, que eran ciudadelas donde el homicida culposo podía vivir y escapar a la venganza de muerte de los parientes de la víctima y donde no se le podía perseguir:

“El que hiera a un hombre causándole la muerte deberá morir. Si no estaba al acecho, sino que Dios permitió que cayera a manos de él, yo te mostraré un lugar donde puedas refugiarte; pero si por odio uno llega a matar a su prójimo con alevosía, hasta de mi altar lo arrancarás para darle muerte.

”El que hiera a su padre o a su madre deberá morir.

”El que rapte a un hombre, tanto si lo ha vendido como si lo tiene en su poder, deberá morir.

”El que maldiga a su padre o a su madre deberá morir” (Éxodo XXI, 12-17).

Los delitos menos graves contra las personas se regulaban por la ley del talión^[9]. (tal delito, *tal* pena) que constituía en esos pueblos nómades un avance legislativo importante en cuanto evitaban las penas —venganza exorbitante de las víctimas o familiares—, constituyéndose en límite a la indemnización y en su entorno, una humanización de la vida social.

B) *Lesiones personales por riña*

El Éxodo menciona una causal de exoneración de la responsabilidad penal, por culpa recíproca de la víctima y del victimario, subsistiendo la responsabilidad civil de indemnizar perjuicios materiales, de donde podemos concluir que había una cierta distinción entre ambas acciones. El texto dice:

“Cuando dos hombres riñan, y uno hiere a su prójimo con una piedra o con el puño y no muere pero tiene que guardar cama: si se levanta y puede caminar por la calle apoyado con su callado, el que lo hirió quedará

exculpado; solo tendrá que pagar lo que haya perdido por la enfermedad y los gastos de la curación” (Éxodo, XXI, 18).

El régimen jurídico contempló una forma de protección del niño no nacido cuando la madre era lesionada durante el embarazo y esas lesiones causaban la muerte del niño. El texto dice así:

“Cuando algún hombre, en el fragor de una riña, golpee a una mujer embarazada provocándole el parto pero sin causar más daño, el culpable será multado según lo imponga el marido de la mujer y decidan los magistrados. Pero si se sigue algún daño, pagarás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, contusión por contusión” (Éxodo XXI, 22).

Este es considerado el único texto bíblico que menciona expresamente el aborto causado indirectamente. Siendo una formulación muy concisa, algunos piensan que cabría interpretar que hay que pagar con la vida cuando se ha causado un daño (mortal) al feto o a la madre (versículo 23). No obstante, parece que el castigo de la muerte era únicamente cuando moría la mujer embarazada; si el dañado era el feto, el castigo era solo monetario^{10}.

Como puede observarse, cuando se causa un daño mayor es aplicable entonces ya no la compensación pecuniaria, sino la regla de la ley del talión que descrita aquí, para este caso concreto, parece dar la idea de un principio general de responsabilidad sometido a la ley del talión: si tu causas un daño debes sufrir un daño igual, ni más, ni menos.

C) *Daños causados por un animal a una persona*

El texto que transcribimos a continuación nos permite sugerir que la culpa, como elemento de la responsabilidad civil, no es una introducción tardía de la Edad Media, sino que encuentra en estos textos de hace más de tres mil años un antecedente importante que no se puede desconocer.

“Cuando un buey cornee a un hombre o a una mujer, y le cause la muerte, será apedreado; no se comerá su carne, pero el dueño quedará exculpado. Pero si el buey ya corneaba antes y su dueño, aún sabiéndolo no lo tenía vigilado, en caso de que el buey mate a un hombre o a una mujer, el buey será apedreado y también su dueño será reo de muerte. Y si al dueño le imponen una compensación, pagará el precio que le hayan impuesto por conservar la vida. Si cornea a un niño o a una niña, se actuará según la misma norma. Pero si el buey cornea a un siervo o a una sierva, se pagarán treinta siclos de plata al dueño del esclavo, y el buey será apedreado” (Éxodo XXI 28-32).^{11}.

2. LEYES SOBRE DAÑOS A LA PROPIEDAD

También con un desarrollo casuístico y aplicación concreta de la ley del talión, las normativas sobre daños a la propiedad establecen el modo o *quantum* de la indemnización que el causante del daño está obligado a pagar.

Encontramos en este antecedente casos de responsabilidad sin culpa y casos en que habiendo imprudencia o negligencia la indemnización es mayor, lo que constituye para este estudio un importante antecedente histórico que los tratados apenas si refieren de modo tangencial, sin darle toda la importancia que a nuestro juicio tiene, para retrotraer los antecedentes de la responsabilidad civil. Las instituciones de daños sobre la propiedad son:

A) *Daño causado a las cosas*

a) *Muerte de un animal por otro animal ajeno.* Nótese en el texto que transcribimos abajo cómo la culpa consistente en la falta de vigilancia hace más gravosa la indemnización prevista en la regla general de la ley del talión, que es una responsabilidad de tipo objetivo: buey por buey.

“Cuando un buey cornee a otro buey y le cause la muerte, venderán el buey vivo y se repartirán el dinero; y también se repartirán la res muerta. Pero si era notorio que el buey corneaba antes y su dueño no lo tenía vigilado, este deberá pagar buey por buey y el animal muerto será para él” (Éxodo XXI, 35-36).

b) *Daño al sembrado causado por animales.* La destrucción de sembrados ajenos por causa de animales propios, regulado en el Éxodo, evidencia igualmente la culpa del dueño de ganado que destruye la viña al “dejar a su ganado pastar en campo ajeno” y es sancionado más allá del daño causado y la pena es lo mejor de su ganado y viña, a título de sanción.

“Cuando uno destruye un campo o una viña, dejando a su ganado pastar en campo ajeno, pagará con lo mejor de su ganado y lo mejor de su viña” (Éxodo XXII, 4).

c) *Muerte de animal por caída en pozo.* Los pozos descubiertos y abandonados con descuido generan responsabilidad por los animales que allí caigan:

“Cuando uno abra un pozo o excave una cisterna y no lo tape, y cae allí un buey o un asno, el propietario de la cisterna pagará con dinero: resarcirá al dueño de los animales, y la res muerta será para él” (Éxodo XXI, 33-34).

d) *Daño causado por delitos contra la propiedad.* En los textos comentados encontramos lo que podríamos llamar un principio general de responsabilidad para daños sobre cosas por delitos: “en toda causa delictiva —*in omni causa fraudis*— sobre un buey o un asno o una oveja o un vestido o cualquier cosa desaparecida, si uno dice: «Esto es así», el pleito de ambos se llevará ante Dios, y aquel a quien Dios declare culpable pagará el doble a su prójimo”^{12}. Hay, sin embargo, una regulación específica para los casos de incendio y hurto.

a’) *Incendio.* “Cuando se declare un incendio y se propague por los espinos devorando haces, mieses o un campo, el que provocó el incendio

deberá indemnizar” (Éxodo xxii, 5). El texto latino es interesante en este caso: “Reddef *damnum*”, que también puede traducirse de modo más literal como pagará el daño.

b’) *Hurto*. En los casos de hurto también se aplica la ley del talión al ladrón y al que intenta matarlo en venganza. El ladrón siempre debe indemnizar, con sus bienes o con su libertad (Éxodo xxi, 37):

“Cuando uno robe un buey o una oveja y lo mate o lo vende, pagará cinco reses de ganado mayor por el buey y cinco reses de ganado menor por la oveja” o con su libertad (Éxodo XXII, 2b). “Si un ladrón es sorprendido asaltando una propiedad, es herido y muere, no habrá venganza de sangre; pero si ya luce el sol, habrá venganza de sangre”.

Busca evitar la disposición el exceso en la defensa de los bienes y antepone la vida a las cosas. Pero continúa el texto citado: “El ladrón deberá indemnizar; y si no tiene nada, será vendido por lo que robó; y si lo robado, sea un buey, un asno o una oveja, se encuentra todavía vivo en su poder, pagará el doble” (*duplum restituet*).

B) *Daños por incumplimiento del contrato de depósito y comodato*

Los daños a las cosas pueden sobrevenir durante la ejecución del contrato de depósito o de comodato o préstamo de uso de un animal; en tales casos el obligado a devolver la cosa a su dueño, cuando esta perecía o se dañaba o eran robados en su presencia, tenía que pagar la cosa al dueño y se exoneraba de responsabilidad cuando había sido sin su conocimiento y mediante juramento afirma no haberse apropiado de la cosa o cuando se recupera el cadáver destrozado del animal en cuyo caso basta restituir los trozos al dueño y no tendrá que indemnizar.

“Si uno entrega en depósito a su prójimo un asno o un buey o una oveja o cualquier otro animal, y mueren, se dañan o son robados, sin que nadie lo vea, se interpondrá entre ambos el juramento por el Señor de que aquél no ha puesto sus manos en la propiedad de su prójimo; el propietario aceptará

el juramento y el depositario no tendrá que pagar. Pero si se lo robaron en su presencia, tendrá que pagar al dueño. Y si el animal ha sido despedazado, aportará los despojos y no tendrá que pagar.

”Cuando uno pida prestado a su prójimo un animal y se dañare o muera, en ausencia del dueño, tendrá que pagar (*reddere compelletur*). Pero si el dueño estaba con él, no tendrá que pagar. Si el préstamo fue en alquiler, la indemnización va incluida en el alquiler” (Éxodo xxii, 13-14).

Sección III

—El daño en el derecho romano y su evolución

El legado del derecho romano a la cultura de occidente es incuestionable; la madurez que va adquiriendo la humanidad con la cultura grecolatina permite encontrar en el campo del derecho la decantación de siglos de historia de muchos pueblos: persas, griegos, hebreos, etc., y por eso no es extraño que los antecedentes de algunas instituciones jurídicas, como el Código de Hammurabi o los de los israelitas, ya mencionados, tengan algunos siglos de anticipación al *corpus* jurídico que Roma legó a nuestros días, gracias a la labor paciente y cuidadosa del trabajo de la alta cultura del medioevo que supo valorar y enriquecer ese aporte del extinto imperio romano.

En Roma no se encuentra un desarrollo teórico de un principio general de responsabilidad, por ser aquella una sociedad agraria y no ser un derecho intencionalmente de principios, deductivo^{13}, como sí es el nuestro. Basta dar un vistazo al *Digesto*^{14} para comprobar que es un derecho casuístico, muy concreto. En su aplicación, se busca que el Derecho cumpla tres grandes preceptos: “Vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo”, según una famosa sentencia de Ulpiano^{15}.

Para hacer la descripción de una institución del derecho romano, como es la responsabilidad civil, se ha de tener en cuenta que en los siglos de historia desde su fundación hasta la muerte de Justiniano (565 d. C.) se han presentado muchas etapas y momentos por lo que resultaría demasiado genérico e impreciso decir que los romanos consideraban determinada solución jurídica al problema de la reparación del daño, pues la evolución de las instituciones jurídicas cubre doce siglos desde la fundación de Roma hasta la recopilación justiniana. Por lo anterior es por lo que optamos por hacer una descripción por etapas para estudiar el fenómeno del daño y su reparación en sus fuentes.

Las fuentes que tenemos sobre el derecho romano son: a) el *Digesto* o *Pandectas*, cuya redacción encargó Justiniano a Triboniano, en el año 530 d. C. es una colección compuesta de extractos de escritos de los jurisconsultos romanos que hubiesen obtenido la concesión del *ius respondendi*; b) el *Codex Justinianus* que recopila las leyes y c) las *Instituciones*, obra elemental destinada a la enseñanza del derecho. Modernamente aparecen las *Instituciones* de Gayo descubiertas en 1816.

1. EL DAÑO Y SU REPARACIÓN ANTERIOR A LA “LEX AQUILIA”

En el derecho romano arcaico la responsabilidad por daños no fue muy diferente de la de otros pueblos en su etapa primitiva. La venganza como forma primitiva tuvo su papel en el derecho. Con el desarrollo social y político, muy pronto esa responsabilidad colectiva permitió sancionar al clan del culpable, y admitió que el autor del daño pudiera librarse de la venganza de la víctima abonándole una suma de dinero (*poena compositio*).

En esta fase la responsabilidad civil y la penal no se identificaban claramente una de la otra. La ley del talión, si bien para nuestro tiempo puede ser un modelo de justicia bastante imperfecto, en su momento representó un avance importante en el que la víctima no podía buscar la

reparación del daño sufrido más allá de lo causado; imponía pues, una medida de la reparación para evitar que fuera en exceso.

2. LAS DOCE TABLAS

Las *Doce Tablas* sin duda marcan la transición entre la fase de la composición o indemnización facultativa a la de la composición obligatoria^{16}. En algunos casos la víctima era obligada a aceptar la composición y a renunciar a la venganza^{17}. Esa composición permaneció en el derecho romano como una pena privada (*poena*) al mismo tiempo que una reparación, de tal suerte que jamás se realizó completamente la distinción entre responsabilidad penal y civil.

Por la ley de *Las Doce Tablas*, el delincuente a quien el delito le era imputable, quedaba obligado en ciertos casos graves de *injuria* a sufrir el talión (*por vindicta*), pero más frecuentemente, a pagar una poena^{18}. *Poena* viene del griego póιuh (rescate) y corresponde a la composición legal de la ley *Sálica*. Es una multa privada pagada al ofendido. Siempre es una pena pecuniaria, un castigo para el ofensor, que lo empobrece pero con variantes: a veces la multa era fijada en 25 ases, por ejemplo, para los golpes y las heridas leves. Otras fundadas en el valor de la cosa robada o dañada, en otros casos era el doble o el triple o era simple.

A falta de acuerdo sobre la ejecución de estas obligaciones, un pretor procedería a una *litis aestimatio*, según la cual el condenado sometido a la *manus iniectio iudicati*, padecería la ejecución sobre su persona, si su patrono o sus parientes no intervienen para liberarlo pagando el monto de la condena.

La legislación decemviral precedente a la *Lex Aquilia* tampoco trae un régimen general de responsabilidad civil y solamente había un régimen de tipificación taxativa de conductas que daban su respectiva acción de reparación. Así, por ejemplo, se concedía acción al propietario de un predio por daños a los árboles, por pastoreo abusivo en sus predios de animales

ajenos, por incendio de casas, por daños causados por animales y por algunos daños causados por delitos privados. El conocimiento que se tiene de la legislación romana comprendida entre *Las Doce Tablas* y la *Lex Aquilia* se debe a Ulpiano que en el *Digesto* (D. 9, 2) afirma que la *Lex Aquilia* derogó las leyes anteriores^{19}.

3. LOS DELITOS PRIVADOS COMO FUENTE DE OBLIGACIÓN DE REPARAR EL DAÑO

Las fuentes de las obligaciones civiles y pretorianas son “los delitos, préstamos, estipulaciones y contratos”^{20}.

“Esta clasificación no aparece enunciada en las obras escolásticas antiguas y modernas, pero corresponde a la realidad del sistema clásico de formas de obligarse y sus acciones correspondientes. Justiniano, siguiendo una simplificación que aparecía ya en Gayo, considera que todo convenio obligacional es un contrato, por lo que distingue las obligaciones de contrato de las del delito, y luego divide las que no entran en ninguno de los dos conceptos en cuasicontractuales o cuasidelictuales, según la mayor similitud con uno u otro grupo”^{21}.

Para nuestro estudio nos interesa profundizar en las obligaciones civiles que tienen origen en el delito, que en Roma eran de dos clases: públicos y privados o civiles. El término delito en la época clásica se reservaba para una especie de infracciones de dos tipos: delitos públicos (*delictum publicum* o *crimina*) y delitos privados (*delictum privatum*). La distinción se hacía atendiendo a la repercusión social y las acciones que se concedían.

A) Delitos públicos

El delito público o *crimen* atacaba “directa o indirectamente al orden público, o a la organización política, o a la seguridad del Estado”^{22}. Por su gravedad y repercusión social el Estado castigaba estas infracciones con una pena pública (*poena*) que imponían tribunales especiales, por lo que su

persecución no se dejaba a los particulares. Tienen este carácter entre otros delitos, la traición (*perdurellw*), el homicidio voluntario (*parricidium*), el falso testimonio, el robo nocturno de cosechas o el incendio voluntario. Daban lugar a persecución criminal, ejercida por reglas propias con jurisdicción especial. Las penas de los juicios criminales son varias: a) con el nombre de pena capital se comprende la muerte (*summum suplicium*, generalmente con la espada) y b) la deportación que implicaba la pérdida de ciudadanía^{23}.

B) *Delitos privados (civiles) romanos*

Las Doce Tablas regulan también los delitos privados, entendiéndose por tales los hechos ilícitos cuya represión persiguen las víctimas en su propio provecho, por medio del procedimiento civil ordinario. En la época clásica se reservaba esta denominación para ciertas infracciones que suponen únicamente ofensa para el perjudicado y de la que en consecuencia se deriva una acción privada para obtener reparación; de ahí su denominación *delitos privados* por oposición a la de delitos públicos o *crimina*, que ofendían directamente al Estado y daban origen a una acción de carácter público.

En el período clásico estos delitos son considerados fuente de deudas pecuniarias. Dan origen a la obligación sancionada con las acciones penales que aseguran el castigo del culpable con una multa privada, cuyo destinatario es la víctima.

Si bien las *Instituciones* de Justiniano y Gayo no citan más que cuatro delitos privados, hay otros^{24}. Los cuatro delitos privados son:

- *Furtum*: un hurto flagrante que evolucionó hasta incluir el simple uso de la cosa.
- *Rapiña*: apoderamiento con violencia.
- *Iniuria*: un daño físico o moral a la persona.

• *Damnum iniuria datum*: es tipificado en la *Lex Aquilia* y regula el daño injusto causado a los bienes de otro. Por su relevancia lo estudiaremos luego de una breve descripción de los otros delitos privados.

a) *Delitos de furtum y rapiña*. Constituye el prototipo de delito privado que da lugar a *obligatio* penal, consistente en el apoderamiento ilícito furtivo o clandestino (*furtum*) de una cosa mueble ajena contra la voluntad de su propietario^{25}.

Las acciones del hurto establecen un castigo con diferentes modalidades según la clase de hurto: el doble, el triple o el cuádruplo del valor de la cosa hurtada^{26}. Si el hurto se hace con violencia, se denomina rapiña y daba acción a la víctima para buscar una indemnización equivalente al cuádruplo del valor de la cosa sustraída (Gayo, 3, 183, 209; *Digesto*, 6,1,70)^{27}.

b) *El delito de lesiones o iniuria*. En sentido amplio, *iniuria* significa todo acto contrario a derecho, pero de forma más específica el delito de lesiones o *iniuria* se refiere a las lesiones inferidas sobre personas libres, en su integridad personal, tanto física como moral. En el período clásico se sustituye la ley del talión y la pena pecuniaria fija^{28} por una acción penal *in factum*, anual, en la que el juez en atención a las condiciones de las personas afectadas fijaba, aumentando la cuantía en proporción a la dignidad de la víctima o la gravedad del escándalo, etc. En el derecho clásico se exigía la intención de dañar y usualmente la pena era la de multa tasada de 300 a 150 ases en los casos de fractura de huesos. El juez solía aceptar la estimación que hacía el ofendido.

c) *El delito de damnum iniuria datum en la “Lex Aquilia”*. La tradición jurídica considera que la *Lex Aquilia* constituye el fundamento más significativo del derecho de la responsabilidad en el derecho romano. Por tipificar un nuevo tipo de delito privado —el *damnum iniuria datum*, daño causado injustamente— concedía acción a la víctima para la reparación del daño sufrido, así este no se hubiera cometido con dolo.

Aunque puede afirmarse que el texto de la *Lex Aquilia* que se conoce corresponde a la redacción original, algunos romanistas discuten muchos aspectos de su significado, aplicación, alcance y la fecha de su composición. La mayoría de la doctrina señala como fecha probable de la *Lex Aquilia* el año 286 a. C. No obstante, Pighio, con fundamento en el pasaje del *Digesto* 9,2,1, sugiere el año 186 a. C., debido a que encontró que en 577 de la fundación de Roma existió un pretor de nombre Aquilio, a quien sin mayor fundamento, identifica con el mismo Aquilio mencionado en *Digesto* 9,2,1, como el autor del plebiscito^{29}.

Para determinar la fecha de composición de la *Lex Aquilia* los romanistas identifican ciertos criterios fundamentales:

1º) Está fuera de controversia que la *Lex Aquilia* fue un plebiscito, propuesto por un tribuno del pueblo llamado Aquilio, tal como lo refiere expresamente Ulpiano en *Digesto* 9,2,1,1.

2º) La historia romana enseña que los plebeyos fueron fuente de movimientos sociales que generaron reformas políticas que les dieron mayor participación en la vida de la ciudad y de las leyes. La fuente histórica de estos conflictos es Pomponio quien señaló que los plebeyos se separaron de los patricios y se establecieron leyes para ellos, de donde se denominan plebiscitos. Es comúnmente aceptado que estos movimientos se dieron aproximadamente en el año 285 a. C., por lo que los autores dan el 286 a. C., como fecha probable^{30}.

La *Lex Aquilia* reguló en tres capítulos materias distintas siendo un buen ejemplo de las denominadas leyes *per saturam* del derecho romano en la que se incluían temas diversos e inconexos y que se utilizaban en los comicios para incluir materias que el pueblo no quería. Posteriormente esta práctica, a veces abusiva, fue prohibida por la *Lex Caecelia Didia* a instancias de los cónsules, Q. Caelius Nepos y T. Didius en el año 99 a. C.^{31}.

En un primer capítulo la *Lex Aquilia* establece la obligación de reparar los daños causados en caso de muerte de ciertos animales determinados (cuadrúpedos) y de esclavos. La *actio Lex Aquilia* se concedía únicamente a los propietarios de animales y esclavos y a ninguna otra o por daños a otras cosas diferentes^{32}. El texto puede traducirse así: “El que hubiere matado con injuria un esclavo o a la esclava ajenos, o a un cuadrúpedo o a una res, sea condenado a pagar al dueño el precio mayor que aquello tuvo en aquel año”^{33}.

Gayo (*Instituciones* iii, 210) explica que para la *Lex Aquilia* por cuadrúpedos ha de entenderse los que están comprendidos en una clase de ganado, excluyendo en consecuencia otros cuadrúpedos no considerados ganado, como perros y fieras (*Digesto*, 9,2, 2,2) pues los cuadrúpedos que son ganados son “los que se doman por el lomo y pescuezo, esto es, los que llevan y traen cargas y ganados los que pastan juntos”^{34}. El capítulo primero se limita pues a la muerte de esclavos y ganado y el precio que se debe pagar como reparación es el mayor valor que hubieren tenido en ese año.

El tercer capítulo es el más importante pues al conservar el carácter de tipicidad del delito privado, dispone de modo más general la obligación de reparar por cualquier daño causado con *iniuria* en toda clase de animales diferentes de los del capítulo primero (muerte de esclavos y ganados) y en todas las cosas inanimadas.

Este capítulo se refiere a las lesiones que se causan a los esclavos o animales o al deterioro de cosas corporales, pero la reparación varía respecto del capítulo primero pues se tasa la reparación con el valor máximo del mes anterior que tuvo el animal o la cosa dañada. Este capítulo es explicado por el jurisconsulto romano Gayo en sus *Instituciones*:

“217. Las disposiciones del tercer capítulo se refieren a toda otra clase de daños en las cosas. Así, se establece en este capítulo una acción para el caso de que alguien hiera a un esclavo o a un cuadrúpedo de cualquier clase

de ganado, o hiera o mate a un cuadrúpedo de los que no se consideran ganado, por ejemplo un perro o una fiera, como un oso o un león. *En esta misma parte se castiga todo daño causado injustamente en cualquier otra clase de animal o en todas las cosas inanimadas.* En este capítulo se establece, pues, una acción para el caso de que se queme o se destruya algo, aunque en realidad el término destruido abarca todas estas otras causas, pues se entiende por destrucción toda clase de corrupción, comprendiendo no solo cuando se quema o se rompe algo, sino también cuando se rasga, se roza o se derrama, o de cualquier modo se estropea, pierde o deteriore” (sin bastardilla el original)^{35}.

Como se desprende de los textos y de los comentarios de Gayo, la diferencia de este capítulo tercero de la ley con el primero está en que el tercer capítulo se refiere a lesiones diferentes de la muerte y a otros animales no considerados ganado y extiende, además, la acción en caso de daño a todas las cosas inanimadas. En cada caso se reglamenta el monto que se debe indemnizar de modo diferente. En caso de muerte del ganado o esclavo, este valor es el valor máximo que hubiesen tenido en el año anterior al delito, mientras que en el de simples lesiones, del capítulo tercero, la indemnización se calcula con referencia al valor máximo del mes anterior.

El segundo capítulo se refiere a una responsabilidad más de carácter contractual. Aquí la *Lex Aquilia* procuraba reprimir el hecho culpable del *adstipulador* que había remitido una deuda, en daño, por ese medio, del acreedor principal.

Por largo tiempo se desconoció el contenido de este capítulo segundo del que Ulpiano (*Digesto* 9, 2, 27,4) nos transmitió su existencia y que había caído en desuso pero nada dijo de su contenido. El intento por descifrar su contenido llevó a los romanistas a conjeturar muchas hipótesis. Especial influencia tuvo la conjetura propuesta por J. Heineccio en su obra

Elementos de derecho romano^{36}, quien afirmó que “Aquilio trató en este capítulo o del siervo corrompido, o de las cosas derramadas y arrojadas”^{37}.

No obstante, esas hipótesis quedaron desmentidas con el hallazgo hecho por Neibhr de un palimpsesto en la biblioteca capitular de Verona en 1816 que contenía una antigua y desconocida versión de las *Instituciones* de Gayo que se refería expresamente al desaparecido capítulo segundo de la *Lex Aquilia*. En este documento Gayo (*Instituciones*, iii, 215) explica que el capítulo segundo se refirió a la acción por el daño causado al acreedor principal por el *adstipulator* que hubiera aceptado formalmente, pero con fraude, que el deudor ya había hecho el pago^{38}. El *adstipulator* era una figura en desuso que sirvió en Roma para proteger los intereses del acreedor principal y tenía como este, todas las atribuciones. Si en ejercicio de esas atribuciones declaraba falsamente haberse hecho el pago, la obligación se extinguía y el acreedor principal defraudado podía por la *Lex Aquilia*, capítulo segundo, buscar la reparación del perjuicio sufrido.

El mismo Gayo al comentar este capítulo de la *Lex Aquilia* señala:

“215. En el segundo capítulo se establece una acción para que el coestipulante que hizo reconocimiento de pago en fraude del estipulante lo indemnice en cuantía del perjuicio sufrido.

”216. Es evidente que esa parte de la ley ha introducido tal acción a título de daños recibidos; pero esto no era necesario, ya que bastaba para ello la acción de mandato, aunque con la diferencia que esta ley establece que la acción crezca el doble contra el demandado que se resista obstinadamente”^{39}.

¿Cuál fue entonces el avance de la *Lex Aquilia*? Como lo mencionamos, las *Doce Tablas* establecían por la muerte de un esclavo una *poena* de 150 ases como indemnización. La *Lex Aquilia* en el capítulo primero señaló un modo de actualizar la cifra al preceptuar que se debía “pagar al dueño el precio mayor que aquello tuvo en aquel año”^{40}. La *Lex Aquilia* entonces además de incluir el número de casos para la acción de reparación por

delitos, reforzó además las sanciones en los casos previstos al establecer modos de actualización y prever la reparación en el caso del capítulo tercero aunque no hubiese dolo, es decir bastaba la culpa^{41}. Este punto tiene particular interés, pues en nuestro derecho civil el delito es el daño causado con dolo, mientras el cuasidelito es el daño causado con culpa. Pero como lo hemos advertido en el *damnum iniuria datum* se trata de un delito privado culposo.

El *damnum iniuria datum* se diferencia del delito de *iniuria* porque la *iniuria* es considerada siempre una lesión directa a la persona, mientras en el *damnum iniuria datum* el daño es causado a la cosa, esclavo, ganado o animal, es decir al patrimonio. Se diferencia del *furtum*, pues en este se busca siempre el ánimo de lucro, que no existen en el *damnum iniuria datum*^{42}.

a') *Elementos del delito damnum iniuria datum de la Lex Aquilia*. El análisis interno del texto de la *Lex Aquilia* y los pasajes contenidos en el *Digesto* de Gayo y Paulo, han permitido a los romanistas inferir la naturaleza y los elementos del daño que le dieron los romanos.

Enseña ROSSI que la *Lex Aquilia* estableció cuatro elementos del delito *damnum iniuria datum*, a saber: a) que se cause un daño —*damnum*—; b) que ese daño sea casado con injusticia —*iniuria* en sentido objetivo e *iniuria* en sentido subjetivo o culpa—, y c) existencia del nexo causal entre la culpa y el daño^{43}. De manera sucinta exponremos los elementos que ofrecen mayor interés.

El estudio hecho sugiere adicionar un cuarto elemento que es el de la capacidad no contemplado por los romanistas estudiados.

1. *El daño es hecho por alguien a alguien*. En primer lugar se dice que el daño debe ser hecho por alguien a alguien y no a la cosa de otro. El daño no se entiende pues como “hecho a una cosa propiedad de otra persona, sino directamente a la persona”^{44}.

En la explicación que da Gayo del citado capítulo tercero (daño a los otros animales que no son ganado y a todas las cosas inanimadas) de la *Lex Aquilia* está la clave para entender el concepto que se tenía de daño. El texto, recordémoslo, dice:

“En este capítulo se establece, pues, una acción para el caso de que se queme o se destruya algo, aunque en realidad el término destruido abarca todas estas otras causas, pues se entiende por destrucción *toda clase de corrupción*, comprendiendo no solo cuando se *quema* o se *rompe* algo, sino también cuando se rasga, se roza o se derrama, o de cualquier modo se estropea, pierde o deteriore” (sin bastardilla el original).^{45}.

El carácter intersubjetivo del concepto de daño se confirma con la explicación de Ulpiano según la cual la *Lex Aquilia* persigue, en efecto, toda aquella corrupción —*ruptiones*— que causa daño a alguien— *Aquilia enim eas ruptiones quae damna sunt*—.

El daño no lo constituye entonces la —*ruptio*— “destrucción” o la “corrupción” en cualquiera de sus formas: quebrar, romper, etc., sino que la acción sobre la cosa es el medio con el cual se causa daño a una persona. Consecuencia de esto: no se tendrá en cuenta para la evaluación del daño sufrido, el detrimento de la cosa, sino el perjuicio que dicha lesión ha producido al dueño.^{46} Así, por ejemplo, el que mataba un esclavo respondía no solo por el valor venal del esclavo, sino también de todos los perjuicios que su acción hubiere producido al dueño como lo demuestra el pasaje de Gayo (iv, 3, 10) y por eso Paulo afirma que “se puede accionar con la *Lex Aquilia* aun cuando hubiere sanado el esclavo enfermo” (D.92,45,1), pues la acción subsiste para que se indemnice al dueño por lo pagado en curaciones y en general todo perjuicio económico por la herida causada al esclavo.^{47}.

Que el daño provenga de un hecho del hombre se refiere además a que solo se comprende actos positivos y solo se castiga la omisión cuando está precedida de una conducta positiva como el médico que opera un esclavo y

luego omite el cuidado necesario y muere, por eso no es del todo exacto, en el sentir del romanista Petit, que en la *Lex Aquilia* no se sancione la omisión que cause daño como lo sostienen muchos autores^{48}.

2. *El daño debe ser corpore corpori: con el cuerpo y sobre la cosa.* Es preciso que el daño consista en la destrucción o en la degradación material de una cosa corporal y que sea causado corpore, es decir, por el cuerpo del autor mediante contacto físico. Así, por ejemplo, enseña Gayo que cae bajo la ley Aquilia el que mata a un esclavo ajeno golpeándole, pero no si lo encierra y le deja morir de hambre.

Se dice que el daño debe ser *corpori* para significar que la acción debe recaer sobre la cosa produciendo su corrupción —*ruptio*—, es decir, destrucción, quemadura, rotura, o cualquier clase de deterioro.

3. *El daño debe ser causado con iniuria.* En tercer lugar, enseña Gayo, es necesario que el daño sea causado sin derecho; *iniuria*^{49}. “es lo que sucede, no solo cuando el autor del daño ha obrado por dolo, sino también cuando simplemente ha cometido una falta, aunque fuera ligera”^{50}.

Sobre el dolo y la culpa en la *Lex Aquilia* el mejor romanista de estos tiempos, el catedrático Alvaro D’Ors señala:

“Por otro lado, a diferencia de las otras acciones penales, que presuponen el dolo del demandado, en esta, la palabra *iniuria* de la ley fue interpretada ya por la jurisprudencia clásica en el sentido de que se debía responder también de ciertos actos de negligencia que causaban daños a otra persona; para designar este tipo de conducta negligente se acudió al término de *culpa*, que se había de utilizar posteriormente en la problemática de la responsabilidad contractual”^{51}.

En las *Institutas* de Gayo se lee: “211. Se entiende que se mata injustamente cuando eso ocurre, no en virtud de una ley, sino por dolo o culpa. Así el que comete daño sin dolo ni culpa, sino por accidente, queda impune”^{52}.

Sobre el sentido de la palabra *iniuria*, algunos autores han señalado que es una tergiversación de la baja Edad Media que la identificó con la culpa: desde antiguo se ha acusado de manipular las fuentes romanas, con el propósito de probar que desde los comienzos de ese derecho se consagraba el aforismo *pas de responsabilité sans faute*. Pero tal acusación, por lo que hemos dicho al examinar las fuentes no es verdadera, pues la intención de Justiniano al recopilar el *Digesto* era adaptar el viejo derecho a las nuevas circunstancias culturales y políticas de su tiempo y no el propósito académico de legar a las futuras generaciones los textos primitivos del extinto imperio romano.^{53}.

4. *El daño debe ser causado por una persona capaz*. La investigación sobre la *Lex Aquilia* nos lleva a adicionar otro elemento que no encontramos en los romanistas y es el de la capacidad del que comete el delito.

El antecedente de la capacidad para cometer delitos o culpas (diez años) lo hemos encontrado en la *Lex Aquilia* en la que se respondía por todos los actos ilícitos cuando se llegaba a la *impubes pubertati proximi*, esto es a las puertas de la pubertad, un estado intermedio entre la infancia y la pubertad.^{54}.

La pubertad en el derecho romano se determinaba en los casos concretos por la *inspectio corporis*, pero desde la época imperial conforme a un criterio adoptado por los proculeyanos se estableció la presunción de los doce y catorce años para mujer y varón, respectivamente. Los impúberes a su vez se clasificaban en *impúberes infantia maiores e impúberes pubertati proximi*. A los *pubertati proximi* se les consideraba capaces de algunos actos delictivos.^{55}. En el *Digesto* pueden leerse comparaciones ilustrativas que hacen clara la distinción entre el infante y el impúber para efectos de la obligación de reparar los daños de la siguiente manera:

“Y por consiguiente preguntamos: si un loco hubiese causado daño ¿se aplica la acción de la ley Aquilia? Pegaso lo negó, porque ¿qué culpa tiene

el que no es cuerdo? Y esto es certísimo. De ahí que cesará en este caso la acción de la *lex Abulia*, como cesa si un cuadrúpedo hubiese causado daño o si cayere una teja. Si hubiese causado el daño un infante, deberá decirse lo mismo, pero si lo hubiese hecho un impúber, dice Labeón que toda vez que se obliga por el hurto, queda obligado también por la *Lex Aquilia*. Y opino que esto es cierto con tal que sea capaz de discernir la injusticia” (*Digesto* 9,2,5,2).

En los casos de demencia, se define que el demente es incapaz de cometer delito o culpa y por lo mismo él no está obligado a reparar, como lo dice gráficamente el texto transcrito del *Digesto*.

Pero las personas que lo tienen bajo su cuidado deben asumir la reparación de los perjuicios causados por ellos de modo directo, si pudiere probárseles culpa o dolo en su obligación de cuidado del demente.

C) Los cuasidelitos: daños no tutelados por la *Lex Aquilia*

Hemos mencionado que la reparación de los daños en Roma estaba principalmente en la tipificación de los delitos privados, entre los que se contempló el daño injusto por la *Lex Aquilia*. Pero había en el derecho romano otras fuentes de obligaciones que protegían a las víctimas en ciertas circunstancias para cobrar la reparación de los perjuicios sufridos, denominadas cuasidelitos.

Los cuasidelitos más comunes eran el *effusum* que se daba cuando se derramaba o arrojaba desde un edificio o habitación a un lugar público cualquier objeto causando daño a terceros. La acción se denominaba *actio de effusis et deiectionis*. En caso de causar la muerte, la pena era una multa de cincuenta mil sestericios (*Digesto* 9,3,1,1,5,6,7).

La *actio positae et suspensae* era una acción cuasidelictual que se concedía contra el propietario o inquilino de un edificio que hubiere colocado o suspendido algún objeto sobre la vía pública y que pudiera causar daño. Era una acción popular (*Digesto* 9,3,5,6).

El desarrollo posterior suprimió la categoría de delitos privados; sin embargo, en la tradición del derecho francés y español se conservaron y de allí llegó nuestro Código Civil con la denominación “delitos civiles” y cuasidelitos. El *effussum* y la *actio positis et suspensis* se recoge en nuestro Código Civil en los casos de responsabilidad por ruina de edificios y objetos que caen de ellos (C. C., arts. 2350 y 2355). Nótese que nuestro Código Civil, siguiendo la tradición francesa y española, regula en el título xxxiv del libro IV, los delitos y cuasidelitos, es decir, los daños causados con dolo y con culpa, respectivamente.

CAPÍTULO SEGUNDO

EVOLUCIÓN Y RECEPCIÓN DE LA “LEX AQUILIA”

Sección I.

La compilación justiniana

El emperador Justiniano procuró “reducir a una sola concordancia toda la legislación romana desde la fundación de Roma has los días de nuestro imperio”^{1}. Esta recopilación, nos dice el mismo Justiniano, resumió más de dos mil libros que abarcaban más de tres millones de líneas, en escasos cincuenta libros que constituyen el *Digesto* o *Pandectas*^{2}. En el proceso de síntesis y racionalización de los textos romanos antiguos se procuró no hacer un trabajo académico de recopilación histórica sino un trabajo de legislación ajustado para su tiempo (siglo vi d. C.); por lo que si bien se conservan los nombres de los “prudentes” y sus leyes, la codificación añadió o quitó lo que pareció “superfluo, imperfecto o menos conveniente”^{3}. De modo que no debe intentarse una comparación de la recopilación con las fuentes antiguas, “pues lo que aparece allí escrito —en el *Digesto*— se entienda como Nuestro y como redactado por Nuestra propia voluntad [...] pues es mucho y muy importante lo que se ha cambiado por razones prácticas”^{4}. Así pues, el texto del derecho romano llegado a nuestros días en buena medida tiene ajustes y adecuaciones a los tiempos y propósitos del emperador: una síntesis entre las fuerzas del final del mundo antiguo: el *Imperium Romanum* y el Cristianismo.

Con la caída del imperio romano (476 a. C.), la convivencia de pueblos germanos y romanos generó una aplicación personal de la ley de acuerdo

con la cual donde quiera que uno se encuentre, sigue la ley de su pueblo de origen. El feudalismo impulsó las costumbres y leyes locales conforme a las cuales, sin contar con un derecho sistematizado, los jueces, a la usanza del pretor romano, decidían en cada caso concreto el derecho aplicable, lo que generaba abundantes conflictos.

Con el auge del cristianismo, Europa vivió un esplendor de la ciencia, a cargo de la Iglesia. Los monjes y eclesiásticos además de evangelizar debieron, para enfrentar las dificultades de la evangelización de la cultura, aplicarse con esfuerzo a la elaboración de la ciencia teológica y filosófica y fue así como con el devenir de los años, contamos la aparición de universidades en París, salamanca y oxford que, impulsadas por la Iglesia Católica, van a dar empuje a la sistematización de las ciencias.

El derecho romano fue redescubierto y repensado a la luz de los avances de la Filosofía y la Teología y fue así como se dan los primeros pasos de sistematización, armonización del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano y en concreto del *Digesto*. En estas condiciones, la obra jurídica del emperador romano, el *Corpus iuris*, se tornó necesariamente en fundamento de todo conocimiento espiritual del derecho, y adoptado como derecho por antonomasia en toda Europa por su fuerza espiritual, autoridad y tradición era una especie de derecho natural^[5].

El siglo XI fue testigo de una gran transformación política, económica y cultural en la historia europea. El Sacro Santo Imperio Romano se fortaleció con el auge del papado y la consolidación del eurocristianismo. El auge del derecho romano y del derecho canónico hizo posible una influencia recíproca. La Iglesia adoptó los principios del derecho romano en tanto no sean contradictorios con los del derecho canónico. Así entonces la vida de la Iglesia fue *secundum legem Romanum*^[6].

En materia de responsabilidad civil los canonistas transformaron esa responsabilidad en individual, subjetiva y civil y eliminaron el concepto de solidaridad familiar para reclamar la indemnización. Combinaron los

análisis psicológicos de los bizantinos respecto de la culpa (subjetivamente concebida) con el concepto cristiano de la penitencia, y de ello resultó una responsabilidad fundamentada esencialmente en la culpa, surgiendo entonces la regla ética general según la cual debemos reparar los daños causados por nuestra culpa.

La denominada escuela del derecho natural se dividió en dos corrientes frente a la actitud del texto del derecho romano.

Los partidarios y defensores del derecho romano, entre los que destaca Grotius, defienden la tesis según la cual el *damnum iniuria datum* de la *Lex Aquilia*, es el “exponente general y único de la categoría de obligaciones por hecho ilícito en oposición a las obligaciones *excontractu*”^{7}. La escuela natural recurría al texto romano para demostrar que ese derecho era expresión de la razón y del derecho natural. Así, Cocceio afirmó que en la *Lex Aquilia* la sola culpa era suficiente para satisfacer la exigencia del elemento subjetivo, mientras que para los otros delitos se exigía el dolo^{8}.

La corriente no defensora del derecho romano la encabeza Tomasio, que argumenta que en el derecho germano la acción de reparación de perjuicios no es una acción por el delito —*ex delicto*—, sino por equidad —*ex aequitate*—. El verdadero fundamento no sería entonces la culpa sino el derecho de propiedad^{9}. se traba así la ardua batalla doctrinal sobre si el verdadero fundamento de la responsabilidad civil es o no la culpa.

En los intentos por demostrar que la *Lex Aquilia* no es el derecho vigente en su tiempo o la fuente de la obligación de reparar los daños sino que lo son las exigencias del derecho natural, el jurista Heineccio (siguiendo a Tomasio) parte de dos argumentos: en primer lugar, en el derecho vigente no se hace referencia a cuadrúpedos y esclavos y no se hace diferencia con otras cosas o personas. En segundo lugar, si la *Lex Aquilia* fuera el derecho vigente, el principio esencial de que el daño sea *corpore corpori* (el daño causado con el cuerpo del demandado sobre el cuerpo de la víctima o la cosa que le pertenece) debería seguir siendo el punto central de las

discusiones en torno al daño; pero es evidente que para su época no se hace más la distinción de si el daño era causado *con* el cuerpo del causante *sobre el* cuerpo de la víctima o la cosa que el pertenecía, lo que permitía concluir que la *Lex Aquilia* no tiene vigencia y su única fuente es entonces el derecho natural^{10}.

Una cosa tienen en común las dos corrientes del derecho natural y es que admiten que el principio general de responsabilidad por culpa, provenga del derecho romano por medio de interpretaciones dudosas o de la aplicación del derecho natural. Y ese es precisamente el gran aporte al derecho de la responsabilidad civil, el haber dado justificación autónoma, convirtiendo los antecedentes romanos justinianeos en una adecuada formulación general de responsabilidad por culpa^{11}.

A partir de los aportes de la escuela del derecho natural, los dos principios fuentes de las obligaciones, los contratos y la responsabilidad por el hecho ilícito, pasan a los códigos civiles modernos^{12}.

Sección II.

—La responsabilidad civil en las codificaciones anteriores al Código Civil colombiano

1. CÓDIGO PRUSIANO Y AUSTRIACO

El siglo XVIII experimenta un fuerte movimiento que propugna la elaboración de códigos en el afán de traducir en fórmulas sencillas, claras y breves, los postulados del derecho natural que difícilmente podían abrirse camino en la casuística de las fuentes romanas. Además, el texto escrito y conciso permitía a los emperadores consolidar la ilusión de controlar el derecho y así fortalecer la posición imperial dominante y absolutista.

El Código prusiano de 1794 estableció la figura del hecho ilícito como fuente de la obligación de reparación del daño. El concepto de daño fue tan amplio, que incluía las lesiones al cuerpo, a la libertad, al honor y a los bienes^{13}.

Por su parte, el Código austriaco de 1811, siguiendo los lineamientos del Código prusiano, determinó que los herederos del responsable son obligados a la reparación en caso de fallecer este.

Ambos códigos coinciden en señalar que los daños causados por los dementes, si bien son incapaces, están a cargo de sus respectivos patrimonios, cuando no fuere posible deducir responsabilidad de sus padres o custodios^{14}.

2. CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

Se atribuye a Pothier y a Domat ser los grandes inspiradores y precursores del Código Civil francés, quienes defendieron el derecho romano como la máxima expresión de la razón. Buen ejemplo de esta concepción está en la formulación del principio general de responsabilidad civil por culpa expresado por Domat de la siguiente manera:

“Todas las pérdidas y todos los daños que se puedan acaecer por el hecho de alguna persona, su imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que se debe saber, u otras culpas semejantes, por ligeras que puedan ser, deben ser reparadas por aquel cuya imprudencia u otra culpa le haya dado lugar. Porque es un daño el que ha hecho incluso aunque no hubiera tenido intención de perjudicar.

”La falta de no pagar una obligación es así mismo una culpa que puede dar ocasión a daños y perjuicios, por los que estará obligado”^{15}.

Domat parte de distinguir obligaciones que nacen de la voluntad de las que se forman sin convención, que se subdividen en tres categorías: a) crímenes y delitos, b) violaciones de contratos, y c) todas las clases de daños causados por culpa que no son crímenes ni delitos. Pothier, un siglo

después, prefiere agrupar la fuente de la responsabilidad civil en el delito y el cuasidelito, que finalmente pasa al Código Civil francés y al colombiano^{16}.

Las codificaciones de los países de Europa continental tuvieron lugar durante el siglo XIX por dos causas principales: de un lado, el profundo impacto de la Revolución francesa y las doctrinas de la ilustración y el iluminismo. Conforme a los principios del iluminismo, el pueblo francés aceptaba la idea de que la razón debería ser fuente de la ley de modo que esta fuera uniforme, simple, concisa e inspirada en principios racionales^{17}; y de otro, el surgimiento del régimen absolutista y dictatorial de Napoleón Bonaparte. Estas dos fuerzas (las nuevas ideas y un poder centralizado), crearon las condiciones sociohistóricas para redactar e imponer en un solo libro o Código todo el *ius civile*.

El Código de Napoleón (1804) no fue sin embargo el primer intento por unificar la ley en forma de Código^{18}. Antes del Código de Napoleón, en Francia la gente sentía temor por la interpretación arbitraria que hacían las Cortes. Durante la Revolución se acuñó la frase: “Dios nos salve de la equidad de las Cortes”, para expresar la inconformidad con la situación de inseguridad jurídica que daban los más de 400 códigos esparcidos por toda Francia^{19}.

Fieles a estos principios, los redactores del Código napoleónico, herederos de la tradición medieval y principalmente de Domat y Pothier, vierten el desarrollo de la responsabilidad civil alcanzado hasta entonces en cinco artículos (arts. 1382 a 1386)^{20}. En su simplicidad estos cinco artículos contienen todas las bases del sistema de responsabilidad civil del derecho francés.

La redacción de estas disposiciones legales fue tan general que dio base a una muy extensa jurisprudencia de la Corte de Casación francesa para colmar las lagunas dejadas por el legislador para enmarcar la nueva vida de la sociedad industrial que surgió a finales del siglo XIX.

3. EL DERECHO ESPAÑOL

El derecho español también recibió la influencia del derecho romano, especialmente en el llamado *Breviarium de Alarico*, que contenía parte del Código Teodosiano y un resumen de las *Institutas* de Gayo, gran parte de las sentencias de Paulo y algo de las de Papiniano^{21}.

En la época en que el imperio español estuvo unificado en Europa y los territorios americanos, el derecho común que los rigió fue el derecho de Castilla, uno más entre los varios de España^{22}.

Los procesos de independencia que suscitaron un rompimiento político en la segunda década del siglo XIX, no generaron de inmediato una ruptura con el derecho español que siguió rigiendo en cuanto no chocara con las nacientes repúblicas.

El derecho español que rigió en América exigió adaptar las normas de España. En algunos casos no fue suficiente el ajuste y se procedió a la creación de nuevo derecho aplicable a las indias occidentales. Este derecho se vino a denominar derecho indiano como derecho específico para estos territorios a partir de la Conquista^{23}.

El derecho indiano tiene inequívocas raíces en el derecho romano y en las recopilaciones medievales. Estas recopilaciones, según los historiadores del derecho, se refieren al Código de Eurico (420-484 d. C.), pasando por el de Alarico (484-507), fundado en el Código de Teodosio hasta llegar a Justiniano con su *Corpus Iuris Civile* en el año 533 d. C. Luego, en España, se desarrollaron los *Fueros* que son breves documentos concedidos por el rey, en los que se otorgan privilegios mediante los cuales se eximía de impuestos, servicios, etc., a diferentes territorios del reino.

En España, por el año de 1256, comenzaron los trabajos que concluyeron con las famosas *Siete Partidas* de Alfonso x *el Sabio*. Para esa época ya estaba bien elaborada la teoría de la responsabilidad civil extracontractual^{24}.

Las Siete Partidas resultan de especial interés para conocer los antecedentes de nuestro Código Civil en lo referente al derecho de la responsabilidad, pues constituyen la fuente principal en que se inspira Bello para la elaboración del régimen de responsabilidad civil por los delitos y las culpas.

Preceptúan las *Siete Partidas*, con inequívoca reminiscencia al derecho romano pero con aportes originales, que el juez es responsable de los daños debidos a la sentencia injusta, por ignorancia (L. 24, tít. 22, Partida 3a); el que echare alguna cosa a la calle es responsable del daño que cause a los transeúntes quienes tienen acción para cobrar el doble del daño causado a todos los moradores de la casa (L. 25, tít. 15, Partida 7a); el propietario de un animal, o el que se sirve de él, lo es del daño causado por dicho animal, sea que estuviese bajo su custodia, sea que se hubiese escapado (L. 22, 23, 24, tít. 15, Partida 7a); el dueño de un edificio también lo es del daño causado por su ruina, en caso de construcción o por falta de reparación; y el que tuviere colgada o puesta alguna cosa en paraje donde pueda caerse a la calle o camino, lo es del daño que causare cayendo (L. 26, tít. 15, Partida 7a); el que tuviere posada o nave criados que roban a los viajeros debe pagar doblada la cosa hurtada, por culpa de tener malhechores a su servicio (L. 7, tít. 14, Partida 7a).

Sección III

—El Código Civil chileno y el colombiano

La expansión del Código de Napoleón ocurrió por tres vías: por conquista de territorios, por directa persuasión de los juristas hacia los reyes o el mismo Napoleón y, en tercer lugar, por inspiración^{25}. En esta última categoría está el Código Civil chileno de 1855 redactado por Andrés

Bello^{26}, sin duda la más influyente codificación en los países de América Latina después de la independencia de la Corona Española.

A pesar de que el Código chileno tuvo en general fuerte influencia del Código de Napoleón, Andrés Bello recurrió a otras fuentes en su elaboración. El mismo Bello explica que su trabajo de redacción del Código no fue una labor puramente mecánica, al decir: “Nosotros no quisimos hacer una simple copia de ninguna porción de otros modernos códigos. Nosotros hemos hecho uso de ellos sin perder de vista las peculiares circunstancias de nuestro país”^{27}. Esto es especialmente notorio en el tema de la responsabilidad civil, materia en la que el Código de Bello se aparta del francés mucho más que en otros temas del derecho civil.

La legislación española no cumplió un papel significativo por la natural reacción posindependentista de cortar lazos con el imperio dominante. No obstante, algunas instituciones españolas tuvieron influencia como las *Siete Partidas* del rey Alfonso x el Sabio^{28}.

En cuanto a la responsabilidad civil, Bello se inspiró claramente en el antiguo derecho romano, en particular en la *Lex Aquilia* y en la parte pertinente de las *Siete Partidas* de Alfonso x el Sabio, en la *Novísima recopilación* de Carlos IV, y en bastante menor medida en los artículos 1382 a 1386 del Código Civil de Napoleón.

Para llegar al texto definitivo, Don Andrés Bello redactó dos proyectos: el primero de 1847 en el que intentó conservar la tradición del derecho español y otro en 1853 que se inspiraba más en el Código Civil francés.

El texto del Código chileno fue prácticamente el mismo sancionado por el Estado de Cundinamarca el 8 de mayo de 1859; sucesivamente, los demás estados soberanos (Cauca en 1859; Antioquia 1864, etc.) aprobaron como ley general este Código Civil con el cual quedó definitivamente derogada la antigua legislación. A raíz de la reconstitución de la república de Colombia en 1886, se sancionó (ley 57 de 1887) el texto de nuestro Código Civil ^{29}. Enseña Don Fernando Vélez que “en 1873 se resolvió el

Gobierno Nacional a hacer lo que desde algunos años antes se había verificado en los Estados: a sustituir el derecho civil español con otro cuya fuente principal estaba en el derecho francés [...] El Código Civil de los Estados Unidos de Colombia (ley 84 de 26 de mayo) fue adoptado en 1887 para toda la república, y reemplazó a todos los de los antiguos Estados”^{30}.

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DELITOS Y CUASIDELITOS EN CHILE Y COLOMBIA

Conocer la evolución del texto, sus fuentes y origen, nos permite hacer en muchos casos una mejor lectura e interpretación de las normas. En este apartado se busca presentar la génesis de cada uno de los artículos del libro IV, título XXXIV del Código Civil colombiano que regula lo relativo a la responsabilidad civil por “los delitos y las culpas”, así como los principales cambios en la redacción definitiva de nuestro estatuto civil.

Del Código Civil francés, en su brevísima regulación de la responsabilidad delictual y cuasidelictual (arts. 1382 al 1386), Bello se aparta y opta por acudir a la legislación española (en especial las 28 leyes del título XV de la Partida 7a). En el proceso de armonización de esas fuentes, Bello abordó cuestiones que esas fuentes no preveían como la responsabilidad solidaria de los coautores del delito y del cuasidelito (C. C. ch., art. 2317), la responsabilidad del ebrio (C. C. ch., art. 2318), la facultad judicial para reducir el monto de la reparación (C. C. ch., art. 2330) y se apartó del principio general de responsabilidad por las cosas del Código Civil francés (C. C. fr., art. 1384)^{31}.

En cuanto a la ubicación del tema de la responsabilidad civil, el Código chileno la regula en el título XXXV del libro IV que se denomina “De los delitos y cuasidelitos”, mientras que el colombiano se ubica en el libro IV, pero en el título XXXIV, con una ligera diferencia, pues lo denomina “responsabilidad común por los delitos y las culpas”. Es decir que nuestro estatuto adopta claramente la expresión “responsabilidad común” y usa el

término “culpas”, mientras que la chilena en su título omite la expresión “responsabilidad común” y además prefiere la voz más técnica de *cuasidelito* en vez de *culpa*. Para hacer un estudio de la evolución del texto tomaremos la tradicional clasificación de los tipos de responsabilidad civil extracontractual.

A) Principio general de responsabilidad civil por dolo o culpa

El Código chileno y el colombiano adoptan el principio general de responsabilidad civil por dolo o culpa, punto en que coinciden con el modelo francés, pero con una redacción sustancialmente diferente. El texto chileno utiliza un lenguaje más técnico al hablar de delitos y cuasidelitos, por contraposición al colombiano que habla de delito y culpa. Se aprecia una redacción ligeramente diferente al final en el texto, sin consecuencias jurídicas relevantes.

Texto colombiano: “El que ha cometido un delito o *culpa*, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que *la ley imponga por la culpa o el delito cometido*” (art. 2341).

Texto chileno: “El que ha cometido un delito o *cuasidelito*, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena *que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito*” (art. 2314).

La fuente de este texto está en la ley 6a, título 15, Partida, 7a.

Estos textos no son comparables con los del Código de Napoleón, pues si bien establecen un principio general de responsabilidad por culpa, en el inciso 2° trae el principio de responsabilidad por las personas que están bajo la guarda. La expresión “cosas bajo la guarda” del texto francés no se encuentra en los códigos de Bello. Cien años después esa expresión dará pie para desarrollos de la jurisprudencia sobre la responsabilidad por las cosas peligrosas en Francia. Del análisis de los textos es claro que Bello no se inspira en el Código napoleónico para establecer el principio general de

responsabilidad por culpa, sino en la Ley 6a del título 15 de la Partida 7a como lo anota Bello en su Código.

El texto correspondiente francés, artículo 1382, dispone:

“Todo hecho cualquiera del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por la culpa del cual ha sucedido.

”se es responsable no solo del daño que se causa por su propio hecho, sino también de aquel causado por el hecho de las personas de las cuales se debe responder, o de las cosas que se tiene bajo custodia”.

B) *Titulares de la acción y su contraparte*

Ambos textos tienen una identidad conceptual y únicamente presentan ligeras diferencias, sin consecuencias jurídicas significativas. Dicen los artículos que son titulares de la acción civil para pedir la indemnización, no solo el propietario, sino también otras personas que en derecho gozan de una protección jurídica, como el mismo heredero, o los poseedores y titulares de derechos reales sobre las cosas dañadas o en ausencia del dueño los meros tenedores de cosas cuando tienen obligación de restituirlas.

El texto colombiano: “Puede pedir esta indemnización no solo el que es dueño o poseedor de la cosa *sobre la cual ha recaído* el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa, con obligación de responder de ella; pero solo en ausencia del dueño” (art. 2342).

El texto chileno: “Puede pedir esta indemnización no solo el que es dueño o poseedor de la cosa *que ha sufrido el daño*, o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o uso. Puede también pedirla en otros casos el que tiene la cosa con obligación de responder de ella; pero solo en ausencia del dueño” (art. 2315).

Examinado el Proyecto de 1853 se encuentra que la versión no traía las palabras “que ha sufrido daño”. igualmente decía “y el usuario” en vez de “el habitador o el usuario”. Tampoco decía: “si el daño irroga perjuicio a un derecho de usufructo o de habitación o uso”, ni “en otros casos” y después de “la cosa” decía además “en guarda”^[32]. El texto tiene su antecedente en la Ley 2a, título 15, Partida 7a.

En cuanto a la transmisión a los herederos, Bello incorporó una novedad al establecer que en caso de muerte del causante del daño, la obligación de indemnizar pasa a sus herederos sin restricción alguna. En este punto, el proyecto de 1853 contemplaba en su artículo 2480 una limitación y condiciones a la transmisión por causa de muerte de la obligación de reparar que no quedó en la versión definitiva. Propuso el artículo en comentario:

“Es obligado a la indemnización el que hizo el daño; pero no el heredero, sino en cuanto se hubiere aumentado la herencia por el daño, a menos que se haya contestado la demanda antes del fallecimiento de la persona a quien suceda por testamento o abintestato”.

En cuanto al provecho del dolo de tercero, el texto colombiano prefirió un giro para expresar el concepto cómplice sin usar el término, al decir, que sin haber tenido parte en el dolo, es responsable únicamente hasta concurrencia de lo que valga el provecho que hubiere reportado. Nuestro texto es más preciso pues si es cómplice, es coautor y, por tanto, su responsabilidad sería plena.

Texto colombiano: “Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos.

”El que recibe provecho del dolo ajeno, sin *haber tenido parte en él*, solo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho *que hubiere reportado*” (art. 2343).

Texto chileno: “Es obligado a la indemnización el que hizo el daño, y sus herederos.

”El que recibe provecho del dolo ajeno, sin *ser cómplice en él*, solo es obligado hasta concurrencia de lo *que valga el provecho*” (art. 2316).

C) *En cuanto a la solidaridad*

La solidaridad la toma Bello de las *Siete Partidas* (para el inc. 1° en la Ley 15, tít. 15, Partida 7a; para el inc. 2° en la Ley 3a, tít. 16, Partida 7a). Por lo demás, los textos son iguales, con excepción de la coherencia en el uso del término *cuasidelito* que se mantiene en el texto chileno. El Código napoleónico no hace mención alguna del régimen de la solidaridad

Texto colombiano: “si un delito o *culpa* ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o *culpa*, salvas las excepciones de los artículos 2350 y 2355.

”Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso” (art. 2344).

Texto chileno: “si un delito o *cuasidelito* ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o *cuasidelito*, salvas las excepciones de los artículos 2323 y 2328.

”Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso” (art. 2317).

D) *En cuanto a la capacidad*

Bello introduce una novedad en cuanto hace a la capacidad aquiliana. El ebrio no es responsable, tampoco el menor de siete años, cuestión que requiere una explicación. El artículo correspondiente del Código Civil del Estado de Cundinamarca (art. 2422) tenía una atenuante para el ebrio involuntario. El texto dice así: “El ebrio es responsable del daño causado por su delito o culpa, *salvo que la embriaguez hubiere sido involuntaria*”.

Aquí se aprecia también que al adoptarse el Código de Cundinamarca de 1859 como el Código Civil actual, se hicieron algunos ajustes en el texto.

En la adaptación del texto chileno de Bello para Colombia se modificó el sistema de edades del Código, y se tomó el antecedente romano de edad intermedia entre infante menor y púber al modo como las *Siete Partidas* habían incorporado el precedente romano. En las *Siete Partidas* (Ley 3a inc. 1º; Ley 5a inc. 2º, Partida 7a) se consagraba la capacidad para cometer delito o culpa a la edad de diez años y medio del siguiente modo: “Cuando el daño lo ocasiona un loco, desmemoriado o menor de diez años y medio, en este caso no puede ser demandada la enmienda del daño”. El texto colombiano suprimió los seis meses adicionales y lo fijó arbitrariamente en diez años de edad. El “desmemoriado” a que se refiere el texto de las *Siete Partidas*, que se asimilaba al loco, desapareció de los códigos chileno y colombiano.

Este punto presenta curiosidades en el texto del Código de Cundinamarca de 1859, pues en su redacción adopta la versión ya citada de Andrés Bello (menores de siete años), pero con una mezcla con las *Siete Partidas* (la edad de diez años y medio), lo que seguramente llevó a corregir la contradicción del inciso 1º con el 2º. El artículo 2423 textualmente ordenaba lo siguiente:

“ *Los menores de siete años* i los dementes no son capaces de cometer delito o culpa, pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes si a tales personas pudiere imputárseles negligencia.

” *Los menores de diez años i medio* no son punibles, i respecto del daño por ellos causado se seguirá también la regla del precedente inciso”.

Esto prueba que la adopción de la edad de diez años como límite para la capacidad en responsabilidad civil se da en el tránsito del Código de Cundinamarca al actual Código Civil.

En los casos de demencia, se define que el demente es incapaz de cometer delito o culpa y por lo mismo él no está obligado a reparar; pero las personas que lo tienen bajo su cuidado deben asumir la reparación de los perjuicios causados por ellos de modo directo, si pudiere probárseles culpa o dolo en su obligación de cuidado del demente.

Introduce el texto de Bello cierta incapacidad por declaración judicial de los menores de dieciséis años al señalar en el inciso 2° del artículo 2319 que “Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior”. Este inciso no pasa al Código colombiano. En ambos códigos, en cambio, se conserva la responsabilidad del ebrio por los delitos o cuasidelitos y la redacción inicial ofrece una pequeña variación en cuanto al artículo 2346 que inicia con el sujeto, los menores y los dementes, mientras que el artículo chileno empieza la frase con el predicado, es decir, que no son capaces de cometer delito o cuasidelito; pero como en otras ocasiones la alteración es puramente literaria y sin consecuencias jurídicas. El proyecto de código de 1847, no incluía la expresión “causados por ellos” que se incorporó luego para precisar la redacción. El Código francés no trae regulación relativa a la capacidad y a la solidaridad.

Los textos colombianos:

“El ebrio es responsable del daño causado por su delito o *culpa*” (art. 2345).

“Los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudieren imputárseles negligencia” (art. 2346).

Los textos chilenos:

“El ebrio es responsable del daño causado por su delito o *cuasidelito*” (art. 2318).

“No son capaces de delito o *cuasidelito* los menores de siete años ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia.

” *Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior*” (art. 2319).

E) *Responsabilidad por el hecho de personas bajo la guarda o cuidado*

La responsabilidad por el hecho de las personas bajo la guarda o cuidado no tiene antecedente en las *Siete Partidas*, pero sí en el Código de Napoleón. El Código chileno trae tres situaciones sobre el particular. En primer lugar, el principio general de responsabilidad por la culpa o cuasidelitos cometidos por las personas bajo la guarda o tutela; en segundo lugar, la responsabilidad directa de los padres por los daños causados por los hijos menores y que conocidamente provengan de la mala educación y, en tercer lugar, la responsabilidad de los amos o patronos por el hecho de sus sirvientes o dependientes.

En relación con el principio general de responsabilidad por los delitos y las culpas de las personas bajo la guarda o cuidado, los textos originales chileno y colombiano son sustancialmente iguales. Los incisos 2° y 4° del artículo 2347 del Código colombiano, hoy derogados, eran del mismo tenor que sus correspondientes del Código chileno.

Texto colombiano: “Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”.

Inciso 2°.—*Modificado.* Decreto 2820 de 1974, artículo 65. “Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

“Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado”.

Inciso 4°.—*Derogado*. Decreto 2820 de 1974, artículo 70 (art. 2347).

“Así, los *directores* de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices, o dependientes, en el mismo caso.

”Pero cesará *la responsabilidad* de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”.

Texto chileno: “Toda persona es responsable no solo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado (art. 2320).

”Así el padre, y a falta de este la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

”Así el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.

”Así los *jefes* de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.

”Pero cesará *la obligación* de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”.

En el proyecto de 1847, Bello, al finalizar el inciso 2° escribió: “habiten con ellos”, en vez de la redacción definitiva de “habiten la misma casa”. El inciso 4° no decía en el proyecto de 1847: “empresarios ni dependientes”. En 1853 en el inciso final utilizaba la expresión “cualidad” en lugar de la definitiva “calidad”.

En cuanto a la responsabilidad de los padres por daños causados por la mala educación de sus hijos menores, los textos comparados son esencialmente idénticos con la única diferencia de la expresión *cuasidelitos* en el texto chileno frente al de *culpa* del colombiano.

Texto colombiano: “Los padres serán siempre responsables *del daño causado* por las *culpas o los delitos* cometidos por sus hijos menores, y que

conocidamente provengan de mala educación o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir” (art. 2348).

Texto chileno: “Los padres serán siempre responsables *de los delitos o cuasidelitos* cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir” (art. 2321).

En el proyecto de 1847, artículo 673, inciso 6°, decía además al principio “Así”, y no decía “conocidamente”. En el Proyecto de 1853 decía “delitos y cuasidelitos”, en vez de “delitos o cuasidelitos”.

En cuanto hace a la responsabilidad de los amos por la conducta de sus criados o sirvientes, los textos comparados conservan las expresiones arcaicas de amos, criados y sirvientes y, aunque tienen la misma estructura, difieren en algunos aspectos de redacción. El texto chileno explica que la responsabilidad de los amos no se exime “aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista”, omitido en el colombiano. El giro del texto colombiano de establecer responsabilidad de los amos “por los daños causados por los criados o sirvientes, con ocasión del servicio prestado” difiere del original chileno que utiliza la expresión “en el ejercicio de sus respectivas funciones”, que puede tener consecuencias jurídicas diferentes.

El texto colombiano: “Los amos responderán *del daño* causado por sus criados o sirvientes, *con ocasión del servicio prestado por estos a aquellos*; pero no responderán si se probare o *apareciere que en tal ocasión* los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes” (art. 2349).

El texto chileno: “Los amos responderán *de la conducta de sus criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones; y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista.*

”Pero no responderán *de lo que hayan hecho sus criados o sirvientes en el ejercicio de sus respectivas funciones*, si se probare que las han ejercido de un modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario, y la autoridad competente. En este caso toda la responsabilidad recaerá sobre dichos criados o sirvientes” (art. 2322).

El proyecto de 1847, inciso 1º, comenzaba: “Así también los amos” y el segundo decía además “aún” antes de “en el ejercicio”; “dichos criados o sirvientes han ejercido sus funciones” en vez de “las han ejercido”; no decía “prever o” y decía “la autoridad competente y el cuidado ordinario” en vez de “el cuidado ordinario y la autoridad competente”.

En nota de Bello al proyecto de 1853 al inciso 2º dice: “por ejemplo, un coche estropea a una persona o rompe una ventana o puerta por malicia o negligencia del cochero”. El amo ha podido prever los daños que era capaz de causar un cochero inhábil o vicioso, pero si un cochero de buena conducta habitual se embriaga una vez y en ese estado atropella a un pasajero o le insulta, no hallándose en presencia del amo, o desobedeciéndole, ¿qué puede imputarse a este?”.

a) *Acción de repetición de los guardianes frente a sus subordinados*. El Código Civil chileno introduce una modificación significativa a la tradición jurídica de la época, ya que se establece como principio general que el superior está obligado a la reparación del daño causado por su dependiente bajo su mandato, salvo que dicho daño se ocasione por su dependiente sin realizarlo bajo su mandato. En las *Siete Partidas* (Ley 5a, tít. 15, Partida 7a) se consagraban expresamente las circunstancias en que responde el superior, su dependiente o ambos; no obstante especifican que esos dependientes son los hijos bajo la potestad del padre, el vasallo, el siervo, el menor de 15 años, el guardador, fraile, monje o religioso. Además se especifica que estas personas serán responsables cuando causan daño en la

integridad de otra persona, lo cual se omite en el Código Civil chileno y en el Código Civil colombiano.

Texto colombiano: “Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de estas, si los hubiere, y si el que *causó* el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de cometer delito o *culpa*, según el artículo 2346” (art. 2352).

Texto chileno: “Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de estas, si los hubiere, y si el que *perpetró* el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de delito o *cuasidelito*, según el artículo 2319” (art. 2325).

El Proyecto de 1853, artículo 2489, decía “sus respectivos dependientes” en lugar de “las que de ellas dependen”, “estos” por “estas” y “mandato” en vez de “orden”.

F) *Responsabilidad por las cosas inanimadas*

a) *Ruina de edificios.* En relación con el régimen de responsabilidad por los daños causados con la ruina de un edificio, por no haber hecho las reparaciones necesarias, al comparar ambos códigos se advierte la misma redacción sustancial, con ligeras alteraciones. El colombiano, además trae un inciso exclusivo en el que establece la fuerza mayor o el caso fortuito como eximente de responsabilidad.

Texto colombiano: “El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las *reparaciones necesarias*, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.

” *No habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto.*

”Si el edificio perteneciere a dos o más personas proindiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio” (art. 2350).

Texto chileno: “El dueño de un edificio es *responsable a terceros [que no se hallen en el caso del art 934]*, de los daños que ocasione su ruina acaecida por haber omitido las *necesarias reparaciones*, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.

”Si el edificio perteneciere a dos o más personas proindiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio” (art. 2323).

El proyecto de 1847, artículo 668, incisos 1º, 2º y 3º, decía:

“En conformidad a la regla general del artículo precedente, el dueño de un edificio es responsable del daño causado por la ruina del mismo edificio cuando acaece por descuido suyo.

”La ruina acaecida por haberse omitido las acostumbradas reparaciones, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia, hará al dueño responsable de todo daño. Si fueren dos o más los dueños del edificio se dividirá entre ellos la indemnización”.

El proyecto de 1853, artículo 2487 es igual a los incisos 2º y 3º del Proyecto de 1847, pero su inciso comenzaba así: “La ruina de un edificio acaecida” y decía “haber omitido su dueño” en vez de “haberse omitido” y “le hará” por “hará al dueño”.

Su inciso 2º añadía al final: “a prorrata de sus cuotas de dominio”.

Tratándose de ruina de edificios por vicios de construcción, ambos códigos tienen el mismo texto. No tiene antecedente en las *Siete Partidas*. El proyecto de 1853, artículo 2488, era igual hasta la palabra “construcción”, luego de lo cual agregaba: “será responsable el arquitecto; pero solo dentro del tiempo prefijado en la regla 3a del artículo 2195”.

Texto colombiano: “Si el daño causado por la ruina de un edificio proviniera de un vicio de construcción, tendrá lugar la responsabilidad

prescrita en la regla 3a del artículo 2060” (art. 2351).

Texto chileno: “Si el daño causado por la ruina de un edificio proviniera de un vicio de construcción, tendrá lugar la responsabilidad prescrita en la regla tercera del artículo 2003” (art. 2324).

b) *Objetos que caen de los edificios.* La responsabilidad por las cosas que son arrojadas de las casas se previó en las *Siete Partidas* (Ley 25, tít. 15, Partida 7a); en los casos allí expuestos se hace responsable a las personas que habitan la casa salvo que se sepa quién arrojó la cosa, incluso se hace responsable al huésped si este fue el que ocasionó el daño. Además observamos que en el caso de que la persona afectada muera, se debe pagar a los herederos y a la Cámara del Rey;

Los códigos chileno y colombiano son idénticos en su texto: hacen responsables a las personas que habitan un mismo edificio de los daños ocasionados por las cosas que de allí caen, salvo que ese hecho se le pueda imputar a alguien; además se consagra la responsabilidad en cuanto a las cosas que amenacen caída si no se hubieren removido por las personas obligadas a ello. La indemnización se le pagará a la persona o personas afectadas solamente, mas no al Estado.

Texto colombiano: “El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable esta sola.

”Si hubiere alguna cosa que de la parte superior de un edificio, o de otro paraje elevado, amenace caída o daño, podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien perteneciere la cosa, o que se sirviere de ella, y cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción” (art. 2355).

Texto chileno: “El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas; a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable esta sola.

”Si hubiere alguna cosa que, de la parte superior de un edificio o de otro paraje elevado, amenace caída y daño podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o del sitio, o su inquilino o la persona a quien perteneciere la cosa o que se sirviere de ella; y cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción” (art. 2328).

El proyecto de 1847, en su artículo 670, inciso 1° no decía “o se arroja”; decía “habiten” por “habitan” y “todas” en vez de “todas ellas” y “de ellas” en vez de “persona”. Y su inciso 2° no decía “o del sitio”.

G) Responsabilidad por el hecho de los animales

Es una de las formas más antiguas de responsabilidad y encuentra antecedentes en casi todas las culturas: Babilonia, con el Código de Hammurabi, los israelitas y el derecho romano.

El Código Civil chileno y también el Código Civil colombiano consagran la responsabilidad del dueño por los daños causados por animal, siendo este fiero o no fiero; se exonera de responsabilidad cuando el daño es causado sin que medie culpa del dueño o del guardador del animal. Esta responsabilidad se extiende así mismo al que se sirve del animal salvo que el daño haya sido ocasionado por un vicio de este; caso en el cual responde el dueño. Ambos códigos tienen textos idénticos en toda su forma. Sus antecedentes pueden verse en el Código francés, artículo 1385 que establece en su artículo 1385: “El dueño de un animal, o la persona que se sirve del animal al tiempo en que se causen los daños, es responsable por los daños que cause mientras el animal permanezca bajo su guarda o si se extravía o escapa”.

Texto colombiano: “El dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aun después que se haya soltado o extraviado, salvo que la soltura, extravío o daño no puedan imputarse a culpa del dueño o del dependiente, encargado de la guarda o servicio del animal” (art. 2353).

”Lo que se dice del dueño se aplica a toda persona que se sirva de un animal ajeno; salvo su acción contra el dueño si el daño ha sobrevenido por una calidad o vicio del animal, que el dueño, con mediano cuidado o prudencia, debió conocer o prever, y de que no le dio conocimiento” (art. 2353).

Texto chileno: “El dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aun después que se haya soltado o extraviado; salvo que la soltura, extravío o daño no pueda imputarse a culpa del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal.

”Lo que se dice del dueño se aplica a toda persona que se sirva de un animal ajeno; salva su acción contra el dueño, si el daño ha sobrevenido por una calidad o vicio del animal, que el dueño con mediano cuidado o prudencia debió conocer o prever, y de que no le dio conocimiento” (art. 2326).

El proyecto de 1847, artículo 669, inciso 1°, decía: “En consecuencia de la misma regla, el dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aun después que se le haya soltado o extraviado; a menos que el daño haya sido en consecuencia de un hecho cometido por otra persona que no sea dependiente del dueño y encargado de la guarda o servicio del animal, o a menos que la soltura, extravío o daño no haya podido precaverse por el competente cuidado del dueño o dependiente”.

Su inciso 2°, decía “sobrevino” en vez de “ha sobrevenido”, “que dicha persona” por “que el dueño”, “no pudo” por “debió” y finalizaba en “prever”.

El proyecto de 1853 (art. 2490, inc. 1°), decía: “El dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aun después que se le haya soltado o que se haya extraviado; a menos que el daño haya sido en consecuencia de un hecho cometido por otra persona que no sea dependiente del dueño, o a menos que la soltura, extravío o daño no haya podido absolutamente precaverse por el dueño o por el dependiente encargado de la guarda o servicio del animal”. Su inciso 2° decía “sobrevino”, en lugar de “ha sobrevenido”.

a) *Daños causados por animales fieros que no reportan utilidad.* Por su parte, las *Siete Partidas* distinguen animales fieros y no fieros, distinción que toma Bello para su Código (Ley 23, 24, tít. 15, Partida 7a). Los dos códigos comparten el mismo texto.

Texto colombiano: “El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído” (art. 2354).

Texto chileno: “El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído” (art. 2327).

H) *Responsabilidad por actividades peligrosas*

Si bien el concepto de actividades peligrosas se originó en la jurisprudencia y en la doctrina, en el decenio de los treinta del siglo pasado, más de setenta años después de haberse redactado el Código chileno, la evolución histórica del texto del artículo ofrece particular interés para la hermenéutica misma del articulado. Ya en las *Siete Partidas* (Leyes 6a, 7ª y 8a, Partida 7a) se vislumbra una responsabilidad en la realización de determinadas actividades que pueden ser riesgosas. En las *Siete Partidas* se mencionan explícitamente las actividades que por la energía que

despliegan puede generar peligro. No obstante, lo que sí muestra inequívocamente el análisis interno de la norma, en concordancia con las demás, es que no estaba en la mente de Bello un tipo de responsabilidad de tipo objetivo, sin culpa, como años más tarde leerá la jurisprudencia el texto. Los textos de los dos códigos son similares, excepto por las palabras: “o las descubren”; “o fuente”; el Código de Cundinamarca decía “puente”, como el chileno, lo que sugiere un error de transcripción. Además la expresión “transitan por él”, se remplacea con “transitan por el camino”.

Texto colombiano: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta.

”Son especialmente obligados a esta reparación:

”1°. El que dispara imprudentemente un arma de fuego;

”2°. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en la calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche;

”3°. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por *el camino*” (art. 2356).

Texto chileno: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta.

”Son especialmente obligados a esta reparación:

”1°. El que dispara imprudentemente un arma de fuego;

”2°. El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche;

”3°. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino lo tiene en estado de causar daño a los que transitan *por él*” (art. 2329).

El proyecto de 1853, artículo 2493, en su inciso 3° decía además “público”, después de “camino” y “peligro” en lugar de “daño”.

I) Reducción de la indemnización por culpa de la víctima

El que la apreciación del daño esté sujeta a reducción, si el que lo sufrió se expuso a él imprudentemente es una novedad de Bello que no tiene antecedentes en las *Siete Partidas* ni en el Código francés, pero sí en el Código prusiano, artículo 2199, de donde Bello lo tomó según nota que dejó asentada en el proyecto de 1853.

Texto colombiano: “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente” (art. 2357).

Texto chileno: “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente” (art. 2330).

J) Responsabilidad civil por injuria y calumnia

Hemos podido establecer que el artículo 2331 del Código Civil chileno que trae una reglamentación para los casos de injuria y calumnia fue el único texto que se excluyó integralmente para la versión colombiana, aunque el texto con exacta redacción al chileno, sí estaba en el artículo 2435 del Código Civil de Cundinamarca de 1859. Pensamos que esto tiene importantes consecuencias jurídicas, especialmente en lo que se refiere al daño moral que queda, por la expresión literal del texto, totalmente proscrita, dejando únicamente en ciertos casos el cobro de perjuicios materiales causados y probados, por la lesión a la honra y fama de una persona, siempre y cuando las imputaciones no sean verdaderas. Tampoco tiene el texto de Bello antecedentes en las *Siete Partidas*. Llama la atención el silencio de la doctrina sobre este aspecto que puede explicar la dificultad para reconocer el denominado daño moral en Chile, pero que ante la ausencia de la norma en nuestro Código habría permitido un argumento adicional para el reconocimiento del daño moral de forma más temprana.

Texto chileno: “Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización

pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación” (art. 2331).

K) *Prescripción de las acciones*

Este es el único caso en que ambos textos tienen una redacción y esencia diferente. Lo único común es su ubicación en el articulado, pues el copista colombiano siguió con estricto orden la ubicación de los textos, exceptuado el artículo sobre injuria y calumnia que se omitió. Cada Código tiene su propia reglamentación sobre el término de la prescripción de las acciones para obtener la indemnización. Llama sí la atención que el texto chileno abandonó en su artículo la coherencia del uso de la expresiones *delito* y *cuasidelito* y aquí habló de *daño* y *dolo* para referirse a los mismos conceptos.

Texto colombiano: “Las acciones para la reparación del daño proveniente del delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal.

”Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto” (art. 2358).

Texto chileno: “Las acciones que concede este título por *daño* o *dolo*, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto” (art. 2332).

El proyecto de 1853 (art. 2496) decía: “Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en dos años contados desde el día en que la persona a quien competen tuvo conocimiento del daño o dolo; pero en todo caso podrá oponerse a ellas una prescripción de cinco años”.

L) *Acción civil popular por daño contingente*

La acción consagrada en estos textos busca que varias personas puedan ejercer una acción cuando se afectan intereses indeterminados. El contenido de ambos artículos es fundamentalmente el mismo, salvo que el texto colombiano omitió el calificativo de *popular*, que sí trae el texto chileno.

Texto colombiano: “Por regla general se concede *acción* en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, solo alguna de estas podrá intentar la acción” (art. 2359).

Texto chileno: “Por regla general, se concede *acción popular* en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, solo alguna de estas podrá intentar la acción” (art. 2333).

El proyecto de 1847, artículo 671, comenzaba: “Las acciones populares concedidas por el presente título tendrán cabida en todos” y decía “por imprudencia o negligencia de alguien” antes de “amenace”.

Texto colombiano: “Si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes, se declararen fundadas, será el actor indemnizado de todas las costas de la acción, y se le pagarán lo que valgan el tiempo y la diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados” (art. 2360).

Texto chileno: “Si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes, parecieren fundadas, será el actor indemnizado de todas las costas de la acción, y se le pagará lo que valgan el tiempo y diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados” (art. 2334).

El proyecto de 1847 (art. 672) tenía una redacción igual hasta la palabra “ella” y luego agregaba “inclusa la recompensa que le corresponde al” en vez de “y se le pagará lo que valgan el tiempo y diligencia empleados en

ella [...]”. El proyecto de 1853, artículo 2498, decía “inclusa la recompensa que le corresponde al [...]” y decía “o la remuneración” en vez de “sin perjuicio de la remuneración”.

Ambos artículos regulan de manera idéntica el tratamiento de las acciones populares, y en ellas se establece que si la acción es fundada se le pagan al actor todos los gastos o costas que esta acción le ocasionó.

2. CONCLUSIONES DE LA COMPARACIÓN DE TEXTOS CHILENO Y COLOMBIANO

La lectura de los textos chileno y colombiano sobre el régimen de responsabilidad civil nos permite las siguientes conclusiones:

El Código Civil chileno no sigue como fuente al Código Civil francés. Es notoria la diferencia en estructura, redacción, extensión e instituciones. El texto francés consta de cinco artículos, mientras que el chileno tiene veinte. Don Andrés Bello incorporó instituciones que no están en el homólogo francés, por ejemplo, la solidaridad de los coautores del delito o cuasidelito, la responsabilidad del ebrio, la compensación de culpas que permite reducir la indemnización; la negación del daño moral propio en caso de injuria y calumnia, pero sí el reconocimiento de daños materiales cuando son falsas las difamaciones. Bello no trae la llamada responsabilidad general por todas las cosas que están bajo la guarda o cuidado que sí menciona el Código de Napoleón.

Entre el Código francés y el de Bello hay una armonía conceptual en cuanto establecen una responsabilidad fundamentada en la culpa; una responsabilidad por el hecho propio y por el de las personas que están bajo la guarda o cuidado. Igualmente tienen en común una regulación por daños causados por ruina de edificios y de animales, aunque con notorias diferencias en redacción y alcance jurídico.

Las fuentes principales de inspiración para Bello fueron, en primer lugar, las *Siete Partidas* de Alfonso x *el Sabio* y en segundo las fuentes romanas.

El análisis de los textos muestra el paralelismo, que no quita los aportes propios del gran jurista que fue Don Andrés Bello, que sin duda no fue simplemente un compilador de normas de fuentes heterogéneas, sino que dio a todo el conjunto armonía y originalidad propios.

Los cambios de redacción en los diferentes proyectos sugieren un deseo de perfección y precisión en el idioma, más que oscilaciones en los conceptos jurídicos envueltos.

El texto colombiano actual que viene del Código de Cundinamarca sufrió dos modificaciones significativas: la edad para determinar la capacidad y el artículo que daba acciones de responsabilidad civil por daños materiales por injurias contra una persona.

El texto colombiano sin duda sigue el texto chileno en el fondo y en la estructura. Los artículos tienen el mismo orden, aunque en los textos hay algunas pocas variaciones y solo omisión de un artículo chileno, el que se refiere a los daños por difamación. El otro texto con más novedades es el referente a la prescripción de las acciones que no sigue el modelo chileno ni en su forma ni en su contenido. solo en su ubicación dentro del articulado.

Las diferencias más significativas entre los textos son las siguientes: el título de capítulo difiere; el texto colombiano usa la expresión “responsabilidad común por los delitos y las culpas”, mientras que el chileno se limita a titularlo “de los delitos y cuasidelitos”, omitiendo la expresión “responsabilidad”.

El empleo consistente de las expresiones delito y cuasidelito del Código chileno, con la única excepción del artículo 2332, que al hablar de prescripción de las acciones empleó las expresiones daño o dolo para referirse a delito y cuasidelito. Por su parte, el texto colombiano emplea la expresión culpa como sinónima de cuasidelito y en el articulado la usa consistentemente.

En cuanto a la capacidad aquiliana, el texto de Bello es coherente con el sistema adoptado para todo el Código Civil de la división de las personas en

cuanto a su capacidad en infantes, impúberes, menores y adultos. Bello optó por establecer la capacidad aquiliana a partir de los siete años de edad. El Código colombiano la estableció en diez años rompiendo la armonía del sistema y plegándose a antecedentes romanos y de las *Siete Partidas* que la fijaban en un estado intermedio entre la infancia y la pubertad, que era de diez años y medio. El legislador colombiano abrevió sin fundamento el término y lo puso en diez años exactos.

Adicionalmente, en cuanto a la capacidad el Código chileno agrega un inciso omitido en el texto colombiano que establece una discrecionalidad judicial para declarar que el menor de 16 años ha cometido delito o cuasidelito sin discernimiento y seguirse por la norma general del infante.

En la responsabilidad por el hecho ajeno, ambos códigos conservan los mismos textos en líneas generales, con pequeñas modificaciones. No obstante, entratándose de la responsabilidad de los amos por el hecho de sus criados o sirvientes, el texto colombiano cambia una expresión del chileno con consecuencias jurídicas significativas. Dice el texto de Bello que los amos responderán de la conducta de sus criados o sirvientes, en ejercicio de sus funciones, mientras que el texto colombiano se refiere a daños causados con ocasión del servicio prestado, lo que a nuestro juicio hace más amplio el texto colombiano que el chileno al comprender situaciones no solo en ejercicio directo, sino también conexas o con ocasión.

En la responsabilidad por las cosas, ambos códigos siguen un texto bastante similar. Es de resaltar que el texto colombiano agrega la exclusión de responsabilidad del dueño del edificio arruinado que causó daños, cuando ha mediado la fuerza mayor en la caída de la edificación.

En cuanto a daños causados por vicios de la construcción y por objetos que caen de ellos o son arrojados desde allí, al igual que la responsabilidad por animales, todos los textos son absolutamente idénticos.

La reducción de la indemnización por haberse expuesto la víctima al daño, se regula de modo idéntico en ambos códigos.

El Código chileno es el único que tiene un régimen para el daño causado por difamación que no se incorporó en el texto colombiano.

La prescripción de las acciones en ambos códigos tiene asimetría total. Los textos regulan el tema de forma totalmente diferente.

Se puede afirmar que en cuanto al régimen de responsabilidad delictual y cuasidelictual, Bello no siguió el texto francés y por lo mismo no se puede hacer un análisis comparativo de los textos. La fuente principal del articulado está en los preceptos de la legislación española. Esto explica en buena parte las dificultades de nuestra jurisprudencia que con magistrados educados en Francia, ha leído los textos de origen español a la luz de los desarrollos de la Corte de Casación francesa que elaboró una hermenéutica de los textos napoleónicos en muy poco coincidentes con los nuestros. Un típico caso es la llamada responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas que en Francia parte del principio general de responsabilidad por las cosas bajo la guarda, expresión y concepto jurídico inexistente en nuestro Código Civil.

Los ajustes al texto hechos en los proyectos de Bello buscan la perfección del idioma y la exactitud, más que cambios de opinión jurídica u oscilaciones en temas jurídicos de fondo. Los cambios en principio son de forma y no sustanciales, lo que muestra que no hubo evolución conceptual entre el proyecto de 1847 y el texto definitivo de 1853.

PARTE CUARTA

LA CULPA

CAPÍTULO ÚNICO

Sección I.

—La culpa como elemento de la responsabilidad civil

Ya hemos mencionado que el debate sobre el papel de la culpa amenazó los cimientos de la responsabilidad civil en los principios del siglo XX. Contradictores y defensores de la culpa se entrelazaron en discusiones dogmáticas de gran calado. Los propulsores de la teoría de la responsabilidad objetiva atacaron el concepto de culpa, pretendieron darle muerte y profetizaron su desaparición y obsolescencia. Sus defensores a ultranza, la defendieron para conservarla intacta. Ningún bando logró victoria plena. La culpa permanece como elemento de la responsabilidad. La responsabilidad objetiva como sustitutiva de la culpa no logró usurpar el puesto que la culpa tuvo como eje articulador de la responsabilidad civil, pero las formas de responsabilidad objetiva llegaron al derecho de la responsabilidad para quedarse.

El debate continúa, con matices. Por ejemplo, el profesor Édgar Cortés considera que la culpa en nuestro tiempo ha adquirido “un carácter de principio general residual de la responsabilidad, en torno del cual, por inclusión o por exclusión, giran los demás criterios que completan el cuadro global de la materia”^{1}. Nosotros pensamos, por el contrario, que la culpa en nuestro derecho no es propiamente residual, sino que conserva el carácter de principio general fundante de la responsabilidad civil, por dos razones:

a) Los regímenes especiales de responsabilidad objetiva, v. gr., ejercicio de actividades peligrosas y otras formas, tienen carácter excepcional frente al régimen general de la culpa. En ese sentido dijo la Corte (1939): “El dominio de la responsabilidad por el hecho de otro como el de responsabilidad por el hecho de las cosas, es de carácter excepcional”^{2}.

b) En las formas de responsabilidad objetiva cuando se da la presencia de la culpa, como elemento adicional, tanto en el agente como en la víctima, sigue cumpliendo papel relevante en la fijación y tasación de los perjuicios. Así ocurre con la reducción del monto indemnizable si la víctima se ha expuesto imprudentemente al daño, o en la neutralización de las actividades peligrosas, cuando demandado y demandante ejercen simultáneamente una actividad peligrosa y se causan daños recíprocos, caso en el que el factor culpa es determinante para establecer la responsabilidad civil correspondiente.

Con el profesor Cortés entendemos que la culpa conserva un valor social como elemento para valorar los comportamientos contrarios a derecho, que contribuye a la salvaguardia de la libertad del hombre y que implica una idea del obrar justo^{3}. La culpa en la responsabilidad civil sigue siendo el canon que sirve de medición de la diligencia normal, debida en el obrar humano cuando ha causado daño a un tercero.

Tamayo Jaramillo lleva el debate del papel de la culpa en la responsabilidad civil a los terrenos que le corresponde, al señalar que se debe dejar de lado los argumentos éticos y axiológicos que generalmente han impregnado el tema. De lo que se trata, dice, es de “hacer el esfuerzo intelectual de pulsar al máximo la entidad de la responsabilidad objetiva, pues sus partidarios hablan de ella creando la sensación de que la culpa es un elemento estorboso en todas las instituciones de la responsabilidad civil”^{4}. También se debe agregar que los defensores de la culpa a ultranza deberían admitir que las denominadas formas de responsabilidad objetiva o

sin culpa, son compatibles con los principios del derecho que tienen su fundamentación en la persona humana.

Sección II.

—El título jurídico y el fundamento de la responsabilidad civil

No obstante que escapa al cometido de esta obra dar una respuesta definitiva sobre el fundamento de la responsabilidad civil, presentamos el resumen de un trabajo de grado que dirigimos y en el que se afirma que el debate acerca del “fundamento de la responsabilidad civil” está mal planteado, particularmente por los “civilistas”, quienes, por cierto, al abandonar la filosofía del derecho han extraviado los conceptos fundamentales y claves para explicar el fondo del problema sobre el fundamento de la responsabilidad civil^[5]. Nos referimos a los conceptos elaborados por el profesor Javier Hervada sobre “título jurídico y fundamento” del derecho, que aplicados a la responsabilidad resolverían muchos debates inútiles entre los partidarios de las tesis subjetivistas y objetivistas de la responsabilidad.

Si el derecho acepta que la culpa sea no solo un título jurídico para determinar la obligación de reparar un daño, sino que en los casos de *injusticia formal* en que no medie voluntad (dolo o culpa) se pueda también, por razones de exigencia del derecho natural, establecer la obligación de reparar un daño así no exista en sentido estricto un deber de justicia, también desde la ley natural hay exigencia de perseguir además de la justicia, el equilibrio y el bien en las relaciones humanas. Además, indagar por el fundamento de la responsabilidad es cuestión más remota que pregunta, en últimas, por qué alguien puede ser titular de derechos y obligaciones, lo que implica un estudio desde la perspectiva de la antropología filosófica que, finalmente, encuentra que el fundamento de la

responsabilidad civil descansa, en su radicalidad, en una dimensión inherente a la persona: la libertad^[6]. En los siguientes apartados haremos una síntesis de esta argumentación.

La pregunta que la doctrina civilista se hace es si la culpa, el daño o el riesgo son el fundamento de la responsabilidad extracontractual. En términos del jurista Peirano Facio: “buscar el fundamento de la responsabilidad civil equivale a indagar la razón o el motivo por el cual se está obligado a reparar el daño causado”^[7].

Para los defensores de la culpa, es necesario que exista un acto humano, voluntario, doloso o culposo, para que surja la obligación de reparar. La causación del daño por el presunto responsable, no es suficiente por carecer precisamente de lo que los subjetivistas consideran como “fundamento” de la responsabilidad, y es por eso por lo que la definición de culpa más aceptada en la doctrina, la de los hermanos Mazeaud, la concibe como “un error de conducta tal, que no la habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño”^[8].

En contraposición, los objetivistas encuentran que el fundamento de la responsabilidad civil es el daño, eliminando así, de tajo, todo análisis sobre la conducta humana que sea distinto de aquel que indaga por la causalidad de esta frente al daño. Para ellos, “todo perjuicio debe atribuirse a su autor y repararse por el que lo ha ocasionado, porque todo problema de responsabilidad civil se reduce a un problema de causalidad, cualquier hecho del hombre obliga a quien ha perjudicado a otro a reparar el perjuicio”^[9].

Quienes proponen como fundamento el riesgo, oscilan entre una forma matizada de la teoría objetiva que encuentra el fundamento de la responsabilidad civil en el daño y en la culpa. Dependiendo de qué tan amplia sea la forma como se conciba el riesgo, podemos entender que la creación de un riesgo tiene como fundamento un comportamiento imprudente. Quien crea un riesgo de causar daño a otros, de algún modo

está siendo imprudente, y se hablaría de culpa. Por el contrario, si el riesgo se entiende en esta teoría como simple efecto natural de cualquier actividad, entonces la teoría tiene más visos de objetiva. Si el riesgo oscila hacia la imprudencia, entonces nos acercamos a la teoría subjetiva de la culpa, pero si se acerca al daño, estaríamos más próximos a la responsabilidad objetiva.

Pero estas tres teorías, que pretenden dar respuesta a la pregunta por el fundamento de la responsabilidad civil, no responden acertadamente al problema por carecer, lo hemos dicho, de los conceptos de “título jurídico y fundamento”. El profesor Hervada explica de modo sucinto la diferencia que existe entre estos dos conceptos. Afirma, en efecto, que el fundamento del derecho (o deuda) consiste en *aquello en virtud de lo cual el titular está posibilitado para poseer el título*, en tanto que el título es *aquello en virtud de lo cual la cosa es atribuida a su titular*^{10}.

El título jurídico señala las razones próximas que facilitan la existencia de la obligación jurídica concreta, es decir, por qué “esto” es un derecho o una obligación. En el caso de la responsabilidad civil, por qué tengo derecho a la indemnización o por qué tengo obligación de reparar el daño. En otras palabras, el título es sinónimo de causa u origen de la obligación, de la responsabilidad. Busca explicar por qué nace en el caso concreto la obligación de reparar.

Por su parte, el “fundamento” se refiere a las razones remotas. Que una persona sea titular del derecho a la reparación o esté obligada a indemnizar, es consecuencia de que, en ella, existe “algo” que lo posibilita, como sostiene Mora Restrepo: “[q]ue algo sea fundamento de alguna cosa significa que la cosa no puede ser sin dicho fundamento”^{11}. Pero esto supone indagar sobre aspectos en la persona humana que den respuesta a esta pregunta: ¿por qué alguien puede ser titular de derechos y obligaciones?, que implica un estudio desde la perspectiva de la antropología filosófica que escapa a nuestro objetivo.

Esta distinción entre título jurídico y fundamento nos lleva a precisar que la pregunta correcta, entonces, se refiere a cuál es el *título jurídico* de la obligación de reparar un daño causado y no a la pregunta sobre su *fundamento*, que en definitiva apunta a la libertad humana. En palabras de Hervada, “la obligación de reparar descansa, en su radicalidad, en una dimensión inherente a la persona: la libertad. Por ser libre, los actos de la persona son originales suyos —no dados o puestos por fuerzas o instintos— y en consecuencia ella es la causa original de sus actos. Por ello, los efectos de sus actos le son atribuidos en cuanto queridos y realizados conscientemente, pues el origen y raíz de tales actos está en la persona. Como origen y causa original del daño, la persona está obligada a reparar, en virtud de su obligación o deber de satisfacer y cumplir el derecho”^{12}.

De lo anterior se concluye que *título jurídico* y *fundamento* de la responsabilidad civil son cosas bien distintas. El *título jurídico* es la razón próxima y, entonces, puede ser múltiple: la culpa, el daño, el riesgo, etc., mientras que el *fundamento* es la razón última o definitiva, que hace posible que el hombre responda: la libertad humana. Prueba de ello es que existe en nuestra legislación una exigencia de capacidad jurídica para ser responsable por los daños que se causen, que no se le reconoce al menor de 10 años y al demente.

Entonces el problema que viene ahora es si la culpa, el daño y el riesgo pueden ser título jurídico para determinar la responsabilidad civil, ¿cuál de ellos es el correcto?

Las tres teorías comentadas, que luchan por imponer su solución, tienen en común que argumentan de fondo que su título jurídico es el más justo^{13}. Para el culpabilista, lo justo es que solo cuando hay dolo o negligencia, se deba reparar. Para los partidarios de la responsabilidad objetiva, incluidos los de la teoría del riesgo, lo “injusto” sería dejar sin indemnización a la víctima de un daño causado por otro.

De ello se desprende que el título jurídico más correcto para determinar la responsabilidad de reparar un daño será aquel que pase el análisis como el más justo. Pero, ¿qué es lo justo? Es bien sabido que el tema es particularmente álgido en nuestros días y que admite los enfoques de variadas escuelas del pensamiento jurídico^{14}. No obstante, si partimos de aceptar que lo justo es *dar a cada uno lo suyo* según la celeberrima sentencia de Ulpiano (D. 1,1,10: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”), podemos explorar una respuesta. En efecto, esta definición permite también comprender lo que es la injusticia, que contrario a reconocer el derecho, implica desconocerlo, lesionarlo o negarlo.

La injusticia puede ser formal y material dependiendo de si el acto que lesiona el derecho se ha realizado con voluntad o no. El acto injusto formal, dice Hervada, es aquel “que conculca el derecho con voluntad contraria a él, sea por dolo, sea por imprudencia”^{15}. Diferente es el acto *materialmente* injusto, que se refiere únicamente al acto que lesiona objetivamente el derecho, pero que no resulta de una acción humana libre y consciente dirigida a lesionarlo, es decir, en el que no hay dolo ni imprudencia y, por tanto, “el acto materialmente injusto solo recibe el nombre de injusto por analogía, porque a la acción lesiva del derecho le falta la formalidad o elemento especificador del acto injusto; no es, pues, realmente injusto, aunque sí lesivo del derecho”^{16}.

Así las cosas, el daño se puede causar por un acto *injusto formalmente*, es decir, con voluntad y por un acto *injusto materialmente* cuando hay ausencia de voluntariedad.

Las preguntas que se deben abordar ahora son las siguientes: ¿cómo distinguir en los casos de injusticia material las razones para que el derecho imponga el deber de reparar el daño? ¿Por qué imponer al causante del daño accidental una obligación de reparar? Así como no parece en principio justo derivar responsabilidad por el daño causado por una cosa o por una persona incapaz, tampoco lo es obligar a la víctima a soportar el daño, cuando es

evidente que las cosas no obran por sí solas, ni las personas incapaces se encuentran a la deriva sin estar al cuidado de nadie.

La respuesta la tiene el realismo jurídico clásico que, partiendo de la distinción entre fundamento y título jurídico del derecho, admite que pueden existir “no solo una multiplicidad de títulos o causas de derechos y deudas, como ya se ha insistido, sino [...] que los mismos existen o se constituyen como tales por diversos motivos, como por ejemplo la solidaridad o la equidad, que realizan también la justicia en los casos concretos”^{17}. En palabras de Javier Hervada: “[E]l aspecto jurídico de la realidad humana solo es correcta y plenamente captable, si el entendimiento sintoniza adecuadamente con la realidad, al mismo tiempo que sigue las reglas a cuyo través puede aprehender la verdad jurídica y contribuye a construir el orden social justo”^{18}.

De lo señalado hasta aquí se desprende, que para el realismo jurídico clásico, en ambos casos de injusticia, formal o material, que lesionan el derecho de otro, dan lugar a la responsabilidad u obligación de reparar. Esta afirmación es muy importante, pues da solución al dilema de si hay responsabilidad solo cuando media culpa o también cuando hay ausencia de ella. Una y otra pueden ser títulos jurídicos para determinar la obligación de reparar. No se contraponen, ni se autoexcluyen. Por el contrario pueden ser complementarios. Dicho en otras palabras, en la responsabilidad civil se puede encontrar un título jurídico (*fundamento*) tanto en el *acto injusto formal* (hecho con voluntad, léase culpa) como en el *acto injusto material* (hecho sin voluntad, léase daño antijurídico).

El daño causado con injusticia (con culpa) genera indudablemente obligación de reparar, pero también se puede hablar de obligación de reparar en los supuestos en que no hay, en sentido estricto, injusticia formal para evitar que la armonía que impone la justicia conmutativa se rompa. Esto no quiere decir que se considere justa la necesidad de reparar que existe en favor de la víctima cuando el origen de su perjuicio es un acto

formalmente injusto o cuando es solo materialmente injusto. Puede el derecho en determinado momento señalar que en algunos casos de *injusticia material* convenga al orden social que su autor repare el daño a las víctimas, pero puede también hacer que el daño sea soportado por la víctima como un accidente o hecho de la naturaleza. La conveniencia de la construcción de un orden social justo será, pues, la razón que en determinado momento se invoque, para que el derecho imponga en ciertos casos la obligación de reparar un daño no causado con injusticia formal (voluntad-culpa).

Por último, lo que no nos parece lógico es que quienes sostienen que el derecho debe aceptar otros títulos jurídicos para determinar el nacimiento de la responsabilidad, pretendan enterrar la culpa. Como hemos explicado, la culpa sirve de título privilegiado de la responsabilidad civil por el daño causado, pues en su presencia se evidencia un acto formalmente injusto que clama reparación. Por su parte, quienes a ultranza defienden la culpa como el único título jurídico o fuente de la responsabilidad civil, se equivocan en su lucha al desconocer que las razones de orden social pueden imponer legítimamente, también desde la ley natural, a perseguir además de la justicia, el equilibrio y el bien en las relaciones humanas.

Sección III.

—Definición de culpa

Se atribuye a los jurisconsultos romanos de la época clásica el haber introducido la noción de culpa en la responsabilidad delictual^{19}. (Quinto Muscio Escévola entre otros), los que por influencia de las ideas griegas dedujeron la concepción que se hizo famosa de la culpa aquiliana: *impunitus est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit*^{20}.

(impune o no responsable es todo aquel que sin culpa o dolo ha causado un daño).

Una culpa cualquiera es suficiente para comprometer la responsabilidad de su autor, principio acuñado por Ulpiano en el aforismo: *in lege aquilia et levissima culpa veniet* (en la *Lex Aquilia* cualquier culpa, aún la levísima, es suficiente). Así lo ha recibido nuestra Corte:

“El artículo 2341 del Código Civil consagra el principio de que todo perjuicio causado por dolo o culpa, obliga a su autor a la cabal indemnización. No se exige una determinada culpa para que surja la obligación de resarcimiento. *Es suficiente una culpa sin calificación, una culpa cualquiera*, desde luego que no es indispensable que el autor del daño haya actuado con intención positiva de inferirlo o que se requiera, específicamente, que se le declare reo de una determinada clase de culpa”^{21}. (sin bastardilla el original).

Es importante precisar que el aforismo de que una culpa levísima es suficiente en la *Lex Aquilia* no es absoluto, pues debe hacerse compatible con el postulado, de que también se comete culpa cuando no se ha obrado como un buen padre de familia. Una aplicación estricta de que la culpa levísima es culpa, no estaría conforme a la correcta interpretación que dieron los jurisconsultos. El juicio de la ausencia de culpa se hacía cuando el pretor llegaba a la convicción de que en el caso estudiado “habrían actuado así todos los *pater familias*”^{22}. En aplicación de ese principio se decía que “ningún *pater familias* cortaría una rama de un árbol situada en un lugar público, o sobre un camino privado sin dar voces” como lo sanciona el *Digesto* (9, 2,31).

Es pues el juicio sobre la culpa una comparación con el comportamiento ideal de los *pater familias* y no si hubo un descuido pequeño-levísimo. Lo que se juzga es si ni siquiera ese descuido levísimo lo hubieran tenido los *pater familias*, en tal caso, sí hay culpa y se debe reparar el daño causado. Un pasaje muy ilustrativo que permite ver que no debe hacerse una

aplicación rigurosa de la culpa levísima es el traído en el *Digesto* (9, 2, 27, 29) por Ulpiano que dice: “si se da una copa a tornear y el artífice la rompió por impericia será responsable del daño, pero si tenía defectos de hendiduras, puede excusársele”^{23}. Así pues, al artesano se le hace responsable por errores gruesos, por impericia. Un hombre diligentísimo no habría seguramente roto la copa que se le había confiado, pero ese no es el estándar de cuidado que se le pide; esa culpa levísima, no lo hace responsable^{24}.

La doctrina francesa habla de dos corrientes sobre la culpa: la corriente clásica enseña que la culpa tiene dos elementos constitutivos: la ilicitud y la imputabilidad. La ilicitud se entiende como la infra cuando la norma, y la imputabilidad como la capacidad que tuvo el demandado de comprender el sentido y alcance de su comportamiento. Frente a esta concepción, los hermanos Mazeaud —Henri y Léon— propusieron algo novedoso al determinar que la culpa es un error de conducta o comportamiento que en las mismas circunstancias externas no hubiera realizado una persona prudente^{25}.

Esa culpa de los Mazeaud pasó entonces de ser una culpa moral a una culpa social, objetiva, pero sin que ello signifique aceptar una responsabilidad objetiva. Con los Mazeaud la responsabilidad seguía siendo subjetiva, pero la culpa era objetiva^{26}.

La necesidad de una culpa como elemento esencial de la responsabilidad fue defendida por Domat quien afirma que el autor de un hecho, si ha obrado sin culpa, no puede ser obligado a reparar el daño causado por ese hecho: “Si se produce algún daño por consecuencia imprevista de un hecho inocente, sin que pueda imputársele culpa al autor de ese hecho, no estará obligado por tal consecuencia”^{27}.

En la responsabilidad subjetiva siempre ha de buscarse dentro de la conducta realizada por el agente del daño, una culpa. El Código Civil francés no definió la culpa, lo que explica que la mayoría de los autores

traten de definirla en función de la violación de una norma de derecho o de un deber preexistente y todas las definiciones incurran en vaguedades y tautologías, dejando en pie el problema que se quiere resolver. En efecto, no se trata de decir que la violación de un deber preexistente implica culpa pues esto nadie lo discute, pero justamente se trata de saber ¿cuándo se ha actuado culposamente?, es decir, ¿cuándo el autor del daño ha sido imprudente, negligente, ignorante o ligero?; ¿cuándo no se ha comportado como un buen padre de familia? y no siempre esas definiciones de los autores dan la clave para resolver el problema propuesto.

Por las anteriores razones, los Mazeaud, después de un juicioso análisis de las definiciones y observando que todas adolecen de importantes fallas conceptuales, optaron por intentar una definición que a la postre se ha convertido en la definición clásica de culpa en materia de responsabilidad civil^{28}. La definición que proponen es la siguiente: “La culpa cuasidelictual es un error de conducta tal, que no la habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño”^{29}. Para los autores esta definición es completa porque abarca tanto la noción de culpa para la responsabilidad delictual como la cuasidelictual. Los Mazeaud, al ponderar las ventajas de la definición propuesta señalan:

“Es una definición que conviene no solo al caso en que el autor de la culpa estuviera sujeto a la obligación general de prudencia y diligencia, sino también cuando la ley haga que recaiga sobre él una obligación determinada; porque una persona cuidadosa cumple evidentemente con las obligaciones precisas que la ley le pone a su cargo, salvo circunstancias de fuerza mayor”^{30}.

La definición, cuando se refiere al *error de conducta* nos lleva a investigar los hechos, más que aspectos de tipo psicológico; implica comparar el comportamiento del autor del daño con un tipo abstracto, con la de un hombre prudente y diligente. Se asevera que alguien ha cometido

culpa cuando podamos afirmar que una persona prudente, que nos podemos imaginar, no habría incurrido en el mismo error que cometió aquel a quien juzgamos.

Entre la tesis de la responsabilidad objetiva o del riesgo, que prescinde de toda culpa, y la que exige una culpa *in concreto* o “puramente subjetiva”, en el sentido que juzga el acto a través del agente, porque sondea la conciencia de este último y que solo lo condena a la reparación cuando descubre una culpa moral, los Mazeaud optan por un camino intermedio. Los Mazeaud abogan por una culpa sí, pero *abstracta* u *objetiva*, jurídica, por oposición a la moral *subjetiva*, en la que —afirman los autores—, “ya no es cuestión de tomar en cuenta el estado anímico del autor del daño, sino tan solo *comparar la conducta de este con la conducta de un tipo abstracto*. No deja de ser por eso menos subjetiva, en amplia medida, si se la coteja con la teoría del riesgo, *ya que no exige responsabilidad del demandado sino en el único caso de que este haya cometido un error de conducta o si ha obrado de modo distinto de lo que habría debido obrar*”^{31}. (sin bastardilla el original).

En otras palabras, los Mazeaud no propugnan la responsabilidad objetiva, pero tampoco la culpa, entendida como culpa moral o concreta que indaga la conciencia y la psicología del autor del daño; ellos prefieren un concepto de culpa, pero abstracta, jurídica. En sus palabras: “La culpa no debe apreciarse *in concreto*, tomando en cuenta el estado espiritual del agente, sino *in abstracto*, comparando la conducta del demandado con la que habría observado otra persona; analizar la culpa civil *in concreto* es confundir la responsabilidad civil con la penal”^{32}. Y para no dejar ninguna duda agregan: “A la inversa, no es dudoso que constituyan circunstancias internas, con relación al demandado, aquellas que dependen de su estado anímico, de su conciencia; por ejemplo, sus hábitos de carácter. En consecuencia, tanto para él como para los demás, aun cuando no tuviera conciencia de su imprudencia, habrá que negarse a tomar en cuenta esa

circunstancia; tomarla en consideración sería volver a la apreciación *in concreto*; tal vez el demandado no haya incurrido en culpa moral; tal vez esté en paz con su conciencia; poco importa”^{33}.

En Colombia no hay duda de que nuestro derecho tiene como fundamento de la responsabilidad la culpa, lo que no ha impedido que se hayan introducido por vía de la jurisprudencia algunos tipos de responsabilidad objetiva y se impulse aun el debate para extenderlo a las demás clases o tipos de responsabilidad. La culpa en abstracto, como enseñan los Mazeaud, es el concepto dominante en nuestra jurisprudencia. No obstante, conviene preguntarse: ¿deben considerarse los aspectos internos, psicológicos, etc., del agente al momento de juzgar su conducta?

Por otra parte, Tamayo Jaramillo, apartándose de los Mazeaud, ha señalado que una cosa es el tipo abstracto del hombre prudente y diligente con el que se debe comparar la conducta concreta del demandado para determinar si obró con culpa o no, y otra diferente es que también se tengan en cuenta circunstancias internas como las físicas, psíquicas, experticio, etc. Por la claridad de la tesis de Tamayo Jaramillo, la transcribimos:

“La culpa no es un elemento físico que se pueda aislar o introducir en un recipiente para demostrar su existencia. Por el contrario, la culpa se deduce mediante una inferencia axiológica que el juez elabora sobre los datos concretos que ha ido estudiando. otra cosa es que el tipo abstracto solo se construya con base en las circunstancias externas del agente o que se tengan en cuenta igualmente, sus condiciones internas (físicas y psíquicas). [...] lo importante en toda la discusión con los señores Mazeaud no radica en saber si la culpa debe juzgarse en abstracto o en concreto, puesto que absolutamente todo el mundo tendrá que aceptar que ella se juzga en abstracto, sino en el hecho de saber si para la conformación de ese tipo abstracto se deben tener en cuenta o no, los elementos internos del agente cuya conducta concreta juzga el fallador. Infortunadamente, los señores Mazeaud, y con ellos la mayoría de sus seguidores, identifican la culpa en

abstracto con las circunstancias externas del agente y la culpa en concreto con las circunstancias internas, es decir, físicas, psíquicas e intelectuales del agente”^{34}.

Los argumentos del citado autor no son deleznales y tienen implicaciones teóricas y prácticas significativas. La culpa ha de probarse de modo indirecto acudiendo a los indicios como bases para la inferencia axiológica o de valoración de la conducta del presunto responsable. El punto de partida está en la elaboración mental de hombre en abstracto teniendo en cuenta todas las circunstancias externas, pero también las internas relativas a su condición física, psicológicas o intelectuales o la mayor o menor erudición del agente en relación con la conducta desplegada^{35}.

En el Código de Chile, como ya lo anotamos, Bello introdujo el inciso 2º del artículo 2319: “Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior”. Este texto que estableció la facultad discrecional del juez de declarar a los menores de dieciséis años como incapaces por falta de discernimiento, no pasó al Código Civil colombiano. Esta disposición, a nuestro juicio permite una valoración interna de las condiciones del causante del daño cuando es menor de dieciséis años.

¿Puede entonces interpretarse que el legislador colombiano al omitir de forma expresa esta facultad judicial refuerza el principio de que la valoración de la culpa en todos los casos no puede considerar aspectos internos del causante del daño? Sobre el aspecto subjetivo en la valoración de la culpa, la Corte ha recogido el sentir de la doctrina que desecha de modo generalizado un criterio meramente subjetivo para valorar la culpa. La culpa debe evaluarse de forma objetiva teniendo en cuenta el modo de obrar de un hombre prudente y diligente, considerado como arquetipo o modelo. El texto de la sentencia que recoge estas pautas señala:

“¿Qué criterio o pauta debe seguirse para saber si una persona ha incurrido en culpa, es decir, si ha obrado negligentemente? Si se aplica un criterio meramente subjetivo hay que estudiar, en cada caso concreto, el estado mental y social del autor del daño. *La aplicación de un criterio meramente subjetivo ha sido desechada unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas.* La culpa no es posible determinarla según el estado de cada persona; *es necesario un criterio objetivo* o abstracto. Este criterio abstracto aprecia la culpa teniendo en cuenta el modo de obrar de un *hombre prudente y diligente considerado como arquetipo*. De lo expuesto se deduce que la capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones”^[36]. (sin bastardilla el original).

El arquetipo o patrón de comparación entonces deberá en algunos casos mirar a la especialidad de ciertas profesiones u oficios para hacer el juicio de culpabilidad. Así, por ejemplo, para valorar si un médico ha cometido una culpa en un procedimiento quirúrgico se debe mirar si un médico de su especialidad hubiera actuado de igual o diferente manera. Si el responsable de un daño es un conductor, su conducta debe ser comparada con la que se exige normalmente a un conductor del mismo tipo de máquinas.

Sección IV.

—Culpa moral y culpa jurídica

La culpa jurídica no es lo mismo que la culpa moral. La culpa moral o conciencia de culpa se da cuando la conciencia juzga como malo un acto. Esa conciencia puede ser previa al acto y entonces le ordena a la persona hacer o no hacer algo. Es la denominada conciencia antecedente. Se habla también de una conciencia simultánea al acto que es la que atestigua la

moralidad de lo que se está haciendo en determinado momento. Y la conciencia posterior al acto es la que aprueba o desaprueba lo hecho.^{37}.

Por su parte, la culpa jurídica es un concepto del derecho que como vimos hace un juicio de la conducta del hombre para valorar si ha cometido un error de conducta que no hubiera cometido una persona diligente, un buen padre de familia, en las mismas circunstancias externas que tuvo el agente causante del daño. Y ese carácter externo cumple un papel determinante en la diferenciación que debería ser suficiente para mitigar la animadversión hacia la culpa en la responsabilidad civil, pues esta no se confunde con la culpa moral.

Sección V

—Culpa contractual y extracontractual

En su concepción jurídica la culpa es una, a pesar de los dos modos en que se manifiesta: contractual y extracontractual. Las diferencias entre las dos son más bien de origen y en sentir de la Corte tienen consecuencias jurídicas diferentes pues la una se genera dentro de una relación contractual y la otra en un hecho extracontrato. En el primer capítulo de esta obra hemos abordado *in extenso* el tema de las diferencias entre ambos tipos de responsabilidad. En este punto solo agregamos que en cuanto a la distinción de una y otra la Corte Suprema ha señalado que en lo referente a la consagración legal, la culpa contractual está reglamentada en nuestro Código Civil en el título xii, libro IV, que establece tres distintas categorías de la misma, al contrario de la aquiliana que no tiene sino una sola modalidad, “de tal manera que los principios legales o las *reglas atinentes a cada una de ellas no pueden aplicarse indistintamente para la una o para la otra*”.^{38} (la bastardilla es nuestra).

El tratadista chileno Arturo Alessandri Rodríguez trae las siguientes diferencias^{39}:

- La culpa contractual incide en el cumplimiento de una obligación y supone un vínculo jurídico que ha sido violado por el deudor.
- La culpa extracontractual no supone un vínculo anterior, y es el hecho culpable el que va a generar el vínculo jurídico.
- La culpa contractual admite graduaciones (grave, leve y levísima), por depender del contrato y de la voluntad de las partes.
- La extracontractual no admite graduación alguna.
- La culpa contractual se presume, es decir, basta que el contrato no se haya cumplido para que la ley considere que ha sido por culpa del deudor.
- La culpa extracontractual, en principio debe probarse, si bien existen casos de presunción de culpa.
- El deudor es responsable de aquella culpa que corresponde a la naturaleza del contrato.

Por nuestra parte agregamos que la culpa puede darse tanto por acción como por omisión en ambos tipos de responsabilidad. La culpa por omisión admite dos modalidades: 1ª) la omisión en la ejecución de una acción; la actividad es propia del hombre, de modo que la culpa constituye una negligencia en la ejecución de la acción, tal el caso de quien no enciende las luces de un automóvil en la noche; 2a) la pura pasividad^{40}.

Como lo señalamos al principio de esta obra, en cuanto a la capacidad para cometer dolo o culpa hay diferencia marcada entre ambas clases de responsabilidad. Para la aquiliana, nuestro Código Civil señaló la capacidad, tanto en varones como en mujeres, a partir de la edad de diez años. El Código Civil colombiano excluyó por incapaces a los dementes, advirtiendo que al ebrio, si bien transitoriamente podría alegar cierto estado de perturbación mental^{41}, se le atribuye plena capacidad de cometer delito o culpa, pues su acción libre previa a su estado de embriaguez, le hace plenamente capaz de gobernar sus propios actos. Como el incapaz no

responde de los daños que cause, nuestro legislador para proteger a los perjudicados de los daños causados por estos, estableció la responsabilidad directa de las personas que tienen el deber de guarda y cuidado de incapaces, cuando ha habido culpa en el incumplimiento de esa obligación. La capacidad para cometer culpa contractual es la misma capacidad para contratar, que está en la mayoría de edad^{42}.

Sección VI.

—Reducción de la indemnización por hecho de la víctima

Como en ocasiones el daño tiene su origen en la concurrencia de la culpa de la víctima con la responsabilidad del demandado, en tal caso este puede, sin quebrantar la equidad, no resarcir integralmente el daño solicitando al juez que se opere la denominada reducción de la indemnización por compensación de culpas prevista en el artículo 2357 del Código Civil que dispone:

“La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente” (art. 2357).

Esta hipótesis prevé el caso en que el demandado es responsable del daño causado pero simultáneamente la víctima ha incurrido en una culpa que si bien no exime de responsabilidad al demandado, sí reduce el monto de la indemnización en la proporción que aparezca que la culpa de la víctima influyó como copartícipe para la ocurrencia de los daños que reclama^{43}.

Nuestra jurisprudencia ha aplicado igualmente el artículo 2357 del Código Civil en la hipótesis de que el demandado haya ejercido una actividad peligrosa, sin culpa y la víctima se haya expuesto al daño con imprudencia. Si bien estrictamente no podemos hablar de *compensación de culpas* como suele hacerse en la doctrina^{44}, con acierto, la Corte ha leído

el artículo tal como está redactado de modo que opera la reducción de la indemnización, “si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”, sin importar si es una responsabilidad objetiva o con culpa y sin que opere verdaderamente una compensación de culpas^{45}. La Corte reiteró el criterio cuando sostuvo que dicha reducción queda por mandato de la ley al sano criterio del juez:

“Lo cual quiere decir que cuando el coautor del daño comete una culpa evidente, que concurre con la conducta igualmente culpable de la víctima, el juez debe graduar cuantitativamente la relación de causalidad entre las culpas cometidas de manera concurrente, y la cuantía del daño, a fin de reducir la indemnización mediante el juego de una proporción que al fin y al cabo se expresa de manera matemática y cuantitativa”^{46}.

La situación precedente es, desde luego, diferente de la causal eximente de responsabilidad llamada hecho exclusivo de la víctima, pues en este caso no hay razón para atribuir responsabilidad alguna al demandado, dado que la conducta de aquella viene a absorber la actividad de este. En casos como este el juez ha de indagar cuál de los hechos o culpas alegados en el proceso fue el determinante y decisivo para la producción del daño y atribuir a este toda la responsabilidad.

1. LA CULPA DE LA VÍCTIMA TIENE QUE SER CONCAUSAL AL DAÑO

No toda culpa de la víctima es suficiente para que opere la compensación; es necesario que con ella la víctima haya contribuido efectivamente a la coproducción del daño. La sola circunstancia de que el perjudicado estuviese desarrollando en el momento del suceso una actividad que en abstracto pudiera merecer el calificativo de imprudente, no es causa de atenuación de la indemnización debida por el agente. Para que proceda la reducción de la indemnización será menester, y las razones son obvias, que la actividad de la víctima concorra efectivamente con la del responsable en la realización del daño^{47}.

Este criterio fue aplicado al caso de una familia que viajaba en una camioneta para carga en la que los pasajeros eran transportados en la parte trasera y fueron embestidos por un autobús que tenía sobrecupo y presentó fallas en los frenos. La Corte encontró que si bien hubo culpa del conductor de la camioneta al llevar pasajeros en un auto para carga, la verdadera causa del accidente no fue otra que la imprudencia del conductor del bus al conducirlo recargado de pasajeros y con el sistema de frenos defectuoso. El accidente, concluyó la Corte, no se produjo por culpa del conductor de la camioneta, sino por la condición defectuosa de los frenos del bus, que causaron su desenfreno y como consecuencia arrolló la camioneta^{48}.

La Corte no redujo la indemnización porque consideró que la culpa del conductor de la camioneta no fue concausal a los daños causados por el responsable del bus. Así lo había entendido la Corte Suprema en un fallo anterior al caso analizado, al expresar que para que opere la compensación de culpas de que trata el artículo 2357 del Código Civil no basta que la víctima se ponga en posibilidad de concurrir con su actividad a la producción del perjuicio cuyo resarcimiento se persigue, sino que “*se demuestre que la víctima efectivamente contribuyó con su comportamiento a la producción del daño*”^{49} (sin bastardilla el original).

En aplicación de este criterio, resulta que “si, aunque culposo, el hecho de determinado agente fue inocuo para la producción del accidente dañoso, el que no habría ocurrido si no hubiese intervenido el acto imprudente de otro, no se configura el fenómeno de la concurrencia de culpas que consagra el artículo 2357 del Código Civil”^{50}. En la hipótesis indicada solo es responsable, por tanto, la parte que, en últimas, tuvo oportunidad de evitar el daño y sin embargo no lo hizo”^{51}, concluye la Corte Suprema de Justicia para dar resuelto el caso comentado.

2. LA VÍCTIMA INCAPAZ Y COPARTÍCIPE EN LOS HECHOS DAÑOSOS

La doctrina se plantea el problema de cómo opera la compensación de culpas con las víctimas incapaces para cometer delito o culpa, un infante o un demente por ejemplo que se exponen al daño recibido. Nos parece sugerente lo que el tratadista JAIME Santos BRIZ propone para resolver el problema: “A la culpa del perjudicado ha de darse, según ya se ha indicado, un sentido muy amplio que abarque incluso la mera causalidad material cuando el perjudicado sea un inimputable, que recibirá indemnización reducida hasta donde alcance su coparticipación del daño”^{52}.

Aunque nuestro Código Civil expresa que para que opere la reducción de la indemnización la víctima debe haberse expuesto *imprudentemente*, se comparte el criterio ya expuesto de que en el caso de los incapaces de cometer delito o culpa, esto es, de exponerse imprudentemente al daño, no debe exigirse una culpa pues basta que el infante incapaz o el demente, hayan contribuido positivamente en la causación del daño, para que opere la reducción a favor del demandado. Esta opinión tiene respaldo en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de 1941 cuando decidió el caso de un menor de edad, incapaz de cometer culpa aquiliana, que en un accidente de tránsito sufrió amputación de una de sus piernas. Consideró la Corte que “En caso de accidentes en el que la imprudencia de personas legalmente incapaces de cometer culpa, como los menores y dementes del artículo 2346 del Código Civil, *interviene tan definitivamente en la ocurrencia que dejaría de lado por no admitir la calificación jurídica de culpa, daría lugar a conclusiones de injusticia*. La ley no se refiere en este caso a la culpa por imprudencia sino a la culpa real”^{53}.

La Corte se inventa la “culpa real” para poderle dar un sentido diferente al literal del artículo 2357 del Código Civil y así, por razones de equidad y justicia ordenar la reducción de la indemnización debida por la exposición que el incapaz tuvo en la producción del daño que le causaron.

3. REDUCCIÓN POR CONDUCTA DE LA VÍCTIMA POSTERIOR AL ACCIDENTE

Es razonable que si la víctima está en condiciones de evitar que el daño se agrave con una normal diligencia y no lo hace, el demandado pueda solicitar la reducción de la indemnización hasta el monto que se pueda atribuir a la falta de la víctima por no haber tomado las precauciones para evitar mayores daños. Esta reducción de la indemnización por hechos posteriores al accidente cabe perfectamente dentro de lo preceptuado en el artículo 2357 del Código Civil pues exponerse imprudentemente al daño no solo comprende las conductas que involucran a la víctima en accidente que desenlaza todos los daños, sino también las conductas omisivas posteriores que tenía el deber jurídico de asumir para evitar que el daño sufrido fuera más intenso.

El mismo Santos BRIZ es partidario de que haya una compensación no solo de culpas, sino también de riesgos y de hechos posteriores a la realización del daño que pueden agravar o disminuirlo, de modo que el juez debe tener en consideración la conducta de la víctima en estos casos para imputar una reducción de la indemnización. Dice el tratadista: “*La buena fe, como principio informante de todas las relaciones jurídicas, impone al que ha sufrido un daño a contribuir según las circunstancias a reducirlo o a evitarque se aumente*”^{54}. (sin bastardilla el original).

Para que opere esta reducción se deben cumplir ciertos requisitos: que la víctima esté en condiciones de evitar el agravamiento del daño sin mayores costos o con mínimo esfuerzo. Así, por ejemplo, quien sufre la rotura de una tubería está ordinariamente obligado a repararla cuanto antes para evitar la pérdida del líquido siempre y cuando sea prudencialmente razonable a criterio del juez que la víctima estaba en condiciones de evitar el mayor daño y su comportamiento pueda calificarse como de falta de buena fe. Claro está, no se le puede exigir a la víctima una conducta desproporcionada con las circunstancias de los hechos y sus capacidades^{55}.

Carmen Domínguez reseña cómo tanto en el *common law* como en el sistema romano germánico existe el deber de mitigar los daños de la víctima o del acreedor. El antecedente más significativo en el *common law* se da en 1677 en los Estados Unidos cuando se exoneró de responsabilidad por perjuicios al demandado que debía esperar al demandante a quien le debía entregar unos caballos que murieron de frío. Consideró la Corte que el demandado pudo evitar el enfriamiento de los caballos llevándoles a un lugar más protegido mientras esperaba la llegada del demandante. De tal manera que la víctima o acreedor debía evitar aumentar los daños y actuar con diligencia. Es decir, se le obliga a la víctima a soportar todos los perjuicios que pudo haber evitado con diligencia y cuidado^{56}.

4. REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR LA SITUACIÓN ECONÓMICA DE LAS PARTES

En Colombia no opera reducción o aumento de la condena en perjuicios en atención a la capacidad económica de las partes. En Argentina, por el contrario, ha venido operando un sistema de potestad judicial para reducir la indemnización atendiendo a factores como la situación económica del demandado. Enseña Alterini: “En el derecho comparado se acepta la reducción equitativa de los daños y perjuicios. El Código Civil español (art. 1103), el suizo de las obligaciones (art. 44). El Código Civil argentino en su artículo 1069 ha facultado a los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, a considerar la «situación patrimonial del deudor, atenuándola, si fuere equitativo excluyendo esta posibilidad, si el daño fuere imputable a dolo del responsable”^{57}.

En la doctrina colombiana, el magistrado Arturo Solarte ha escrito que es posible que en desarrollo del principio de equidad de la reparación consagrado en la ley 446 de 1998, se pueda “en ocasiones corregir situaciones extremas que se puedan producir por una aplicación excesivamente rigurosa del principio de reparación integral. Este sería el

caso, verbigracia, en el que el monto de la indemnización fuera de tal magnitud que el autor del daño —dada su particular situación patrimonial—, no pueda atenderlo sin quedar en la miseria, y convertirse, por contera, en una carga para la sociedad”^{58}.

No obstante estos precedentes foráneos, consideramos inconveniente para el derecho de la responsabilidad en nuestro país incluir criterios de capacidad económica de las partes para fijar el monto indemnizable. La razón fundamental es que en nuestro medio la responsabilidad civil descansa en el principio de que la reparación ha de ser plena, esto es, que la valoración del daño está determinada por su intensidad y no por factores externos al daño. El daño determina la medida de la reparación, no la justicia vindicativa, la corrección social o la capacidad económica de las partes^{59}.

En los países anglosajones las condenas multimillonarias por daños relativamente pequeños los ha llevado a convertirse en sociedades litigiosas. Los demandantes con suerte obtienen jugosas compensaciones económicas que los anima a demandar a la espera de ganarse lo que se ha denominado la “lotería judicial”^{60}. Pensamos que para Colombia no sería bueno seguir abriendo esas puertas a partir de desarrollos “jurisprudenciales novedosos” que no consultan una visión más amplia del fenómeno de la reparación del daño.

El desarrollo de la responsabilidad civil ha estado marcado en los países herederos del sistema romano-napoleónico, por la política de protección a la víctima. Javier Tamayo Jaramillo denomina victimólogos de la responsabilidad civil a quienes solo ven a una de las partes en el drama humano que envuelve el actuar dañoso. A la víctima por su condición de indefensión, con razón en muchos casos, el derecho la protege equilibrando las cargas: se han establecido presunciones, desarrollado responsabilidades objetivas, se le ha dotado de acciones eficaces: tutelas^{61} y acciones de grupo. A la víctima se le reconocen todo tipo de daños materiales, pasados

y futuros en sus formas de daño emergente y lucro cesante, en los daños extrapatrimoniales se le reconocen daños morales y en la justicia contencioso administrativa también daños a la vida de relación o daño a la alteración de las condiciones de existencia. Las condenas se indexan al valor presente a la fecha del pago, y en general se busca por todos los medios que la reparación sea, en la medida de lo humanamente posible, integral.

No queremos con estas líneas negar lo correcto y bueno que hay en todo lo que se refiere a la víctima y su reparación. Abogamos por un equilibrio sano de las partes, principio innegociable del derecho procesal. En nuestra opinión la “lotería judicial” ha venido haciendo carrera en la responsabilidad contra el Estado con incalculables consecuencias a largo plazo.

Queremos llamar la atención sobre el hecho de que en los casos de responsabilidad del Estado hay otra parte que no siempre es el villano. El patrimonio del Estado es de toda la sociedad, de cada uno de nosotros y si no establecemos unas políticas de protección del bien común, este puede ser objeto, como efectivamente lo está siendo, de un desangre que puede poner en peligro su estabilidad^{62}.

En países con tradición en el *common law* la presencia de políticas en el desarrollo de las acciones de responsabilidad por daños cumple papel importante y es materia de discusión en los Parlamentos, comisiones de reforma y en los que tienen monarquía incluso ha sido tema de preocupación^{63}, como ocurrió hace un tiempo cuando el Príncipe Guillermo en Londres escribe a uno de los ministros de Estado manifestándole su tribulación porque la tendencia norteamericana a las sentencias exorbitantes estaba haciendo carrera en Inglaterra. El debate público sobre los límites de la responsabilidad patrimonial por daños, de los particulares o del Estado, es cuestión que interesa a toda la comunidad. Políticos, candidatos y ciudadanos se ven envueltos en democrática

discusión para señalar los límites que el sistema judicial debe tener a la hora de imponer condenas para la reparación de daños y perjuicios.^{64}.

En Colombia cuando se da el debate, no encuentra defensores fuertes de lo público: hay unanimismo a favor de la “víctima”. Al demandado se le garantiza un juicio imparcial, pero estricto. El corpus jurídico, tanto legislativo como el activismo jurisprudencial, está en favor de la víctima particular. El reproche de negligencia o culpa se hace ante la más mínima falta. un buen ejemplo es el famoso caso en el que el Estado fue condenado por la muerte de un niño inocente que cae en manos de un confeso asesino. El directo responsable del homicidio y de otros 140 más, ha sido capturado. Purga una de las condenas más largas que se haya impuesto en Colombia: 1853 años de prisión. La demanda se dirigió contra el Estado, pues la maestra del establecimiento público donde estudiaba la víctima decidió castigar al niño por indisciplina: el menor golpeaba a sus compañeros. La sanción fue devolverlo para la casa tal como había hecho en otras ocasiones y en común acuerdo con los padres del menor con quienes había convenido esta sanción si el menor incurría nuevamente en esas faltas disciplinarias. En el trayecto de regreso, el niño encontró a su victimario. El Estado fue hallado responsable por la negligente actitud de sus funcionarios. El Consejo de Estado condenó por falla en el servicio a pagar más de 66 millones de pesos como indemnización.

Seguir abriendo la posibilidad de los “audaces” avances jurisprudenciales que parten del supuesto acuñado por el jurista chileno Arturo Alessandri de que “Toda interpretación que tienda a ampliar el ámbito de la responsabilidad es preferible a la que lo restrinja”^{65}, nos llevaría a que atendiendo a la capacidad económica del demandante las condenas por responsabilidad civil se convertirían en una auténtica fuente de enriquecimiento para algunos desaprensivos.

PARTE_QUINTA

EL DAÑO

CAPÍTULO PRIMERO

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DAÑO

Sección I.

—Concepto de daño

Un cambio importante que ha sufrido la responsabilidad civil, lo constituye la transición del principio del acto ilícito, basado en la culpa, al del hecho dañoso, centrado en el daño^{1}. El daño se ha convertido en objeto de juiciosos estudios y en no pocas veces en tema de controversia, “convirtiéndose en el fundamento y el lógico *prius* de la responsabilidad civil”^{2}.

Para acercarnos a la noción de perjuicio o daño indemnizable es necesario considerar la diferencia entre bien jurídico y daño propiamente tal^{3}. En cabeza de la persona, natural o jurídica, hay bienes patrimoniales, es decir, susceptibles de valoración económica, como los derechos reales y los personales, y los llamados bienes extrapatrimoniales. Ambas clases de bienes pueden sufrir menoscabo o daño por la acción u omisión antijurídica imputable a un tercero. En tal caso hablamos de un daño indemnizable o resarcible.

Algunos autores distinguen daño de perjuicio. En el derecho romano, en tiempos de la *Lex Aquilia* ambos conceptos se diferenciaban. Se entendía por daño el detrimento causado a la cosa, a un objeto material, y perjuicio era el daño que sufría el dueño de la cosa por su destrucción o deterioro^{4}.

En Colombia, Juan Carlos Henao sostiene que es importante esta distinción y apoyado en doctrina foránea, afirma: “Si bien la doctrina no ha

profundizado sobre el punto, el profesor Benoit aportó algunos elementos que se encargaron de definirlo, al afirmar: «El daño es un hecho: es toda forma de afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad o de una situación; el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima [...]»^{5}.

Otros autores consideran inoficiosa esta distinción y utilizan ambos términos como sinónimos. Los hermanos Mazeaud sostienen que “Aun hoy se encuentran algunos autores que intentan hacer una diferenciación con sutiles argumentos que preferimos rechazar por carecer de consecuencias prácticas y no aportar claridad conceptual a la noción de daño”^{6}.

Así como los bienes se clasifican en patrimoniales y extrapatrimoniales según su naturaleza, los daños pueden clasificarse según el bien lesionado. Una misma acción dañosa, una misma conducta puede causar daños patrimoniales y extrapatrimoniales, o ambos. Tal el caso de la muerte de la mascota de un niño. Si un tercero le causa injustamente la muerte, no hay duda de que con esa acción lesion un bien mueble, un bien de contenido patrimonial y, por tanto, la conducta dañosa causa un daño patrimonial que puede tasarse en el valor de reposición de un animal de la misma raza y condiciones. La muerte de la mascota puede causar en su propietario un dolor, una tristeza que le lleve a deprimirse, etc., que causan daño no en su patrimonio, sino en su salud o en su estado emocional que constituyen un claro daño extrapatrimonial: el dolor del propietario, su merma en la salud, etc.

Situación similar puede presentarse con el artista que sufre la destrucción de su obra. Como creación económica la obra tiene un valor, pero a la vez puede darse un daño moral, un dolor por la pérdida irremediable de su obra; en este caso, habrá un daño extrapatrimonial, por la lesión del bien patrimonial, algo similar a lo que en el derecho penal clásico se denomina concurso ideal de delitos (con una sola conducta el delincuente transgrede

varios tipos penales: violación e incesto, v. gr.). Así, en materia civil, con una conducta puedo causar daños patrimoniales o extrapatrimoniales, porque menoscabo bienes de ambas clases. Por ejemplo, nuestras jurisprudencias civil y contenciosa administrativa hoy reconocen que por la lesión a bienes patrimoniales se puede causar daño moral. El Consejo de Estado (1999) dispuso lo siguiente: “Hoy se admite la posibilidad de reclamar indemnización por los perjuicios morales causados por el daño o pérdida de las cosas a condición de demostrar plenamente su existencia, pues tal perjuicio no se presume”^{7}.

1. DAÑO COMO LESIÓN A UN INTERÉS

Las definiciones de daño, en el fondo envuelven el problema profundo y difícil de la noción de derecho subjetivo sobre la cual no hay consenso en las escuelas de pensamiento del derecho^{8}. Para una escuela, la noción de daño no se limita al perjuicio causado a un derecho real o personal; es más que eso porque muchas veces un perjudicado con el hecho dañoso no tiene en sentido positivo un derecho, patrimonial o extrapatrimonial sino apenas un interés legítimo^{9}. Si alguien recibe mensualmente una ayuda económica benévola de un amigo o pariente lejano —del que no tiene derecho cómo reclamar esa ayuda—, y el donante fallece en un accidente, el beneficiario puede reclamar una indemnización por dejar de percibir esa ayuda, así no se lesione ningún derecho personal concreto, sino el interés legítimo a gozar de ese beneficio que recibía por liberalidad. Bastaría que se lesione un interés para que se genere un daño indemnizable.

Nuestra jurisprudencia ha otorgado indemnización a personas que no tenían una situación jurídica concreta, o en estricto sentido un derecho personal o real: el Consejo de Estado, en sentencia del 21 de febrero de 1985, sostuvo que “la acción para reclamar perjuicios por muerte pertenece a quien los sufra, sin consideración alguna al parentesco o a las reglas de sucesión”^{10}. En fallo del 19 de junio de 1989 reitera dicha posición. Se

trataba del perjuicio ocasionado a una persona por la pérdida del auxilio económico cuyo origen es la muerte de la persona que le ayudaba. Estima el juez de 1989 que “el derecho a la indemnización de quien sufre una alteración material de una situación favorable (que en esto consiste el daño) se deriva, *no del hecho de que la víctima tenga una situación jurídicamente protegida, en el sentido de que el bien afectado esté protegido por una norma, sino de la existencia de un hecho ilícito del autor, de su comisión por culpa o dolo, de la certidumbre del perjuicio y de la relación de causalidad entre este y el hecho*”^{11}. (sin bastardilla el original).

Esta expansión del principio del daño más allá del derecho subjetivo le permite al perjudicado reclamar indemnización, no porque goce de un derecho real o personal, sino porque el responsable está obligado a respetar el beneficio que aquella disfrutaba en forma lícita (es decir, no prohibido por ley).

Sobre este postulado se fundó la tesis según la cual la concubina de la víctima está legitimada para reclamar la indemnización de los perjuicios sufridos (pérdida de la pensión que recibía) pues el beneficio que recibía era legítimo^{12}. Con Guido Alpa podemos afirmar que “daño no es ya, en la conciencia social, ni en la praxis jurisprudencial, ni en las propias intervenciones legislativas, un simple detrimento del patrimonio de la víctima del ilícito: daño es la *lesión de un interés protegido* y se agota en esto”^{13}. Esta definición abarca los aspectos de carácter patrimonial y extrapatrimonial, y es por eso por lo que dice la jurisprudencia que el daño es la lesión a un interés legítimo, adoptando así una postura iusfilosófica legítima pero diversa de quienes militan en otras escuelas jurídicas.

2. DAÑO EN LA DOCTRINA NACIONAL Y EN EL DERECHO COMPARADO

Algunas definiciones del derecho comparado muestran elementos coincidentes y particularidades o énfasis en otros. El tratadista argentino Eduardo Zannoni nos dice: “Desde una perspectiva objetiva, el daño se

define como el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio, dejando por fuera el aspecto moral y espiritual”^{14}.

Celia Weingarten dice que al “[...] daño se lo ha definido como la lesión o menoscabo a un interés patrimonial o extrapatrimonial”^{15}; que en lo fundamental coincide con la que adoptamos de Tamayo Jaramillo.

El tratadista argentino Jorge Bustamante Alsina define el daño como “un perjuicio ocasionado a un interés privado que tenga relevancia para el resarcimiento cuando goza de tutela jurídica”^{16}. Esta definición desconoce el daño a intereses y derechos colectivos, como el medio ambiente, etc.

Una definición completa de daño escapa a las pretensiones de esta obra. Las definiciones reseñadas tampoco resuelven el problema, lo que nos lleva a adoptar la que propone el tratadista Javier Tamayo, dejando para otra ocasión un estudio más a fondo de la cuestión: “Daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima”^{17}.

Sección II.

—Características del daño resarcible

Hay consenso en nuestra jurisprudencia y doctrina respecto a que el daño resarcible es el que reúne las características de *cierto*, *personal* e *ilícito o antijurídico*^{18}. Algunos, señalan como cuarto elemento que el daño sea subsistente. Así, Bustamante Alsina dice que no es suficiente un daño cualquiera para que el autor deba repararlo; “este daño debe ser: cierto, subsistente, personal del reclamante y afectar un interés legítimo del

damnificado. Subsistente significa, que el daño no debe haber desaparecido en el momento en que debe ser resarcido”^{19}.

En Colombia, la subsistencia como característica del daño resarcible es defendido por Martínez Rave^{20}. No obstante, la jurisprudencia y la doctrina son unánimes en limitarlas a tres^{21}.

Los Mazeaud afirman que el principio de subsistencia es “una perogrullada”^{22}; sin descartar que en algunos casos prácticos sí puede haber dificultad para determinar si el perjuicio ha sido reparado porque fue cubierto por una póliza de seguro privado, o la seguridad social asumió los costos o un tercero sufragó los daños, pues entonces podría alegarse que el daño no existe. En la hipótesis del daño asumido por los seguros, el problema que se presentaría no es de *subsistencia* del daño, como afirman Bustamante Alsina y Martínez Rave, sino de su carácter *personal*, pues los legitimados para cobrarlos serían esos terceros que se hubieran subrogado—cuando opera esa subrogación— en el crédito contra el causante del daño. si no opera la subrogación, los perjudicados conservan su acción para impetrar la reparación, así por ese siniestro hayan percibido alguna remuneración de un tercero como en el seguro de vida de la víctima fallecida.

En conclusión, los únicos requisitos del daño indemnizable son la certeza, la ilicitud y el carácter personal. veamos cada uno de ellos:

1. CERTIDUMBRE DEL DAÑO

La certeza es un estado de la mente en que se tiene algo como verdadero o real; es la condición necesaria para toda sentencia judicial. El juez ha de llegar por medio del acervo probatorio (indicios, testimonios, presunciones, confesiones, peritazgos, etc.) a la convicción o certeza de que el daño existió o existirá^{23}.

En los procesos de responsabilidad, el daño será cierto en la medida en que el juzgador conozca con evidencia que la acción dañosa ha producido o

producirá desmedro patrimonial o moral en el perjudicado. La certidumbre del daño se contrapone a lo hipotético o eventual del perjuicio como dice Zannoni: “el daño debe ser real y efectivo, no meramente conjetural o hipotético”^{24}.

Lo anterior no obsta para que el daño futuro sea indemnizado, ya que la certidumbre en este caso no es absoluta, pues está fundada en leyes de probabilidad. Basta que el daño futuro esté incoado, es decir, que en el curso normal de los acontecimientos muy probablemente se producirá y solo circunstancias excepcionales variarán la cadena causal. Lo lógico es que el daño eventual no se produzca, si el mundo fenomenológico sigue su curso normal. La doctrina propugna esta solución y en ese sentido Adriano De Cupis sostiene que “conviene precisar que aunque sea aproximado, o con una certeza relativa, no deberá dejar de ser una auténtica certeza, que no puede confundirse con mera posibilidad [...] futura ya que, aún reconociendo que es tarea que en la práctica puede devenir ardua, tiene un verdadero fundamento razonable. una circunstancia que permite tomar en consideración el daño futuro es cuando se muestre como el desarrollo o continuación de un daño presente, o sea que ya se está produciendo”^{25}.

La Corte Suprema de Justicia ha acogido este criterio en repetidas ocasiones al señalar que el daño futuro puede ser cierto y por tanto indemnizable siempre que sea “harto probable”. En sentencia de 1998 lo expresó así:

“Lo que autoriza a decir que *lo cierto del daño futuro* está en que dentro de un devenir sin sobresaltos mayúsculos, se presentará; o [...] que, trasladada hacia adelante la causa (hecho ilícito), casi que es seguro que se producirá el efecto que hoy [...] se está percibiendo (el perjuicio). No necesariamente, porque no es el derecho una ciencia natural; pero sí harto probable. Sin perder de mira la advertencia hecha acerca de la relatividad del vocablo que suele utilizarse, cuando de reparar perjuicios se trata no es tanto de interés clasificar los perjuicios en presentes y futuros, cuanto en

determinar que todos los perjuicios sean ciertos. Para, de ese modo, descartar los hipotéticos, basados en simples conjeturas o suposiciones [...]. *Todos a una convienen en que aquellos perjuicios futuros, pero ciertos, son objetos de indemnización, dado que la reparación tiene que ser global, lo que no sucederá si solo es resarcida del detrimento recibido, pero no del que a buen seguro recibirá. Lo justifica, por otro lado, el sentido común, por lo absurdo que fuera rechazar hoy una demanda que quizá mañana tuviera que admitirse*”.^{26} (sin bastardilla el original).

Caso típico de daño futuro es el de la víctima que ayudaba a atender las necesidades de sus parientes cercanos y estos legítimamente tenían fundadas esperanzas de recibir esa ayuda económica. La Corte, al reflexionar sobre el particular, argumentó: “no es lo mismo el caso de un niño que fallece, que el de un niño adulto, en relación con sus padres. En el niño es muy lejana, *remota, y por tanto improbable* la circunstancia de que él llegue a constituir un factor de ayuda económica para sus padres. Pero si se trata de una persona mayor, educado y profesional, hay que admitir que su estado al morir es muy inmediato al de una producción de importancia y *hay motivos que inducen a pensar, con mayor probabilidad de acierto*, que si el hijo no hubiese fallecido, al entrar a producir o aumentar su producción en oportunidad muy inmediata, habría correspondido al desvelo de sus padres y al imperativo de las leyes de la sangre, asistiéndolos o ayudándolos económicamente”.^{27} (sin bastardilla el original).

Para la Corte Suprema, la certeza del daño en los casos de los hijos menores fallecidos y la hipotética ayuda económica que los padres hubieren recibido de haber alcanzado aquellos la edad de producir ingresos, no está sometida a prueba en las condiciones y requisitos de la prueba del daño actual: “Pero tampoco podría la Corte, en la preocupación de no sacrificar derechos legítimos en casos como estos, llegar al extremo de admitir como demostración de daño cierto cualquier construcción basada en conjeturas o hipótesis más o menos razonables, desde un punto de vista general y

humano, pero que en el asunto concreto no tienen relación de causalidad necesaria o vehemente para ir hasta la conclusión que se pretende”^{28}.

A) *Pérdida de una oportunidad (la perte d’une chance)*

La pérdida de una oportunidad (*perte d’une chance*) como daño especial, ha sido abordada por la doctrina y jurisprudencia francesas cuando se discute la certeza del daño como elemento esencial para su reparación. Para Chabas, si una víctima alega la reparación de un daño porque ha perdido una oportunidad, el derecho de la responsabilidad se enfrenta a la dificultad de determinar cuál es la naturaleza de ese perjuicio. Chabas sostiene que en la pérdida de una oportunidad “el perjuicio no es la pérdida de «ventaja esperada» (del resultado esperado) sino la pérdida de las posibilidades (de la «oportunidad») o («chance») que se tenían de lograr ese resultado”^{29}.

Como caso clásico de pérdida de oportunidad se cita el del propietario de un caballo de carreras que, por la lesión que este sufre, no puede participar en una competencia y pierde la oportunidad de ganar el premio.

La pérdida de una oportunidad también se aplica en casos de responsabilidad médica. En Francia, una mujer que sufría hemorragias uterinas consultó a un médico que no diagnosticó el cáncer que desarrollaba la paciente. Tiempo después, consulta a otro médico que descubre el cáncer, que ya no puede ser tratado con éxito. El error de diagnóstico impidió practicarle un tratamiento oportuno a la paciente que perdió la “oportunidad” de ser curada. En este caso no se imputó al primer médico la muerte de la paciente, pues en casos similares las pacientes no reaccionan al tratamiento y mueren. El daño causado por el error médico le hizo perder a la paciente la posibilidad de un tratamiento que le habría dado una oportunidad de supervivencia.

Hay pérdida de una oportunidad cuando un abogado deja vencer los términos para interponer un recurso y hace perder a su cliente la oportunidad de obtener sentencia favorable en un litigio. El derecho

litigioso tiene menor valor que el derecho no sometido a disputa, pero un valor determinable. si la negligencia del abogado hace perder la oportunidad de apelar y con esto se pierde el derecho, el daño causado se calcula en función de la posibilidad de éxito de la causa judicial.

a) *La pérdida de una oportunidades una forma especial de perjuicio.* Identificar correctamente el daño causado por la pérdida de una oportunidad es asunto crucial. En palabras de Chabas, debemos identificar qué es y qué no es una pérdida de oportunidad para no caer en la “falsa teoría de la pérdida de oportunidad” y confundirla con fenómenos como el perjuicio hipotético. No se puede pensar que en los ejemplos citados la pérdida de oportunidad consistirá en que por hecho imputable al demandado el paciente murió, el pleito judicial se perdió o no se ganó el premio del concurso que se quería disputar.

El daño hipotético no es indemnizable por faltar la certeza. El problema se ha planteado en el caso de menores que no pueden continuar sus estudios y obtener mejor posición social y económica, que se resuelve en favor de la persona que tenía buen desempeño académico o estaba próximo a graduarse. Para éstos es claro que han perdido oportunidades que deben ser indemnizadas.

La pérdida de una oportunidad es, en definitiva, una forma especial de perjuicio indemnizable en que el alea es su esencia. “Para que se pueda hablar de oportunidades, es necesario que la víctima esté reducida a ellas. Por lo tanto, el elemento aleatorio no es la vida, sino sobrevivir; no es la pérdida del proceso judicial, sino su éxito; no es mantener una enfermedad, sino su desaparición”^{30}.

Sostiene Chabas que si una persona puede beneficiarse de una ventaja, por el juego de las fuerzas de la naturaleza, o por la intervención oportuna y provechosa de un tercero, debe ser indemnizada si el demandado las ha hecho perder^{31}.

La verdadera pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica se da cuando el paciente pierde la posibilidad de sobrevivir o de curarse. El perjuicio no es la muerte, si acaeció, o la enfermedad. “El perjuicio es la pérdida de un simple potencial de oportunidades”^{32}. Así las cosas, la culpa médica no ha causado la muerte sino la pérdida de oportunidades. Dice Chabas que la doctrina y la jurisprudencia yerran al identificar la verdadera pérdida de oportunidades porque al analizar los casos no distinguen “que al lado del perjuicio visible (pero irreparable) que es la muerte, había otro: la pérdida del potencial de oportunidades”^{33}. Un típico caso de aplicación equivocada de la teoría de la pérdida de oportunidad es el que falló la Corte de Casación francesa en 1973^{34}: un médico negligente no verificó que el paciente no tenía vacío el estómago antes de una intervención quirúrgica y el paciente fallece a causa de ese error. El paciente, si bien requería de una cirugía no corría peligro de muerte. La Corte de Casación condenó equivocadamente al médico por la pérdida de oportunidades de sobrevivir.

Al criticar el fallo, Chabas afirma: “¿Qué hay de erróneo en la sentencia? Primero, que el paciente tenía todas las posibilidades de sobrevivir al momento de darse la culpa médica. No puede decirse entonces que él solo ha perdido oportunidades de sobrevivir. Él ha perdido la vida. Es un punto esencial: para que pueda hablarse de pérdida de oportunidad, se requiere que el enfermo no tuviera más que eso al ocurrir la culpa médica. Pero se requiere además, para que la condena sea concebible, que el vínculo de causalidad entre ese daño y la culpa sea seguro, y es este el segundo error de la sentencia: no se sabía si por culpa del médico el paciente había perdido esas pseudo-oportunidades”^{35}.

b) *Determinación del monto indemnizable.* Determinar la cuantía indemnizable por pérdida de oportunidad es otro de los retos que este daño especial trae consigo. Es claro que al médico que hace perder culposamente la oportunidad de sobrevivir a un paciente, no se le condena a pagar perjuicios por la muerte del paciente. La reparación debe ser proporcional al

coeficiente de oportunidades que tenía el paciente y que ha perdido. “Él [el juez] no condena al médico a reparar parcialmente el perjuicio que ha resultado de la muerte. Él lo condena a reparar totalmente un perjuicio cuya apreciación se hace con relación a otro perjuicio (no exactamente en ese caso), la muerte”^{36}.

Es muy difícil determinar la oportunidad que tenía un candidato de pasar un concurso, un demandante de ganar un proceso o un caballo de ganar una carrera. En materia de responsabilidad médica, habrá que referirse a las estadísticas, si existen (tal tipo de cáncer, tratado a tiempo, tiene X posibilidades sobre 100 de curarse). También habrá que examinar *in concreto* la situación del paciente. Si bien el método no escapará a cierta subjetividad, la clave está en el análisis de los hechos y de las pruebas que obren en el proceso que le permitan al juez llegar a la certeza de que el demandante perdió, por hecho imputable al demandado, una oportunidad de obtener un resultado positivo^{37}.

Tamayo Jaramillo, siguiendo la doctrina francesa, enseña que para determinar el monto indemnizable, debe acudirse a la equidad, considerando las posibilidades que tenía la persona que se ha visto privada de esa oportunidad. Si el juez concluye, v. gr., que las posibilidades eran casi del ciento por ciento, entonces la indemnización será total; en cambio, si las posibilidades del actor eran del 60 por ciento, la indemnización será en dicha proporción^{38}.

En conclusión, para que se tipifique el daño por pérdida de una oportunidad deben darse las siguientes condiciones: 1. Culpa del agente o hecho imputable en caso de responsabilidad objetiva. 2. La pérdida de una “ventaja esperada” (en francés *enjeu*^{39}), es decir, ganar el proceso, obtener el premio o el puesto por el que se compite, etc. 3. Ausencia de prueba del vínculo de causalidad entre la pérdida de esa “ventaja esperada”, y la culpa, porque, por definición, esa “ventaja esperada” es aleatoria. Esta es una característica esencial de la cuestión. La desaparición de la “ventaja

esperada” puede darse por causas naturales favorecidas por terceras personas, de tal forma que nunca se sabrá si el agente lo ha hecho perder: aun sin el agente, habría podido perderse. De esta manera, la culpa del agente no es siquiera condición *sine qua non* de la pérdida del resultado esperado.

Para evaluar cada caso concreto y saber si estamos ante un daño por pérdida de oportunidad, Chabas sugiere resolver el siguiente cuestionario:

“¿La víctima tenía una oportunidad? (se requiere que se trate de solo oportunidades, que exista un álea).

”¿Está demostrado que por la culpa del agente y como consecuencia de ella, la víctima no tuvo ya más esa oportunidad?”^{40}.

Si la respuesta es afirmativa, se debe concluir que el demandado puede ser condenado a reparar la pérdida de la oportunidad.

B) *El daño contingente y el daño cierto*

El daño contingente se regula en el artículo 2359 del Código Civil: “Por regla general se concede acción en todos los cursos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare a personas determinadas, solo alguna de estas podrá intentar la acción”. Se consagra así una acción cuyo titular puede ser cualquier persona. Esta norma sirve de fundamento para invocar acciones contra los altos riesgos de contaminación ambiental y nuclear, entre otros.

La ley 472 (5 agosto) de 1998, que desarrolla el artículo 88 de la Constitución, en relación con el ejercicio de acciones populares y de grupo, establece acciones para proteger intereses supraindividuales relacionados con bienes o intereses colectivos como el patrimonio público, el espacio público, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente y la libre competencia económica, acciones populares que pueden ser impetradas si se afectan varias personas, así el demandante no haya sido

afectado en sus intereses particulares y pueden ser preventivas o reparatoras.

2. CARÁCTER PERSONAL DEL DAÑO

Aunque en nuestra doctrina y en la extranjera se señala como característica del daño indemnizable el ser personal, pensamos que en estricto sentido esta no es una característica ontológica del daño indemnizable, sino un problema de legitimación en la causa^{41}, un problema procesal para saber quiénes pueden solicitar la reparación. Nuestro Código General del Proceso en su artículo 278 señala que el juez debe declarar la falta de legitimación en la causa mediante sentencia anticipada cuando esta se acredita en el proceso.

No está legitimado para cobrar un perjuicio sino quien conforme a derecho puede hacerlo, porque es el titular del bien lesionado o causahabiente legítimo, o como establece el Código Civil (art. 2342) el usuario, el usufructuario, el arrendatario en ausencia del dueño, etc. Confirman esta afirmación los Mazeaud: “Tan solo puede reclamar reparación del daño aquel que lo haya sufrido. No existe en ello sino la aplicación pura y simple de un gran principio: donde no hay interés, no hay acción”^{42}.

Contra lo anterior, se alza Juan Carlos Henao, quien al referirse al carácter personal del daño cita una jurisprudencia del Consejo de Estado (1990) que subraya que el carácter personal es un aspecto sustancial y procesal: “en consecuencia, es claro que la lesión de un derecho constituye una condición de existencia del daño, necesaria para que proceda la indemnización. La lesión del derecho es entonces un elemento para apreciar el perjuicio reparable”^{43}; lo que lleva al juez, según HENAO, a desestimar las pretensiones de la demanda, pero no a proferir sentencia inhibitoria, si no se ha probado la titularidad del derecho sustancial pretendido.

Según lo consagrado en el artículo 2342, los titulares de la acción indemnizatoria solo podrán ser: 1. El dueño o poseedor de la cosa sobre la que ha recaído el daño. 2. Sus herederos. 3. El usufructuario, el habitador, el usuario si el daño le produce perjuicio a su derecho de usufructo, uso o habitación. 4. Y el que tiene la cosa, con obligación de responder por ella, pero solo en ausencia del dueño.

Sobre la legitimación en la acción consagrada en este artículo, la Corte Suprema ha aclarado que el daño que recae sobre una cosa genera una acción personal en cabeza del propietario, que es el llamado a buscar la indemnización. Si se transfiere el dominio de la cosa dañada a un tercero, no se transfiere la acción de reparación al nuevo propietario, pues esa acción personal no es accesoria al derecho real. La única manera para que el adquirente esté legitimado para ejercer la acción de reparación es cuando se da alguna de las formas previstas para la cesión de derechos^{44}.

Un sector de la doctrina se refiere al daño de rebote cuando la acción que recae directamente sobre un individuo le causa daño y al tiempo ese daño es perjudicial para otra, alcanzándola “de rebote o contragolpe”^{45}. Tal el caso de los herederos o los cónyuges por lesiones o muerte de la víctima. En esas circunstancias cada daño es diferente y el carácter personal obliga a diferenciarlos de manera clara en el proceso de reclamación, como lo vimos al tratar sobre la prohibición de opción.

El carácter personal del daño no se aplica en sentido pleno a los denominados derechos en intereses colectivos protegidos en la Constitución (art. 88), mediante las acciones populares reglamentadas por la ley 472 de 1998 que permite a toda persona, titular de la acción, demandar la reparación de esos intereses colectivos.

3. ILICITUD O ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO

Etimológicamente, viene de *iniuria* que significa contrario a derecho, término compuesto de *in*, “contra” y de *iusiura*, “derecho”. A diferencia del

daño en sentido ontológico, la antijuridicidad o ilegalidad es la esencia del concepto jurídico de daño resarcible, es daño porque es antijurídico o por ser antijurídico es daño indemnizable. En tal sentido, compartimos las observaciones de los profesores Barrera y Santos: “Si se hace un estudio integrado de las facetas de la responsabilidad civil, se comprende que las expresiones daño justificado o daño jurídico, envuelven una contradicción en sí. La primera, porque habiendo justificación no hay daño y habiendo daño no hay justificación. La segunda, corolario de la primera, porque daño, en derecho, es una categoría de valoración necesariamente antijurídica. En este orden de ideas, resulta impropio hablar de causales de justificación del daño, al referirse a las causales de exoneración del deber de no dañar a otro”^{46}.

En ciertos casos el derecho justifica los daños que se puedan causar a terceros y las víctimas deben soportar ese daño. Cuando en cumplimiento de una orden judicial, y con estricta observancia de los procedimientos, las autoridades de policía deben allanar un lugar, y para ello fuerza es causar rotura de una chapa o ventana, el daño causado si bien es cierto y personal, resulta totalmente lícito; el agente lo ha causado no por imprudencia, sino con intención y hay nexo causal entre la conducta y el daño, pero por ser daño conforme a derecho (lícito), la víctima no puede solicitar su reparación.

A) *Causales de justificación del daño*

La antijuridicidad del daño nos lleva al estudio de las causales de justificación. Como se ha dicho, uno de los elementos esenciales del daño resarcible, desde la *Lex Aquilia*, es que sea causado con *iniuria*, esto es, contra derecho. Varios pasajes del *Digesto* permiten deducir tres causas en las que a pesar de haberse dado una lesión a una cosa *corpore et corpori*, hay ausencia de *iniuria*, y por lo mismo de responsabilidad: 1º)

consentimiento de la víctima, *violenti non fit iniuria*, 2º) legítima defensa y 3º) estado de necesidad.

En nuestro derecho también se consagran las causales de justificación del daño, pero debemos tener en cuenta que estas (legítima defensa, estado de necesidad, orden de autoridad legítima o cumplimiento de la ley) son diferentes a las eximentes de responsabilidad o causa extraña. La causa extraña rompe el nexo causal (fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de un tercero); en estos casos, el aparente vínculo causal de un daño es eso, aparente, porque luego del examen probatorio se concluye que los hechos dañosos son imputables a un factor externo: a la fuerza mayor o al hecho exclusivo de la víctima o del tercero. Si bien el demandado aparecía como presunto causante de los daños, puede afirmarse que no fue la causa y por lo mismo no es responsable. Asunto distinto son las causales de justificación, así aparezcan mezcladas con las eximentes de responsabilidad.

En las causales de justificación, el agente realiza los actos que estructuran objetivamente la responsabilidad, pero el orden jurídico no lo sanciona por las especiales circunstancias que llevaron al demandado a causar el daño, porque no tenía libertad para obrar de otra manera. Tamayo advierte que se debe diferenciar la imputación material del daño de la imputación jurídica que constituye la fuente de la obligación de reparar. La argumentación de Tamayo se condensa en el siguiente apartado que transcribimos por su importancia:

“Cuando el orden jurídico permite al demandado liberarse de culpa argumentando una causal de exoneración, lo hace bajo el razonamiento de que el hecho, aunque imputable materialmente al implicado, no lo es sin embargo desde el punto de vista jurídico. El derecho quiere que desde el punto de vista jurídico, el juez considere que el demandado o sindicado no causó el daño. El juez debe declarar qué causas determinantes, ajenas al agente, fueron los verdaderos factores generadores del hecho dañino; en

cambio, hay ciertas circunstancias en las que el agente realiza, voluntariamente, todos los actos que estructuran objetivamente la ilicitud jurídica, pero que el orden jurídico desacrimina teniendo en cuenta las circunstancias que determinaron al individuo a producir el resultado. Nos encontramos, entonces, frente a las causales de justificación”^{47}.

Este autor señala que las causales de justificación las prevé el Código Penal, pero en lo concerniente a la responsabilidad civil, no hay norma expresa que se refiera a ellas; sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia civil han asimilado los criterios del derecho penal^{48}.

a) *Legítima defensa*. La legítima defensa está reseñada en el *Digesto* en unos pasajes de Gayo (*Digesto* 9, 2, 7, 4) que justifica el daño causado en la lucha entre púgiles. También enseña Gayo que “si se hubiere matado a un esclavo ajeno que estuviera en acecho, no surgirá acción porque la razón natural permite defenderse contra un peligro” (*Digesto*, 9,2,4). Para Ulpiano, si se da muerte a quien ha acometido a mano armada, tampoco se entenderá que se lo mató con injuria, igual si mato al ladrón por miedo a la muerte. Paulo trae el principio de la legítima defensa expresado de forma más amplia: “Si alguno no pudiendo defenderse de otro modo, hubiera causado daño no es responsable porque todas las leyes y todos los derechos permiten repeler la fuerza con la fuerza”^{49}.

El Código Penal reconoce la legítima defensa como eximente de responsabilidad al decir que el hecho se justifica por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión, actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcional a la agresión. Esta justificación se extiende al sindicado del hecho punible y a todas las personas que civilmente resultaren comprometidas. Por ejemplo, el guardián de la actividad peligrosa, el civilmente responsable, etc. Los Mazeaud afirman que es causal de justificación civil, no porque el hecho esté desacriminado en materia penal, sino “por aplicación directa de los principios que definen la culpa en materia civil”^{50}.

b) *Estado de necesidad*. Savatier define el estado de necesidad como “la situación de una persona a la cual se le presenta claramente que el único medio de evitar un mal más grande o igual es causar un mal menos grande o igual” a un tercero^{51}. El estado de necesidad como causal de justificación ha tenido diferentes soluciones en el derecho comparado. unos códigos aceptan la irresponsabilidad por los daños causados, como el alemán y el peruano (1936). Otros (el portugués), no exoneran de responsabilidad civil en estado de necesidad^{52}.

Para nuestro ordenamiento penal, si por necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y no tenga el deber jurídico de afrontar, el hecho es justificado, y por ende no hay lugar a la responsabilidad penal.

Si un fallo penal reconoce el estado de necesidad del sindicado, este tiene plenos efectos civiles, es decir, no da lugar al cobro de perjuicios en un proceso civil. Sirve de argumento el hecho de que el estado de necesidad en materia penal tiene todas las características que el derecho civil establece para legitimar el daño causado, pues es una especie de fuerza mayor. No se olvide que a veces las fronteras entre el estado de necesidad y la fuerza mayor son difíciles de establecer.

Peirano Facio sostiene que no hay tal confusión y cita a Amézaga para diferenciar la fuerza mayor y el estado de necesidad^{53}. Sin embargo, el tema de la irreparabilidad del daño causado por un estado de necesidad ha llevado a buscar propuestas en las que el daño sí deba repararse para no desproteger a la víctima que padeció el hecho dañoso. En la actualidad, ninguna tesis se ha impuesto definitivamente en la doctrina^{54}.

Si desde el punto civil se alegara que no es una causal de justificación, sí sería una verdadera causa extraña. No obstante, pensamos que el causar daños en caso de necesidad supone que desaparezca la ilicitud del daño, es decir, lo legitima, y por ello puede tomarse como causal de justificación^{55}.

Esta solución tiene antecedente romano que la respalda. Ulpiano relata la opinión de Celso: “el que hubiere cortado por medio casas vecinas para contener un incendio no podría ser perseguido por la *Lex Aquilia*, pues había obrado impulsado por justo miedo, para que no llegase hasta él el fuego”^{56}.

c) *Orden de autoridad legítima o en cumplimiento de la ley*. El Código Penal dispone que el hecho se justifica cuando se ha cometido en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente, emitida con las formalidades legales. Estos principios también tienen plena aplicación en el campo civil. Para Luis Carlos Pérez, los supuestos que se deben reunir para que opere la causal de justificación son^{57}:

- Una relación oficial de subordinación.
- Que la orden emane de autoridad superior y esté dada dentro de los límites ordinarios de su competencia, en relación con el subordinado.
- Que la orden se expida en la forma en que el subordinado esté obligado a acatarla.
- Que las órdenes no sean manifiestamente delictivas.

El caso de cumplimiento de orden de autoridad legítima se da cuando los bancos reciben la orden de embargar las cuentas de sus clientes. Si bien por obligación contractual tales entidades deben pagar los cheques que son girados por el cuentacorrentista, la orden judicial de embargo los exime de responsabilidad por los daños que causen a su cliente por el no pago de un cheque.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CLASIFICACIÓN DEL DAÑO

Atendiendo a la naturaleza de los bienes lesionados, los perjuicios pueden clasificarse en dos grandes grupos: perjuicios patrimoniales, por un lado, y perjuicios extrapatrimoniales, por otro, que incluye el daño moral y, en caso de la responsabilidad del Estado, el daño a la vida de relación o daño fisiológico, denominado recientemente daño a la alteración de las condiciones de existencia. Henao Pérez ha dicho que la jurisprudencia y la doctrina en Colombia afirman al unísono que esta distinción debe dirigir el análisis de la tipología de los perjuicios; sin embargo, para este autor, la diferencia terminológica que se utiliza es lo de menos, pues la idea central es la misma, en cuanto a que lo relevante es el contenido pecuniario o no pecuniario del derecho o interés lesionado, con lo cual importa poco la manera en que opere la reparación^{1}.

El Código Civil (arts. 1613 y 1614) dispone que los daños patrimoniales son el daño emergente y el lucro cesante. En cuanto al daño extrapatrimonial, su desarrollo ha venido de la jurisprudencia y tendremos oportunidad de verlo en detalle más adelante.

Sección I.

—Daño cierto y daño incierto

Como tuvimos oportunidad de mencionarlo al describir los elementos esenciales del daño resarcible, este debe ser cierto, esto es, el juez debe llegar a la convicción de su real existencia, presente o futura, por medio del

análisis crítico del acervo probatorio. “Aunque debe entenderse bien que la certidumbre, dentro del campo de lo hipotético, *no puede ser absoluta*, por lo que hay que conformarse con una certeza relativa, o sea, con una consideración fundada y razonable”^{2}. (sin bastardilla en el original). La doctrina enfatiza en el carácter cierto del daño: “el daño debe ser real y efectivo, no meramente conjetural o hipotético”, como lo dijimos al referirnos a este punto^{3}.

Sección II.

—Daño actual y daño futuro

El carácter de presente o futuro está íntimamente ligado a la certeza del daño. El daño es presente al momento del fallo o de su liquidación. El daño futuro es el que todavía no existe, pero su existencia futura no ofrece dudas al operador jurídico. Como acertadamente lo expresa un autor argentino: “la certidumbre del daño debe ser actual, pero el perjuicio debe ser futuro”^{4}.

Sección III.

—Daño previsible e imprevisible

La responsabilidad civil por los daños causados por el incumplimiento de obligaciones contractuales difiere de la responsabilidad civil extracontractual, entre otras razones por el régimen de responsabilidad sobre los daños previsible e imprevisible. Al tenor del artículo 1618 del Código Civil, la parte que incumplió las obligaciones contractuales que generan daño solo es responsable de los daños previsible al momento de la celebración del contrato. Esto es, que la imprevisibilidad se juzga en

atención al razonable desenvolvimiento de la dinámica contractual y en todos los casos los daños deben ser directos^{5}.

En caso de que al deudor se le pueda imputar dolo o culpa grave será responsable de los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haber cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento^{6}.

Sección IV.

—Daños directos e indirectos

En la responsabilidad civil se responde únicamente de los daños directos, es decir, por los que son consecuencia del hecho dañoso imputable al obligado a la reparación. Los indirectos son aquellos en los que no es posible establecer claramente un nexo causal con la conducta del agente a quien se le intenta imputar el daño. Por ejemplo, la Corte Suprema juzgó el caso de una persona que siendo culpable de que el fuego de unas quemadas de potreros se pasara a la finca vecina y obligara a sus dueños a mover el ganado para otro lugar, por este solo hecho no es responsable en todo caso de la muerte de las reses ocurrida al movilizar el hato. La muerte del ganado que es movido de un potrero a otro por sus dueños a causa del fuego no es consecuencia necesaria de la movilización. “Ella puede depender de culpa del conductor, del mal estado del ganado o de cualquiera otra causa no imputable al culpable del incendio” (C. S. de J., Sala de Casación, sent. 29 julio 1920, “G. J.”, t. XXVIII, 139).

Sección V.

—Daños patrimoniales: daño emergente y lucro cesante

Los daños patrimoniales comprenden el daño emergente y el lucro cesante que tienen sus orígenes en el derecho romano. Paulo los reseña en el *Digesto* (D. 46, 8, 13. pr): *quantum mihi abest* *avantum* *quod lucraripotui*, de donde el *quantum mihi abest* se traduce por daño emergente y el *quantum lucrari potui* corresponde a lucro cesante^{7}.

El Código Civil no define el daño emergente y el lucro cesante, por lo que la jurisprudencia delimita los conceptos así: “El *daño emergente* abarca la *pérdida* misma de los elementos patrimoniales, los *desembolsos* que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento del pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse responsabilidad, en tanto que el *lucro cesante* está constituido por todas las *ganancias ciertas* que han dejado de percibirse o que se recibirán luego, con el mismo fundamento de hecho”^{8}. (sin bastardilla el original).

El concepto de la jurisprudencia coincide con el de la doctrina. Por ejemplo, Ricardo De Ángel Yagüez lo define como el “menoscabo patrimonial sufrido por la víctima de un hecho ilícito y comprende tanto el desembolso efectivo como la ganancia frustrada o que se haya dejado de obtener”^{9}.

1. EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE PRESENTE O FUTURO

Hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar al patrimonio de la víctima, según el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará. De esto se infiere que es inexacto identificar el lucro cesante con los perjuicios futuros y el daño emergente con los pasados, como algunas veces se hace. Ambos tipos de perjuicios pueden ser pasados y futuros.

2. EL LUCRO CESANTE COMO LA PÉRDIDA DE UNA UTILIDAD

Tampoco procede limitar el concepto de lucro cesante al simple “dejar de percibir una suma de dinero”, pues el concepto es más amplio y comprende

otros beneficios que no son puramente económicos, como por ejemplo, cuando un automóvil particular es destruido en un accidente, su propietario puede pretender que se le reconozca el lucro cesante causado aunque este no se concrete en la pérdida de un ingreso monetario^{10}.

El artículo 1614 del Código Civil es amplio al hablar de “*La ganancia o provecho que dejó de reportarse*” (sin bastardilla el original). El provecho que obtenía el propietario al desplazarse en su vehículo es, sin duda, un beneficio amparado por la ley, susceptible de valoración económica. No obstante lo anterior, la jurisprudencia colombiana en varias oportunidades ha negado la existencia del lucro cesante en estos casos^{11}.

Sección VI

—Nueva tipología de los perjuicios extrapatrimoniales

En recientes desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia se ha introducido en nuestro medio una propuesta de una nueva tipología de los daños extrapatrimoniales. La clasificación clásica divide los daños extrapatrimoniales en daño moral y daño a la vida de relación. El consejero de Estado Enrique Gil Botero ha propuesto una nueva clasificación: daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación o alteración de las condiciones de existencia. Es decir, tres tipos de daños extrapatrimoniales autónomos y diferenciados. El daño moral se circunscribe al concepto tradicional del *pretium doloris*; el daño fisiológico es referido al perjuicio a la salud o también llamado daño biológico y el daño a la vida de relación^{12}. Por su parte, el doctrinante colombiano Edgar Cortés en su obra *Responsabilidad civil y daños a la persona*, aboga por la adopción del modelo italiano de daños a la salud como una categoría autónoma y base para construir un sistema de resarcimiento por daños a la persona^{13}. En sentido similar Milagros Koteich Khatib en su obra *La reparación del daño*

como mecanismo de tutela de la persona, plantea el dilema y la posible solución a las lesiones a la integridad sicofísicas de la persona^{14}. El elenco de doctrinantes que han abordado el tema puede completarse con Jesús Alberto Buitrago, María Cecilia M'Causland Sánchez ^{15} y Andrés Orión Álvarez^{16}.

Para desarrollar esta sección abordaremos en primer lugar el fundamento jurídico de la reparación civil del daño extrapatrimonial. En segundo lugar, analizaremos las formas de daño extrapatrimonial autónomo que se aceptan en Colombia: el daño moral, de un lado, y el daño a la vida de relación, del otro. En estos apartados nos ocuparemos de la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la tipología del daño extrapatrimonial y los intentos por una expansión de nuevas formas de daño y su denominación. La sección termina con una reflexión acerca de una teoría unificadora de los daños extrapatrimoniales.

1. EL DAÑO MORAL

A) Origen del daño moral

Establecer una medida económica para los daños patrimoniales no ofrece especiales dificultades, pero en lo que se refiere a los daños extrapatrimoniales (como el daño moral) subsisten serios interrogantes. El texto romano del *Digesto* (9,3,7) señalaba este problema al decir que aunque una cicatriz pueda deformar no es posible una valoración económica (*aestimatio*), porque el cuerpo de un hombre libre no tiene valor. (*Cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem*)”^{17}.

Con anterioridad a Baldo, autores como Cino De Pistoia habían admitido conceder una acción aquiliana para los daños morales que directa o indirectamente acarreen consecuencias patrimoniales. La literatura especializada, desde 1653 cita un fallo reseñado por un tal Mevio, en el cual

se concede una acción de la ley Aquilia para reclamar por los daños morales que le ocasionó la muerte de su hijo, fundado en el argumento de que bastaba que no estuviera prohibida la concesión de la acción, para que esta procediera^{18}.

Es opinión muy difundida entre los autores, que el daño moral se menciona por primera vez en la historia de la jurisprudencia de la responsabilidad extracontractual colombiana en una sentencia de la Corte suprema de Justicia de la segunda década del siglo XX^{19}.

En aquella ocasión, la Corte reconoció que el demandante había sufrido daños morales porque al trasladar los restos de su difunta esposa y depositarlos en una fosa común, las autoridades del cementerio habían actuado negligentemente, causándole pena y congoja que constituye un perjuicio moral. La Corte sostuvo entonces que “tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infiriéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor y molestia por obra de malicia o negligencia del agente [...] *y si en muchos casos es difícil determinar el quantum de la reparación, esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo aunque sea aproximadamente*, ya que de otro modo habría que concluir que derechos de alta importancia quedan desamparados por las leyes civiles”^{20}. (sin subrayar el original).

Esta primera sentencia marcó los lineamientos básicos de lo que la jurisprudencia ha sostenido hasta el presente, esto es: 1º) la naturaleza del daño moral comprende la lesión a bienes de la personalidad o a la integridad física o psíquica; 2º) sí es posible solicitar la indemnización por perjuicios morales, además de los patrimoniales; 3º) los daños morales se deben probar, pero por su naturaleza esta prueba se hace por indicios; 4º) para determinar la cuantía que se debe pagar por los daños morales, el juez acude al *arbitrium iudicis* en procura de excluir la arbitrariedad^{21}.

No obstante el recorrido para llegar a reconocer el daño moral como indemnizable fue bastante largo. Los argumentos en contra de la

razonabilidad del reconocimiento del daño moral pueden sintetizarse en los siguientes^{22}:

a) El concepto original de daño en el derecho romano se limitaba a los aspectos patrimoniales, fundado en el hecho de que en el *Digesto* (ley 3ª, título II, libro xxxii) , el daño equivale a la disminución del patrimonio y en consecuencia no comprende los daños morales, que si bien constituyen una ofensa, en su esencia no son un atentado al patrimonio de la persona.

b) La imposibilidad de establecer una equivalencia entre una suma de dinero y un daño moral.

c) La imposibilidad de probar el daño moral. se afirma que el daño moral, por producirse en el interior del alma y porque en ella el juzgador no puede leer, a lo sumo será una presunción que puede ser equivocada.

d) La desorganización de toda la teoría de la reparación del daño, pues debería indemnizarse no solo al ofendido directamente, sino también a un número indeterminado de personas que podrían alegar perjuicio como los cónyuges, hijos, hermanos, amigos, etc.^{23}.

e) También se argumentó que la ley no había consagrado expresamente este tipo de daño.

f) Se negó su reconocimiento también por considerar que es inmoral indemnizar con bienes materiales valores de orden espiritual. Por ejemplo, Ripert dice: “sería profundamente inmoral afirmar que quien ha sido afectado en sus sentimientos, haya de consolarse de golpe a merced de la indemnización que habrá de recibir”. Esta posición tenía como fundamento el aforismo “las lágrimas no se pagan”, o como decía la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, “*les larmes ne se monnayent point*” (*las lágrimas nunca se amonedan*)^{24}.

De esos argumentos el que más peso tuvo para negarle el carácter de daño resarcible al daño moral fue el que dinero y daño moral constituyen dos categorías diferentes que no pueden compensarse^{25}. Pero la superación del carácter indemnizatorio del dinero superó este escollo, pues como

enseña Tomás De Aquino: *“En las cosas que no se puede restituir lo equivalente, basta que se haga la compensación en la medida posible”*.^{26} (sin bastardilla el original). Hoy la reparación del daño moral es aceptada pacíficamente en la doctrina y la jurisprudencia nacionales y extranjeras.

Desde el punto de vista legislativo el daño moral aparece de modo excepcional en algunos códigos civiles latinoamericanos^{27}. El Código Civil mexicano de 1932 (art. 1916) dispone: “Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos o creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración, que de sí misma tienen los demás”. Agrega además, una presunción de daño moral: “se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas”. El concepto de daño moral mexicano fue acogido en el Código Civil panameño de 1992.

En Ecuador, el artículo 2258 del Código Civil establece que “Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnizaciones pecuniarias, no solo si se prueba el daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral”. Por disposición de la ley 171 de 1984, se establece la reparación del daño moral por quienes “manchen la reputación ajena mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios o procesamientos injustificados, y en general sufrimientos físicos, o síquicos, como angustia, ansiedad, humillaciones, u ofensas semejantes”^{28}.

Otros códigos civiles latinoamericanos, como el de Venezuela (art. 1196), Perú (art. 1148), Argentina (art. 1068), Paraguay y Brasil, tienen expresas disposiciones para el daño moral.

El Código Civil colombiano, se ha indicado, no lo menciona expresamente y se deduce de la interpretación que la Corte suprema de

Justicia hace de los artículos 2341 y 2356. La primera referencia legislativa expresa al daño moral aparece en el Código Penal de 1936 en el que se establece que la víctima del delito penal tiene derecho a la reparación de todos los perjuicios patrimoniales y morales. Los sucesivos códigos penales han conservado el concepto de daño moral dentro de los perjuicios indemnizables por el delito con variaciones en los límites de su compensación económica.

En la legislación alemana se ha regulado la procedencia del daño moral, pero solo en casos específicos como “los daños a la salud o al cuerpo, privación de la libertad y delitos contra la moral de la mujer^{29}”. Algo similar ocurre con la legislación italiana.

B) *Dificultad terminológica*

No existe en la doctrina nacional e internacional y tampoco en la jurisprudencia, uniformidad terminológica para referirse al daño moral. La razón de este aparente galimatías estriba en que el concepto aún está en estado de indefinición, así muchos autores y alguna jurisprudencia quieren dar por cerrado el debate con frases absolutas, pero con argumentos y expresiones equívocas.

Minozzi, por ejemplo, prefiere referirse a daños no patrimoniales en el entendido de que hay daños que sin ser patrimoniales no son morales como el dolor físico que se experimenta con una lesión corporal^{30}. En sentido similar, Mazeaud sostiene que el perjuicio material es el perjuicio patrimonial, en tanto que el perjuicio moral es el perjuicio extrapatrimonial, que no posee contenido económico^{31}.

Pero Brebbia arguye que la extrapatrimonialidad de estos daños no es la única característica, y que por tanto el nombre tiene una correspondencia adecuada con el concepto^{32}. Mosset critica el uso de la expresión *daño moral*, pues en su sentir afecta el concepto jurídico de perjuicio al relacionarlo con la conciencia, la espiritualidad, los afectos o los

sentimientos. Para Mosset, esta concepción de daño moral de raigambre francesa resulta reduccionista, pues el daño moral queda vinculado exclusivamente con el sufrimiento y el dolor y no con una visión más amplia e integral de la persona humana^{33}. Mosset enfatiza el carácter jurídico y no moral. Afirma este autor que no repercute en la conciencia, sino en el patrimonio; no se limita a dolores, molestias o padecimientos o sufrimientos.

En Colombia, el Código Penal de 1936 (art. 95), mencionó por primera vez la expresión daño moral y estableció que estos se podían cobrar por los delitos, con un tope. Luego, el Código de Comercio estableció en el artículo 1006 para los herederos del pasajero fallecido por el incumplimiento del contrato de transporte^{34}, la facultad de cobrar daños morales.

C) *El daño moral se define como el precio del dolor (pretium doloris)*

En un principio, la frase *daño moral* correspondía a la *pena moral* producida en la *conciencia*, siendo la aflicción que ocasiona la culpa por el pecado cometido. Con el tiempo, el término mudó en un concepto jurídico y la *pena moral* se convirtió en el *dolor moral* que surge como *sufrimiento* al contemplar el daño ocasionado^{35}.

En la doctrina colombiana, Gilberto Martínez Rave incluye dentro del concepto de daño moral una gran gama de situaciones:

“Calificamos como daños morales la humillación de quien ha sido públicamente injuriado o calumniado, el padecimiento de quien debe soportar un daño estético visible, los sufrimientos de quien debe someterse a intervenciones quirúrgicas dolorosas, la angustia que produce un complejo por la pérdida de órganos o miembros, etc. Los daños que afectan la personalidad, los derechos subjetivos como el de la distracción, la práctica de deportes, la libre comunicación, el respeto a las ideas religiosas, políticas o ideológicas, la libertad de locomoción, etc.”^{36}.

En algún momento la expresión daño moral se tomó como sinónima de daño extrapatrimonial, pero rápidamente, con la aparición de otros daños extrapatrimoniales con identidad propia, el daño moral se concibe como una especie o tipo de daño extrapatrimonial circunscrito al dolor físico o moral. El “precio del dolor” (*pretium doloris*) es la molestia o dolor, el sufrimiento moral o físico no apreciable en dinero que ha sufrido una persona.

El daño moral, sostiene Díez-Picazo, “debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicológico en el ámbito de la persona”. Producido como consecuencia de lesiones de los derechos de la personalidad^{37}.

La Corte Suprema de Justicia ha oscilado en sus definiciones. Ha entendido en alguna ocasión el daño moral como el “deterioro del patrimonio moral por el daño ocasionado en los derechos como el de la personalidad, derecho a la vida, cuerpo, salud, etc., de sí mismo o de un familiar”^{38}. En otras, la Corte lo refiere como el que padece la víctima “a consecuencia de un dolor psíquico o físico”^{39}, o tal perjuicio moral “es una especie de daño que incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece”^{40}.

Hay perjuicio moral también, dice la Corte, “cuando se vulneran intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de una persona, en su parte social y en su parte afectiva, en su honor, por ejemplo, o en el sentimiento”^{41}. “La injuria al honor o al sentimiento del amor filial puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza”^{42}.

El daño emocional o moral clásico, *pretium doloris* conforme a la doctrina comparada, comprende dos aspectos: de un lado el dolor físico producido por lesiones corporales o enfermedades y también la tristeza, amargura o angustia moral de haber padecido una lesión física o la muerte de un ser querido.

En el caso del dolor producido por la muerte o lesión del ser querido en la doctrina se le ha denominado *pretium affectionis*, perjuicio de afección. Este dolor está constituido por la pena provocada por la muerte del ser querido y aun por observar los sufrimientos o invalidez que padece la víctima^{43}.

Este perjuicio emocional se da también en personas que aun en estado de inconsciencia padezcan esas circunstancias, como en el caso de la víctima gravemente herida e inconsciente de su mal estado de salud. igualmente se ha reconocido daño moral en el caso de familiares de la víctima fallecida cuando los menores de edad no están en capacidad plena de comprender la ausencia del ser querido. En este sentido, la Corte rechazó la pretendida reducción del resarcimiento de los perjuicios morales a la mitad en un caso en el que un menor reclamaba el perjuicio moral sufrido por la muerte de su padre. Consideró la Corte que “repugna a los sentimientos afectivos, que *en más de las veces son de mayor intensidad en niños* de corta edad que en los adultos”^{44}. (sin bastardilla el original).

D) *El fundamento del daño extrapatrimonial*

La dignidad de la persona humana ha sido el fundamento para reconocer derechos que trascienden más allá de lo puramente material, pues la persona constituye sin lugar a dudas la noción más trascendental del orden jurídico^{45}. Esto es particularmente cierto en nuestro tiempo en donde se ha dejado a la norma jurídica y su sistema lógico como eje de la hermenéutica del derecho para pasar a la interpretación que tiene como principio rector la protección de la persona y su dignidad.

Esta tendencia se expresa en la responsabilidad civil de manera más clara a partir del reconocimiento de la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales causados por la lesión a los derechos de la personalidad. Para el realismo jurídico clásico, la persona es un *prius* ante el derecho, es el fundamento de toda la realidad jurídica y la razón última de la

juridicidad, pues como lo afirma el filósofo del derecho Javier Hervada: “Todo hombre es persona; allí donde hay un ser humano, allí hay una persona en sentido jurídico”^{46}.

En nuestro tiempo resulta claro que “los derechos de la personalidad protegen civilmente la esencia física y moral de la persona. Estos permiten que el sujeto de derecho despliegue la plenitud de valores que reclama su *status* y por sí mismos conforman la máxima garantía que supone la condición plena de ser persona”. Como afirma María Del Carmen Domínguez, “poco importaría la existencia jurídica de la persona —o sujeto de derecho— si la misma persona no contara con un conjunto de valores o derechos esencialísimos que protegen su dignidad física y moral”^{47}.

En este punto debemos precisar una distinción importante entre derechos humanos y derechos de la personalidad. Los derechos humanos configuran la protección de los derechos de la persona frente al Estado, mientras que los derechos de la personalidad constituyen la protección civil de los derechos de la persona^{48}.

E) *La lesión a los derechos de la personalidad*

Si se parte del reconocimiento de la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales causados por la lesión a los derechos de la personalidad, la pregunta obligada es ¿en qué consisten los derechos de la personalidad?

Hay consenso en la doctrina acerca de que los derechos de la personalidad, también llamados por otros derechos personalísimos, valores de la personalidad, bienes de la personalidad, etc., son derechos “originarios e innatos, absolutos o *erga omnes*, indisponibles, inalienables e intransmisibles, vitalicios e imprescriptibles, extrapatrimoniales, inherentes a la persona y autónomos”^{49}. Aunque en la doctrina se discute si los derechos de la personalidad son verdaderos derechos subjetivos, la posición mayoritaria es afirmativa; pero en todo caso esta categoría de derechos

requieren tratamiento diferente a los derechos subjetivos de corte patrimonial.

María Del Carmen Domínguez ensaya la siguiente clasificación de los derechos de la personalidad: a) identidad, b) integridad física, y c) integridad moral. Esta agrupación de los derechos de la personalidad nos parece pertinente pues permite sentar las bases para comprender el fenómeno resarcitorio de los daños extrapatrimoniales, su naturaleza y fundamento^{50}.

a) *Derecho a la identidad*. Cada persona es única e irrepetible como ser corpóreo, incluso en casos de clonación o de gemelos. La identidad de una persona está formada en primer lugar por su aspecto físico, sus huellas dactilares, señales antropométricas, constitución genética, etc., que debe tener una protección civil de los derechos al cuerpo, que comprenden el derecho a vivir, la integridad física y la disposición del cuerpo. El derecho a la integridad física comprende el derecho a negarse a un examen corporal y no ser sometido a experimentos sin su voluntad, entre otros. A este tipo de identidad se le denomina identidad estática, por su carácter inmutable^{51}.

Por el contrario, a otro tipo de identidad de la persona que es cambiante se le denomina dinámica y está integrada por el patrimonio cultural e intelectual de la persona, sus creencias e historia, su profesión, sus sentimientos, etc. Estos rasgos de la identidad de la persona forman lo que se denomina identidad biográfica^{52}.

El daño a la personalidad puede darse cuando se vulnera la identidad estática o la dinámica, violando derechos relativos al cuerpo o relativos a la integridad moral. Las lesiones personales, las discapacidades físicas o intelectuales, la desfiguración estética o las pérdidas funcionales y fisiológicas, etc., son daños a la personalidad por la lesión a la identidad corpórea o estática. Por su parte la lesión o daño a la identidad dinámica se puede dar cuando se vulnera la verdad biográfica o histórica de una

persona, como ocurre en la injuria y la calumnia; o cuando se hieren sentimientos del honor, la fe, la familia, etc.^{53}.

Los derechos relativos a la integridad moral o psíquica comprenden los siguientes:

- Derecho a la libertad, que se refiere a expresiones como libertad de expresión, de información, económica, religiosa, de culto, de tránsito, de trabajo, etc.

- Derecho al honor lo constituye el sentimiento de apreciación de nuestra propia dignidad y cuando se trata de cómo la captan los terceros se denomina honra, fama o reputación. El honor, por ser un sentimiento, es propio de la persona humana, y coincide con la autoestima u honor subjetivo, mientras que la reputación también es un derecho de la persona jurídica y así ha sido reconocido en algunas ocasiones.

- La privacidad o derecho a la vida privada es el derecho a no ser molestado o derecho a que nos dejen tranquilos.

- La intimidad se asocia con la idea de lo oculto o secreto y se refiere al conjunto de sentimientos, acciones u omisiones que la persona mantiene reservado y oculto a los demás. La intimidad es decidida por cada sujeto en función de su sensibilidad.

- La autodeterminación informativa implica que cada persona pueda ofrecer de sí la información que a bien tenga y que a su vez tenga el derecho a comprobarla, revisarla o corregirla cuando está depositada en algún sistema de información de empresa o del Estado. Es lo que se denomina el *habeas data*.

- La imagen es la representación gráfica de la figura humana y se traduce en la proyección externa del ser humano. La violación del derecho a la imagen se presenta cuando se dispone de nuestra imagen sin debida autorización. Tiene directa relación con el derecho a la imagen.

b) *Derechos relativos al cuerpo*. Comprende el derecho a vivir, la integridad física y la disposición del cuerpo. El derecho a la integridad

física a su vez comprende el derecho a negarse a un examen corporal y a no ser sometido a experimentos sin su voluntad.

c) *Derechos relativos a la integridad moral*. Los derechos referidos a la integridad moral o psíquica en libertad, honor, privacidad, intimidad, autodeterminación informativa, imagen y voz. La libertad a su vez comprende expresiones como libertad de expresión, de información, económica, religiosa, de culto, de tránsito, de trabajo, etc.^{54}.

F) *Naturaleza de la reparación por el daño moral*

La imposibilidad de valorar económicamente el daño moral, implica que en sentido estricto la condena no es una indemnización, pues el dinero no deja indemne a la víctima y a lo sumo es una simple satisfacción o compensación por el daño causado que compense o suprima la aflicción producida por el hecho dañoso. Aunque en este sentido nuestra Corte Suprema ha sido errática, en la mayoría de las ocasiones ha señalado que ese carácter es meramente de satisfacción. Esta consideración es recogida en una sentencia de 2001 en los siguientes términos:

El daño moral “debe ser objeto de resarcimiento, o más bien *satisfacción*, aunque su medición resulte imposible, por lo que algunas veces se ha inclinado por considerar, siguiendo a Ripert y Josserand y no sin razón, que el reconocimiento del daño moral subjetivo implica una sanción o forma de expiar la falta de quien lo infligió al paso que en otras oportunidades ha dispuesto, acorde con el carácter indemnizatorio y reparador de la responsabilidad civil en contraposición de la penal, que tal reconocimiento del daño moral debe procurar mitigar ese dolor, a modo de resarcimiento”^{55}.

Por último, nótese que el daño moral si bien proviene principalmente de la lesión a bienes extrapatrimoniales, nada impide que pueda derivarse de lesiones a bienes estrictamente patrimoniales. “Puede hablarse también de daños morales derivados de daños patrimoniales; así, por ejemplo, el dolor

moral que produce la pérdida de una joya familiar; de daños morales derivados de daños físicos o de enfermedades físicas o mentales y daños morales concomitantes con daños patrimoniales o a la inversa”^{56}. En tal sentido, la Corte de Casación francesa, en fallo del 16 de enero de 1962, reconoció la existencia del daño moral al propietario de un caballo de carreras que fue muerto por un tercero^{57}.

Para Santos Briz, el daño moral puede consistir en la lesión a bienes patrimoniales o extrapatrimoniales. Dice este autor que el daño moral es “el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual producido por la agresión directa de bienes materiales o bien al acervo extrapatrimonial o de la personalidad”^{58}.

El Consejo de Estado sostiene que el daño moral también puede ser originado por la lesión al patrimonio económico de una persona, pero no de modo automático, y en todos los casos de lesión patrimonial. En fallo de 1992 aclaró que “La pérdida de las cosas materiales, por si misma, no amerita su reconocimiento. *Es posible que en circunstancias especiales, y por razones de particular afecto, se vivencie el dolor moral por la pérdida de los bienes materiales*”^{59}. (sin bastardilla el original).

La discusión sobre si cabe la acción por perjuicios morales cuando el daño recae sobre bienes patrimoniales tiene su origen en los Mazeaud quienes enseñan que el perjuicio material es el perjuicio patrimonial, en tanto que el perjuicio moral es el extrapatrimonial, que no posee contenido económico. Esto dio origen a una amplia discusión recogida por Peirano Facio^{60}. Así, por ejemplo, no obstante que en España hay consenso sobre la posibilidad de que el daño moral puede provenir de la lesión a un bien patrimonial, hay una sentencia del Tribunal Supremo 1ª, 31 de octubre de 2002, que expresamente negó la posibilidad de un perjuicio moral causado por la lesión a un bien de carácter patrimonial. El texto pertinente señala: “[...] el *daño moral* es claro y estricto y no comprende en ningún caso aspectos del daño material, por lo que procede su condena tan solo en los

casos en que se atenta a un derecho inmaterial de la persona (honor, intimidad e imagen) o con motivo de la muerte de un ser querido, con independencia de comportar o no un perjuicio económico”^{61}.

Finalmente, otro aspecto importante de resaltar de la naturaleza del daño moral es que es autónomo y no se tiene que presentar unido a otro de carácter patrimonial como presupuesto. Sostener lo contrario, afirma el profesor argentino Jorge Mosset, sería “en el fondo, una tesis claramente materialista, subestimadora de lo espiritual y, por ende, de la persona humana”^{62}.

G) *El daño moral y los daños punitivos*

Si la condena al pago de perjuicios por daño moral es una forma de daños punitivos, es una discusión abierta entre los autores. Si bien un sector mayoritario sostiene que el daño moral no tiene carácter indemnizatorio, sino sancionatorio; autores como Buitrago Duque afirman que hay fundamento para sostener lo contrario. Su investigación nos enseña cómo en la doctrina extranjera la tesis del daño punitivo ha sido propugnada por George Ripert, Demogue y Savatier, y recientemente por Fernando De Trazegnies^{63}.

Algunos autores aceptan que el daño moral tenga un carácter compensatorio, sin perjuicio de que, en determinadas condiciones, también tenga carácter ejemplarizante o punitivo^{64}. Tamayo Jaramillo resume esta idea del carácter vindicativo del daño moral cuando afirma que “por más que se trate de atacar la idea de la venganza en el derecho moderno, es imposible negar que esta subyace en el fondo de muchas acciones judiciales, sobre todo tratándose de procesos de responsabilidad civil”^{65}.

No compartimos la tesis acerca del carácter punitivo del daño moral en nuestro derecho, en el que la responsabilidad civil está enmarcada en el principio de *reparación del daño, todo el daño y solo el daño*. El hecho que muchas acciones judiciales tengan carácter vindicativo, como sostiene

Tamayo Jaramillo, no corresponde a la naturaleza del daño, sino al proceso judicial, y es por eso por lo que se afirma que el derecho procesal es la forma de la venganza moderna. Además, en la jurisprudencia colombiana, puede afirmarse que hay consenso en que la reparación por el daño moral no tiene carácter punitivo, sino de satisfacción o compensatorio como lo atestiguan reiteradas sentencias de la Corte Suprema de Justicia. De modo expresivo lo dijo la Corte en 1941: “Por más que sea difícil la reparación del daño puramente subjetivo y social, esto no implica que haya de quedar sin una *satisfacción* de orden puramente pecuniario, como así la llama Josserand y con él otros expositores”^{66}. (sin bastardilla el original).

H) *Daño moral subjetivo y daño moral objetivado*

El hecho de que la lesión a un bien extrapatrimonial pueda simultáneamente causar daños con claro contenido patrimonial, llevó a que la Corte Suprema de Justicia empleara una distinción, por cierto muy criticable, entre daños morales subjetivados (daño moral en sentido estricto) y daños morales objetivados: “Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de aquel en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados o indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios moral, no susceptibles de objetivación”^{67}.

El criterio de diferenciación consistiría en que “el daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio por la pérdida de su crédito causada por la difamación o por su inhibición para el trabajo; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas”^{68}. Y en consecuencia, las repercusiones objetivas del daño moral siempre han de indemnizarse aplicando las normas que regulan la fijación y el resarcimiento del perjuicio material^{69}. En otras palabras, el daño moral

subjetivo es el daño moral en sentido estricto y el daño moral objetivado es un daño patrimonial causado por la lesión a un bien extrapatrimonial.

La doctrina ha sido muy crítica con esta clasificación del daño moral en objetivado y subjetivado, pero la jurisprudencia ha mantenido con inercia estas denominaciones, por lo que Tamayo Jaramillo dice que es “el fantasma de los perjuicios morales objetivados”^{70}. incluso, nuestra Corte Constitucional usa esta expresión cuando declaró la exequibilidad del artículo 97 del Código Penal^{71}. La clasificación de dos tipos de daños morales no acarrearía problemas si ella no hubiera traído confusión y permitido violar un principio fundamental de la responsabilidad civil como el de no cobrar dos veces el mismo daño, como ocurrió en la sentencia del 5 de mayo de 1942.

En otro caso, en 1956, la Corte Suprema al condenar al responsable de la desfiguración facial de una mujer, ordenó el pago del daño moral objetivado que se derivaba de la incapacidad laboral que las lesiones producían y simultáneamente del daño material por lucro cesante, por lo que dejó de percibir durante su incapacidad física. Es decir, condenó dos veces por el mismo daño material. Por estas razones, Tamayo Jaramillo considera que la subdivisión del daño moral en daño moral objetivado y subjetivado es la creación jurisprudencial que más daño le ha hecho a la responsabilidad civil, y por tal razón debe ser abandonada definitivamente^{72}.

I) En el daño moral puede existir el elemento corporal

El criterio para distinguir el daño extrapatrimonial del patrimonial no consiste en el carácter material o inmaterial del bien o interés lesionado. Peirano Facio rechaza la idea vulgar que identifica el daño moral por oposición a la idea de daño corporal o material. De acuerdo con esa concepción, daño material sería el que es perceptible por los sentidos, en tanto que daño moral o inmaterial sería el perjuicio de carácter incorporeal, que no cae bajo los sentidos^{73}. No compartimos la opinión del jurista

uruguayo. El carácter extrapatrimonial del daño moral no implica, como puede pensarse, que solo se refiere a los aspectos del espíritu humano, puramente psicológicos, inmateriales. Además, el más estricto daño moral también es perceptible por los sentidos, el dolor físico y el dolor moral o interior que tiene sus manifestaciones en el mundo exterior de la víctima y sus allegados.

En tal sentido, nuestra Corte Suprema se había referido al punto desde 1929. El daño corporal de la persona que en su naturaleza es eminentemente material tiene naturaleza de daño moral. “Se sabe que en materia de responsabilidad el daño material no es solo el corporal susceptible de apreciarse por los sentidos. En *el daño moral puede existir igualmente el elemento corporal; verbigracia la herida que desfigura*”^{74}. (sin bastardilla el original). En otra ocasión, la Corte había expresado: “Es la calidad de los bienes o intereses afectados lo que le comunica su naturaleza propia al daño, y no la circunstancia de que este pueda tener una manifestación externa o material. Si se lesionan bienes del patrimonio moral hay daño moral. Si los del patrimonio material, existe el daño de esta clase”^{75}.

Para el profesor Edgar Cortés, en definitiva el daño moral en Colombia es un daño corporal en cuanto siempre se expresa en el pesar o dolor sufrido por la acción dañosa sobre la víctima. El dolor sufrido no es más que una expresión psíquica, de la mente que tiene su expresión también física.

J) *El daño moral en la jurisprudencia colombiana*

Como ya mencionamos, la jurisprudencia nacional lo menciona por primera vez en el caso *Villaveces* (1922). No obstante, nos parece útil hacer dos precisiones históricas.

La primera: en el caso *Villaveces*, la Corte Suprema acogió la doctrina del daño moral como indemnizable, pues consideró razonables los argumentos del abogado demandante. Fue entonces el abogado demandante

quien al interponer el recurso de casación alegó precisamente que se debía reconocer el daño moral causado.

Un segundo aspecto que ha pasado un tanto inadvertido por la literatura jurídica es el hecho de que el Código chileno, inspirador del nuestro, tiene un artículo que establece una reglamentación para los casos de injuria y calumnia (el art. 2331) que no trae nuestro Código Civil. El citado artículo 2331 del Código chileno establece que solo caben perjuicios de tipo material o económico en caso de injuria y calumnia, excluyendo, en nuestra opinión, la posibilidad de la indemnización por daños morales.

Esta limitación del texto chileno genera gran controversia en la doctrina y la jurisprudencia de aquel país. Sostiene Hernán Corral Talciani que la limitación establecida obedeció quizás a las características de la sociedad del siglo xix: “la razón de la limitación puede residir en evitar los litigios en una época en la que los insultos o agresiones eran ordinariamente verbales y no podían afectar en forma tan seria la psique de un individuo. La norma parece carecer de fundamento en una sociedad de masas donde los efectos de imputaciones injuriosas pueden ser devastadores por los incisivos medios a través de los cuales se pueden difundir”^{76}.

Creemos que al omitirse este artículo en nuestro Código Civil puede interpretarse como que los daños son o materiales o morales. De haberse consagrado la prohibición que Bello impuso al texto chileno en el sentido de que “Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero”, se habría dificultado aun más la reparación en dinero del daño moral^{77}. En Chile se acudió luego a la misma argumentación para incluir en el Código los daños morales. En este país se le dio una interpretación un tanto rebuscada al artículo 2331, en el sentido de que si el legislador había limitado expresamente la reparación a los perjuicios materiales en los casos de injuria y calumnia, era porque había otros daños, los morales, que sí se

aplicaban por principio general a todas las otras circunstancias y solo se excluían en los casos de injuria y calumnia.

Como ya reseñamos, el artículo 2331 del Código Civil chileno fue declarado inaplicable por el tribunal en junio de 2008, pues según el juez constitucional el artículo contiene una limitación que atenta contra el derecho a la honra consagrado en el artículo 19 número 4 de la Constitución, y por tanto resulta inaplicable su tenor literal que niega el derecho a indemnización en el caso de imputaciones injuriosas que no causen un daño patrimonial^{78}. En palabras del tribunal: “la infracción constitucional que la posible aplicación de la norma impugnada puede producir en el caso concreto ha de encontrarse en su severo carácter restrictivo en el goce de un derecho que la Carta Fundamental consagra y ordena proteger, mismo que no resulta posible justificar como proporcionado en el logro de otros fines igualmente legítimos”^{79}.

Del estudio de nuestra jurisprudencia, podemos agrupar los desarrollos de la doctrina del daño moral y su reparación en varias etapas. De una etapa inicial en que no se reconoce el perjuicio moral como daño resarcible se pasa a la de su reconocimiento. De ahí en adelante se van dando expansiones del concepto y delimitaciones de su alcance. Para comprender el proceso evolutivo del concepto de daño moral hemos definido las siguientes etapas:

a) *Primera etapa: negación del daño moral.* El silencio de la jurisprudencia durante todo el siglo xix nos permite colegir que se adoptaba la doctrina dominante sostenida por los autores clásicos, que negaban su resarcibilidad porque su admisión supondría desde el punto de vista jurídico un enriquecimiento sin causa o por la imposibilidad de valorar pecuniariamente el honor y los sentimientos íntimos de las personas. En aquella época, se juzgaba intrínsecamente imposible y contra toda lógica, razón y sentimiento, pretender reducir en dinero el interés relativo a bienes como el honor, la integridad física y todos los de esta naturaleza. El artículo

2331 del Código Civil chileno, en el que Bello establece únicamente de modo expreso la acción de reparación de perjuicios materiales en casos de injuria y calumnia, refleja el ambiente reactivo al reconocimiento del daño moral para aquella época.

Ambiente que derivaba de una tendencia mayoritaria que veía inaceptable que un daño extrapatrimonial pudiera tener valoración de tipo económico. El jurista alemán Hans A. Fischer escribe a principios del siglo XX y recoge ese sentimiento de los defensores de la tesis que rechazaba la reparación del daño moral: “¿Cómo —dirá— es que el honor y el sentimiento del derecho y la justicia son valores comerciales, tasables en dinero cuya violación pueda convertirse en fuente de lucro? No puede negarse —afirma Fischer— que esta ideología ha penetrado hondamente en la conciencia jurídica actual; y no parece que fuese otro, tampoco el criterio de los romanos. Las fuentes romanas, que conceden indemnizaciones en dinero siempre que se trata de lesiones y abusos de esclavos, las niegan tratándose de personas libres. El hombre libre y su integridad física están muy por encima de semejante tasación pecuniaria (*liberum corpus nulla aestimationem recipit. D. 9,1,3; D. 9,3,7*)” (. El texto completo del *Digesto* (9, 3, 7) dice: “Cuando lo que se hubiere arrojado o vertido, hubiese lesionado el cuerpo de un hombre libre, el juez computa los honorarios satisfechos al médico y los demás gastos que se hicieron en la curación; además la estimación de los servicios de que careció o ha de carecer porque quedó inútil. *Mas no se hace estimación de las cicatrices o de la deformidad porque el cuerpo de un libre es inestimable*”^{80}.

b) *Segunda etapa: el daño moral como especie del daño extrapatrimonial.* Se reconoce el daño moral como una especie del daño extrapatrimonial, consistente en el dolor o aflicción de la víctima. En la sentencia en el caso *Villaveces* (1922) la Corte Suprema de Justicia marcó un hito en la evolución de la jurisprudencia sobre daño moral en la responsabilidad aquiliana: *el daño moral no es más que una especie.* Puede

ser causado por lesiones a bienes patrimoniales o extrapatrimoniales. Al resolver un recurso de casación, la Sala de Casación Civil ante un caso en el cual el señor León Villaveces demandó a la ciudad de Bogotá para que se la condenara a devolver los restos de su esposa (Emilia Santamaría), los cuales habían sido exhumados y depositados en una fosa común, sin autorización, además de reparar los perjuicios morales ocasionados al demandante villaveces, consideró que los daños que se pueden causar se extienden tanto a los patrimoniales como al daño moral. Los términos de la sentencia son los siguientes:

La Corte dice que el artículo 2356 del Código Civil extiende la reparación a todo daño inferido a una persona por malicia o negligencia de otra, de manera que *no puede limitarse su ordenamiento únicamente al daño patrimonial*, o sea, en lo que mira al derecho de propiedad respecto de los bienes pecuniarios, ya que ese derecho es solo una parte del conjunto de los elementos que integran la persona humana como sujeto de derecho. *Tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infiriéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente*.^{81}.

La Corte ordenó al Municipio de Bogotá entregar la lápida que cerraba la bóveda de la señora Emilia Santamaría al demandante, y condenó a pagarle al señor villaveces los perjuicios morales que sufrió por la indebida extracción de dichos restos. No obstante, por haber dificultad en tasar los perjuicios morales, estimó la Corte que “para mejor proveer antes de dictar la sentencia que debe reemplazar a la del Tribunal, *dispone que por medio de peritos* nombrados por esta Corte *se fije monto de los perjuicios sufridos por el demandante* a causa de la indebida extracción de los restos de su esposa”.^{82} (sin bastardilla el original).

En 1924, cuando los peritos rindieron su concepto y se surtió el trámite ante la Corte, se pudo dictar la sentencia sustitutiva de la del tribunal. La

Corte, en la sentencia sustitutiva, tomó importantes resoluciones que marcan los criterios de la reparación del daño moral, a saber:

a') Se condenó al municipio por daño moral causado al demandante en los siguientes términos: “Por otro lado, se sostiene que al señor Villaveces, por el solo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del municipio un daño moral que debe ser reparado a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil”^{83}.

La obligación resarcitoria no excluye los daños inmateriales y, por tanto, estos deben ser reparados, sin que el argumento de la imposibilidad de la fijación del *quantum* de la indemnización sea suficiente por sí solo para lograr la absolución del demandado.

b') Se concedió, como forma de reparación del daño moral, una reparación simbólica atendiendo al concepto de los peritos. Los términos del fallo fueron los siguientes:

“La indemnización en este caso debe tener por objeto *repararle* al señor Villaveces *el dolor sufrido, reemplazando con otra cosa que sirva de homenaje y evocación a la memoria de su esposa muerta*, la propia tumba de ella. *Esa cosa no puede ser otra que un monumento artístico*, que por sí solo, o con los restos si se pueden restituir, llene el vacío que produjo el quebranto moral del demandante”^{84}. (sin bastardilla el original).

No se hizo la reparación simbólica que se previó en la sentencia y los peritos simplemente fijaron una suma en dinero equivalente al valor del monumento funerario que honraría la memoria de la señora de Villaveces. Con ese dinero, el demandante tenía la opción de construirlo o no. Se perdió aquí también la oportunidad de exigir las reparaciones simbólicas en los daños morales, el modo más propio para la satisfacción o reparación de este tipo de perjuicios, y se le dio curso a su monetarización.

c') Se estableció que la mejor forma de determinar la reparación del daño moral era mediante concepto de peritos. A estos se les instruyó en los

criterios que deberían tener en cuenta a la hora de sugerir la reparación del daño moral.

d') El perjuicio no patrimonial puede consistir en la ofensa a la honra o a la dignidad personal, o causando dolor o molestia. Es decir que el fallo abre la posibilidad de otros daños extrapatrimoniales diferentes del moral^{85}.

c) *Tercera etapa: expansión del caso Villaveces*. En 1933, nuevamente la Corte tiene la oportunidad de pronunciarse sobre el daño moral. Esta vez se trató de un médico que legalmente importó 100 kilos de opio con fines farmacéuticos. Medios de comunicación dieron despliegue al decomiso que hizo la aduana de este material y equivocadamente dieron a entender que el médico era un traficante de opio^{86}.

La Corte afirmó que “las noticias difamatorias perjudican en sumo grado a los profesionales en general, pero en especial a un médico, ya que el público le tiene confianza”. El daño moral lo constituyó la “*mortificación, el descrédito ocasionados por la imputación de introducir drogas al país en forma clandestina o de contrabando*”^{87}.

Así la Corte, en 1933, equiparó el daño moral por el dolor con la ofensa al honor o descrédito por la difamación, sin desarrollar la posibilidad que las sentencias expedidas en 1922 y 1924 habían establecido de diferentes tipos de daño extrapatrimonial. El daño moral se entendió en esta sentencia como sinónimo de daño extrapatrimonial y en él se cobijaban todas las hipótesis posibles. La Corte condenó al pago de una suma de dinero como satisfacción por el daño moral, abandonando la forma de reparación simbólica que se determinó en el fallo *Villaveces*. Se establece igualmente que la reparación del daño moral no puede ser ilimitada.

En 1937, se condena a la nación a pagar perjuicios morales a un padre, por la muerte de su hija en un accidente ferroviario. La Corte en este caso nuevamente se aleja de la sentencia *Villaveces* al abandonar la reparación simbólica del daño moral y determina que la reparación se haga con una compensación en dinero. La Corte expresó: “en los casos en que ha podido

hacerse una apreciación del daño patrimonial y son evidentes los perjuicios de carácter moral, es procedente la estimación de estos en dinero que se señaló para aquella época en \$ 2000 por extensión de lo establecido en el Código Penal de 1936 para la reparación del daño moral por los delitos”^{88}.

En el decenio de los treinta, la Corte sigue expandiendo el concepto de daño moral. En otra sentencia de 1937 se hace una clasificación de daños patrimoniales y extrapatrimoniales de acuerdo con la naturaleza del derecho. Expresó en ese sentido que “Ese criterio corresponde a la división de los derechos en patrimoniales: reales y de crédito, y extrapatrimoniales: de la personalidad, de la familia”^{89}. La Corte agregó que en el daño moral podía haber también un elemento corporal, como la desfiguración facial. igualmente, estableció en este fallo que el daño se dividía en dos grandes categorías: daño patrimonial y daño extrapatrimonial. El daño moral a su vez se subdividía en dos subespecies: “1) los que perjudican la parte social del patrimonio moral: honor, consideración, reputación, etc., y 2) los que menoscaban la parte afectiva del patrimonio moral: sentimientos, afectos, pensamientos, etc.”^{90}.

Adicionalmente, esta fue la primera sentencia en explicitar que el daño moral indemnizable es el cierto: “Tanto en el perjuicio moral como en el material se requiere como elemento esencial para reparación el de ser cierto”^{91}.

d) *Cuarta etapa: se niega que haya daño moral cuando hay daño corporal.* En la cuarta etapa, la jurisprudencia niega que haya daño moral si hay daño corporal, pues la reparación del daño patrimonial incluye la del moral. En sentencia de 1941, la Corte Suprema negó el reconocimiento por daño moral a un menor que sufrió “la trituración del pie izquierdo, conllevando a la deformidad funcional por amputación”^{92}. La Corte fundó su decisión con el argumento de que en ciertos casos la reparación del daño patrimonial incluye la del moral, pues el perjuicio moral no tiene existencia

propia y autónoma del material, como es el caso de los daños corporales. La parte de la sentencia que recoge esta tesis señala:

“Tal acontece cuando los daños corporales, que entrañan a la vez que un perjuicio material de incapacidad, un sentimiento, elementos sociológicos que deprimen el espíritu y entristecen la vida, pero que sin embargo no admite la calificación de perjuicio moral, jurídicamente hablando, porque no tiene existencia propia y diferente del daño patrimonial. Para estos casos, admiten los autores que para la reparación del daño patrimonial debe entenderse comprendida la del moral”^{93}.

No obstante, esta tesis fue abandonada en fallos posteriores y en particular en un fallo de 1942 cuando al rectificar dicha doctrina se afirmó: “No es exacto que cuando se haga estimación de perjuicios materiales se entienden incluidos en estos los de orden moral, o viceversa. Pueden ocurrir simultáneamente las dos clases de perjuicios, y no solo nada impide, sino que es lógico y acorde con la ley y la equidad, hacer la estimación de los unos y de los otros por separado, cuando el caso ocurre y cuando hay base probatoria suficiente para reconocerlos y avaluarlos”^{94}.

e) *Quinta etapa: daño moral objetivado y subjetivado.* La jurisprudencia hace énfasis en la distinción entre el daño moral objetivo y el subjetivado. En tres fallos de la década de 1940, la Corte introdujo la subdivisión de los daños morales en objetivados y subjetivados. Los primeros son de contenido patrimonial, mientras que los segundos afectan a la persona en esferas distintas de aquel^{95}.

En el decenio de los cuarenta, el daño moral era considerado de manera autónoma cuando el perjuicio moral era consecuencia exclusiva del daño, es decir, si se estaba en presencia de ese perjuicio en particular^{96}. Dicha posición fue modificada por las tres sentencias ya mencionadas, en las cuales se sostuvo que se debe mirar sobre qué bien de la personalidad recae la lesión. Así entonces se estará ante un perjuicio moral objetivado cuando se afecta o se lesiona un interés de carácter extrapatrimonial o inmaterial,

que tiene repercusiones en el patrimonio de la víctima, generando un detrimento en él, como en el caso de las lesiones físicas o estéticas.

Por su parte, el daño moral subjetivo fue clasificado por dichas sentencias en daño moral propiamente dicho, si afecta la psiquis y en daño al patrimonio afectivo de la víctima, si aquel daño se proyecta sobre la vida social de la víctima o sobre su vida de relación.

Se estableció también que la determinación del *quantum* del daño moral quedaba al libre arbitrio judicial y se excluyó a los peritos, pues “El justiprecio del dolor ajeno no es materia de ninguna de las ciencias ni artes que pueden ser objeto de la especialización intelectual de los hombres”^{97}. La Corte Suprema ya había sentado el principio de que “en suma, para el daño moral no objetivable se admite en la ley colombiana una pequeña satisfacción pecuniaria que se gradúa prudencialmente por el juez”^{98}.

En esta época, la Corte Suprema se refiere por primera vez a la presunción del daño moral causado a los padres por la muerte de un hijo en los siguientes términos: “La relación existente entre padre e hijo, indica que se ha inferido daño en el patrimonio afectivo, por otra parte, a que el medio probatorio adecuado para la comprobación del daño moral subjetivo no puede ser directo sino a base de simples presunciones de hombre, *es de justicia y de razón presumir que el demandante ha sufrido ese daño*. Las relaciones estrechas de parentesco entre el actor y la víctima que suponen una vinculación de afecto entre ambos, contra la cual nada se ha acreditado que sirviese de base para pensar que esos vínculos no existían al tiempo de la muerte de Eucarpo, entre él y su padre, indican que se ha inferido daño en el patrimonio afectivo, el que por la relación tan estrecha de padre a hijo y las demás circunstancias que configuran ese vínculo, imponen una condenación en el *maximum* del *quantum* autorizado por la ley” (sin bastardilla el original)^{99}. Y en sentencia de la misma época se establece la presunción judicial para apreciar el daño moral por el solo hecho del parentesco. Dijo así la Corte: “Cabe reconocer la causación de un perjuicio

moral meramente subjetivo, que no hay necesidad de acreditar, porque es forzoso presumir que entre personas normales la pérdida de una persona ligada por los vínculos de la sangre produce un sufrimiento del ánimo, tanto más hondo cuanto más cercano sea el parentesco”^{100}.

Los menores de corta edad también pueden sufrir daños morales. En la década del cincuenta, la Corte tuvo oportunidad de analizar en varias sentencias si los niños de poca edad al no tener plena conciencia de los acontecimientos podían ser titulares de una reparación por daño moral como consecuencia de la muerte de los padres. En fallo de 1950 se dijo que tales daños son mayores a los sufridos por los adultos:

“Aduce la Corte que los sentimientos afectivos en la mayoría de las veces se sufren con mayor intensidad en los niños que en los adultos. Resulta entonces inaceptable afirmar que el menor de 7 años no siente verdadera pena por falta de la tutela afectiva de uno de sus progenitores, especialmente de su madre, ya que esto resulta contrario a la realidad, pero aun admitiendo ese supuesto, este terminará cuando se supere este umbral en materia de edad y entonces ciertamente sentirá la pena causada por la muerte de la madre”^{101}.

La Corte Suprema de Justicia (1971), en el caso de un infante de 10 meses de edad, reiteró esa tesis por considerar que ese es un daño moral futuro cierto:

“La Corte [...] considera que la cónyuge de la víctima sufrió un gran dolor por su desaparición, pero que la menor ya que solo contaba con 10 meses de edad, no experimentó un dolor análogo, pero no deja de ser verdad que más tarde tendría que sentir una cierta pena por la falta de un padre. *Debe admitirse que la menor también sufrió un perjuicio moral subjetivo por la trágica muerte de su progenitor, perjuicio que si bien es futuro, tiene la misma categoría de certeza que el material, el perjuicio futuro pero cierto es indemnizable*”^{102}.

En 1956, la Corte Suprema niega la reparación del daño moral a los parientes o amigos de víctimas que no fallecen como resultado de lesiones personales causadas por un delito. Así lo hizo al negar la indemnización de perjuicios a los padres de una mujer herida con arma de fuego, pues señaló que solo la víctima del delito podía reclamar perjuicios morales.

“En los casos de indemnización del daño moral subjetivo los debe recibir directamente la víctima de él; no puede decretarse una nueva indemnización por el mismo concepto a los parientes y amigos, porque basándose la reparación en el dolor que el daño ocasiona, se hace necesario señalar la órbita precisa de este, a fin de evitar que, alegando la misma causa, los parientes y aun los amigos del ofendido que también han experimentado un intenso dolor se presentaren ante la justicia en demanda de nueva indemnización, lo cual daría lugar a una cadena interminable de acciones”^{103}.

No obstante, a partir de 1967, la Corte acepta que en caso de invalidez los parientes más cercanos sí pueden reclamar perjuicios morales y esta es hoy una doctrina constante de la jurisprudencia. El fallo de 1967, que modifica la postura inicial, señaló que por invalidez otras personas sí podían reclamar perjuicio moral, pero lo limitó a los parientes muy cercanos:

“Por el aspecto de los perjuicios morales *es obvio* que la muerte o *la invalidez accidentales de una persona pueda herir los sentimientos de afección de muchas otras y causarles sufrimientos, más o menos intensos y profundos*. En principio, todos estos ofendidos estarían legitimados por el daño moral que cada uno de ellos recibe para demandar la reparación correspondiente; pero como el reconocimiento indeterminado de este derecho podría dar lugar a una ilimitada multiplicidad de acciones de resarcimiento, *la doctrina y la jurisprudencia han considerado necesario reservar ese derecho a aquellas personas que, por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima del accidente, se hallan en situación*

que por lo regular permite presumir, con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo”^{104}.

Fallos posteriores de la Corte y del Consejo de Estado han eliminado la restricción de que se trate únicamente de personas con estrecha vinculación. El daño moral es una situación de facto que debe ser probada. Es posible presumir en los más cercanos parientes ese daño, pero esto no ha de excluir a los demás que prueben haber recibido un daño cierto. En el fondo es un problema de prueba y no un asunto que se resuelva limitando las personas legitimadas para el ejercicio de la acción civil de reparación.

f) Sexta etapa: se actualizan los topes máximos. La sexta etapa puede ubicarse en 1974, cuando la Corte Suprema dio un giro en su jurisprudencia, con ponencia del magistrado Germán Giraldo Zuluaga, quien consideró conveniente actualizar el tope máximo por daño moral en la suma de \$ 30.000 al menos para los casos de responsabilidad civil extracontractual que no tenían fuente en el delito penal^{105}. Así se modificó el tope establecido por el Código Penal de 1936, que señalaba dicho monto en dos mil pesos, criterio que había sido adoptado también para la responsabilidad civil.

La Corte Suprema consideró en este fallo que el artículo 95 del Código Penal de 1936 solo resultaba aplicable para los jueces penales, porque la norma se refería a la indemnización del daño moral que tiene origen en la violación de la ley penal; de esta manera, se aleja de la posición establecida en 1942, época en la que se aseguró que el fallador no puede excederse del máximo de dos mil pesos^{106} en su condena.

Otro momento en esta etapa se da con el Código Penal de 2000 que conserva la tradición de fijar un límite al arbitrio judicial, estableciendo en su artículo 97 que “en relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización una suma equivalente, en moneda nacional, hasta (1.000) mil salarios mínimos legales mensuales”.

En 2002, la Corte Constitucional declaró que el artículo 97 del Código Penal que elevó el tope hasta mil salarios mínimos legales vigentes era constitucional: “en el entendido de que el límite se aplica exclusivamente a la parte de indemnización de daños morales, cuyo valor pecuniario no fue objetivamente determinado en el proceso penal. Este límite se aplicará a la indemnización de dichos daños cuando la fuente de la obligación sea únicamente la conducta punible”^{107}.

Es muy posible que pronto la jurisprudencia, especialmente la del Consejo de Estado, vuelva a los topes del Código Penal para el daño moral en asuntos de su competencia, pues esta cifra es notoriamente superior a la fijada por la Corte Suprema y el Consejo de Estado.

g) *El daño moral en el Consejo de Estado.* La jurisprudencia sobre el daño moral ha tenido en el Consejo de Estado algunos desarrollos diferentes de los de la Corte Suprema de Justicia, aunque en líneas generales el régimen es similar. veamos los desarrollos más importantes en esta materia:

a’) *La liquidación se hace en salarios mínimos.* El Consejo de Estado consideró que el artículo 95 del Código Penal de 1936 no se aplicaba de manera exclusiva en la jurisdicción penal. A partir de la sentencia del 9 de febrero de 1978 decidió actualizar ese valor sin norma expresa que lo autorizara, con fundamento en el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y lo estableció en 1.000 gramos oro. Luego, como lo hemos dicho, los topes se han señalado en salarios mínimos legales vigentes y no en gramos oro o en una cantidad determinada como sí lo hace la Corte Suprema de Justicia^{108}.

b’) *Presunción de daño moral en el caso de los hermanos de la víctima fallecida.* La presunción del daño moral entre parientes, incluidos los hermanos y colaterales, es aceptada por el Consejo de Estado. En fallo de 2007, el Consejo de Estado, en el caso conocido como la Masacre del Aro en la que se condenó al Estado por la muerte de unas personas, reiteró su posición de presumir el daño moral en los hermanos de la víctima fallecida.

En el caso concreto se encontró que la responsabilidad del Estado estaba ya probada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que había juzgado el caso, pero asumió la competencia del caso para valorar los daños causados a una de las víctimas que no había comparecido a la Corte interamericana, y por tanto, no operaba la cosa juzgada para el demandante^{109}.

Al valorar el daño moral, el Consejo de Estado reiteró su sentencia de 17 de julio de 1992, en el sentido de que se modifica la jurisprudencia hasta entonces vigente que solo presumía el daño moral entre los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí^{110}. En esta sentencia de 1992, se dijo que “se *presume que el daño* antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas *genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil*, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales”^{111}. (sin bastardilla el original).

El Consejo de Estado consideró que el concepto de familia para efectos de la reparación de perjuicios se extendía más allá de los padres e hijos. Dijo así: “La familia para fines de las controversias indemnizatorias está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio”^{112}.

En síntesis, para el Consejo de Estado se debe probar lo anormal y no aquello que es natural en las relaciones familiares: el afecto y amor entre hermanos, padres, etc. En palabras del Consejo de Estado:

“La Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. [...] lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos

afectan moral y sentimentalmente a otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida, sino en tanto y en cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien”^{113}.

En cuanto a los hijos abandonados por sus padres, el Consejo de Estado ha manifestado que no existe el daño moral en los padres que han dejado a su suerte a los hijos privándolos de su afecto. Así en fallo del 12 de noviembre de 1992 negó el daño moral a un padre que había abandonado a su hijo. En los argumentos la Sala dijo: “el occiso fue un niño que se levantó sin la ternura de su padre. Por ello no sabía nada él [...] El padre que ahora demanda el pago de perjuicios morales y materiales registra un gran pasivo en lo que respecta al amor hacia su hijo. Lo abandonó en la vida, es muy difícil aceptar que le haya dejado un vacío con su muerte. Los padres que no proporcionan a sus hijos el pan del amor, no pueden demandar de la administración que les indemnice, *mortis causa*, con el pan para el cuerpo”.

c’) *El daño moral en los hijos de crianza*. En sentencia de 2008, el Consejo de Estado reconoció el perjuicio moral sufrido por un hijo de crianza al haber muerto la persona que lo sustentó en accidente de tránsito del que fue responsable el Estado. En el proceso quedó acreditado que el menor tuvo, de *facto*, por padre a la víctima fallecida, así no existiera un vínculo de consanguinidad o de adopción en sentido jurídico estricto. Luego de una reflexión en torno al concepto de familia de derecho y de hecho, afirmó el Consejo de Estado que “acreditado por cualquiera de los medios probatorios, la circunstancia o relación de especial afecto y protección que se adjetiva como «hijo de crianza» [...] permite se infiera de allí el dolor moral padecido por aquel o por el *pater familias*”^{114}.

d’) *El daño moral debe tener cierta entidad. No toda molestia los causa*. El daño moral debe tener cierta entidad y no se causa por cualquier perturbación de menor importancia. En este sentido, el Consejo de Estado rechazó la reparación del alegado perjuicio moral en el caso de una persona

que sufrió, como todos los colombianos, el racionamiento energético durante el gobierno del presidente Gaviria. Impetró el demandante el resarcimiento del daño moral que, según afirma, le causaron el racionamiento de energía y el cambio de hora legal, el cual hace consistir en cambios de humor, sentimientos de frustración, etc. Transcribimos la descripción hecha por el demandante de su alegado daño moral que fue desestimado por el Consejo de Estado:

“a) La constante aflicción, irritabilidad y frustración que le provocaron el no poder disfrutar en el momento deseado de una película en el betamax, un programa de televisión o una audición musical; b) el desarreglo orgánico debido a la alteración de sus hábitos alimenticios; c) la desadaptación para el descanso; d) la desesperación por el desorden vehicular dada la carencia de semáforos; e) las mortificaciones que padeció al momento de acudir a los servicios de cajeros automáticos, estaciones de gasolina y ascensores en las oficinas por no poderlas utilizar en las horas de racionamiento; f) la alteración de sus actividades profesionales por falta de electricidad para el uso de máquinas de escribir y telefax, y g) la desolación que experimentaba en las calles ante un comercio que cerraba sus puertas al público en horas muy tempranas”^{115}.

Sin embargo, tales molestias no alcanzaron, a juicio de la Sala y según la prueba que obró en el proceso, a producirle al demandante un grave sufrimiento, susceptible de reparación, “de la naturaleza de aquel que se padece por la pérdida de un ser querido o el agravio que se infiere al cuerpo, a los sentimientos o a los derechos fundamentales de las personas con una lesión o una injuria, *sino tan solo incomodidades menores que si bien afectaron su vida cotidiana no incidieron seriamente en su espiritualidad*”^{116}. (sin bastardilla el original).

e’) *Presunción de daño moral por lesiones físicas*. El Consejo de Estado ha introducido un criterio probatorio de daño moral causado cuando hay lesiones físicas graves y leves, dependiendo de si se trata de la víctima

directa o de los parientes perjudicados indirectos. Las lesiones graves hacen presumir el daño moral tanto en la víctima directa como en las indirectas. En el caso de las lesiones leves, el daño moral se presume únicamente para la víctima directa, por lo que los parientes o víctimas indirectas, además deben demostrar la existencia del daño moral. Así se ha pronunciado el Consejo de Estado, al exponer esta línea jurisprudencial:

“En el primer caso, *lesiones graves*, se ha sostenido:

”1. Respecto a la víctima, que con la demostración del daño antijurídico por lesión grave tiene derecho a la indemnización de perjuicio moral.

”2. En lo que atañe con las víctimas indirectas —en este caso, padres, cónyuge, hermanos, hijos— tienen derecho a la indemnización del daño antijurídico por lesión grave de su pariente siempre y cuando demuestren, en primer término, esta lesión y, en segundo lugar, el parentesco. La jurisprudencia infiere de estos dos hechos, demostrados plenamente, que aquellos padecieron dolor moral”^{117}.

En el segundo caso, es decir, indemnización por perjuicios morales ocasionados por *lesiones leves*, deben distinguirse las siguientes situaciones:

“1. Para la víctima directa: una vez prueba el daño antijurídico por lesión leve, es claro que tiene derecho a la indemnización por perjuicio moral; es de la naturaleza de los seres humanos que cuando sufren directamente el impacto de una lesión física leve que fue producida con arma de fuego, tuvo que padecer congoja y tristeza, pues su psiquis se afectó desde el ataque, así el resultado no haya sido de magnitud grave; pero

”2. para las víctimas indirectas —como en este caso padres, hermanos, cónyuge e hijos—, *es necesario demostrar a más de la lesión leve*, el parentesco, que aquella lesión les produjo dolor moral; en esta lesión leve, la jurisprudencia no infiere padecimiento moral de los dos primeros hechos”^{118} (sin bastardilla el original).

f”) *Los no parientes de la víctima pueden sufrir daño moral.* Toda persona, pariente o no, tiene derecho a la indemnización de daño moral si prueba haberlo sufrido. Se ha discutido en la doctrina si la reparación del daño moral debe ser restrictiva, es decir, que solo cubra las víctimas directas y sus herederos o parientes cercanos (padres, abuelos, cónyuges, consanguíneos y parientes por afinidad). La pregunta se hace por el infundado temor de la expansión infinita de perjudicados que puedan solicitar la indemnización por daño moral por el fallecimiento de terceras personas. Piénsese, por ejemplo, en los magnicidios de Luis Carlos Galán o de Kennedy, en los que pueblos enteros lloraron su muerte. ¿Podrán todos reclamar daño moral? El sector que lo niega entonces busca fundamento en que solo lo pueden intentar los parientes cercanos. Otros pensamos que quien pruebe un daño debe ser indemnizado si cumple con los demás principios de reparación: daño cierto, personal y antijurídico, situación aplicable también a los daños extrapatrimoniales. En este sentido, el Consejo de Estado ha afirmado que todo daño debe ser reparado, sea quien fuere el que lo sufra, incluidos amigos, con el único requisito de que el daño sea cierto. El texto que recoge esta línea jurisprudencial señala:

“[...] no hay que plantear más que una cuestión: ¿experimenta el demandante, sí o no, un verdadero pesar? *En la afirmativa, ese pesar debe ser reparado, sea quien sea el que lo sufra, pariente cercano, pariente lejano o, incluso, sencillamente un amigo.* En la negativa, no se debe ninguna reparación.

”No cabe entonces sino rechazar las teorías restrictivas; todas ellas proceden de una confusión entre el perjuicio material y el daño moral. Así como no cabe reservar la acción de indemnización tan solo a los parientes consanguíneos y afines que sean acreedores de alimentos, no se podría reservarla para los parientes consanguíneos y por afinidad muy próximos (cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos y hermanas, suegros y suegras, yernos y nueras, cuñados y cuñadas), a los parientes en grado de

sucedan, o también a los que tengan un vínculo de parentesco consanguíneo o por afinidad reconocido por la ley. El pesar experimentado, cuya reparación se asegura, no se limita a unas u otras de esas categorías, rebasa el círculo mismo de la familia, y es susceptible de afectar a cualquier persona [...].

”El único límite a la multiplicación de las acciones debe buscarse, por lo tanto, en la exigencia de un pesar real y suficientemente profundo. Corresponderá a los tribunales, en cada caso, averiguar si se ha cumplido con ese requisito”^{119}. (sin bastardilla el original).

g’) *El daño moral a la persona jurídica*. Como el perjuicio moral se refiere al dolor o pena sufrida por la lesión a un bien patrimonial o extrapatrimonial, la persona jurídica como tal carece de capacidad de experimentar dichos sufrimientos y por lo mismo no tiene derecho a la reclamación de un daño moral en sentido estricto^{120}. No obstante, la cuestión no es pacífica en la doctrina y la jurisprudencia. Entre los partidarios de reconocer daño moral a las personas jurídicas se encuentra Adriano De Cupis para quien la “persona jurídica puede ser un sujeto pasivo del daño no patrimonial”.

“Esto se produce cuando se compromete el beneficio que ella — independientemente por supuesto de un sentimiento de bienestar— puede experimentar en alguno de aquellos bienes no patrimoniales de los que ostenta la titularidad. Así, una sociedad mercantil, una institución de beneficencia, etcétera, pueden alcanzar un daño no patrimonial [...], con una campaña difamatoria, por la violación del secreto de correspondencia, etc. *El argumento de que la persona jurídica es incapaz de sufrimientos físicos o morales no es decisivo, dada la posibilidad de configurar también un daño no patrimonial distinto del dolor*”. En otras palabras, hay otros daños extrapatrimoniales diferentes del dolor que sí pueden ser reclamados por la persona jurídica en caso de sufrirlos.

Y así Adriano De Cupis concluye que “La persona jurídica, ciertamente, no puede percibir el sentimiento de la propia dignidad y de aquí que no sufra por la lesión de su honor; *pero sufre, comúnmente, el daño que incide en su reputación en la cual se refleja su mismo honor*”^{121}. En sentido similar, los hermanos Mazeaud reconocen la posibilidad de un perjuicio extrapatrimonial de la persona jurídica en los siguientes términos:

“No obstante, se impone una observación de orden general. El perjuicio material no es el único que está en juego. *Una agrupación, al igual que una persona física, posee un patrimonio extrapecuniario, que puede ser lesionado*. Es capaz de sufrir un perjuicio moral, con exclusión tan solo de una ofensa a los sentimientos afectivos. Si una persona moral no tiene corazón, posee un honor y una consideración. *Si estos reciben un ultraje, la agrupación sufre un perjuicio moral*”^{122}.

En contra de toda posibilidad de daño moral a las personas jurídicas se muestra el jurista italiano Renato Scognamiglio, quien señala:

“Parece que la doctrina se preocupa sobre todo por otorgar a las personas jurídicas una protección adecuada que llevaría a compensarles el perjuicio recibido en su honor, en su prestigio y atributos similares. Pero aquí vuelve a aflorar la habitual confusión entre el daño infligido a los bienes de la personalidad y el daño moral, que viene a superarse *si se considera que la ofensa al honor, etc., es resarcible de suyo*. Si además de esta consideración se tiene firme *la noción técnica y más segura del daño moral, como sensación aflictiva* con ciertos agravios, ya desde el primer vistazo se muestra imposible la concepción de un daño moral a la persona jurídica, *que careciendo de personalidad sicofísica, ciertamente no podría sufrir dolor por cualquier ofensa a su reputación*”^{123}.

Estas tesis fueron expuestas por el Consejo de Estado en el caso que la Compañía de Jesús elevó a título personal con ocasión de la muerte trágica de uno de sus sacerdotes. Estudió el Consejo de Estado si correspondía una indemnización “por el dolor o afección sufrida por la pérdida de su

compañero de comunidad y labores”, según lo impetró expresamente la comunidad religiosa en las pretensiones de la demanda^{124}.

Negó el Consejo de Estado la pretensión, y para ello hizo un análisis de la naturaleza y extensión del daño moral. El Consejo de Estado entendió y definió el daño moral como aquel circunscrito al dolor y la pena, exclusivos de los sentimientos de la persona humana y, por tanto, imposible para la persona jurídica. Dijo así la Sala:

“Si bien por *regla general* la indemnización por perjuicios morales va acorde con la aflicción, la pena, el abatimiento y la amargura sufridos por la persona como consecuencia del daño recibido, tal gama de sentimientos angustiosos es *inherente al ser humano* sensitivamente capaz de recibirlos, de tal forma que *la persona jurídica incapacitada e inhabilitada por su propia naturaleza para experimentar tales sensaciones*, queda exenta de pretender indemnizaciones de índole moral cuando la causa del daño, como en el presente caso, es el fallecimiento de uno de los miembros adscritos de esa persona moral. Se ha considerado que la base del perjuicio moral subjetivo estriba en la aflicción, tristeza o angustia nacidas del amor, el efecto, la amistad que sienten los demandantes por la víctima, sentimientos que unidos al parentesco, en la mayoría de los casos, permiten presumir el dolor que la desaparición les causa y cuya compensación en dinero se procura”^{125}.

Con fundamento en esa interpretación, “obviamente los sentimientos de aflicción por la muerte de un ser querido no pueden predicarse de una persona jurídica, así esta se encuentre en las especiales condiciones de integración y solidaridad que testimonialmente se quieren mostrar respecto de la comunidad demandante en el proceso”^{126}.

El Consejo de Estado cierra aparentemente la posibilidad de daño moral a las personas jurídicas con este fallo. No obstante, su lectura detenida nos permite concluir que se abren espacios importantes para reclamar perjuicios

extrapatrimoniales diferentes del daño moral de las personas jurídicas. Veamos las razones:

1º) El Consejo de Estado expresamente no cerró las puertas a la reparación por otros daños extrapatrimoniales diferentes del daño moral (*pretium doloris*) de la persona jurídica, entendido este como “el ligado con los sentimientos propios del afecto y amor de un ser humano”. Pero la persona jurídica sí puede reclamar daño moral —extrapatrimonial— cuando es diferente del dolor, como podría ser la afectación de su buena fama. La parte pertinente del fallo señaló expresamente sobre este aspecto, lo siguiente: “No significa lo anterior, según se advirtió, que las personas jurídicas se encuentren totalmente impedidas para acceder judicialmente a reclamar indemnización por perjuicios de orden moral. De ninguna manera. Las consideraciones antecedentes son aplicables para casos como el presente donde el perjuicio moral va indiscutiblemente ligado con los sentimientos propios del afecto y amor de un ser humano”^{127}.

Acto seguido explica cómo cabe el daño extrapatrimonial en la persona jurídica cuando dice, apoyándose en la doctrina de los Mazeaud y De Cupis, citados en la sentencia: “otra cosa puede ser, cuando el daño moral no presente esa directa y exclusiva comunicación sentimental, en cuyo caso, bien puede eventualmente pensarse en indemnizar por tal concepto a las personas jurídicas”^{128}.

2º) El fallo negó el perjuicio moral a la comunidad demandante, porque al no ser persona humana es incapaz de tener sentimientos de aflicción por un ser querido. Pero acto seguido manifestó que este sí puede ser causado a los compañeros de la comunidad:

“La realidad continúa siendo la misma: de esa persona jurídica no puede predicarse el daño moral por cuanto carece de la capacidad afectiva y sentimental sobre la cual recaiga el perjuicio moral, *sin que en estos casos haya lugar a identificar la situación de la persona jurídica con la de sus integrantes, pues para todos los efectos son diferentes. Estos, bien pudieron*

ser víctimas, individualmente considerados, del perjuicio moral narrado, pero así no se demandó”.^{129} (sin bastardilla el original).

En otras palabras, los compañeros de la comunidad pudieron haber demandado el daño moral (*pretium doloris*) causado a cada uno de ellos por la muerte trágica del religioso, pero no lo hicieron así y por lo mismo no fueron partes en el proceso. En casos como el que se estudia, una acción de grupo sería a nuestro juicio la vía más recomendable para instaurar el proceso de responsabilidad por daños morales a las personas naturales integrantes de la persona jurídica, sin desconocer que cada uno tiene una acción personal de responsabilidad civil individual.

h) *La fallida fijación de tablas o baremos para liquidar el daño moral. El aparente abandono del arbitrium iudicis por el test de proporcionalidad.* En un trabajo de investigación que tuve oportunidad de dirigir se hizo el análisis del aparente abandono del *arbitrium iudicis* por el test de proporcionalidad y el establecimiento de baremos.^{130}

El Consejo de Estado con ponencia de Jaime Orlando Santofimio Gamboa abrió la polémica del abandono del criterio del *arbitrium iudicis* para determinar la cuantía de la reparación por daño extrapatrimonial. Mediante los fallos de 9 de mayo de 2011 (sent. 19.976), 25 de julio de 2011 (sent. 19.434), 19 de agosto de 2011 (sent. 20.144) y 1 de febrero de 2012 (sent. 20.106) el Consejo de Estado, siguiendo el precedente constitucional, adoptó el “test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales”, abandonando el tradicional *arbitrium iudicis*.

En un caso de una menor que resultó lesionado en un colegio oficial por una de sus compañeras, se encontró responsable al Estado y se ordenó el pago de perjuicios morales a favor de la demandante. Para el reconocimiento de estos perjuicios, la Sala de la Corporación que el arbitrio judicial restaba objetividad en el simple análisis de los testimonios y que se requería encontrar un modelo que garantice unos mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales. El

texto del fallo dispuso: “el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por la cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea *exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales*, sin que se constituya una tarifa judicial o se pretenda el establecimiento de una tarifa legal” (cursivas fuera del texto original).

En la sentencia se estableció además que en caso que se reúnan los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, se tasa según lo establecido en la tabla de la página siguiente:

Con base en dicha tabla o baremos el Consejo de Estado ordenó el pago de la indemnización solicitada concediendo a la menor la suma de 100 s.m.m.l.v. y a la madre 25 s.m.m.l.v.

Como hemos advertido el novedoso criterio de baremos fue aplicado en varios fallos sucesivos. No obstante los consejeros Olga Valle de la Hoz y Enrique Gil Botero encabezaron el desacuerdo respecto del uso del test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales e hicieron la respectiva aclaración de su voto y luego lograron revertir esta posición, retomando el arbitrio judicial como el mejor criterio para fijar la cuantía de la reparación del daño moral. Las sentencias que retoman el arbitrio judicial y rechazan el test de proporcionalidad y los baremos son: sentencia 20.106 de 1° de febrero de 2012 con ponencia del doctor Gil Botero y la sentencia 23.389 de 7 de marzo de 2012 con ponencia del doctor Mauricio Fajardo Gómez.

	Con convivencia	Sin convivencia pero con relación de cercanía	Sin convivencia y sin relación de cercanía (simple presunción de Registro Civil)
Familiares inmediatos y cónyuge	100 s.m.m.l.v.	50 s.m.m.l.v.	25 s.m.m.l.v.
Familiares derivados	50 s.m.m.l.v.	25 s.m.m.l.v.	10 s.m.m.l.v.

En la sentencia de febrero de 2012 se dijo: “Los perjuicios morales no pueden ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño moral constituye una lesión a la órbita individual e íntima del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada o establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables”^[131].

Así las cosas, recurrir al principio de proporcionalidad para establecer el monto de la indemnización del perjuicio moral es inadecuado, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del daño moral, máxime si su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma en relación con los mismos”.

Además de lo expuesto por el Consejo de Estado existen muchas otras razones para que en la fijación de criterios para determinar la cuantía del daño moral, el recurrir a los baremos no haya tenido éxito:

Recordemos que el arbitrio judicial no es arbitrariedad y pura subjetividad. El exceso de celo de encontrar aparentes modelos “objetivos”, “aritméticos”, supone desconfianza respecto de la función judicial y desconocimiento de uno de los órdenes del conocimiento jurídico que es el prudencial. Se necesitan jueces, hombres prudentes, para la interpretación de cada caso y dar a cada uno lo suyo. Como con acierto afirma Mora Restrepo, la prudencia como virtud característica de los juristas “no deja de lado la dimensión propia, afectiva, personal y subjetiva de los jueces, pero opera como correctivo a lo meramente emocional e impulsivo, como también a lo ideológico, estratégico y manipulador: de este modo, la prudencia jurídica es el correctivo más sobresaliente para hacerle frente a la perversión del oficio de los jueces”^{132}.

La hermenéutica no es solo una técnica, es ante todo un juicio sobre lo justo. En este sentido es elocuente y pertinente lo que el Consejo de Estado señaló en 1967: “El espíritu de la geometría no se puede llevar al derecho” y que es posible que “los rigorismos pseudo-jurídicos conduzcan a las más flagrantes violaciones de la equidad, y a que se desconozca el derecho por pretender trabajar con el espíritu propio de las ciencias exactas en un campo donde no existen ni fórmulas algebraicas, ni instrumento de precisión, ni máquinas que proporcionen la imagen fiel de las verdades jurídicas”^{133}.

Por su parte, la Corte había señalado desde antaño que: “Arbitrio que contra lo que en veces suele creerse, no equivale a abrirle paso a antojadizas intuiciones pergeñadas a la carrera para sustentar condenas excesivas, sino que a dichos funcionarios les impone el deber de actuar con prudencia, evitando en primer lugar servirse de pautas apriorísticas [...], en este campo únicamente son de recibo en tanto mandatos legales expresos las consagren [...], y en segundo lugar teniendo en cuenta, para de nuevo decirlo con apoyo en la autoridad del renombrado escritor alemán citado líneas atrás [la Corte se refiere a K. LARENZ] «todas las circunstancias que contribuyan a caracterizar especialmente el caso dañoso en concreto»”^{134}.

Debe reiterarse que el arbitrio judicial aplica solamente para realizar la estimación económica del perjuicio moral, y no para establecer su existencia. Luego, en sentencia de 5 de mayo de 1999, la Corte insistió en que el *arbitrium iudicis* no implica el capricho del juez y que la “estimación de ese perjuicio (el moral) debe atender criterios concretos, como la magnitud o gravedad de la ofensa, el carácter de la víctima y las secuelas que en ella hubiese dejado el evento dañoso e inclusive, en algunos casos, por qué no, la misma identidad del ofensor, habida cuenta que ciertos sucesos se tornan más dolorosos dependiendo de la persona que los ha causado”^{135}.

Nótese que el mismo Código Penal de 2000, siguiendo la línea de sus predecesores^{136}, en su artículo 97 reconoce el valor del arbitrio judicial cuando dispone que “En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales. Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado”.

En segundo lugar es improcedente el uso del test de proporcionalidad para tasar el valor de la indemnización por daños morales, pues este ha sido utilizado por la Corte Constitucional en sus decisiones para resolver problemas jurídicos que versan sobre la colisión de dos principios constitucionales, “porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación del otro”^{137}. Puede decirse que el Consejo de Estado no siguió realmente el precedente constitucional de la aplicación del test de proporcionalidad, sino que construyó unos conceptos según la *discrecionalidad* del consejero ponente.

En tercer lugar, el sistema de baremos es un modelo extraño a nuestro medio, si bien existe en otras jurisdicciones, como en España, que mediante la ley 30 de 1995 incorporó este sistema para fijar el valor de las indemnizaciones por daños causados en accidentes de tránsito^{138}. En aquel

país el modelo no está exento de críticas porque supone “la cristalización legal de las soluciones adoptadas por la práctica judicial a lo largo de un amplísimo período de legislación ausente”^{139}.

i) *Conclusiones sobre el daño moral en la jurisprudencia.* De la anterior exposición del desarrollo del daño moral en nuestra jurisprudencia, puede afirmarse que este tiene las siguientes características:

a’) El daño moral es una especie de daño extrapatrimonial. No la única. Se circunscribe al dolor físico o moral que sufre una persona por la lesión a un bien patrimonial o extrapatrimonial. En una sentencia de 1942 se negó la indemnización proveniente de un daño moral. La Corte dijo en aquella oportunidad: “El daño moral inobjetivado no puede confundirse con el dolor físico que el hombre recibe en su propio cuerpo”^{140}. Esta tesis ha sido corregida y hoy es doctrina constante que el dolor físico sí es una forma de daño moral.

b’) El daño moral es reconocido tanto en la jurisdicción ordinaria como en la contencioso administrativa. Existen, sin embargo, algunos matices de desarrollos diferentes entre una y otra jurisdicción, como el criterio de equivalencia para valorar el daño moral (salarios mínimos legales en el Consejo de Estado y cifra única en la Corte Suprema de Justicia). El tope máximo determinado por cada corporación y algunos criterios de presunciones de la existencia del daño moral son más explícitos en el Consejo de Estado.

c’) La jurisprudencia denomina en ocasiones al daño moral como daño moral subjetivo, para distinguirlo de las consecuencias económicas que se pueden dar por la lesión a bienes extrapatrimoniales, conocidas como daño moral objetivado, que es simplemente el daño patrimonial causado.

d’) En el daño moral hay que distinguir también la existencia, la intensidad y la cuantificación. Y como todo daño indemnizable debe ser cierto, personal y antijurídico^{141}.

e') No se reconoce su existencia en cabeza de las víctimas que fallecen instantáneamente. Lo que no implica que sus familiares no puedan reclamar el daño moral causado a ellos por la muerte de su pariente, pero no el dolor sufrido por la víctima. La Corte al respecto ha dicho:

“El crédito a la reparación o compensación del daño a la actividad social no patrimonial y el de daño moral propiamente dicho, aceptando su transmisibilidad por no estar excluida ni tratarse de derechos ligados indisolublemente a la persona de su titular originario, no se trasladan a los herederos sino en cuanto el causante alcanzó a adquirirlos, es decir, cuando superviviendo alcanzó a padecer esas afectaciones. *Que si la muerte fue instantánea o inmediata, el crédito no surgiría para el occiso, y no podría nunca pronunciarse condena a favor de la sucesión del mismo*”^{142}.

f') Como no es susceptible de valorar el daño, la valoración económica que se hace a los perjudicados no tiene carácter indemnizatorio en el sentido estricto de la palabra, sino meramente satisfactorio o compensatorio.

g') La lesión a bienes extrapatrimoniales puede causar también daños materiales como lucro cesante y daño emergente que se rigen por los principios generales de ese tipo de daños. Las consecuencias patrimoniales causadas por lesión a bienes extrapatrimoniales se denominaron en nuestra jurisprudencia con la expresión daño moral objetivado, expresión que por demás resulta desaconsejable, porque induce a error al dar a entender equivocadamente que estamos en presencia de un daño de carácter extrapatrimonial, cuando en realidad es un puro y simple daño de tipo económico.

h') En el daño moral además de ser posible es un deber del juez y de las partes, distinguir la existencia de la intensidad del daño y estas, a su vez, de la cuantificación.

i') La existencia del daño moral se prueba con los medios ordinarios; no obstante, la jurisprudencia reconoce las presunciones judiciales o indiciarias

de las que el juez infiere la existencia del daño moral y su intensidad por los vínculos de parentesco de la víctima fallecida y sus familiares. Por tradición, la jurisprudencia acepta que hay proporcionalidad de la intensidad del daño moral con el grado de parentesco entre la víctima fallecida y los familiares. En este sentido, la Corte Suprema señaló: “Los jueces al regular el daño moral subjetivo deben tener presente que cuando el perjuicio puede ser de grado inferior por cualquier causa, *como cuando es menos estrecho el vínculo de parentesco que liga a los protagonistas, la suma que ha de fijarse para la satisfacción de ese daño debe ser prudencialmente menor*”^{143}.

j’) Debe distinguirse la prueba de la magnitud y extensión del daño moral de la facultad judicial —*arbitrium iudicis*— para determinar su cuantía.

k’) El parentesco permite presumir el daño moral. La Corte Suprema admite (1952) que el mero hecho del parentesco es suficiente para probar la existencia del daño moral cuando dice que “no hay necesidad de acreditar que se han experimentado perjuicios morales, por la muerte de un hijo, porque deben presumirse sin necesidad de prueba especial”^{144}. En 1946 había dicho que “los perjuicios morales, los cuales consisten en afecciones legítimas, se aprecian desde el punto de vista psíquico y se determinan principalmente en atención a los vínculos de parentesco entre los damnificados y la víctima; su demostración puede hacerse por medio de una demostración simple fundada en los vínculos familiares acreditados. La presunción tiene el carácter suficiente para producir el convencimiento del juez”^{145}. Posteriormente, la Corte ha precisado que tal presunción cabe en los casos de lesiones personales: “Así como el grado próximo de parentesco hace presumir la existencia del perjuicio moral, existe también cuando hay daño en la integridad corporal”^{146}.

l’) En los casos de los hijos póstumos se ha reconocido también el daño moral. La Corte ha reconocido indemnización por daño moral al hijo

póstumo que estaba en el sexto mes de gestación cuando ocurrió la muerte de su padre. Opinó la Corte que sufre daño moral, pues carecerá “del apoyo, sostén, afecto y buen ejemplo de su padre que pueden presentar una influencia negativa en el futuro desarrollo de su personalidad”^{147}. Este es un buen ejemplo de daño moral futuro y cierto.

El Consejo de Estado ha reconocido al hijo póstumo el derecho a reclamar el daño moral futuro que sufrirá por la ausencia del padre fallecido como consecuencia de hechos imputables al demandado. El fallo dispuso: “Se advierte que aunque la menor [...] aún no había nacido cuando falleció el señor [...], la Sala ha reconocido a favor del hijo póstumo el derecho al pago de los perjuicios tanto morales como materiales que sufre con la pérdida de sus padres. Sobre este tópico [sic], la Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas oportunidades. Así, por ejemplo, en providencia del 16 de noviembre de 1989, proceso 5.606”^{148}.

El Consejo de Estado, en la sentencia en comento, hace la siguiente aclaración: “en el caso del hijo póstumo *si bien es posible que se repare el perjuicio moral, es indudable que el daño que principalmente sufre es la alteración de las condiciones de existencia*. En efecto, si el perjuicio moral es el dolor, la aflicción o tristeza producidos por el hecho dañino, es claro que tales sentimientos no fueron experimentados por quien aún no había nacido cuando este se produjo. Lo que en realidad afecta a quien pierde a uno de sus padres antes de nacer es el apoyo, el afecto y la compañía, que habría recibido de este. La Sala ha optado por denominar a dicho perjuicio daño a la vida de relación, por considerar que esta denominación es más comprensiva de lo que se pretende reparar a través de este concepto”^{149}.

La cita y la lectura completa del fallo nos suscitan varias preguntas, y perplejidades. En primer lugar, el Consejo de Estado no parece negar la coexistencia del daño moral y el daño a la vida de relación en el hijo póstumo que ve truncada su vida familiar por la muerte de uno de sus progenitores. Dice que no hay duda de que el principal daño es a la vida de

relación por lo que se alteran las condiciones de existencia del menor. Si bien es cierto que puede suceder que el perjuicio principal sea a la vida de relación, esto no excluye el dolor íntimo por la pérdida del padre. Será un daño moral futuro, pero un daño moral cierto y, por lo mismo, resarcible.

En segundo lugar, pensamos que fieles al principio de la reparación integral de todos los daños, la Sala en este caso debió reconocer a la hija póstuma un daño moral futuro, pero cierto, independientemente de que se le haya reconocido un daño a su vida de relación. Máxime que el daño moral había sido expresamente pedido en la demanda y el mismo Consejo de Estado lo considera como posible.^{150}.

m') La determinación de la cuantía le corresponde al juez en ejercicio de su facultad discrecional —*arbitrium iudicis*— que está enmarcada dentro de las circunstancias del caso, la intensidad del daño moral causado y los topes sugeridos por las altas cortes. Los topes señalados son guía para la jurisprudencia, pero no obligan. Para apartarse de ellos, el juez ha de fundamentar razonablemente los motivos que le llevan a separarse de la doctrina probable.

De ordinario no se requiere de peritos para su determinación y cuantificación. Recuérdese que el primer fallo de la Corte Suprema de Justicia sí recurrió al peritazgo para definir la forma de la reparación. La Corte viene sosteniendo desde 1942 la inadmisibilidad del dictamen pericial, porque en su opinión “la reparación del daño moral y el modo de satisfacerlo, atendiendo a que carece de materialidad no es posible ni jurídicamente ni racionalmente su avalúo por peritos”.^{151}.

Es nuestro criterio que se debe reevaluar la negativa rotunda en ese tema, pues los peritos pueden cumplir un papel importante a la hora de determinar la intensidad de muchos daños de tipo moral, de origen psicológico o físico. En ciertos casos puede ser conveniente el dictamen del experto para determinar la intensidad de una depresión o las posibles causas de esta. Un dictamen pericial también puede ilustrar sobre las intensidades de dolor

físico ante ciertos traumas, etc., que den sustento a la cifra en que se valora el daño moral. En definitiva, la prueba pericial puede aportar elementos de juicio valiosos para determinar la existencia y la intensidad del daño moral dejando al juez la definición sobre el *quantum*. En este sentido, en un caso de responsabilidad médica, la Corte sostuvo que “en ciertos casos resulta menester el auxilio de la prueba pericial para la valoración del daño moral y el daño material”^{152}.

n’) El tope máximo se refiere a cada uno de los perjudicados. No se divide entre todos, ni disminuye porque sean varios los dolientes.

2. DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN (DAÑO FISIOLÓGICO O ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA)

A) *Antecedente italiano*

Con el fin de eludir el límite que establece el Código Civil italiano (art. 2059), de que el daño moral es resarcible únicamente en el caso de delito penal, el jurista italiano Guido Alpa propuso la tesis de que el daño biológico o a la salud tiene autonomía e identidad propia respecto del daño moral y debía reconocerse en los procesos de responsabilidad civil. El citado artículo 2059 establece que “el daño no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos determinados por la ley”; y tales casos se limitan a aquellos en que el daño se origina en un hecho de naturaleza delictual al tenor del artículo 185.2° del Código Penal italiano^{153}.

La tesis de Guido Alpa fue acogida en una famosa sentencia del tribunal de Génova, que tomando prestado de la medicina legal el concepto de daño biológico lo reconoció como daño extrapatrimonial autónomo e independiente del daño moral, al tenor del artículo 2043 del Código Civil italiano. Así entonces, el daño biológico en el fallo de la Corte de Casación italiana se creó para comprender todas las lesiones de la integridad psicofísica y de la salud en el ámbito del daño no patrimonial^{154}.

No obstante, el debate sobre el daño biológico dista mucho de estar consolidado. La Corte Constitucional italiana en el fallo 184 del 14 de julio de 1986, que declaró la exequibilidad del artículo 2059 del Código Civil, optó por considerar que el daño biológico tiene carácter patrimonial, criterio diferente del de la Corte de Casación que lo ubicó dentro de los daños extrapatrimoniales (fallo 130 de 1985). Doctrinantes y tribunales aún debaten el alcance y la naturaleza del daño biológico, pero lo cierto es que aparte los interrogantes y perplejidades que genera su creación, el daño biológico, también denominado fisiológico, tiene asiento en la jurisprudencia y la legislación italianas y desde allí también ha influido en nuestra jurisprudencia contencioso administrativa, aunque con diferencias muy importantes, que señalaremos más adelante^{155}.

La ley italiana 57 del 5 de marzo de 2001, artículo 5º, párrafo 3º, define el daño biológico como “aquella lesión de la integridad psicofísica de la persona, susceptible de comprobación médico-legal” y agrega que “el daño biológico es resarcible independientemente de su incidencia sobre la capacidad del damnificado de producir renta”^{156}.

B) Daño a la vida de relación o alteración de las condiciones de existencia. Tesis del Consejo de Estado

El Consejo de Estado ha reconocido la existencia de una forma de perjuicio extrapatrimonial, distinta del moral, denominada de tres formas diferentes: inicialmente perjuicio fisiológico y luego daño a la vida de relación; y recientemente, alteración de las condiciones de existencia. Es decir, un solo daño con tres nombres diferentes. El primer reconocimiento se hizo mediante sentencia del 6 de mayo de 1993, fallo en el que se acogió la posición de la doctrina liderada por el tratadista Tamayo Jaramillo^{157}.

Previo a la sentencia del Consejo de Estado, un fallo del Tribunal Superior de Medellín, con ponencia de la juez Beatriz Quintero de Prieto

(22 marzo 1985), había reconocido como perjuicio extrapatrimonial autónomo el daño fisiológico.^{158}.

El Consejo de Estado le dio vida jurídica al daño en 1993, con ponencia de JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA, fallo que acogió esa tesis siguiendo los criterios de la doctrina. Los argumentos interpretativos para el nuevo avance de la jurisprudencia, se pueden sintetizar en los siguientes:

a') La creciente aceptación de la existencia de este tipo de daños en la jurisprudencia y doctrina extranjera. Así, en Francia se les denomina *préjudice d'agrement*, en la doctrina italiana, perjuicio a la vida de relación y en el *common law*, *loss of ammenities of life*.

b') El criterio de que “toda interpretación que tienda a ampliar el ámbito de la responsabilidad es preferible a la que lo restrinja”.^{159}.

c') La aplicación del principio general del derecho que predica que la “indemnización debe dejar *indemne* a la víctima del daño injusto”.^{160}.

d') La conciencia plena que ha puesto de presente el Consejo de Estado sobre el valor que tiene la persona humana:

“No dentro del marco materialista, que lo aprecia en términos puramente matemáticos, para concluir que es un simple animal, un objeto mínimo en el organismo enorme y siempre mutable que se llama naturaleza, por lo cual su vida solo se explica por la materia en movimiento; ni tampoco dentro de una perspectiva simplemente humanista, que predica que el hombre es la forma más alta de ser que haya evolucionado en el universo material, pero sí con una «visión cristiana del hombre», que lo ve como un ser biológico con un cuerpo físico, y también como un ser espiritual, que eleva la escala de sus conceptos al mundo maravilloso del pensamiento”.^{161} (bastardilla en el original).

A lo largo del último decenio, el Consejo de Estado ha ratificado el reconocimiento del daño fisiológico o a la vida de relación como un daño con carácter autónomo, de carácter extrapatrimonial, no necesariamente

vinculado a lesiones de tipo corporal que impiden confundirlo con el daño moral o con el daño patrimonial o material^{162}.

En sentencias de 1997 y de 2000, el Consejo de Estado decidió denominar el daño fisiológico como daño a la vida de relación al considerar que esta expresa con mayor precisión la naturaleza del concepto de daño extrapatrimonial que se reconocía como daño fisiológico^{163}. Las razones para esta precisión conceptual tienen su origen en el análisis del tratamiento que se le ha dado al daño fisiológico en el derecho comparado, en el que unas veces se le denomina ‘perjuicio del placer’ y, en otras, alteración de las condiciones de existencia, como lo denomina ahora el Consejo de Estado.

La denominación de daño fisiológico fue cuestionada acremente por la doctrina nacional y por sentencias del Consejo de Estado, por considerar que su nombre no expresaba correctamente el concepto. La expresión *daño fisiológico* da a entender que proviene siempre de una lesión física o corporal, biológica y la idea subyacente en el nuevo daño inmaterial tenía un alcance mayor que desborda lo puramente corporal.

Por esta razón, el Consejo de Estado (sent. de 25 septiembre 1997) acuñó la expresión *daño a la vida de relación* como más apropiada. Empero, solo mediante sentencia del 19 de julio de 2000, clarificó totalmente la nueva posición (C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez) al señalar: “El daño extrapatrimonial, denominado en los fallos mencionados «daño a la vida de relación», corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquella, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial —distinto del moral— es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre. Debe advertirse,

adicionalmente, que el perjuicio al que se viene haciendo referencia no alude, exclusivamente, a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, como parece desprenderse de la expresión *préjudice d'agrément* (perjuicio de agrado), utilizada por la doctrina civilista francesa. No todas las actividades que, como consecuencia del daño causado, se hacen difíciles o imposibles, tendrían que ser calificadas de placenteras. Puede tratarse de simples actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, o requieren de un esfuerzo excesivo”^{164}.

En otros fallos, al reiterar su posición el Consejo de Estado rechazó el término *fisiológico* por su alcance restringido y también la denominación *daño a los placeres de la vida*, pues el concepto de daño a la vida de relación es más comprensivo. El texto del fallo que hace estas precisiones conceptuales y terminológicas dice así:

“El adjetivo fisiológico que hace referencia a disfunciones orgánicas, no resulta adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria (recreativas, culturales, deportivas, etc.)”^{165}, que están incluidas dentro del concepto de daño extrapatrimonial que se ha venido reconociendo”.

En este fallo el Consejo de Estado rechazó el término *alteración de las condiciones de existencia* (jurisprudencia francesa) para referirse al daño a la vida de relación, porque considera que es equívoco, “toda vez que todo perjuicio implica en sí mismo alteración en las condiciones de existencia del perjudicado, ya sea en el patrimonio económico o fuera de él”^{166}.

Luego, la Corporación acogió el nombre de daño a la vida de relación por expresar con más claridad la naturaleza del perjuicio: “[...] resulta, sin duda, más adecuada la expresión *daño a la vida de relación*, utilizada por la doctrina italiana, la cual acoge plenamente esta Corporación”^{167}.

La evolución de la denominación del daño fisiológico o daño a la vida de relación ha tenido posteriores debates como ya lo mencionamos. El cambio de denominación del daño a la vida de relación por alteración de

condiciones de existencia tuvo lugar en 2007 y así lo expresó el Consejo de Estado al conceder indemnización a una niña que sufrió parálisis cerebral:

“Valorada la dimensión del daño, a partir del análisis de las pruebas que integran el acervo probatorio, se tiene que le asiste razón al recurrente, motivo por el cual en el caso *sub examine*, se modificará la sentencia apelada, para reconocer a favor de la niña Ana Catherine Ceballos Salazar, *un perjuicio a la alteración a las condiciones de existencia, denominación esta adoptada de manera reciente por la Sala para redefinir el perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación*”^{168}. (sin bastardilla el original).

Poco después, el Consejo de Estado (18 octubre 2007) en una acción de grupo contra el Distrito Capital de Bogotá, reconoció que los demandantes habían sufrido un daño denominado alteración de las condiciones de existencia, diferente del daño moral. Este caso se respalda en la zozobra que tuvo que soportar un grupo de familias por haber adquirido viviendas de interés social construidas en terrenos que ofrecen serios peligros de deslizamiento y ruina. Esta situación, conceptuó el Consejo de Estado, llevó a los demandantes a “cambiar los hábitos relacionados con su proyección de vida, toda vez que su aspiración de mejorar la calidad de ella, con ocasión de la adquisición de sus casas y apartamentos, se vio truncada con el deterioro de los mismos [...] El daño indiscutible sufrido por los actores da lugar a una alteración, de nada más y nada menos que de las condiciones del sitio donde estaban forzados a vivir; la vivienda debe comprenderse en este caso, como algo más que una cosa, como algo más que lo físico, debe concebirse además, como el lugar por excelencia, donde se desenvuelve la cotidianidad de la vida misma”^{169}.

El Consejo de Estado adoptó la definición de alteración de las condiciones de existencia que la doctrina francesa ha utilizado en donde se le denomina *les troubles dans les conditions d 'existence*. La alteración de las condiciones de existencia como daño autónomo se dará entonces según este fallo, cuando el sufrimiento padecido por las víctimas de un daño,

consistente en la modificación anormal del curso de su existencia, es decir, de sus ocupaciones, sus hábitos y sus proyectos. Un daño puede entonces producir perjuicios, que desbordan la lógica de aquellos materiales, e incluso de los morales, cuando logra alterar el devenir cotidiano del comportamiento humano, no por comprometer su integridad física, ni sus sentimientos, sino por alterar sus condiciones de existencia, que no son otra cosa que sus costumbres relacionadas con su proyección de vida”^{170}.

El Consejo de Estado concluye que el daño de la alteración de las condiciones de existencia es autónomo y diferente del daño moral. Veamos:

“En la sentencia de primera instancia, se confundió el perjuicio moral con aquel propio de la alteración de las condiciones de existencia; como se observa de lo antes indicado, estos son esencialmente distintos; *una cosa es el dolor, el sufrimiento, la congoja y otra muy distinta, el cambio anormal de los hábitos en función de la proyección vida*”^{171}. (sin bastardilla el original).

No obstante la claridad del texto citado en el caso de la niña con daño cerebral en el que se cambia el *nomen iuris* del daño a la vida de relación por el de alteración de las condiciones de existencia, en 2008 el Consejo de Estado vio oportuno aclarar algunas interpretaciones, en el sentido de que se había creado un tercer daño extrapatrimonial y mayoritariamente ratificó que en los fallos de 2007 simplemente se había dado una nueva denominación al perjuicio a la vida de relación (antes daño fisiológico).

Pero tal aclaración dio origen a un salvamento de voto del consejero Gil Botero, para quien lo correcto es la creación del concepto de un nuevo daño extrapatrimonial, denominado *alteración de las condiciones de existencia*, independiente y autónoma del daño moral y del daño a la vida de relación. Para este consejero es claro que en 2007 el Consejo de Estado sí había creado un tercer nuevo daño denominado alteración de las condiciones de existencia y que ahora se rectificaba ese avance, diciendo que solo se trataba de una nueva denominación del daño a la vida de relación. Por lo

importante del tema transcribimos los apartes más relevantes de este salvamento de voto:

“En consecuencia, la posición mayoritaria parte de la interpretación de dos providencias proferidas en el año 2007, *en las cuales la Sala se refirió a la alteración a las condiciones de existencia como un perjuicio autónomo e independiente al daño a la vida de relación*, para dar a entender ahora que simplemente operó un cambio en la denominación del perjuicio, sin que puedan existir de manera distinta. En otros términos, pareciera que el criterio fijado en la jurisprudencia que origina la presente aclaración, es que el *daño a la vida de relación* adopte un nuevo nombre, bajo el epígrafe de *alteración a las condiciones de existencia*, circunstancia que es a todas luces incorrecta [...].

”2.7. En ese orden de ideas, me aparto de la línea jurisprudencial trazada desde el año 2000, y que se ratifica en la actualidad, dirigida a concentrar, en un mismo concepto —denomínese daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia—, la reparación de los distintos bienes o intereses jurídicos, que se derivan del daño antijurídico [...].

”2.9. En conclusión, la afirmación que se hace en la providencia cuestionada, según la cual la denominación de daño a la vida de relación adoptada a partir del año 2000, fue modificada por la de alteración a las condiciones de existencia desde el año 2007, no la comparto en absoluto, puesto que tal aserción, de conformidad con los anteriores planteamientos, no se acompasa con los lineamientos modernos que se asumen frente a la reparación del daño, esto es, con una tipología del perjuicio que reconozca que el ser humano se integra por una multiplicidad de derechos, bienes e intereses, en donde se conjugan aspectos físicos, psíquicos, morales, afectivos, de integridad emocional y social, así como relativos a la existencia espacio temporal, en sí misma^{172}. (sin bastardilla el original).

El consejero Gil Botero concluye entonces en su importante salvamento de voto que a su juicio el denominado daño a la vida de relación es un daño

fisiológico, y su denominación es equivocada. Para él, el simple cambio de denominación que se hizo en la sentencia de 2008 cierra la puerta al reconocimiento de muchos otros daños extrapatrimoniales autónomos tales como la afectación al honor, el daño sexual, la alteración de condiciones de existencia, el perjuicio estético, etc. Los argumentos del consejero se recogen en el texto que se transcribe a continuación:

“En esa medida, en mi concepto, el daño a la vida de relación pertenece al campo del daño corporal, al daño biológico (fisiológico) en el entendido ya descrito, como quiera que *las afectaciones a terceros diferentes al propio lesionado en su órbita psicofísica, pueden padecer perjuicios distintos tales como:* i) la afectación al honor, a la honra o al buen nombre derivada de acusaciones calumniosas o injuriosas; ii) el daño sexual que puede ser reparado en forma simultánea con el perjuicio biológico siempre y cuando se den las condiciones para ello; iii) la alteración a las condiciones de existencia^{173}, por circunstancias que generan modificaciones en el entorno social o económico de la persona (v. gr., la indemnización a que tiene derecho el hijo póstumo, o la permanencia en determinados círculos sociales)^{174}; iv) el perjuicio estético^{175}, siempre que el juez verifique que este reviste una entidad de tal magnitud que desborde el marco del perjuicio biológico o fisiológico (v. gr., la cicatriz permanente que queda en el rostro de una modelo profesional); v) el dolor físico, en tanto no refleja la congoja o aflicción moral sino el padecimiento de intensos sufrimientos corporales (v. gr., la tortura, o una persona que sufre un accidente que inflige un dolor muy alto [sic]); vi) el daño existencial, reconocido en la actualidad en el derecho italiano, que puede estar relacionado, en determinados eventos con aspectos tales como la tranquilidad y la serenidad”^{176}.

En conclusión, hemos de afirmar que, no obstante, el cambio en su denominación (daño fisiológico, daño a la vida de relación, alteración de las condiciones de existencia), una posición, por ahora minoritaria en el Consejo de Estado, propugna la expansión de los daños extrapatrimoniales.

a) *Contenido del daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia.* Si bien inicialmente y de modo equivocado el perjuicio fisiológico se aceptaba solo en casos asociados con lesiones corporales es claro en la jurisprudencia posterior del Consejo de Estado que ese daño se extendió a situaciones que no implicaban lesiones fisiológicas o corporales^{177}. Así, por ejemplo, en un caso en que se reconocen los daños a la vida de relación, el Consejo de Estado afirmó: “Se encuentra plenamente acreditada la disminución del pleno goce de la existencia por el hecho de que la lesión sufrida *afectó* el desarrollo de *actividades esenciales y placenteras de la vida diaria*, la práctica de actividades recreativas, culturales, deportivas, el deseo sexual y la capacidad para la realización del mismo”^{178}. (sin bastardilla el original).

Además, es doctrina del Consejo de Estado que el daño a la vida de relación no solo puede ser sufrido por la víctima directa del daño, sino también por personas cercanas a ella, por razones de parentesco o amistad. Un fragmento de un fallo de 2002 lo expresa de la siguiente manera:

“Así sucederá, por ejemplo, cuando aquellos pierden la oportunidad de continuar gozando de la protección, el apoyo o las enseñanzas ofrecidas por su padre y compañero, o cuando su cercanía a este les facilitaba, dadas sus especiales condiciones profesionales o de otra índole, el acceso a ciertos círculos sociales y el establecimiento de determinadas relaciones provechosas, que, en su ausencia, resultan imposibles”^{179}.

Esta expansión del daño a la vida de relación a otras personas diferentes de la víctima directa ha sido criticada por Tamayo Jaramillo, para quien esta jurisprudencia “podía dar lugar a un desfase peligroso, por los costos que para las arcas del Estado significaba el tener que pagar siempre tanto el daño moral subjetivo como el daño fisiológico ahora llamado a la vida de relación”^{180}. Para Tamayo Jaramillo, esta expansión solo debe darse en casos muy excepcionales cuando se prueba que la “víctima fallecida tenía un proyecto de vida íntimamente ligado a la vida de la otra persona”^{181}.

El Consejo de Estado acepta que el perjuicio fisiológico puede provenir de una afectación al patrimonio. En este sentido, expresó esa Corporación: “aquella afectación *puede tener causa en cualquier hecho* con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, *como una acusación calumniosa o injuriosa*, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de este por otra persona (situaciones a las que alude, expresamente, el art. 4° del decr. 1260 de 1970), *o un sufrimiento muy intenso (daño moral)*, que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. *Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio*, como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande que —al margen del perjuicio material que en sí misma implica— produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas”^{182}.

b) *Diferencias entre daño moral y perjuicio a la vida de relación*. Como hemos dicho reiteradamente, el daño moral comprende el dolor físico o psicológico que la persona sufre como consecuencia directa del hecho dañoso. El daño moral afecta más directamente la vida interior de la persona, mientras que el perjuicio a la vida de relación, si bien con carácter extrapatrimonial, tiene proyección a la vida exterior^{183}. En la sentencia de 1993, ya reseñada, el Consejo de Estado enfatizó la diferencia que existe entre el perjuicio fisiológico o de vida de relación (o alteración en las condiciones de existencia) y el daño moral, con las siguientes palabras:

“La indemnización por perjuicios morales subjetivos repara la satisfacción psíquica o el dolor físico de la víctima; en cambio, la *indemnización del perjuicio fisiológico repara la supresión de las actividades vitales*. Casi podríamos decir que el daño moral subjetivo consiste en un atentado contra las facultades íntimas de la vida, mientras

que el daño fisiológico consiste en el atentado a sus facultades para hacer cosas, independientemente de que estas tengan rendimiento pecuniario”^{184}. (bastardilla en el original).

Otra diferencia entre el daño moral y el daño a la vida de relación se refiere a su prueba. Para el Consejo de Estado, el daño moral en algunos casos se presume, mientras el fisiológico siempre ha de probarse. La razón está en que el daño fisiológico consiste en las consecuencias que se producen en la vida externa del afectado. Un fallo que recoge esta posición señala:

“Con respecto al llamado perjuicio fisiológico, hoy denominado daño a la vida de relación, la Sala precisa que este daño *no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que en razón de aquella se producen en la vida de relación del afectado*, de tal modo que modifica el comportamiento social de este o altera de manera significativa sus posibilidades vitales.

”Este perjuicio *deberá ser demostrado* por la persona que persiga su indemnización, en razón a que, a diferencia con el perjuicio moral, *no se presume*. Por lo demás, contrario a lo afirmado por la apoderada de la entidad demandada, *sí existe fundamento para diferenciar el daño a la vida de relación del perjuicio moral*, por cuanto mientras el primero refiere a las condiciones *externas* del individuo, esto es a su forma de desenvolverse en su vida social e interactuar con el medio, *el segundo alude a la situación interna del sujeto*, a la aflicción que lo aqueja en su fuero interior”^{185}.

En sentencia de 2008, el Consejo de Estado, al precisar las diferencias entre el daño moral y la alteración de las condiciones de existencia (daño fisiológico o daño a la vida de relación) dijo que “estos son esencialmente distintos; una cosa es el dolor, el sufrimiento, la congoja y otra muy distinta, el cambio anormal de los hábitos en función de la proyección de vida”^{186}.

La existencia de este perjuicio y la de los demás, puede demostrarse recurriendo a cualquier medio probatorio; inclusive puede darse por

acreditado en consideración a las circunstancias particulares del caso, relacionadas con la naturaleza de la lesión física sufrida por la víctima, las secuelas que le haya dejado y la alteración de las condiciones en que se desarrollaba su vida familiar y laboral^{187}.

Probados en el proceso los perjuicios, el juez, aplicando el principio de la reparación integral debe proceder de oficio a su reconocimiento concediendo la respectiva indemnización. Así lo hizo el Consejo de Estado en un caso en el que en la demanda no se especificó la petición por daño a la vida de relación, pero sí quedó probado en el expediente. Al respecto dijo el fallo:

“De otra parte, y respecto a los perjuicios de la vida de relación, se procede a felicitar al ad quem, por cuanto resalta la real dimensión del perjuicio de la vida de relación, señalando entre otros autores a los profesores Henao, Hinestrosa y Tamayo Jaramillo, para *concluir en la importancia del principio de reparación integral respecto a aquellos perjuicios que si bien no son solicitados taxativamente al interior de la demanda, el operador judicial deberá ir más allá de los denominados perjuicios materiales y morales en aras de la salvaguarda no solo de este principio, sino del principio de equidad*”^{188}. (las bastardillas no son del original).

En otro fallo reiteró este criterio al decir: “conforme al artículo 16 de la ley 446 de 1998, el cual impone el deber de reparación integral, afirmando que este deberá ser «indemnizado cuando él mismo se encuentra debidamente acreditado, *aunque no haya sido pedido en la demanda*»”^{189}. (sin bastardilla el original).

C) *El daño a la vida de relación en la jurisprudencia de la Corte Suprema*

La Corte Suprema de Justicia, *a contrario sensu* del Consejo de Estado, sostuvo hasta 2008 que había identidad ontológica entre el daño fisiológico y el daño moral^{190}. No obstante, en los tribunales de distrito y en muchos

juzgados de la jurisdicción civil ordinaria fue práctica común reconocer el daño fisiológico. En sentencia del 13 de mayo de 2008, la Corte aceptó la existencia del daño a la vida de relación como un daño autónomo de carácter extrapatrimonial diferente del daño moral. Cuando parecía que finalmente las dos jurisdicciones habían igualado el número y concepto de clases de daño extrapatrimoniales, el Consejo de Estado modificó la denominación del daño a la vida de relación por la *alteración de las condiciones de existencia*.^{191}.

Un precedente en la Corte Suprema del concepto de daño fisiológico o daño a la vida de relación lo encontramos en 1998: el recurrente en casación alegó que había sufrido daño fisiológico no reconocido por los jueces de instancia, pues en su sentir había una disminución en sus “facultades para hacer cosas, independientemente de que estas tengan rendimiento pecuniario”.^{192} La Corte reconoció que ciertamente la víctima estaba afectada en “la posibilidad de desplegar alguna actividad que, siendo acorde con su estado de salud, le permita suplir en parte las actividades que fueron suprimidas”.^{193} No obstante, en esa ocasión la Corte Suprema consideró que esos daños no eran más que una forma del daño moral, así la compensación económica recibida por la víctima sea en dinero y este lo destine a obtener bienes materiales. Esta circunstancia, enfatizó la Corte, no muda la naturaleza del daño moral sufrido. Así expresó la Corte su tesis:

“Resulta lógico concluir que *tal tipo de daño no es sino una manifestación del moral subjetivo* al que [...] se ha referido esta Corporación, al cual se le han señalado, entre otros caracteres, el de ser inconmensurable o indeterminable. Si la persona lesionada, pues, no puede desarrollar actividad deportiva alguna o queda privada de la visión, por ejemplo, no hay duda de que ello causará sufrimientos, de mayor o menor intensidad, en su psiquis; sufrimientos en los que consiste el detrimento moral subjetivo explicado por la Corte, el que, si bien es cierto que no puede repararse en su totalidad, al menos admite la satisfacción que señale

el juez en cada caso concreto. Ahora bien, *de la destinación que el perjudicado quiera darle a la suma que se le pague como resarcimiento, es cuestión respecto de la cual tiene total autonomía*: podría simplemente consumirla o invertirla para dedicarse a una nueva labor o gastarla en la adquisición de libros o elementos que le mermen su angustia o disminuyan su sufrimiento; pero esto, en todo caso, *no hace cambiar la naturaleza del perjuicio sufrido, ni tampoco de la indemnización que se ordene pagar*”^{194}. (sin bastardilla el original).

En 2004, la Corte Suprema reconoció que un menor que perdió sus piernas con ocasión del hecho dañoso había sufrido alteración en las condiciones de su vida. En los considerandos de la sentencia, la Corte dice que el menor sufrió alteraciones de las condiciones de existencia. “Tempranamente *se alteraron las condiciones de su vida*”, o “puesto que, ante las restricciones o limitaciones a que estará sometido por el uso permanente de una prótesis, algunas de sus esperanzas o posibilidades futuras quedaron truncadas prematuramente”^{195}. No obstante, el fallo si bien reconoce que hay esa alteración en las condiciones de vida de modo permanente, clasifica tal daño dentro de la categoría de daño moral, negándose a considerarlo como daño a la vida de relación o fisiológico como probablemente lo habría hecho la jurisdicción contencioso administrativa. Concluyó la Corte, al reconocer el perjuicio moral en lugar del fisiológico o daño a la vida de relación como sigue:

“Acorde con lo anterior, y al no existir duda acerca de la evidente alteración que emocional y psicológicamente padeció y continuará llevando consigo el actor, la corta edad que tenía para cuando soportó los rigores propios de la amputación, la circunstancia de tener que vivir por el resto de sus días con esa discapacidad, *se impone reconocer la existencia del perjuicio moral*”^{196}. (sin bastardilla en el original).

Este rechazo del daño a la vida de relación fue cambiado en una sentencia de 2008, en la que se reconocieron noventa millones de pesos de

indemnización por este concepto y además se abrió la puerta para el reconocimiento de otros bienes extrapatrimoniales^{197}. El caso analizado por la Corte Suprema de Justicia fue el de una persona que sufrió un accidente durante su permanencia en un edificio en construcción. Como consecuencia del accidente, la víctima sufrió parálisis y lesiones corporales irreversibles que trajeron secuelas funcionales que, en modo definitivo e irreversible, alteraron de manera permanente su vida^{198}. Estas graves lesiones llevaron a la Corte Suprema a considerar que la vida de relación de la víctima “resultó alterada en forma significativa, por cuanto se vio forzado a afrontar modificaciones repentinas en su entorno familiar previamente establecido, hasta entonces estable, reflejadas, particularmente, en cambios de domicilio motivados por la necesidad de atención médica, con el consecuente desajuste que aparejaban tanto para él, su compañera permanente y sus hijos”^{199}. Adicionalmente, en concepto de la Corte Suprema la situación de la víctima le impide o le dificulta “el desarrollo de conductas que ordinariamente cualquier persona puede desplegar, como, verbigracia, jugar con sus hijos, llevar un trato normal con su pareja, dedicar cierto tiempo a las actividades deportivas, departir con sus congéneres, por solo mencionar algunas, aserto que resulta prácticamente obvio, en orden a lo cual basta observar la intensidad y características del agravio infligido”^{200}.

La Corte Suprema luego de hacer un análisis de la situación del daño a la vida de relación en el derecho comparado, en particular en la jurisprudencia y doctrina italianas, resume el estado actual de la cuestión en el Consejo de Estado colombiano para concluir que debe procederse en la jurisdicción ordinaria a la aceptación de este nuevo tipo de daño extrapatrimonial en los mismos términos como se hace en la jurisdicción contencioso administrativa^{201}.

Consideró finalmente la Corte Suprema que la predicada autonomía del daño a la vida de relación lleva a señalar las siguientes características:

“a) Tiene naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado

”b) adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo, situación que también lo diferencia del perjuicio moral propiamente dicho;

”c) en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico;

”d) no solo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos;

”e) según las circunstancias de cada caso, puede ser sufrido por la víctima directa de la lesión o por terceros que igualmente resulten afectados, como, verbigracia, el cónyuge, el compañero o la compañera permanente, los parientes cercanos o los amigos, o por aquella y estos;

”f) su reconocimiento persigue una finalidad marcadamente satisfactoria, compensatoria, enderezada a atemperar, lenificar o aminorar, en cuanto sea factible, los efectos negativos que de él se derivan; y

”g) es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial [...] vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño —patrimonial o extrapatrimonial— que posean alcance y contenido disímil, ni confundirlo

con estos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad, como infortunadamente ha ocurrido en algunos casos, en franco desmedro de los derechos que en todo momento han de asistir a las víctimas”^{202}.

3. OTROS DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES EN LA DOCTRINA

El desarrollo que ha tenido la expansión de los daños extrapatrimoniales en sus especies de daño moral, daño a la vida de relación o alteración de las condiciones de existencia, implica necesariamente la pregunta de si deben existir otros daños de tipo extrapatrimonial autónomos indemnizables. Los principios de la reparación integral que exigen reparar [...] todos los daños causados sirven de fundamento para que la tesis tenga cierta solidez lógica y jurídica. No habría razón para negar a una víctima un daño extrapatrimonial adicional a los mencionados siempre que estén probados en el proceso. En ese orden de ideas, se habla entonces en la doctrina del daño estético como un tercer tipo^{203}.

La cuestión fue abordada por el Consejo de Estado en el año 2000, sin aceptar la creación del daño estético como nuevo daño extrapatrimonial. En esa oportunidad, se reiteró la autonomía del daño a la vida de relación del daño moral y, en salvamento de voto, se insistió en las consecuencias del principio de la reparación integral que permite “nuevos tipos de daños justificativos de indemnización”^{204}. Como hemos mencionado, el punto se debatió nuevamente en 2008 a raíz de un salvamento de voto del consejero Gil Botero quien insiste en la expansión de nuevos daños extrapatrimoniales^{205}.

El caso tuvo que ver con las lesiones sufridas por la víctima en un accidente de tránsito consistentes en “«paraplejia» derivada del aplastamiento o fractura o sección medular completa de columna vertebral nivel T5, con abolición del nivel sensitivo, Fx vertebral T5 T7”^{206}.

Congruente con la jurisprudencia constante de esa Corporación reconoció el daño fisiológico. Pero lo significativo en el caso fue la aclaración de voto de los consejeros Alíer Eduardo Hernández y Ricardo Hoyos Duque, en el que se reiteró la importancia del principio de reparación integral, que no hace referencia exclusiva al daño moral y material, sino que *“le ha abierto paso a nuevos tipos de daños, justificativos de indemnización independiente de la que tiene como finalidad reparar la incapacidad física como tal”*^{207}. (sin bastardilla en el original).

El fallo del 13 de mayo de 2008 en que la Corte Suprema de Justicia reconoce el daño a la vida de relación, sentó a su vez las bases para el reconocimiento de otros daños extrapatrimoniales^{208} en esa jurisdicción. Este criterio de aceptar el daño a la vida de relación como autónomo del daño moral fue reiterado el 20 de enero de 2009 en fallo en el que se reproducen los apartes más significativos del fallo del 13 de mayo de 2008, que tiene el claro propósito de ir consolidando la doctrina del alto tribunal. Así se expresó la Corte Suprema en la sentencia de 2009:

“La Corte, a tono con los postulados constitucionales vigentes y con la realidad jurídica y social, retomó el tema del «daño a la vida de relación», en el fallo emitido el 13 de mayo de 2008 —expediente 1997 09327 01—, en el que reparó tanto en la doctrina foránea como en la jurisprudencia patria para concluir que *es de completo recibo en nuestro ordenamiento como una especie de daño extrapatrimonial*, incluso precisó que era distinto al de índole moral —también inmaterial—; y, por tanto, su protección se impone en los casos en que esté cabalmente acreditado”^{209}. (sin bastardilla el original).

A) *El daño estético*

Definido en la doctrina como “toda desfiguración, afeamiento, deformación o mutilación en el cuerpo de la víctima a consecuencia del hecho dañoso”^{210}, ha sido reconocido como daño moral y cabría también

en algunos casos considerarlo como daño fisiológico, pero no aparece claro que como tal pueda tener autonomía e identidad propias como una especie más de los daños extrapatrimoniales^{211}.

En este sentido, BUSTAMANTE ALSINA considera equivocado el criterio que postula el daño estético como un daño autónomo. En sentir del jurista argentino, “el perjuicio estético constituye un daño patrimonial indirecto o se absorbe en el daño moral que la víctima puede padecer. No es admisible, dice el doctrinante, que además del resarcimiento del daño moral y el daño patrimonial causados por el hecho, la víctima pueda obtener la reparación de la lesión estética independientemente de aquellos rubros que configuran la totalidad del daño resarcible ocasionado con el mismo hecho ilícito”^{212}.

Para MOSSET ITURRASPE, el daño estético configura una especie particular de daño a la vida de relación, pues produce una dificultad a la víctima para insertarse en las relaciones sociales^{213}. En Colombia, defiende la tesis de la autonomía del daño estético CÉSAR AUGUSTO SAAVEDRA^{214}.

El Consejo de Estado tuvo la oportunidad de resolver un caso en el que las secuelas de la víctima constituían claramente un daño estético, pero se negó a reconocerlo como daño autónomo e independiente del moral. Argumentó así el Consejo de Estado:

“[...] el denominado *pretium pulchritudinis* o precio de la belleza viene a compensar el perjuicio estético que resulta del atentado infringido a la armonía física de la víctima. Entonces, la pérdida de la integridad corporal da lugar a la reparación independientemente de los daños materiales que haya podido causar. Así mismo, *el perjuicio estético strictu sensu, como una cicatriz en el rostro es suficiente para dar lugar al nacimiento de una acción de reparación, pero dicho perjuicio es puramente moral*, aunque pudiera tener repercusiones patrimoniales si la víctima fuere rechazada en

su trabajo o no pudiere ejercer su actividad profesional en razón de dicho defecto”^{215}.

El caso mencionado fue comentado por Enrique Gil Botero en su obra *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado* como un ejemplo, en opinión del autor, de error del Consejo de Estado al no aceptar la autonomía del daño estético. Dice el citado autor: “Confunde el pronunciamiento anterior dos perjuicios autónomos, el estético y el moral, y aunque en principio se refiere al estético dando la sensación de su independencia lo subsume en el segundo cuando expresa: pero dicho perjuicio es puramente moral”^{216}. El doctor Gil Botero fue nombrado consejero de Estado tiempo después de haber publicado su obra, lo que nos permite pensar que su opinión sobre la autonomía del perjuicio estético puede ser acogida en breve por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo y generarse así un tercer tipo de daño extrapatrimonial autónomo y diferente del daño a la vida de relación, del daño moral y la alteración de las condiciones de existencia. En un salvamento de voto, el consejero ratificó su posición doctrinal aquí citada^{217}.

B) *La lesión a derechos de la personalidad*

Este punto hace notar uno de los problemas fundamentales; no resuelto hasta ahora en el desarrollo de los daños extrapatrimoniales y es su creciente expansión en el derecho comparado. Algunos autores, como el tratadista español DÍEZ-Picazo, sostienen que no se puede confundir la lesión de un derecho con la existencia del daño. El denominado daño moral, sostiene DÍEZ-Picazo, “debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicológico en el ámbito de la persona y producido como consecuencia de lesiones de los derechos de la personalidad”^{218}.

C) *La pérdida de los placeres de la vida “préjudice d ’agrément ” en Francia o “loss of amenities of life” en el common law*

En la doctrina extranjera se ha descrito este daño extrapatrimonial como “la privación de las satisfacciones de orden social, mundano y deportivo de las cuales se beneficia un hombre de la edad y la cultura de la víctima”^{219}.

Por lo regular, este daño está asociado a una lesión corporal que trae como consecuencia además estos perjuicios para la víctima^{220}. Este punto constituye cuestión de sumo interés para nuestro derecho, pues, como se mencionó, el daño o la pérdida de los placeres de la vida es considerado en Colombia, en la jurisdicción contencioso administrativa, dentro del daño fisiológico o daño a la vida de relación^{221}, y nada impediría incluirlo dentro del daño a la alteración de las condiciones de existencia.

D) *Daño a la persona*

Algunos doctrinantes han sugerido que la denominación más acertada es la de daño a la persona. Es el caso de Perú que adoptó la denominación *daño a la persona* como género y la de *daño moral* como especie.

El Código Civil peruano de 1852 establecía el daño moral únicamente en los casos de injuria (art. 2202). Posteriormente, la ley civil de 1936 extendió su aplicación en los casos de ruptura de esponsales y de violación sexual de descendientes. El legislador peruano de 1984, al acoger el principio de la reparación integral del daño en el artículo 1985, consagró el “daño a la persona”, diferenciándolo plenamente del daño moral, “al señalar que en aquel se atentaba contra el proyecto de la vida del ser humano”^{222}. FERNÁNDEZ SESSAREGO, claro exponente de la tesis del daño a la persona (que incluye al concebido no nacido), escribió: “Debemos aclarar que es importante remarcar, tal como lo hemos venido sosteniendo por más de una década y como también ocurre en la obra de algunos autores, el distingo existente entre la tradicional expresión de «daño moral» y la contemporánea de «daño a la persona»^{223}, siendo esta última noción la que engloba y subsume el daño moral”.

Otros autores sostienen que lo mejor es conservar la clasificación bipartita de daños patrimoniales, que comprende el daño emergente y el lucro cesante, y daños morales, que comprendería todos los daños de carácter extrapatrimonial^{224}. En esta corriente se inscribe el profesor BUSTAMANTE ALSINA, quien dice a este respecto:

“Dentro del concepto de daños materiales y morales quedan comprendidos todos los que una persona puede sufrir como consecuencia de una lesión que ella sufra en su patrimonio o en su identidad psico-física. Los jueces pueden apreciar el monto global de los daños sumando los rubros patrimoniales y juzgando la hondura de los padecimientos que correspondan a cada una de las afecciones sufridas, estimando en valores razonables esos daños no mensurables para englobarlos en una única compensación por el total de daño no patrimonial o moral”^{225}.

Hoy sigue sin resolverse satisfactoriamente el problema de la naturaleza de los daños morales y la diferencia con los otros daños de carácter extrapatrimonial. Se discute si hay fundamento para tratar de modo independiente estos daños no patrimoniales y dar curso a la correspondiente acción civil o si, por el contrario, todos deben llamarse daños morales o agruparlos con una denominación general que los abarque a todos en un solo grupo. Por lo anterior, hoy más comúnmente se define a todos estos daños como extrapatrimoniales, o inmateriales, quedando el daño moral como una especie. Sin embargo, en ocasiones el concepto de daño moral ha sido empleado en un sentido más amplio que abarca todo tipo de daño extrapatrimonial^{226}.

4. HACIA UNA TEORÍA UNIFICADORA DE LOS DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES

Si partimos del principio de la reparación integral del daño, y de aceptar que los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales pueden tener origen en la lesión de intereses, bienes o derechos patrimoniales o

extrapatrimoniales, se concluiría que en el campo de los perjuicios extrapatrimoniales puede haber una gama de daños más allá de los ya reconocidos como daño moral y daño a la vida de relación^{227}. Esto lo hemos sostenido desde 2003, cuando publicamos un artículo en la revista del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado con el título “Del daño moral y el perjuicio a la vida de relación. Hacia una teoría general de daños extrapatrimoniales”^{228}.

La reparación integral es concepto de raigambre jurisprudencial recogido por el legislador colombiano en la ley 446 de 1998, artículo 16, y ratificado por la Corte Constitucional al señalar que “se debe indemnizar el daño causado, todo el daño causado y nada más que el daño causado”. En 1993, la Corte Constitucional, al referirse a la constitucionalidad de las normas sobre asistencia a las víctimas de atentados terroristas, dijo: “el resarcimiento del perjuicio debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite”^{229}. En igual sentido, se ha pronunciado el contencioso administrativo por medio de su máximo órgano, al señalar en aplicación del principio tutelar del derecho de daños que se debe “reparar el daño, todo el daño, pero nada más que el daño, tiene derecho a una reparación integral del perjuicio experimentado como consecuencia del daño antijurídico a ello irrogado”^{230}.

La reparación integral del daño como criterio legal, exigido por el artículo 16 de la ley 446 de 1998, plantea el problema de los fallos *ultrapetita*. Es decir, ¿podrá el juez reconocer todos los daños que encuentre probados y no fueron pedidos separadamente o debe condenar solo por lo pedido? La respuesta es negativa. si ese fuere el sentido de la norma, no se habría necesitado siquiera de su consagración, el contenido sería tautológico y la norma sería un rey de burlas^{231}, afirma Enrique Gil Botero. Esta interpretación ya había sido intentada por el consejero de Estado, Ricardo Hoyos Duque al señalar en un salvamento de voto: “Condicionar el reconocimiento del perjuicio fisiológico al hecho de que se

hubiese solicitado en forma expresa en la demanda, es no solo desconocer la obligación impuesta al juez por el artículo 16 de la ley 446 de 1998 de aplicar el principio de reparación integral sino el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre consideraciones puramente rituales o formales (Const. Pol., art. 228)”^{232}.

Tamayo Jaramillo ya había señalado que los daños extrapatrimoniales no se limitaban al daño moral, al criticar el desarrollo posterior que la Corte Suprema de Justicia hizo de los daños morales en la famosa sentencia de 1922, en el caso *Villaveces*. Para este autor, dicha sentencia “sentó las premisas suficientes y necesarias para estructurar toda una teoría de los perjuicios extrapatrimoniales [...] expresamente el fallo acepta la existencia de varios perjuicios extrapatrimoniales, todos ellos indemnizables, uno de los cuales es el denominado *perjuicio moral subjetivo* o de afección”^{233}.

Cuando el fallo del Consejo de Estado de 1993 se refirió por vez primera al perjuicio fisiológico en la tradición jurídica colombiana, también perdió la oportunidad de desarrollar la teoría de los perjuicios extrapatrimoniales más allá de un incremento *ad casum*. Actuó nuestro tribunal con la metodología del juez anglosajón en temas de responsabilidad. En el *common law system*, los principios de responsabilidad civil (torts) se van desarrollando por el precedente y se prefiere el *incremental approach* en vez del desarrollo de una teoría general^{234}.

¿Por qué si los jueces y doctrinantes en su mayoría aceptan que los daños extrapatrimoniales pueden ser de muchas clases o tipos, hasta ahora solo se aceptan dos? y esos mismos jueces y doctrinantes sostienen que la reparación del daño debe ser integral. ¿Qué razones hay para aceptar la existencia de esos daños con entidad propia y no reconocerlos en la sentencia?

Una posible respuesta podría ser que al otorgar el reconocimiento de los daños morales, nuestras cortes incluían todo tipo de daño extrapatrimonial. Pero la respuesta no convence plenamente al escudriñar la trayectoria de la

jurisprudencia, desde la ya citada sentencia fundacional del daño moral de 1922 como en muchas otras posteriores.

Prueba de que el Consejo de Estado es consciente de la existencia de perjuicios extrapatrimoniales diferentes del moral, está en lo dicho en 1989 en la Sala Plena —cuatro años antes del reconocimiento de los perjuicios fisiológicos o a la vida de relación—: “No existe duda para la Sala acerca de la resarcibilidad de los llamados perjuicios extrapatrimoniales, *entre ellos* el daño moral subjetivo consistente en la afección de los sentimientos íntimos de la persona. *Por consiguiente, todo aquel que acredite haber sufrido un perjuicio extrapatrimonial tiene derecho a la correspondiente indemnización*” (sin bastardilla el original)^{235}. En el mismo sentido, se pronunció el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por medio de la sentencia del 8 de noviembre de 1991 ^{236}.

Finalmente, el punto es ratificado al reconocer la alteración de las condiciones de existencia como daño extrapatrimonial en la sentencia de octubre de 2007^{237}. Otra posible respuesta a la reticencia para extender el reconocimiento a los perjuicios extrapatrimoniales probados puede ser, en definitiva, que su naturaleza e identidad no está aún clara y podría dar lugar a que tal confusión genere la condena al pago de perjuicios diferentes, cuando en realidad se trata de uno solo. En tal caso, la víctima recibiría doble reconocimiento por un mismo daño, lo que pugna con los principios de la justa reparación. Entonces debemos preguntarnos, una vez más, si son claros cada uno de los perjuicios extrapatrimoniales sufridos, y están diferenciados unos de otros en su naturaleza y ejercicio, ¿por qué no se conceden de modo general? Estos planteamientos nos llevan a considerar que el campo está abierto para futuros desarrollos del concepto de daños extrapatrimoniales y deberemos meditarlos pausadamente para no seguir importando nombres foráneos que terminan desfigurando el desarrollo armónico de nuestro derecho.

Con el fin de sentar las bases de una teoría de la responsabilidad por daños extrapatrimoniales, pasamos a examinar la naturaleza de la lesión al derecho al buen nombre, que nos arroja luces sobre cómo hay otros bienes extrapatrimoniales autónomos cuya lesión puede causar daños, también autónomos y diferentes de los demás daños extrapatrimoniales reconocidos.

A) El derecho al buen nombre

El ser humano tiene gran variedad de bienes, intereses o derechos extrapatrimoniales^{238}. La honra y el derecho al buen nombre han sido desde la antigüedad una de las expresiones más claras del reconocimiento jurídico a la entidad de esa “parte moral” que el hombre disfruta y que debe ser protegida como un derecho o al menos como una situación jurídica tutelable. La calumnia y la difamación, de larga tradición en el derecho penal, tienen también su expresión en la esfera de la responsabilidad civil. Cuando se produce un daño al buen nombre, cuando se difama a alguien, el derecho ha respondido con una tutela no siempre adecuada. La mayoría de las veces, esa lesión constituye un delito y esa es precisamente la tradición colombiana.

Siempre se ha dicho que el delito de calumnia da acción civil para la indemnización de los perjuicios tanto materiales como morales que la víctima pruebe dentro del proceso respectivo. La realidad de las cosas es que la mayoría de las veces no es posible probar el daño material, y cuando este se prueba no hay problema en otorgar la correspondiente indemnización. En cuanto al daño moral, se concede a la víctima una cifra de carácter simbólico en reconocimiento del dolor que ha experimentado por el hecho injurioso o calumnioso; aunque con el régimen del nuevo Código Penal se pone un límite hasta mil salarios mínimos legales, las condenas podrían ser significativas en el futuro. Debe responderse la siguiente pregunta: ¿por qué no se reconoce el derecho al buen nombre

como un daño extrapatrimonial independiente del moral y del daño a la vida de relación?

El Consejo de Estado, al referirse al perjuicio a la vida de relación, de manera expresa insinúa que precisamente este daño causado en la reputación es una expresión más de lo que se denomina daños a la vida de relación. “Así, aquella afectación [a la vida de relación] puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de este por otra persona”^{239}.

Del texto que hemos transcrito podría concluirse que para el Consejo de Estado, el daño directo que sufre la víctima de la injuria y la calumnia es un daño a la vida de relación, sin perjuicio de que además se den otros de orden moral y de carácter económico. El calumniado o difamado ciertamente sufre una alteración de sus relaciones sociales con la propagación de las expresiones difamatorias. una vez se declara que hubo difamación contra la persona del demandado, el juez reconoce que el bienjurídico protegido, la reputación del demandante, ha sido lesionado contra derecho, y que se debe proceder a la reparación de los perjuicios.

Es lo que ocurre en el caso de las lesiones personales, en las que una vez se reconoce su existencia, luego se ha de indagar por los perjuicios de tipo material y moral que ha sufrido el lesionado. Materiales como los gastos médicos y hospitalarios en que haya incurrido la víctima para recuperar su salud y los ingresos dejados de percibir por la incapacidad correspondiente. Como daños morales, el juez, partiendo de la prueba indiciaria por la naturaleza de las lesiones, el tipo de tratamiento, etc., puede encontrar fundada la existencia del perjuicio moral, valorar su intensidad y condenar al pago de una cifra en dinero a título de compensación. Además, si las lesiones han dejado una secuela permanente que genere una afectación de la

vida de relación de la víctima, puede otorgarse una indemnización extra por los daños a la vida de relación.

De modo análogo ha de proceder el juez si se lesiona el buen nombre de una persona. Establecida la calumnia o la difamación mediante el respectivo proceso en el que se debatan las pruebas, el juez, apoyado en el acervo probatorio, determinará cuáles daños han sido causados con la lesión a ese bien extrapatrimonial. En primer lugar, podrían acreditarse los perjuicios materiales en su forma de daño emergente y lucro cesante (gastos de rectificación en medios de comunicación, pérdidas de contratos y ganancias por el desprestigio social, etc.) ; adicionalmente, el dolor sufrido y *probado* por las imputaciones hechas son el fundamento para reconocer el daño moral. Puede, siguiendo la sentencia del Consejo de Estado ya comentada, acreditarse en el proceso que a raíz de las imputaciones difamatorias la víctima ha sufrido un constreñimiento social. Piénsese, v. gr., en el retiro del club, asociaciones profesionales, suspensión en la participación en ciertos círculos sociales en los que el perjudicado actuaba. En este caso, estaríamos ante un perjuicio a la vida de relación.

Pero este razonamiento adolece de un defecto: si el juez encuentra que la actuación del demandado es difamatoria —es un hecho probado y discutido en el proceso—, pero concluye que no hay prueba del daño material, tendría que negarlo; si no encuentra elementos que acrediten que la vida de relación sufrió menoscabo, no podría condenar a su reparación. En cuanto al daño moral, el juez debe buscar los indicios que acrediten el dolor del demandante, de modo que pueda condenar a la correspondiente compensación económica.

¿Qué otro tipo de daño extrapatrimonial podría sufrir la víctima de la difamación? Precisamente un daño extrapatrimonial al buen nombre, pues su derecho al buen nombre ha sido lesionado. Ese daño es diferente del moral, del material y del ocasionado a la vida de relación, como hemos anotado. La existencia de ese daño extrapatrimonial queda probada con la

definición judicial de la difamación o lesión al buen nombre que, por el principio de la integridad de la reparación, exige una satisfacción.

A aliviar el deterioro del buen nombre ocasionado con la injuria y la calumnia se encamina la rectificación que en ocasiones hace el demandado. El proceso en el que se busca la reparación del daño al buen nombre y se ordena una rectificación pública (de ordinario en los mismos medios y de la misma naturaleza que la publicación difamatoria), pretende reparar el daño extrapatrimonial vulnerado. No obstante, nada impide que el juez considere que ese perjuicio extrapatrimonial al buen nombre —distinto del moral y del de la vida de relación, insistimos— pueda ser compensado con una cifra en dinero calculada con los mismos criterios de los demás perjuicios extrapatrimoniales. Si bien el Consejo de Estado y la Corte Suprema no reconocen otros daños extrapatrimoniales autónomos diferentes del daño moral, del daño a la vida de relación y del daño a las condiciones de existencia, el consejero de Estado Enrique Gil Botero en su obra *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado* da cuenta de un fallo de un tribunal contencioso administrativo en el que expresamente se reconoce el daño al buen nombre o al honor como un daño autónomo y diferente del moral^{240}.

Recordemos que en el proceso de responsabilidad civil, la víctima opta por la reparación que pretende y es el juez quien en los términos de la demanda, modera el *quantum* una vez establecida la existencia del perjuicio y su intensidad. Nada impide que el demandante opte por una compensación económica en vez de la rectificación, incluso puede pedir ambas. En este caso, pensamos que la discrecionalidad del juez podría llevarlo a aceptar, si por la naturaleza de los hechos considera que el perjuicio extrapatrimonial al buen nombre no ha sido compensado suficientemente, que además se le dé al perjudicado una cifra en dinero. Pero también podría dentro del *arbitrium iudicis*, considerar que la reparación al buen nombre se dará o se ha hecho con la rectificación.

En todo caso, si el demandante solicita como pretensión la reparación dineraria, probado el daño el juez no tiene otra opción que la de concederla en esa forma aunque con la libertad de fijar una cifra simbólica si en justicia así lo considera, atendiendo siempre los criterios de la discrecionalidad judicial. Como acertadamente afirma Tamayo Jaramillo: “si por cualquier motivo (y es lo que generalmente ocurre) es imposible restituirle a la víctima el bien extrapatrimonial que le ha sido lesionado, surge entonces la posibilidad de brindarle una satisfacción económica que en parte compense el daño causado; es el juez en cada caso concreto, quien determina la forma de conseguirlo”^{241}.

En los países del *common law*, el reconocimiento de daños no patrimoniales ha florecido desde el momento en que se ha convenido dar gran protección a la reputación o al buen nombre. En algunos casos, la responsabilidad es objetiva y, por ende, la víctima no tiene que probar daño alguno. El solo hecho de que se pruebe que la publicación fue difamatoria, da lugar a conceder una compensación por el daño a la reputación sufrida, así no se acredite en concreto el dolor sufrido u otros daños como consecuencia de la lesión del bien extrapatrimonial del buen nombre.^{242}

Este análisis podría extenderse a otros bienes extrapatrimoniales. Si se acuñara un principio que estableciera que la lesión a un bien extrapatrimonial, directa por la lesión del bien extrapatrimonial correspondiente o indirecta por la lesión a bienes materiales u otros bienes extrapatrimoniales, da lugar a la correspondiente compensación de perjuicios, habríamos sentado un principio general de responsabilidad por daños extrapatrimoniales más acorde con la naturaleza del sistema romano del cual somos herederos.

El sistema de reconocimiento limitado de perjuicios extrapatrimoniales en la modalidad de morales, daños a la vida de relación o alteración de las condiciones de existencia se asemeja al sistema incremental del *common law* no tiene sustento teórico sólido que lo soporte. Otro problema que

subyace es la expansión indefinida de daños extrapatrimoniales si se aceptara la autonomía del daño extrapatrimonial por toda lesión a bienes de la personalidad, lo que refuerza la idea de que la posible solución es la unificación de todos los daños extrapatrimoniales en uno solo, denominado *daños a la persona*.

Como hemos dicho, Enrique Gil Botero ha defendido, primero como doctrinante y luego en el Consejo de Estado, la expansión de otros daños extrapatrimoniales. Los fundamentos de su tesis pueden sintetizarse así: 1º) la exigencia del principio de la reparación integral conlleva una reparación de los diferentes bienes o intereses jurídicos que se vean afectados, y 2º) la necesidad de que se repare el perjuicio en atención a la lesión de bienes jurídicos, mas no a la consecuencia externa, física o material que acarrea el daño. Gil Botero desarrolla sus argumentos partiendo de que el artículo 16 de la ley 446 de 1998, de manera categórica impone en nuestro derecho interno el principio de la reparación integral, de allí que el salvamento de voto de Gil Botero sostenga que “el análisis del perjuicio debe traducir un efectivo y real resarcimiento de los diferentes bienes o intereses jurídicos que se ven afectados con la producción del daño antijurídico, que le es imputable al Estado. Dado lo anterior, parto del supuesto según el cual, el criterio imperante, al momento de determinar y establecer los cánones y montos indemnizatorios, debe ser aquel que tenga en cuenta la multiplicidad de derechos y bienes jurídicos que pueden resultar trasgredidos con el hecho dañoso, motivo por el que se debe reparar la vulneración del derecho en sí mismo, mas no la constatación [sic] de las consecuencias producto del daño, postura esta última avalada por un sector de la doctrina nacional”^{243}, y sostenida por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en donde se aceptó la existencia del daño a la vida de relación como un perjuicio autónomo e independiente, pero precisó como características del mismo las siguientes: “[...] d) no solo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o

psíquico, sino también en otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos [...]”^{244}.

”En efecto, un criterio diferente al que de manera respetuosa presento en esta aclaración de voto permitiría afirmar que el desplazamiento forzado, por sí mismo, no genera indemnización y reparación integral del daño, salvo que la persona demandante logre acreditar de manera plena, que padeció una consecuencia económica o material a causa [de] esa diáspora a la que se vio conminada por grupos al margen de la ley o por el Estado. [...] desde este supuesto, y en esa lógica que no comparto, si el individuo víctima del desplazamiento no se viera afectado económicamente por las consecuencias del mismo, no sería beneficiario de la indemnización, conclusión que desde mi punto de vista es inaceptable.

”El anterior ejemplo extraído de la experiencia, sirve de apoyo para reflejar lo que se pretende poner a consideración a través de [sic] la presente aclaración de voto, esto es, la necesidad de que se repare el perjuicio en atención a la lesión de bienes jurídicos, mas no a la consecuencia externa, física o material que acarrea el daño. En otros términos, el juez debe indemnizar a través [sic] de un criterio que permita reparar todas aquellas lesiones o trasgresiones con que se vea afectada la persona o el sujeto, de manera autónoma e independiente, sin que sea válido exigir, previa la reparación del daño, la verificación consecucional de los efectos que produce él mismo en el mundo exterior (que puede ser un perjuicio interior, pero que se traduzca o refleje exteriormente), para luego ser indemnizado mediante la aplicación de un concepto genérico que pretende englobar todos los bienes jurídicos de los cuales es titular la persona humana”^{245}.

Sección VII.

—Daño a los derechos e intereses colectivos y de grupo

1. ACCIONES POPULARES

La clasificación de los daños que hemos desarrollado en las páginas que anteceden, nos indica que pueden ser ciertos e inciertos; actuales y futuros; previsibles e imprevisibles; directos e indirectos; patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y extrapatrimoniales (daño moral, daño a la vida de relación o alteración de las condiciones de existencia). Finalmente, podría decirse que las acciones populares han introducido un nuevo tipo de daños: daños a los derechos o intereses colectivos.^{246}.

El artículo 88 de la Constitución Política de 1991 estableció las acciones populares para proteger los derechos e intereses colectivos, y con ello no solo consagró nuevas acciones procesales, sino que además echó el piso jurídico para un nuevo tipo de daños que se perpetran cuando se lesionan “el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza”, que se definen en la ley que los reglamentó (ley 472 de 1998).^{247}. Así entonces, podemos afirmar que los daños se clasifican en patrimoniales (daño emergente y lucro cesante); daños extrapatrimoniales (daño moral, daño a la vida de relación o alteración de las condiciones de existencia), y en tercer lugar, daño a los intereses colectivos.

La contaminación ambiental, por ejemplo, es un daño que por su naturaleza no cabe dentro del daño patrimonial clásico o dentro del moral o extrapatrimonial de las personas individuales. Es por eso por lo que sugerimos incluir los daños a intereses colectivos en una nueva categoría o clase daños que, para ser reparados, cuentan a su vez con un procedimiento especial que se inicia por una acción atípica denominada *acción popular*.

La característica fundamental de este tipo de intereses es que no pueden ser objeto de titularidad individual, sino de titularidad grupal, pues los

intereses que se defienden son de carácter supra individual respecto de toda la sociedad o de segmentos importantes de ella.

De los intereses colectivos emanan los derechos colectivos, es decir, los que pertenecen a la comunidad en general, como el derecho al espacio, al patrimonio, a la salubridad pública, a la veracidad de la información, etc., en los que existe un interés jurídico general de toda la comunidad y no simplemente el particular de cada persona como tal. Los daños que se produzcan pueden menoscabar el interés colectivo general en forma material o inmaterial, como cuando se ofende la moral y la sensibilidad social.

A) Bienes que protege: derechos e intereses colectivos

Las acciones populares tienen una finalidad pública, pues buscan proteger a la comunidad en su conjunto y respecto de sus derechos e intereses colectivos, es decir, no derechos individuales. Por su parte, las acciones de grupo sí protegen derechos individuales de un grupo de personas que han recibido un daño.

Los intereses colectivos, también llamados difusos, son aquellos que pertenecen a un conjunto de individuos más o menos amplio, indeterminado, sin cohesión ni organización, que constituye una colectividad y posee unos intereses comunes, sobre los cuales no existe identidad, ni muchas veces conciencia acerca de su existencia.

Se dice que los derechos colectivos son desarrollo del catálogo de los derechos humanos de primera generación, llamados así por proteger derechos individuales (vida, libertad, seguridad, propiedad, etc.). Los de segunda generación son los llamados derechos sociales (salud, educación, bienestar, trabajo, seguridad social) y los de tercera generación o colectivos, como el medio ambiente, el desarrollo, el espacio público, la salud pública, etc., son llamados así por ser derechos de todos en general y de nadie en particular.

Entre los autores ha existido honda controversia para determinar el interés colectivo y, en relación con este, el llamado interés difuso. Para algunos, el interés difuso emana de aquellas colectividades que no tienen una organización y una representación definida. Es el que corresponde a los sujetos dispersos, sin organización y sin personería. El interés difuso se convierte en interés colectivo en la medida en que la comunidad tenga mayor cohesión, organización y certeza sobre los derechos que le corresponden como cuerpo social, en los aspectos que más le convengan y beneficien al grupo, que debe ser definido o por lo menos determinable.

B) Clases de derechos e intereses colectivos

De la lectura del artículo 4° de la ley 472 de 1998 puede concluirse que son derechos e intereses colectivos, objeto de protección por las acciones populares, los relacionados con: a) el goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; b) la moralidad administrativa; c) la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en zonas fronterizas, y los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del ambiente; d) el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; e) la defensa del patrimonio público; f) la defensa del patrimonio cultural de la nación; g) la seguridad y salubridad públicas; h) el acceso a la infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; i) la libre competencia económica; j) el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; k) la prohibición de fabricar, importar, tener o usar armas químicas, biológicas y nucleares, así como introducir al territorio nacional residuos nucleares o tóxicos; l) el derecho a

la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; m) la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; n) los derechos de los consumidores y usuarios.

También son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución Política, en las leyes ordinarias y en los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia.

C) *Características de las acciones populares*

De lo mencionado hasta aquí, podemos señalar los rasgos más característicos de estas acciones:

a) *Acciones procesales públicas*. Su titular es toda persona natural o jurídica que desee defender los derechos e intereses colectivos, comunes a una colectividad. No se requiere acreditar ninguna calidad especial para instaurarlas (ley 472 de 1998, art. 12).

b) *Protegen derechos e intereses colectivos*. Proceden únicamente para la protección de los intereses o derechos colectivos; en ningún caso para la defensa de derechos individuales.

c) *No tienen carácter indemnizatorio*. En principio no tienen carácter indemnizatorio, pues buscan evitar el daño contingente, hacer que cese el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre derechos e intereses colectivos y solo en el caso de haberse producido el daño, restituir las cosas a su estado anterior, siempre y cuando ello sea posible (art. 2°).

Con las acciones populares se puede pretender que el juez dicte una orden de hacer o no hacer o exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas a su estado anterior, o el pago de una suma de dinero. El monto sería destinado a reparar el perjuicio ocasionado y no a cada uno de los miembros del grupo afectado.

d) *No están sujetos a caducidad.* Si bien la ley inicialmente señaló un término de caducidad de la acción popular, la Corte Constitucional declaró inexecutable este término por considerar que por tratarse precisamente de un interés colectivo no procedía tal caducidad de la acción.^{248}.

e) *Tienen un procedimiento especial.* uno de los principales fines de la ley era establecer un proceso especial, ágil, con un término que no podrá rebasar los noventa días. La apelación contra la sentencia no podrá exceder el término de treinta días.^{249}. Este proceso especial se rige por los siguientes principios (art. 5°): a) prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal; b) publicidad; c) economía; d) celeridad y eficacia; e) promovida la acción el juez debe impulsarla oficiosamente so pena de incurrir en causal de destitución, y f) pueden incoarse en todo tiempo y no se pueden suspender en estados de excepción (art. 8°).

Para conocer en detalle el trámite procesal previsto conviene leer los artículos 17 a 38 de la ley que establecen los requisitos de la demanda o petición, el trámite de admisión, notificación y traslado (arts. 20-23), coadyuvancia y medidas cautelares (arts. 24-26). En una audiencia de conciliación se puede llegar a un pacto de cumplimiento regulado por el artículo 27. El régimen probatorio está regido por lo dispuesto en los artículos 28 al 32. La sentencia con efectos *erga omnes* se regula en los artículos 33 al 35.

Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión imputable a las autoridades públicas o a los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. La jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones populares originadas en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas.

Según el artículo 11, cuando el interés o derecho colectivo se vea amenazado por la actividad de la administración pública, no será necesario

interponer previamente los recursos administrativos como requisito para interponer la acción popular. En los demás casos conocerá la jurisdicción ordinaria civil.

En la primera edición, se hacía referencia a la legislación que se encontraba vigente sobre esta materia en la cual el demandante en una acción popular tendría derecho a recibir un incentivo que el juez fijaría entre diez y ciento cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes. También contemplaba que cuando el actor fuera una entidad pública, el incentivo se destinaría al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos (art. 39). Así las cosas, si la acción popular se ejercía en un caso en el que estuviese comprometida la moral administrativa, el incentivo que se estableció era del 15 por ciento del valor que recuperara la entidad pública en razón de la acción popular.

El tema de la recompensa como se advertía en la edición de 2009, había sido muy criticado, razón por la cual se habían presentado algunas iniciativas tendentes a su eliminación. Por ejemplo, el proyecto de ley 270 de 2006 (S- 283 de 2006) pretendió eliminar la recompensa con el fin de desestimular su aumento, que había contribuido de manera importante a la congestión judicial. Lo planteado por el autor, llevó al legislador a expedir la ley 1425 de 2010, por medio de la cual se derogaron los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998 que se encargaba de regular el citado asunto.

Para promover la difusión y conocimiento de los derechos e intereses colectivos y sus mecanismos de protección, para financiar la presentación de acciones populares o consecución de pruebas, la ley 472 de 1998 previó la creación del fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos (arts. 70-73). La defensoría del pueblo tiene el deber de organizar un registro público nacional centralizado, de las acciones populares y de las de grupo que se interpongan en el país.

f) *Clases de acciones populares.* De acuerdo con las normas pertinentes, pueden ser:

a') *Preventivas*. Se pueden incoar ante el peligro de lesión de los intereses o derechos colectivos y para evitar que se produzcan daños. La acción popular cuando tiene carácter preventivo es preferente con relación a las demás que conozca el juez, excepto el *habeas corpus*, la acción de tutela y la acción de cumplimiento (art. 6°)^{250}.

Sobre las medidas cautelares, se establece: “Cuando se trate de amenaza por razón u omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado” (art. 25, par. 1°).

La Corte Constitucional ha decidido que la acción popular preventiva se puede instaurar así no se haya producido un daño, pues precisamente esa es la naturaleza establecida en la Constitución y la ley. El texto de la sentencia que recoge este punto de vista dice así:

“Característica fundamental de las acciones populares, previstas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Nacional, es la de que permite su ejercicio pleno con carácter preventivo, pues los fines públicos y colectivos que las inspiran, no dejan duda al respecto. En consecuencia, no es, ni puede ser requisito para su ejercicio el que exista un daño o perjuicio sobre los derechos que se pueden amparar a través de ellas. Desde sus más remotos y clásicos orígenes en el derecho latino fueron creadas para prevenir o precaver la lesión de bienes y derechos que comprometen altos intereses cuya protección no siempre supone un daño. En verdad, su poco uso y otras razones de política legislativa y de conformación de las estructuras sociales de nuestro país, desdibujaron en la teoría y en la práctica de la función judicial esta nota de principio. Los términos del enunciado normativo a que se hace referencia no permiten abrigar duda alguna a la Corte sobre el señalado carácter preventivo. Se insiste ahora en

este aspecto, en virtud de las funciones judiciales de intérprete de la Constitución que corresponden a esta corporación”^{251}.

b’) *De restitución al estado anterior*. Cuando la lesión al interés o derecho colectivo se ha consumado y es posible restituir las cosas al estado anterior, procede la acción popular, y en tales casos la ley establece así cuál ha de ser el contenido de la sentencia:

“*Sentencia*. Vencido el término para alegar, el juez dispondrá de veinte días para proferir sentencia. La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado un daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible. La orden de hacer o no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante. igualmente, fijará el monto del incentivo para el actor popular.

”La condena al pago de perjuicios se hará *in genere* y se liquidará en el incidente previsto en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil; en tanto, se le dará cumplimiento a las órdenes y demás condenas. Al término del incidente se adicionará la sentencia con la determinación de la correspondiente condena incluyéndose la del incentivo adicional en favor del actor.

”En caso de daño a los recursos naturales, el juez procurará asegurar la restauración del área afectada destinando para ello una parte de la indemnización.

”En la sentencia, el juez señalará un plazo prudencial, de acuerdo con el alcance de sus determinaciones, dentro del cual deberá iniciarse el

cumplimiento de la providencia y posteriormente culminar su ejecución. En dicho término, el juez conservará la competencia para tomar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de conformidad con las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil y podrá conformar un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia en el cual participarán además del juez, las partes, la entidad pública encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el ministerio público y una organización no gubernamental con actividades en el objeto del fallo.

”También comunicará a las entidades o autoridades administrativas para que, en lo que sea de su competencia, colaboren en orden a obtener el cumplimiento del fallo” (ley 472 de 1998, art. 34).

2. ACCIONES DE GRUPO

A) *Características*

a) *Acciones constitucionales*. Si bien las acciones de grupo no se refieren a unos nuevos tipos de daños, su regulación ha sido unida a las acciones populares, por lo que consideramos oportuno dar una breve explicación, a riesgo de romper la ortodoxia temática que corresponde. La Constitución Política en el artículo 88 (inc. 2º) ordenó al legislador que en la ley que regulara las acciones populares, reglamentara también las acciones de grupo^{252}: “También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares”.

El propósito del constituyente era darle un impulso a las acciones que protegen derechos de la colectividad, no en el sentido de la acción popular de intereses difusos, sino de los derechos individuales que se vulneran a grupos o masas de ciudadanos, como es el caso de los usuarios y consumidores^{253} de bienes y servicios por productos defectuosos, entre otros.

Como lo ordena el artículo 1° de la ley 472 de 1998, es objeto de esa normativa, regular las acciones populares, y también las acciones de grupo.

“ *Procedencia de las acciones de grupo.* Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas.

”La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.

”El grupo estará integrado al menos por veinte personas”^{254}.

b) *Indemnizatoria y colectiva o grupal.* Como se desprende de su definición legal, su naturaleza es eminentemente indemnizatoria de los daños y perjuicios causados a cada una de las personas que integran un número plural de personas. Con ella, el grupo busca la indemnización de los perjuicios sufridos individualmente.

Exige la norma que la acción debe ser interpuesta por un número plural de personas, de al menos veinte que integran el *litis consorcio*. No es necesario precisar la identidad de las personas perjudicadas.

c) *Caducidad.* Sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios, la acción de grupo debe promoverse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante.

d) *Procedimiento especial.* La ley establece un procedimiento especial para las acciones que un grupo uniforme de perjudicados puede instaurar para obtener la reparación de los perjuicios que le hayan sido ocasionados. Los aspectos más relevantes se refieren a la integración del grupo, su naturaleza y las reglas de su actuación dentro del proceso. También se establecen unos términos y estructura propia del proceso y exigencias para el juez sobre el contenido de la sentencia. Veamos algunos de estos aspectos:

Es claro el artículo 46 al señalar que veinte personas ha de ser el número mínimo en cuyo nombre se instaure la acción. El demandante (art. 48) “representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerados, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder”.

El grupo debe reunir condiciones uniformes respecto de la misma causa que originó perjuicios individuales. Cada uno de los miembros del grupo ha de haber sufrido daños, con todas las características señaladas en capítulos anteriores: personal, cierto, ilícito, así los daños sufridos no sean los mismos. Esos daños han de reunir una característica adicional y es que han de tener la misma causa (art. 46). Sobre ese particular, la Corte Constitucional precisó que “la noción de «condiciones uniformes respecto de una misma causa», propia del régimen legal de las acciones de grupo, debe ser interpretada de conformidad con la Constitución, como un elemento estructural de la responsabilidad”. Lo que implica, según el citado fallo de la Corte Constitucional que “de acuerdo con la moderna doctrina de la responsabilidad extracontractual, el elemento de la relación causal no debe ser estudiado como un fenómeno puramente natural, sino esencialmente jurídico” (Corte Const., sent. C-569 de 2004).

La Corte Constitucional ilustró con un ejemplo el sentido de la exigencia de condiciones uniformes respecto de una misma causa (art. 46): “Si un empresario inunda el mercado con un producto defectuoso (principal hecho dañino) que solamente causará daño cuando dicho producto sea efectivamente adquirido por los consumidores (hecho dañino secundario: múltiples compraventas diferidas en el tiempo) y que tendrá la capacidad para generar diversos daños en situaciones diferentes (consecuencias del uso particular del producto defectuoso). Entre los diversos daños que se pueden causar con el hecho dañino de la fabricación defectuosa (sumado al de la adquisición y uso posterior), pueden existir diversos nexos de causalidad, que, a pesar de que comparten un elemento común, podrían ser

considerados como hechos distintos, y algunos podrían concluir que las condiciones no son uniformes frente a la causa que originó el daño. Por ello, una exigencia de uniformidad estricta desde el punto de vista fáctico, que confundiera la idea de causa jurídica común con la existencia de un solo hecho que ocasiona el perjuicio, haría fracasar la protección del interés de grupo por la vía del resarcimiento de los perjuicios individuales sufridos por sus miembros, pues una tal uniformidad es excepcional, desde una perspectiva puramente fáctica” (Corte Const., sent. C-569 de 2004).

Si hay varios abogados o grupos deberá “integrarse un comité y el juez reconocerá como coordinador y apoderado legal del grupo, a quien represente el mayor número de víctimas, o en su defecto al que nombre el comité” (art. 49). En todo caso, la acción de grupo debe ejercerse por medio de abogado (*ibidem*).

Como hemos reiterado, los elementos que configuran la responsabilidad son la conducta, la culpa (en el caso de responsabilidades subjetivas), el daño, (con todas sus características) y el nexo causal.

Pueden presentarse discusiones, especialmente de las partes demandadas que, con el inconfesable propósito de torpedear acciones justas, quieran entablar la *litis* y para ello aduzcan deficiencias en el lleno de los requisitos del grupo. Solo a título especulativo podríamos preguntarnos: ¿las condiciones uniformes, para los elementos que configuran la responsabilidad, exigen por ejemplo que todos tengan fundamento en una responsabilidad de igual tipo: contractual o extracontractual? y dentro de la extracontractual, ¿de la misma clase?, o ¿los daños que reclaman han de ser de la misma clase o han de proceder de la misma conducta del demandado?

Si la demanda se ha originado en los daños que se han ocasionado a un número plural de personas por una acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, *derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos*, quienes hubieren sufrido perjuicio podrán hacerse parte en el proceso (art. 55). Resaltamos la expresión *derivadas de la vulneración de derechos o*

intereses colectivos, pues nada obsta para que una acción de grupo surja de la lesión ocasionada a un grupo de personas, pero no de derechos o intereses colectivos, pues el artículo 3° al definir la acción de grupo no la circunscribe a ese tipo de derechos de tercera generación, si bien son el caso más común y la razón principal que explica la expedición de la ley.

Como se ha advertido, las acciones de grupo son acciones en el sentido procesal más estricto, establecidas para iniciarse y tramitarse mediante un procedimiento especial: requisitos de la demanda (art. 52), admisión, notificación y traslado (art. 53), se prevé la práctica de medidas cautelares propias del Código de Procedimiento Civil (art. 58), la integración y exclusión del grupo (arts. 55 y 56); un período probatorio (veinte días), prorrogable (art. 63), una diligencia de conciliación entre las partes (art. 61) y un traslado para alegar de conclusión antes de proferir sentencia.

En cuanto al contenido de la sentencia, debemos transcribir el texto del artículo 65:

“ *Contenido de la sentencia.* La sentencia que ponga fin al proceso se sujetará a las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil y además, cuando acoja las pretensiones incoadas, dispondrá:

”1. El pago de una indemnización colectiva, que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales.

”2. El señalamiento de los requisitos que deben cumplir los beneficiarios que han estado ausentes del proceso a fin de que puedan reclamar la indemnización correspondiente, en los términos establecidos en el artículo 61 de la presente ley.

”3. El monto de dicha indemnización se entregará al fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria, el cual será administrado por el defensor del pueblo y a cargo del cual se pagarán:

”a) Las indemnizaciones individuales de quienes formaron parte del proceso como integrantes del grupo, según la porcentualización que se

hubiere precisado en el curso del proceso. El juez podrá dividir el grupo en subgrupos, para efectos de establecer y distribuir la indemnización, cuando lo considere conveniente por razones de equidad y según las circunstancias propias de cada caso;

”b) Las indemnizaciones correspondientes a las solicitudes que llegaren a presentar oportunamente los interesados que no hubieren intervenido en el proceso y que reúnan los requisitos exigidos por el juez en la sentencia.

”Todas las solicitudes presentadas oportunamente se tramitarán y decidirán conjuntamente mediante acto administrativo en el cual se reconocerá el pago de la indemnización previa comprobación de los requisitos exigidos en la sentencia para demostrar que forma parte del grupo en cuyo favor se decretó la condena.

”Cuando el estimativo de integrantes del grupo o el monto de las indemnizaciones fuere inferior a las solicitudes presentadas, el juez o el magistrado podrá revisar, por una sola vez, la distribución del monto de la condena, dentro de los veinte días siguientes contados a partir del fenecimiento del término consagrado para la integración al grupo de que trata el artículo 61 de la presente ley. Los dineros restantes después de haber pagado todas las indemnizaciones serán devueltos al demandado.

”4. La publicación, por una sola vez, de un extracto de la sentencia, en un diario de amplia circulación nacional, dentro del mes siguiente a su ejecutoria o a la notificación del auto que hubiere ordenado obedecer lo dispuesto por el superior, con la prevención a todos los interesados igualmente lesionados por los mismos hechos y que no concurrieron al proceso, para que se presenten al juzgado, dentro de los veinte días siguientes a la publicación, para reclamar la indemnización.

”5. La liquidación de las costas a cargo de la parte vencida, teniendo en cuenta las expensas necesarias para la publicación del extracto de la sentencia.

”6. La liquidación de los honorarios del abogado coordinador, que corresponderá al diez por ciento (10%) de la indemnización que obtengan cada uno de los miembros del grupo que no hayan sido representados judicialmente”.

Y el artículo 66 sobre *efectos de la sentencia* dispone lo siguiente: “La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada en relación con quienes fueron parte del proceso y de las personas que, perteneciendo al grupo interesado no manifestaron oportuna y expresamente su decisión de excluirse de grupo y de las resultas de proceso”.

Los efectos *erga omnes* de cosa juzgada de la sentencia abren una peligrosa puerta para ser usada con deslealtad, mediante acciones constitutivas de un verdadero fraude procesal. En efecto, se podría ejercer la acción de grupo y luego, confabuladas las partes, acceder a una conciliación que perjudique los legítimos intereses de terceros que no tuvieron conocimiento de la convocatoria y a quienes les cobijen los efectos de cosa juzgada que el citado artículo 53 prevé para ellos conforme a la presunción de que la convocatoria pública garantiza que pudieron hacer valer sus derechos y su no comparecencia se tomaría como una aceptación de las resultas del proceso. Por eso, el juez debe ser especialmente cauteloso al aceptar conciliaciones entre las partes que pudieren lesionar los derechos de terceros no comparecientes en el proceso.

B) *Derechos que amparan*

Las acciones de grupo hacen referencia a la vulneración de derechos subjetivos. La idea original fue derivarla de la violación de derechos colectivos, pero nada obsta para que un grupo las pueda ejercer, con los demás requisitos de ley, ante la violación de derechos subjetivos que no provengan de intereses o derechos colectivos.

En las discusiones del proyecto de ley esa fue la intención y así se desprende del artículo 49 del proyecto de ley radicado en la Cámara, que

decía: “*Procedencia de las acciones de grupo*. La acción de grupo tiene por objeto obtener indemnizaciones individuales para los miembros de un número plural de personas *en razón a un daño originado en la violación de uno o varios derechos colectivos*”^{255}. (bastardilla nuestra); pero a nuestro juicio, el texto tal como quedó redactado no lo exige (ley 472 de 1998, art. 46).

La supresión se debió a que el Senado acogió las sugerencias hechas por el tratadista LUIS CARLOS SÁCHICA. El senador ponente envió una comunicación al presidente del Senado, que transcribimos, porque son luces muy claras para conocer la voluntad del legislador a la hora de interpretar la ley; dice la carta comentada:

“Propuestas recibidas y acogidas en la ponencia. [...] Artículo 3°. Todas las propuestas coinciden en la importancia de establecer acciones de grupo con carácter amplio, adecuándose a la definición constitucional. Se acogen en su integridad y se modifica la definición de las acciones de grupo. Por ser de especial relevancia en este tema, transcribimos las sugerencias del profesor LUIS CARLOS SÁCHICA [...]:

”«Respecto de las acciones de grupo, deben tenerse en cuenta estas observaciones en relación con el texto actual del proyecto:

”«a) No involucran derechos colectivos. Lo que hay de común en la situación que plantea es la autoría y causa del daño y el interés cuya lesión debe ser reparada, que es lo que justifica su actuación judicial conjunta de los afectados —la parte demandante integrada por una pluralidad de interesados—.

”«b) Se trata de intereses individuales privados o particulares que, por lo mismo deben ser regulados con criterios de derecho privado y sin ninguna asimilación con las acciones populares, ya que aunque previstas en el mismo artículo 88 constitucional, son materias distintas.

”«c) Por lo mismo, salvo en lo tocante a los mecanismos de formación del grupo para efectos del trámite de la acción y la manera de hacer efectiva

la condena a todos los integrantes de aquel, los principios, la actuación del juez y de las partes, las pruebas y los efectos de la sentencia, deben ser los vigentes para los pertinentes procedimientos ordinarios, porque nada justifica sino la economía procesal, tratos preferenciales o de excepción, estando en juego intereses puramente privados»”^{256}.

En sentido contrario, opina Pedro Pablo Camargo, quien citando la comunicación del maestro SÁCHICA señala:

“Está equivocado en sus apreciaciones. En primer lugar, las acciones de grupo sí involucran derechos e intereses colectivos, como la libre competencia económica y los derechos de los consumidores y usuarios que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas.

”En segundo lugar, si la acción de grupo está contenida en el artículo 88 de la Constitución Política, se trata de una acción de derecho público y no de derecho privado. El Código Civil de 1887, que introdujo las acciones populares de los artículos 1005 y 2359 les había dado *status* de acciones de derecho privado.

”No se trata de acciones privadas para obtener «el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios» por derechos o intereses privados, sino de carácter público, en defensa de derechos e intereses colectivos, como lo son los derechos de los consumidores y usuarios que interesan a la comunidad”.

Apoya la tesis de Camargo el hecho inequívoco de que durante el trámite legislativo de los proyectos siempre se concibió que la acción de grupo nacía por la lesión de derechos e intereses colectivos. Así lo señala el defensor del pueblo al distinguir la acción popular y la de grupo: “Las diferencias entre estas dos acciones según el defensor del pueblo son a saber

”Según el derecho que amparan: las acciones populares son el mecanismo de protección de los derechos e intereses colectivos

mencionados en el artículo 88 de la Constitución.

”Las acciones de grupo *hacen referencia a la vulneración de derechos subjetivos derivados de la violación de derechos colectivos*” (sin bastardilla el original)^{257}.

Pero la discusión que puede surgir fue resuelta por la Corte Constitucional al declarar exequible el artículo 55 de la ley. Define la Corte que si bien las acciones de grupo pueden proceder cuando se vulneren intereses o derechos colectivos, nada obsta para que procedan en otras hipótesis cuando se vulneren derechos individuales. Por la claridad de la sentencia, transcribimos el siguiente apartado:

”La Corte Constitucional declaró exequible las expresiones «derivados de la vulneración de derechos e intereses colectivos», contenidas en el artículo 55 de la ley 472 de 1998, «por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones», lo hace *en el entendido de que con su interpretación y aplicación no se excluyan los demás derechos subjetivos de origen constitucional o legal, cualquiera que sea su naturaleza, como derechos igualmente amparables por las acciones de clase o de grupo*” (bastardilla nuestra).

C) *Acción de grupo y acciones individuales*

Si bien los perjudicados son libres de integrarse al grupo “cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión o por varias acciones u omisiones derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos”^{258}, antes de la apertura a pruebas y en todo caso no después de veinte días siguientes a la publicación de la sentencia, si un perjudicado desea conservar su derecho a instaurar acción individual y que no lo afecte la sentencia de la acción popular, debe manifestar expresamente su deseo de excluirse del grupo (“si decide excluirse del grupo, podrá intentar acción individual por

indemnización de perjuicios”, art. 56 *in fine*), pues de lo contrario la sentencia de la acción de grupo “tendrá efectos de cosa juzgada en relación con quienes fueron parte del proceso y de las personas que, perteneciendo al grupo interesado no manifestaron *oportuna y expresamente su decisión de excluirse del grupo* y de las resultas de proceso” (art. 66) (bastardilla nuestra).

D) *Acción de grupo de los consumidores*

En su finalidad, las acciones de grupo van dirigidas a proteger grupos de usuarios y consumidores. En nuestro *iter* legislativo de protección a los consumidores, podemos señalar claramente cuatro grupos diferentes que tienen su propia normativa y que inspiraron la creación de estas acciones y procesos especiales para tramitar sus reclamaciones indemnizatorias y buscar con ello un equilibrio entre las partes.

Las cuatro principales acciones de grupo son:

1. Usuarios y consumidores previstos en el estatuto del consumidor.
2. Contra la competencia desleal en la intermediación financiera y la actividad de los seguros (ley 45 de 1990, art. 76)
3. Contra la competencia desleal en el mercado en general (ley 256 de 1996, art. 20).
4. Contra la competencia desleal y la información privilegiada en el mercado de valores (ley 472 de 1998, art. 69)^{259}.

Para no desviarnos del cometido de este escrito, solamente haremos una breve descripción del estatuto del consumidor.

Una alocución del expresidente de Estados Unidos, J. F. Kennedy (15 de marzo de 1962) en la que señaló los cuatro derechos básicos del consumidor^{260} (derecho a la seguridad, derecho a la información, derecho a la libre elección, y derecho a ser oído), para algunos constituye el inicio de una nueva época en la tutela del consumidor; no obstante, nótese que en el siglo XIX se pueden encontrar antecedentes en Alemania^{261}.

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 1° de abril de 1985 las normas de protección al consumidor para las Naciones unidas y los países miembros.

La Constitución Política dispone en su artículo 78: “La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización”.

Y con el fin de proteger a los consumidores, manifiesta que serán responsables de acuerdo con la ley quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, “atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento de los consumidores y usuarios en general”.

El decreto 3466 de 1982, antiguo estatuto del consumidor, previó en su artículo 36 la acción indemnizatoria en beneficio del *consumidor*, mediante proceso verbal “en todos los eventos en que según este decreto sea procedente la indemnización de perjuicios”.

El cambio en las relaciones comerciales suscitado en la segunda mitad del siglo XX hace que el *productor*, el proveedor o el expendedor estén en una situación de preeminencia frente al consumidor, lo que en no pocas ocasiones permite el abuso de los primeros en contra de los segundos. Las *class actions* o acciones de grupo nacieron inspiradas en la defensa de esos derechos de los consumidores, dentro de los usos del tráfico y el mundo de los negocios.

En el año 2011, como se dijo en páginas anteriores, se expidió un nuevo estatuto del consumidor en Colombia, mediante la ley 1480. Este se encarga de proteger las relaciones de consumo y la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía, respecto de los cuales no exista regulación especial. En virtud de lo anterior, se encarga de establecer tanto derechos como obligaciones de los sujetos de la relación de consumo. Es así como en el artículo 3.1.5

consagra el derecho a la reclamación, a partir del cual se busca una reparación integral, oportuna y adecuada de todos los daños sufridos, así como el acceso al aparato jurisdiccional competente para el caso. Las reclamaciones que sean pertinentes podrán efectuarse de forma personal o por medio de representante legal o apoderado. La responsabilidad por producto defectuoso, así como las acciones populares o las de grupo, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario conforme a lo establecido en el artículo 58 de la ley 1480 de 2011, observando las reglas especiales consagradas en el mismo, para tal fin.

a') *Sujetos en la relación del consumo*. En la complejidad del tejido económico moderno intervienen muchos agentes o sujetos en las relaciones económicas en torno a la producción, distribución y consumo de bienes. Por una parte están los fabricantes, los proveedores, los intermediarios, los clientes, los consumidores, etc. La función y vigilancia de la defensa del consumidor está a cargo de la Superintendencia de industria y Comercio^{262}.

b') *Noción de consumidor*. En una definición simple se entiende por consumidor^{263}: “persona que consume. individuo, grupo o institución que satisface sus necesidades mediante el uso de bienes generados en el proceso productivo. Consumir es destruir, extinguir, utilizar comestibles perecederos u otros géneros de vida efímera, para satisfacer necesidades o gustos pasajeros”.

De acuerdo con el decreto 3466 de 1982, consumidor es toda persona natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado para la satisfacción de una o más necesidades.

El artículo 5.3 de la ley 1480 de 2011, por su parte se encarga de definir al consumidor o usuario como toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad

propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica.

Sin embargo, como ya se había anotado en la edición anterior, el mayor problema que presenta la elaboración de una definición general de consumidor es el hecho de excluir a todos los demás sujetos que se consideran consumidores y que no son personas físicas, o que no son los consumidores directos, pues el producto se pudo haber comprado por intermedio de terceros o se pudo llegar a obtener en razón de una donación; entonces, sería justo eximir de responsabilidad a los productores por la ocurrencia de estas circunstancias.

No es requisito para ser considerado consumidor el que se haya realizado un negocio a título oneroso. Con el nuevo estatuto, se especifica que puede tratarse de una persona jurídica entendida como aquella que adquiere bienes o servicios, cuestión que no se presentaba en el estatuto de 1982.

c') *Proveedor o expendedor*. Según el artículo 5.11 del nuevo estatuto del consumidor, es proveedor o expendedor quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro.

d') *Noción de productor*. De acuerdo con el artículo 5.9 del nuevo estatuto del consumidor, productor es quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria.

e') *Producto*: El artículo 5.8, por su parte, lo define como todo bien o servicio. Así mismo, en el mencionado estatuto, no se define como tal la producción, pero ésta se puede entender como la actividad que transforma determinados bienes en otros que prestan una utilidad mayor. Todos los artículos llegan a existir, porque se producen.

La novedad con la entrada en vigencia de la ley 1480 de 2011, es que estas acciones de los usuarios y consumidores contra los productores o fabricantes para buscar la indemnización de perjuicios a través de una acción de grupo o de la acción popular pertinente ahora se puede tramitar mediante proceso verbal sumario, con el cual se busca garantizar una solución más rápida del conflicto, asegurando así la protección al consumidor.

CAPÍTULO TERCERO

PRINCIPIOS GENERALES DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO

El hecho de reparar el derecho lesionado se expresa mediante diversos términos: reparar, restituir, indemnizar, compensar, que no siempre son sinónimos.

Reparar significa, según el Diccionario de la Lengua, “componer o aderezar el menoscabo que ha padecido una cosa; enmendar, corregir o remediar, desagraviar o satisfacer al ofendido, indemnizar”.

Restitución significa poner al damnificado de nuevo en posesión o dominio de lo que le pertenece, supone pues *dar lo mismo* en identidad de cualidad y cantidad, tanto como cuerpo cierto o equivalente^{1}. En los casos en que es imposible restituir la misma cosa o un género, la noción de restitución se amplía con la de compensación. Por ejemplo, es imposible devolver un miembro corporal (un ojo, un brazo, la vida) y en esos casos la compensación se tasa ordinariamente en dinero. Hoy más comúnmente se utiliza la expresión *indemnización*, que etimológicamente significa ‘dejar sin daño’.

Si bien todos los términos que se utilizan para referirse al fenómeno resarcitorio son en alguna medida sinónimos, en sentido estricto no lo son; por ejemplo, la reparación supone un concepto más amplio que de alguna manera abarca tres formas: “1ª) componer el daño o perjuicio que ha sufrido en lo material o patrimonial; 2ª) desagraviar o satisfacer al ofendido, y 3ª) evitar un daño o perjuicio”^{2}.

Los daños que en ciertas ocasiones se causan por la naturaleza misma del bien lesionado son imposibles de ser reparados; piénsese, por ejemplo, en los perjuicios morales o fisiológicos permanentes: en tales casos lo que opera realmente es un desagravio, satisfacción o compensación.

Superada la dificultad terminológica que puede tener relevancia en algunos momentos, conviene pasar al análisis detallado de los principios generales que rigen la reparación que podemos agrupar en los siguientes:

1. La reparación debe tender a ser integral.
2. Todo daño debe ser probado. No se presume.
3. El valor de la reparación —la liquidación— se fija al momento de la sentencia.

Sección I.

—La reparación debe tender a ser integral

La reparación integral es un principio de la reparación del daño que debe ser entendido como algo que se debe buscar, de modo que el juez debe procurar alcanzarlo en la medida de lo posible, es decir, poner al damnificado en el mismo estado en que se habría encontrado, si no hubiese mediado el hecho dañoso.^{3} Se dice que la reparación debe tender a ser integral porque si bien los principios de reparación del daño enseñan que se debe indemnizar el daño causado, todo el daño causado y nada más que el daño causado, desde una perspectiva ontológica, la reparación del daño no siempre es posible y, por tanto, lo que aspira la indemnización, generalmente en dinero, es dar una cifra equivalente o proporcional al perjuicio sufrido.^{4}

La reparación es integral, enseña el magistrado de la Corte Suprema de Justicia Arturo Solarte, “si a través de ella se coloca al damnificado, con sus particulares circunstancias, en la situación en la que *él* se hallaría si el hecho ilícito no hubiera ocurrido. Solo a través del reconocimiento pleno de las diferentes vicisitudes que haya sufrido una víctima —o *mejor, esa víctima*—, en su patrimonio o en sus intereses vinculados con los bienes de

la personalidad o en su esfera espiritual, puede entenderse que se ha realizado una reparación integral”^{5}.

Si en los perjuicios patrimoniales la integralidad de la reparación es difícil, en el caso de los daños extrapatrimoniales la función del dinero es más compensatoria que reparadora y difícilmente puede decirse que pone a la víctima en las mismas circunstancias anteriores al hecho dañoso. Decimos que debe tender a ser integral, pues el mandato legal y el principio del derecho de daños exigen al juez buscar esta finalidad siempre en la medida de lo humanamente posible. En este sentido, el malogrado jurista argentino Roberto López Cabana (1944-2000) sostiene que el principio de la reparación integral se ha criticado con razón, pues “no siempre sucede que la totalidad del daño sea enjugado con la indemnización consiguiente”^{6}. Adicionalmente, la reparación integral no se puede cumplir en los casos, bastante frecuentes, en que el derecho y la literatura jurídica permiten indemnizaciones mayores al daño causado e incluso casos en que la reparación es menor al daño probado^{7}.

Como ya mencionamos, la reparación integral como principio de larga tradición jurídica fue recogido como mandato claro en la ley 446 de 1998 y su aplicación ha venido teniendo significativas implicaciones en la jurisprudencia nacional^{8}, y en la doctrina^{9}.

1. INDEMNIZACIONES INFERIORES AL DAÑO CAUSADO

En cuanto al principio de la reparación integral del daño, hay casos en los que la indemnización es menor que el daño sufrido^{10}. Tales son los siguientes:

- a) Daños imprevisibles en materia contractual;
- b) Daños en accidentes de trabajo y enfermedad profesional (C. S. del T., arts. 209 y 216);
- c) Daños extracontractuales y contractuales en el transporte aéreo en los casos regulados en los artículos 1831, 1834, 1835, 1843, 1881 y 1886 del

Código de Comercio.

- d) Reducción de la indemnización por concurrencia de culpas.
- e) Cláusulas limitativas de la responsabilidad.
- f) Costas procesales.

para mejor ilustración veamos cada una de estas situaciones en que se da una reparación menor al daño causado:

A) Daños imprevisibles en materia contractual

Nuestro Código Civil (art. 1616) enfatiza que cuando no hay dolo imputable al deudor, este solo responde de los perjuicios que previó o que pudieron preverse al tiempo de la celebración del contrato, y por tanto si de hecho se han causado por imprevisión otros daños el agente está exonerado de indemnizarlos. El texto del citado artículo establece:

“Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”.

En este punto como dijimos al principio de esta obra, se presenta otra diferencia muy marcada entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual. En la aquiliana siempre se está obligado a responder de los perjuicios directos, sean estos previsibles o imprevisibles, y en la contractual únicamente se responde por los perjuicios imprevisibles cuando ha mediado dolo o culpa grave del agente del daño.

a) *Daños en accidentes de trabajo y en enfermedad profesional.* Cuando el trabajador reclama la indemnización por accidente de trabajo con fundamento en los artículos 209 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el monto indemnizable nunca es pleno, pero ello está compensado con el hecho de que el trabajador no necesita acreditar culpa alguna, porque la responsabilidad del patrono es objetiva. No obstante, si el trabajador

desea obtener la indemnización plena debe probar adicionalmente una culpa del patrono como lo indica el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo. “Cuando exista culpa suficiente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo”.

La norma de nuestro Código Sustantivo del Trabajo recoge un punto de vista de la doctrina, en particular de René Demogue y Joseph Charmont, que defienden que haya una responsabilidad objetiva con límites fijados en tablas, “toda vez que, si en principio, es el patrón quien asume la carga de la indemnización, el obrero también concurre con su parte y en la medida en que ve su derecho limitado a una suma previamente tarifada”^{11}.

En los casos de incapacidad laboral, por accidentes de trabajo o por enfermedades profesionales, existe una tabla única de evaluación de incapacidades, reglamentada por la ley 100 de 1993 y los decretos 1295 y 1836 de 1994. Este daño producido es trasladado por el patrono a las entidades de riesgos profesionales (A. R. P.), mediante el pago de la correspondiente cuota obligatoria, excluyéndose los daños causados por dolo o culpa del patrono, especialmente por desconocer normas de salud ocupacional.

El monto de la indemnización puede ser inferior al daño sufrido, ya que establece un subsidio por incapacidad temporal equivalente al cien por ciento del salario base de cotización por un término de hasta 180 días, prorrogable, en ciertos casos, por otro tanto. Cuando la incapacidad es permanente parcial, en proporción al daño sufrido y con un valor no inferior a un salario base ni superior a 24, de acuerdo con las tablas únicas de evaluación que para los efectos señala el decreto 1836 de 1994.

En el caso de la pensión de invalidez, que se concede por la pérdida de más del 50 por ciento de la capacidad laboral, el monto indemnizable

equivale al 60 por ciento del salario básico, si la invalidez es inferior al 66 por ciento; en caso de ser superior al 66 por ciento, se liquida con el 75 por ciento del salario base. En los casos en que además el trabajador requiere de una persona que le asista en sus actividades vitales fundamentales, se reconoce un 15 por ciento adicional al primer 75 por ciento.

B) *Daños extracontractuales y contractuales en el transporte aéreo*

El legislador comercial colombiano, siguiendo una práctica internacional, ha establecido algunos casos en los que ante el incumplimiento contractual del transportador aéreo, este goza de un beneficio que consiste en limitar su responsabilidad por los daños causados a los pasajeros en su persona o en sus bienes. También dispone nuestro legislador unos topes de responsabilidad civil por daños netamente extracontractuales causados a víctimas en la superficie, en caso de accidentes que involucren aeronaves.

a) *Daños a terceros de carácter extracontractual. Estos pueden ser de varias clases:*

a') *Daños en la superficie.* Si bien en el derecho comparado, estas limitaciones de responsabilidad son una práctica común, no deja de despertar inquietud el por qué un sector como el transporte aéreo goza de impunidad relativa —límites de responsabilidad por los daños que cause a sus pasajeros y a terceros inocentes—, mientras que otros guardianes de actividades peligrosas, sí están obligados a la reparación integral de sus víctimas. Alguno podría pensar que esto está compensado con el régimen de responsabilidad objetiva que los cubre, pero esto no es ninguna concesión ni carga adicional para el transporte aéreo que por su naturaleza inequívocamente es una actividad peligrosa en los criterios constantes de nuestra jurisprudencia.

El texto que establece la responsabilidad objetiva dispone lo siguiente: “La persona que sufra daños en la superficie tiene derecho a ser indemnizada por el explotador de la aeronave con solo probar que tales daños provienen de una aeronave en vuelo o de una persona o cosa caída de la misma. Sin embargo, no habrá lugar a indemnización si los daños no son consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado, o cuando se deban al mero hecho del paso de la aeronave a través del espacio aéreo si se observaron los reglamentos de tránsito aéreo” (C. de Co., art. 1827).

Nuestra crítica a la norma citada se hace aún más evidente cuando en su parte final contempla una situación aún más incomprensible a la luz de los más elementales principios del derecho de la responsabilidad, y es que si las aerolíneas causan daños por el sobrevuelo son irresponsables en los casos que lo hayan hecho dentro de los reglamentos del tránsito aéreo. Es decir que las víctimas deben soportar los daños causados por el sobrevuelo de la aeronave, si se cumplieron las disposiciones de navegación aérea.

Esta hipótesis hace que la actividad peligrosa de volar aeronaves sea una figura inaplicable en nuestro derecho y recaiga sobre las víctimas toda la carga del daño sufrido. Por ello, tenemos muchas dudas sobre la constitucionalidad de esta norma, pues no vemos por qué el riesgo se invierte en cabeza de las víctimas y se exonera a quienes se lucran y explotan la actividad comercial.

Los límites en la responsabilidad están regulados de la siguiente manera:

“La indemnización por daños a terceros en la superficie no excederá, por aeronave y accidente, de:

”1. Treinta y tres mil trescientos treinta y tres gramos de oro puro, para las aeronaves cuyo peso no exceda de mil kilogramos;

”2. Treinta y tres mil trescientos treinta y tres gramos de oro puro, más veintiséis gramos de oro puro con sesenta y seis centigramos, por kilogramo que pase de los mil, para aeronaves que pesen más de mil y no excedan de seis mil kilogramos;

”3. Ciento sesenta y seis mil seiscientos treinta y tres gramos de oro, más dieciséis gramos con sesenta y seis centigramos de oro puro por kilogramo que pase de los seis mil kilogramos para aeronaves que no excedan de veinte mil kilogramos;

”4. Trescientos noventa y nueve mil ochocientos setenta y tres gramos de oro puro, más diez gramos de oro puro por kilogramo que pase de los veinte mil kilogramos, para aeronaves que pesen más de veinte mil y no excedan de cincuenta mil kilogramos, y

”5. Seiscientos noventa y nueve mil ochocientos setenta y tres gramos de oro puro, más seis gramos con sesenta y seis centigramos por kilogramo que pase de los cincuenta mil kilogramos, para aeronaves que pesen más de cincuenta mil kilogramos.

”La indemnización en caso de muerte o lesiones no excederá de treinta y tres mil trescientos treinta y tres gramos de oro puro por persona fallecida o persona lesionada” (*ibidem*, art. 1835).

b’) *Daños en caso de abordaje*. El régimen de limitación de la responsabilidad se extiende también en el caso de abordaje o colisión de aeronaves en vuelo o en tierra. La simple lectura de los textos pertinentes es elocuente de lo que señalamos anteriormente.

“Se entiende por abordaje toda colisión o interferencia entre dos o más aeronaves en vuelo o sobre la superficie” (*ibidem*, art. 1841).

“El explotador que cause un abordaje será responsable de la muerte, lesiones o retrasos causados a personas a bordo de otras aeronaves y de la destrucción, pérdida, daños, retrasos o perjuicios a dichas aeronaves y a los bienes a bordo de las mismas, de conformidad con los artículos 1834 y 1839” (*ibidem*, art. 1842).

“La responsabilidad del explotador por abordaje de una aeronave no excederá, por lo que se refiere a daños causados a las personas, a las otras aeronaves o a los bienes a bordo, de los siguientes límites:

”1. Por muerte, lesiones o retrasos causados a una persona a bordo; o a los objetos que se encuentran bajo la custodia de una persona a bordo, y por pérdida, daños o retrasos de cualesquiera otros bienes a bordo, que no pertenezcan al explotador, según los artículos 1881, 1886 y 1887;

”2. por pérdida o daños de la aeronave, su equipo y accesorios y demás bienes a bordo pertenecientes al explotador, el valor real al tiempo del abordaje, o el costo de su reparación o sustitución, tomando como límite el que sea menor, y

”3. Por daños derivados de la no utilización de la aeronave, el 10% del valor de tal aeronave, determinado conforme al inciso anterior.

”*Parágrafo.*—El explotador no podrá acogerse a los límites de responsabilidad en los casos contemplados en el artículo 1833” (*ibidem*, art. 1843).

c’) *Daños por incumplimiento contractual en el transporte.* La legislación comercial también extiende protección a las compañías aéreas por los daños causados a los pasajeros en su persona y en sus bienes, al establecer un régimen de responsabilidad contractual limitada. No deja tampoco de llamar la atención las concesiones colombianas, así pueda decirse que es una práctica común en otras legislaciones. No vemos por qué la aerolínea tenga un límite en la responsabilidad contractual en el caso de muerte del pasajero fallecido y esta no sea una reparación integral. Podría en gracia de discusión ser razonable que operara el límite para el daño de la mercancía del pasajero, pero en caso de lesiones y muerte de personas no vemos por qué se establece un límite, cuando en las otras actividades de transporte siempre hay una reparación integral en caso de muerte o lesión de pasajeros. El problema es aún más complejo si se mira desde el ángulo de terceros herederos de los pasajeros fallecidos, que en ejercicio de la acción personal de responsabilidad por los daños causados a ellos puedan encontrar un límite máximo de indemnización que pagan las compañías aéreas, siempre por medio de sus aseguradoras.

Nuestro Código de Comercio establece dos regímenes de responsabilidad, según que el vuelo sea nacional o internacional. En el transporte aéreo nacional, en caso de responsabilidad del transportador, la indemnización no excederá de 25.000 gramos de oro puro por pasajero.

En caso de pérdida de los objetos de mano del pasajero, la indemnización no puede exceder de 200 gramos oro puro por todos los objetos de mano de cada persona (C. de Co., arts. 1881 y 1886).

“La indemnización en caso de responsabilidad del transportador no excederá de veinticinco mil gramos de oro puro por pasajero” (C. de Co., art. 1881).

“El transportador será responsable de la pérdida o avería de los objetos de mano, cuando el hecho que causó el daño ocurra a bordo de la aeronave o hallándose aquellos bajo la custodia del transportador, sus agentes o dependientes. La responsabilidad del transportador no excederá de doscientos gramos de oro puro por todos los objetos de mano de cada persona.

”Cuando lo que se pierde o avería es la mercancía transportada o el equipaje registrado del pasajero, la responsabilidad no excederá de 100 gramos oro puro por kilogramo de mercancía o equipaje. En los dos casos anteriores las partes pueden acordar un valor declarado, en cuyo caso el transportador responderá por dicha suma” (*ibidem*, art. 1886).

En tratándose de transporte aéreo internacional, de personas o de cosas, el régimen jurídico aplicable es el de la ley 95 de 1965 que ratificó el Tratado de Varsovia de 1929, modificado por el Pacto de La Haya de 1955. En estos tratados se establece una indemnización máxima de 250.000 unidades monetarias, con valor individual de 65 miligramos de oro de 900 milésimas por pasajero.

C) Reducción de la indemnización por concurrencia de culpas

El legislador comercial establece la llamada compensación de culpas en un artículo específico para el transporte aéreo. La norma nos parece innecesaria e inconveniente. Innecesaria porque el Código prevé para las hipótesis de daños, la reducción del monto de la indemnización cuando la víctima se expone imprudentemente al daño y, por tanto, nada nuevo agrega la disposición en este sentido. Recordemos que el artículo 2357 del Código Civil establece que “la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. En tal caso, la indemnización tampoco será plena, pues de alguna manera el legislador entiende que quien coparticipó en la causación de su propio daño solo obtiene un porcentaje del daño total sufrido, pues el tercero responsable es, por así decirlo, causante solo de una parte del daño, y en esa proporción se le condena a repararlo.

Además, la regulación del Código de Comercio es inconveniente, porque la forma en que está redactada exige expresamente culpa de la víctima o de sus dependientes y quedan entonces por fuera hipótesis en las que las personas incapaces de cometer culpa se han expuesto al daño y el caso de víctimas que ejercían alguna actividad peligrosa que contribuyó, sin culpa, a la causación del daño.

“El demandado estará exento de responsabilidad, si prueba que los daños fueron causados únicamente por culpa de la víctima o de sus dependientes.

”Si el demandado prueba que los daños han sido causados por culpa del damnificado o de sus dependientes que obraron en ejercicio de sus funciones y dentro del límite de sus atribuciones, la indemnización se reducirá en la medida en que tal culpa haya contribuido a los daños.

”Si los daños resultantes de la muerte o lesiones de una persona sirven de fundamento a una acción de indemnización intentada por otra, la culpa de la víctima o de sus dependientes producirá también los efectos previstos en el inciso anterior” (C. de Co., art. 1831).

D) Cláusulas limitativas de la responsabilidad

El profesor José Manuel Gual, en su tesis doctoral sobre las *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, presenta un estudio interesante sobre la validez de estas cláusulas y enmarca acertadamente los dilemas esenciales del tema. ¿Las cláusulas restrictivas de responsabilidad son válidas para restringir todo tipo de responsabilidad que derive del incumplimiento?; ¿ellas pueden recaer sobre la responsabilidad contractual y sobre la aquiliana?; ¿pueden pactarse cláusulas restrictivas de responsabilidad sobre daños a la persona?; ¿puede restringirse la responsabilidad a la reparación solo del daño emergente o al del simple lucro cesante?^{12}.

Como ya mencionamos en esta obra, se ha discutido la posibilidad de convenir cláusulas que excluyan o que al menos limiten la responsabilidad civil. Las cláusulas que excluyen la responsabilidad civil son entendidas como aquellas “por medio de las cuales uno de los contrayentes libera al otro de la obligación indemnizatoria de la responsabilidad civil, en eventos más o menos definidos y con aplicación futura”^{13}. Los que consideran inadmisibles desde todo punto de vista su existencia, como el jurista argentino Jorge J. Llambías, sostienen que son nocivas desde todo punto de vista económico-social “pues conspira a la destrucción de valores por falta de interés en el cuidado y conservación de las cosas que tiene”^{14}. En Colombia, se manifiesta en igual sentido el doctor Hinestrosa: “Nos atrevemos a pronunciar una negativa firme a todo alcance de tales pactos, a desechar por completo su vigor, pues cualquiera contemporización en que se incurra conduce a aceptar consecuencias de antemano desechables, porque tales estipulaciones contrarían sentimientos morales y las reglas básicas de la organización social”^{15}.

No obstante, hoy la mayoría de autores es partidaria de su aceptación, si bien con ciertas reservas y condicionamientos, pues se pueden captar las posibles dificultades de su aplicación: “solo la minoría se atreve a sostener que va en contra de la naturaleza misma de la responsabilidad y del orden

social”, en criterio de los juristas Carlos Darío Barrera y Jorge Santos Ballesteros ^{16}.

En materia contractual, los artículos 15, 1518 y 1604 del Código Civil^{17} permiten, aunque de manera restringida, el pacto de cláusulas limitativas o excluyentes de responsabilidad, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- Que no estén prohibidos por la ley.
- Que no versen sobre derechos irrenunciables, como la vida y la integridad personal.
- Que no atenten contra el orden público.
- Que no permitan el incumplimiento potestativo y voluntario.
- Que el incumplimiento involuntario no se deba a culpa grave o dolo del deudor o de su dependiente. En cuanto a la culpa grave el profesor Josserand, en contra de la inmensa mayoría de la doctrina, sostiene: “No vemos porqué, afirma el autor, en nombre de qué principio de derecho o de qué exigencia de la moral habríamos de mostrarnos igualmente severos al perseguir las cláusulas que tiendan a liberar al deudor de las consecuencias de la culpa grave”^{18}.

La mayoría de la doctrina acepta las cláusulas limitativas y excluyentes de responsabilidad cuando versan sobre la culpa leve y la levísima, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- Que las cláusulas sean conocidas y aceptadas por el acreedor (víctima).
- Que solo tengan validez entre las partes.
- Que siendo limitativas no vuelvan irrisoria la suma indemnizable.

En cuanto al campo extracontractual, se pregunta si cabe la posibilidad de que existan estas cláusulas y, si bien parece *prima facie* un tanto paradójica esta posibilidad, no deja de ser interesante el planteamiento que en torno a ello traen los hermanos Mazeaud:

“Ciertamente el hombre no puede prever todos los daños que es susceptible de causar y, todavía menos, conocer por adelantado a todas las futuras víctimas de esos daños. pero hay ciertos daños, incluso en la esfera delictual que puede prever un hombre prudente. Existen casos en los que el hombre prudente sabe muy bien qué personas están más particularmente amenazadas; a esas víctimas eventuales es a las que propondrá a cambio de tal o cual ventaja, descargarlo de la responsabilidad delictual en que sería susceptible de incurrir con respecto a ellas y así se podría consentir una cláusula de no-responsabilidad delictual”^{19}.

José Manuel Gual recuerda que los doctrinantes que niegan la admisibilidad de cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en materia aquiliana se apoyan en dos argumentos: en primer lugar, la falta de remisión de las normas que la regulan en materia contractual a la aquiliana y, en segundo lugar, porque resulta ilógico que personas no vinculadas contractualmente las puedan pactar.^{20} Esta es la posición de raigambre francesa en la que la doctrina constante ha sido la de negar validez a este tipo de cláusulas restrictivas de responsabilidad por ir contra principios de orden público. No obstante, algún sector de la doctrina italiana ha admitido su existencia y validez en casos excepcionales.^{21}

De lo anterior se puede concluir que en la doctrina se abre paso la tesis de la admisibilidad de las cláusulas de responsabilidad contractual y extracontractual, siempre que no violen el orden público, como cuando recaen sobre daños a las personas o su salud, cuando hay culpa grave o dolo.

E) *La condena en costas procesales*

Otro caso de indemnizaciones inferiores al daño causado lo encontramos en la condena en costas procesales, que indemniza a la parte en cuyo favor se establecen, pues generalmente los valores son inferiores al costo real en que se ha incurrido en el proceso. La parte beneficiada con las costas no

puede alegar en un proceso de responsabilidad civil que ha sufrido un daño superior, v. gr., daño emergente, para el pago de abogados, costos de experticios de peritos, gastos de viajes para atender los procesos, etc.

En un caso ante la Corte Suprema de Justicia, la parte beneficiada con la condena al pago de perjuicios presentó incidente de regulación de perjuicios en el que reclamó que las costas reales del proceso se tuvieran como un daño cierto y que la reparación fuera integral y no lo tasado por el juez. El problema jurídico que se planteó fue si es posible considerar las costas de un proceso como un perjuicio material para la parte afectada. La respuesta de la Corte fue negativa pues la ley procesal diferencia nítidamente entre la condena al pago de la indemnización de perjuicios y la condena en costas. Los perjuicios son, en términos generales, la disminución patrimonial que por factores externos al proceso en sí mismo considerado, pero que con ocasión de él hubiese podido sufrir la parte. Las costas comprenden los gastos que debiendo ser pagados por las partes de un determinado proceso, reconocen a este proceso como causa inmediata y directa de su producción. El texto pertinente del fallo es el siguiente:

“El derecho positivo diferencia nítidamente entre la condena al pago de la indemnización de perjuicios y la condena en costas, traduciéndose aquellos, en términos muy generales, en la disminución patrimonial que por factores externos al proceso en sí mismo considerado, pero que con ocasión de él hubiese podido sufrir la parte, al paso que las costas comprenden aquellos gastos que debiendo ser pagados por las partes de un determinado proceso, reconocen a este proceso como causa inmediata y directa de su producción. Y debe también considerarse que el Código de Procedimiento Civil al regular la liquidación de las costas dispone que en ella se incluirá: el valor de los impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de justicia, de los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, y las agencias de derecho, disposición esta respecto de la cual cabe recalcar cómo entre las costas queda incluido el gasto que se ocasiona

frente a los defensores de la parte misma, esto es, lo atinente a las agencias en derecho, agencias cuya fijación solo podrá reclamarse mediante la objeción a la liquidación de aquellas”^{22}.

2. INDEMNIZACIONES APARENTEMENTE MAYORES QUE EL DAÑO CAUSADO: LA ACUMULACIÓN DE INDEMNIZACIONES

Vistos los casos en que las indemnizaciones son inferiores al daño causado y, por tanto, constitutivos de excepción al principio de reparación integral, nos corresponde examinar aquellos en los que la indemnización es, al menos aparentemente, mayor al daño causado.

En los procesos de indemnización de perjuicios, con frecuencia surge el debate sobre si el demandante tiene derecho a la reparación de determinados daños que causados por el demandado, han sido reparados en el transcurso de la *litis* por terceros. En tales hipótesis, la parte demandada argumenta que el perjuicio ya ha sido pagado y que, por tanto, no puede condenársele a su pago, pues el perjudicado recibiría doble reparación de un daño, lo que pugna contra los principios generales de la responsabilidad civil, por constituir la denominada acumulación de indemnizaciones.

Los defensores de esta tesis sostienen que el principio de la reparación integral sufre excepción cuando se dan las llamadas reparaciones superiores al daño causado. En estas hipótesis, en realidad se da una aparente mayor indemnización. La víctima recibe del responsable la correspondiente indemnización y, por causas jurídicas diferentes recibe de un tercero una compensación económica por razón del daño. pero como se trata de causas jurídicas diferentes y de partes distintas, realmente no hay doble indemnización.

Los casos más comunes son los de las pensiones de sobrevivientes y la pensión de vejez que cubre la seguridad social en caso de trabajadores fallecidos y los de las ayudas benévolas de origen contractual, siempre y cuando no haya norma que lo prohíba como en el caso de los seguros de

personas^{23}. En estos casos en que sí se permite acumular a la indemnización recibida los seguros o ayudas benévolas, etc., se da una aparente mayor reparación del daño sufrido.

A) El caso de los seguros

El legislador ha prohibido claramente la acumulación en el caso de los seguros privados^{24} de daños del Código de Comercio^{25}, y el pago de daños corporales a las víctimas (conductor, pasajero, acompañante y peatón) en accidentes de tránsito cubiertos por el seguro obligatorio (ley 769 de 2000, art. 2° o Código Nacional de Tránsito) y lo pagado por el Estado en asistencia a las víctimas de atentados terroristas (ley 418 de 1997)^{26}.

En caso de muerte del trabajador, los herederos recibirán una pensión de sobrevivientes, cuyos beneficiarios son la esposa o a falta de esta la compañera permanente en forma vitalicia y los hijos, hasta llegar a la mayoría de edad, a menos que estén estudiando tiempo completo, en cuyo caso la pensión se extiende hasta la edad de 24 años. Los hijos inválidos, mientras subsista esa situación, reciben la pensión de sobreviviente sin límite de edad. Conforme a las reglas sucesorales, a falta de cónyuge, heredan los padres. La pensión se divide en partes iguales entre cónyuge e hijos.

Los gastos de inhumación se atienden con recursos del auxilio funerario. Su valor no puede ser inferior a cinco salarios mínimos legales mensuales ni superar los diez. Se le reconoce, como es lógico, a la persona que acredite haber hecho los gastos correspondientes.

El caso de la acumulación de la pensión por muerte y de vejez con la indemnización de perjuicios ha sido cuestión muy controvertida en la jurisprudencia colombiana, que preferimos tratar con detalle a continuación.

B) Acumulación de la pensión por muerte y de vejez con la reparación por responsabilidad civil

¿pueden los herederos de la víctima fallecida cobrar la correspondiente pensión por muerte que concede la seguridad social cuando el fallecido era un afiliado y adicionalmente la indemnización del lucro cesante por responsabilidad civil a cargo del civilmente responsable? ¿Son acumulables estas dos partidas? ¿puede el demandado en acción de responsabilidad civil oponer como defensa que ese lucro cesante que se reclama ya ha sido pagado por la seguridad social cuando otorgó a los beneficiarios la pensión por muerte del trabajador? ¿Se subroga la seguridad social de los pagos hechos por concepto de pensión por muerte contra el civilmente responsable?^{27}.

Estas cuestiones han sido debatidas por la doctrina y la jurisprudencia. En sentencia del año 2000, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia reiteró el criterio que había sostenido en 1996 y 1998, en el sentido de que el Seguro Social, cuando paga la pensión por muerte del afiliado, no se subroga porque el texto de la ley no concedió tal derecho de subrogación cuando paga la pensión de sobrevivientes, por no tener esta carácter indemnizatorio. En consecuencia, los herederos pueden, en ejercicio de la acción hereditaria, contractual o extracontractual, solicitar el pago de los perjuicios causados a la víctima fatal. En este caso, no se da una indebida acumulación, pues las sumas que reciben los herederos por concepto de pensión por muerte son una contraprestación al pago mensual que el trabajador realizó durante la vigencia de su afiliación. No obstante ser esta la posición dominante, la Corte Suprema llegó a esa solución luego de varias etapas^{28}.

En una primera etapa, la Corte sostuvo que la pensión de sobrevivientes que paga el seguro sí tenía carácter indemnizatorio y, por tanto, el lucro cesante de la víctima fallecida por el período de expectativa de vida, quedaba pagado a los causahabientes con el reconocimiento de la pensión.

Los herederos no podían reclamar entonces, del civilmente responsable de la muerte del causante, una retribución económica a título de indemnización por lucro cesante del fallecido, pues según la tesis expuesta en la sentencia del 3 de septiembre de 1991, ya habían sido indemnizados. Los herederos no podían acumular una doble reparación, porque tal pugnaría con el principio según el cual, “dejar indemne a la víctima es el límite cuantitativo de la indemnización, sin interesar si el pago lo hace el directo responsable o un tercero”^{29}.

Posteriormente, la Corte varió la jurisprudencia y rectificó su doctrina por considerar que el pago de la pensión por muerte tiene una causa jurídica independiente de la del hecho dañoso. A partir del fallo de casación del 24 de junio de 1996 y luego por el del 22 octubre de 1998, la Corte ha sostenido que el civilmente responsable del daño obtendría un beneficio que fue establecido a favor del trabajador por las normas laborales y que este tiene derecho a tal indemnización por los aportes económicos que el trabajador ha hecho, por demás en forma obligatoria. De permitirse que el causante del daño se beneficie de esto, sería contrario al orden jurídico. La tesis de la Corte en su parte esencial dice lo siguiente:

“ A la postre resultaría obteniendo un beneficio de lo que las leyes de carácter laboral han previsto en beneficio del trabajador y su familia, sin que hubiere ninguna causa de orden jurídico ni norma expresa en contrario y, siendo ello así, a expensas de lo que paga el seguro social, se disminuiría el valor de la indemnización a cargo de la parte demandada, por el daño ocasionado a los damnificados por su actividad, es decir, que vendría a lucrarse por el hecho de que la víctima del accidente estuviese afiliada al Instituto de Seguro Social ”^{30}. (sin bastardilla el original).

El criterio determinante para establecer si se pueden descontar de la indemnización a cargo del civilmente responsable las sumas pagadas por terceros aseguradores, ha sido más que la naturaleza misma del seguro el texto del decreto 758 de 1990^{31}, que no concedió el derecho de la

subrogación en cabeza del Seguro Social cuando paga la pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado. En providencia de 1998, la Corte, al reafirmar lo dicho en 1996, precisó:

“Así las cosas, la improcedencia de la acumulación no puede fundarse en el argumento simple del resarcimiento de la víctima por el seguro y el carácter indemnizatorio del mismo, sino en la consagración legal de una acción de subrogación a favor del asegurador que pagó, pues de no existir dicha acción, la acumulación no tendría reproche, porque el tercero no puede quedar impune y constituirse en el verdadero beneficiario del seguro, tal como lo predica la Corte en la sentencia del 24 de junio de 1996”^{32}.

Además, para que no quedara duda sobre el criterio de la Corte, esta enfatizó que cada vez que la seguridad social indemnice a la víctima por los daños sufridos, es necesario averiguar si la legislación especial establece o no el derecho de subrogación, “porque lo dispuesto por el Código de Comercio, en materia de seguros, no es aplicable, por lo menos en el régimen actual, a los sistemas de seguridad social”^{33}.

Para afirmar que la pensión de sobrevivientes, que para la Corte Suprema incluye también la pensión de vejez, no tiene carácter indemnizatorio, la Sala Civil de la Corte Suprema se apoya en la doctrina sentada por su Sala Laboral en sentencia del 24 de enero de 1995, en la que se define la naturaleza de la pensión. La pensión de sobrevivientes cubre el riesgo de muerte del asegurado (trabajador activo o pensionado), pero los sobrevivientes del trabajador fallecido tienen derecho a tal pensión, porque el fallecido por largo tiempo ha pagado las correspondientes cotizaciones de ley. El texto que resume la posición comentada de la Corte, dice lo siguiente:

“Cubre el riesgo de la muerte del asegurado bien sea trabajador activo o pensionado, en beneficio fundamentalmente de los integrantes de la familia de este (acuerdo 49 de 1990, art. 27), pues es de presumir que ellos se verán privados del ingreso que les permitía mantener un determinado nivel de

vida, al paso que la pensión de vejez cubre el riesgo generado por la presunta pérdida de la capacidad de trabajo en razón de la edad y permite al asegurado dejar de trabajar sin perder del todo su ingreso. [...] De otra parte, la pensión de sobrevivientes en modo alguno es gratuita, sino al contrario, solo surge previo el pago más o menos prolongado de cotizaciones (acuerdo 49 de 1990, art. 25) que se cancelan obligatoriamente y con independencia de si el cónyuge que pueda llegar a ser beneficiario labore a su vez y cotice igualmente con el propósito de obtener protección frente a sus propios riesgos”^{34}.

Finalmente, la Corte fue más allá del tema de la seguridad social y con claridad sentó un criterio aplicable a todas las ayudas benévolas que reciban la víctima o los herederos. Dijo que en los casos en que existan dos prestaciones surgidas por un mismo hecho (muerte), pero con causas jurídicas diferentes e independientes, hay lugar al cúmulo de las dos acciones, pues de no permitirse el victimario se estaría aprovechando injustamente: “Puede afirmarse, que cuando se produce un daño imputable a una persona, *si un tercero por mera liberalidad o por virtud de cualquier relación contractual otorga a favor de la víctima una prestación* que tenga por fundamento la necesidad jurídica de indemnizar el señalado daño, independientemente de mediar o no subrogación legal o voluntaria en los derechos de la víctima por parte de ese tercero, esa circunstancia no puede aprovechar el responsable para liberarlo de la obligación indemnizatoria a su cargo en igual medida a la de aquella prestación”^{35} (sin bastardillas el original).

Sección II.

— Todo daño debe ser probado: no se presume

El segundo principio general de la reparación del daño consiste en que no se presume y debe ser probado. La aplicación del principio general de la carga de la prueba exige que quien alega es quien debe probar. Debe recordarse que, conforme a lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso (ley 1564 de 2012 modificada por el decreto 1736 de 2012), “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Desde principios del siglo XX, en sentencia de 19 de junio de 1925, la Corte Suprema había dicho que “la existencia de perjuicios no se presume en ningún caso; no hay disposición legal que establezca tal presunción”^{36}. No obstante, encontramos que hay dos casos que se pueden considerar excepción: el pago de intereses (C. C., art. 1617) y el daño de mercancías destinadas para la venta (C. de Co., art. 1031).

1. LA PÉRDIDA DE INTERESES

En estos casos, se conceden sin mediar actividad probatoria, el artículo 1617 del Código Civil establece: “El acreedor no tiene la necesidad de justificar el perjuicio cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo”.

La Corte Suprema de Justicia, con ponencia de Germán Giraldo, en aplicación del citado artículo 1617 del Código Civil señaló que cuando “la obligación es de pagar una suma de dinero, si se pide indemnización de perjuicios por la mora, el acreedor que solo cobra intereses por esta, no está obligado a justificar los perjuicios”^{37}. En los demás casos que se busque resarcir por otros daños que no se satisfagan con los simples intereses, “entonces es patente que irremisiblemente debe probar el perjuicio padecido”^{38}.

2. DAÑO DE MERCANCÍAS DESTINADAS PARA LA VENTA

El artículo 1031 del Código de Comercio dispone que cuando se pierde la mercancía destinada para la venta, el transportador indemnizará adicionalmente y en forma automática un 25 por ciento del valor de la mercancía por concepto de lucro cesante.

3. EL DAÑO MORAL SÍ DEBE PROBARSE

Como se dijo, en cuanto a los perjuicios extrapatrimoniales un sector de la doctrina ha sostenido la tesis, alguna vez acogida por la jurisprudencia, de que los perjuicios morales sufridos por los parientes de una víctima fallecida no hay que probarlos, por ser ello imposible. A esta tesis nos oponemos, en primer lugar porque la jurisprudencia mayoritaria y constante sí exige la prueba de la existencia del daño moral y, en general, del extrapatrimonial. Cosa diferente es que la exacta evaluación monetaria con patrones objetivos del daño moral sea imposible, pero no la prueba de su real ocurrencia. El juez, cuando halle que efectivamente está probado que los familiares de la víctima sí sufrieron daño moral con la pérdida de su ser querido, debe, acudiendo a la equidad, determinar el monto indemnizable. La Corte Suprema de Justicia ha dicho que el *arbitrium iudicis* opera únicamente en relación con la estimación cuantitativa del perjuicio moral, mas no con su existencia^{39}.

PARTE_SEXTA

LA LIQUIDACIÓN DE LOS PERJUICIOS

CAPÍTULO PRIMERO

CRITERIOS PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS PERJUICIOS

Sección I.

—Conceptos preliminares

Se ha dicho que los principios generales de reparación del daño exigen, en primer lugar, que esta deba ser integral. En segundo lugar, que el daño se debe probar, y en tercera instancia que una vez decretado el carácter indemnizable del daño, debe procederse a su liquidación. Pero antes de abordar el tema de la valoración de los perjuicios, debemos recapitular algunos conceptos esenciales ya vistos que deben ser tenidos en cuenta:

El daño indemnizable debe cumplir tres condiciones fundamentales: ser cierto, personal y antijurídico, como se ha expuesto a lo largo de esta obra. El daño, además, puede ser de tipo extrapatrimonial (daño moral y daño fisiológico o daño a la vida de relación) o de carácter patrimonial en sus formas de daño emergente y lucro cesante. Todo daño puede ser clasificado como daño presente o consolidado o como daño futuro. En todos los casos, el daño debe ser probado, para que proceda su liquidación.

También debemos recordar las diferencias que hay entre los conceptos de existencia, intensidad, cuantía y prueba del daño. La existencia, se dijo atrás, corresponde al cumplimiento de los requisitos exigidos para que el daño causado sea indemnizable, esto es, que sea cierto, antijurídico y personal. Cumplidos estos tres requisitos estamos en presencia de un daño indemnizable que concede la respectiva acción de indemnización de perjuicios.

Para demostrar la existencia del daño, la prueba aportada en el proceso cumple papel fundamental para producir la certeza, estado de la mente del juzgador que llega a la convicción sobre la existencia del daño reclamado, presente o futuro.

La intensidad es diferente de la existencia. Puede probarse la existencia de un daño, pero subsistir grados de incertidumbre acerca de su intensidad; por ejemplo, el daño moral por la muerte de los padres puede tener diferentes grados de intensidad para unos menores. Un hijo puede verse más afectado por la muerte de la madre que otro y esa diferencia de intensidad, debe llevar, si se logra establecer procesalmente, a una condena diferente en valor económico de acuerdo con la intensidad del daño sufrido. En el perjuicio material, el lucro cesante causado a los herederos será diferente en intensidad dependiendo del monto y tipo de ayuda que recibían de la víctima fallecida y del tiempo en que la hubieran recibido de no haber fallecido esta.

La prueba del daño le corresponde al actor. Se debe probar la existencia del daño y el juez no está facultado para condenar en abstracto si no se ha acreditado, puesto que el incidente de liquidación de condenas en abstracto tiene como finalidad únicamente cuantificar monetariamente el daño cuya existencia ya ha sido demostrada (ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, art. 283 y ss.).

De acuerdo con la ley 446 de 1998, artículo 10, numeral 1, en la demanda se puede presentar una liquidación detallada del valor de los daños que se impetran y las pruebas y fundamentos de hecho, de modo que se pueda fallar en concreto.

La cuantía, por su parte, es la valoración en dinero que hace el operador del derecho una vez determinada la existencia e intensidad del daño, mediante la aplicación de fórmulas matemáticas financieras para actualizar los valores al momento del pago de la indemnización.

La determinación de la cuantía estará afectada, entre otros factores, por los intereses civiles en caso de daños consolidados (daño emergente o lucro cesante), así como la indexación o ajustes por inflación de las cifras nominales. En caso de daños resarcibles futuros, la indexación y los intereses cumplen el papel inverso, pues al constituir una cifra en dinero entregada por anticipado, el demandado tiene derecho a que se deduzcan en su favor los intereses que no se causarán.

Sección II.

—Criterios para la liquidación del daño patrimonial

El daño patrimonial causado por lesiones a intereses y bienes patrimoniales o extrapatrimoniales, puede ser de dos tipos: daño emergente y lucro cesante.

1. DAÑO EMERGENTE: DAÑOS QUE LO INTEGRAN

El daño emergente estará constituido generalmente por todo gasto médico u hospitalario cubierto por la víctima, gastos de transporte y ambulancias y, en general, por todas las erogaciones que se hayan tenido que hacer como consecuencia del accidente que causó las lesiones personales. En estos casos ese dinero empleado por la víctima para pagar los gastos médicos, se transforma en un lucro cesante del dinero que al ser invertido en atender esos gastos, impide ponerlo a interés y se pierde el provecho que habrían producido de haberse destinado para tales fines.

Cuando los parientes de la víctima fallecida solicitan indemnización por daño emergente, consistente en los gastos médicos o funerarios, debe recordarse que solo están legitimadas las personas que efectuaron el gasto respectivo y que han aportado la prueba válida. La Corte, en un fallo en que una viuda reclamó daño emergente lo negó porque los gastos funerarios

alegados se intentaron probar mediante fotocopias sin valor probatorio y porque el soporte de los gastos médicos no probaban que hubieren sido hechos a cargo de la viuda sobreviviente, quien los reclamaba. El texto del fallo señaló:

“De otro lado, *no obra en el expediente*, relativamente [sic] al daño emergente reclamado en la demanda, elemento de convicción alguno que demuestre fehacientemente su existencia. Ciertamente, *la fotocopia informal* de la certificación expedida por el gerente de la Funeraria Betancur y Cía. Ltda., sobre la cancelación por la actora de los servicios fúnebres de la víctima, allegado con la demanda *carece de valor probatorio*, habida cuenta que está desprovista de autenticidad, pues no fue expedida con sujeción a lo dispuesto en el artículo 254 *ibidem*.

”Y con relación a los gastos «adeudados» a la clínica, cuyo reconocimiento igualmente pretende la actora, resulta patente, de un lado, que en la demanda *afirmó que aquella no había efectuado erogación alguna* en tal sentido y, de otro, que de todas maneras en el transcurso del proceso *no se aportó prueba alguna que conduzca a inferir que María Elva ya canceló tal obligación*”¹³. (sin bastardilla el original).

También comprende los daños a bienes materiales que la víctima padeció en el hecho dañoso, como destrucción o daños a vehículos, objetos personales de valor, valor de reemplazo de prendas de vestir, etc.

Conviene distinguir, por razones metodológicas, los daños patrimoniales en caso de lesiones personales, y en caso de muerte, para identificar muy bien el carácter personal del daño y la correspondiente legitimación en la causa a fin de evitar la violación de los principios de prohibición de opción y los fenómenos jurídicos conexos, mencionados en la parte inicial de esta obra.

Si una persona es lesionada en su integridad física o moral, la acción de reparación de perjuicios es una acción personal que solo puede ser ejercida por la misma víctima o por el perjudicado. El daño causado por lesiones

personales puede ser de orden patrimonial en sus formas de daño emergente y lucro cesante, y de orden extrapatrimonial en sus tres modalidades reconocidas por la jurisprudencia. Cada caso y sus circunstancias y secuelas determinarán si se dan todos o solo algunos de estos daños.

En algunos casos excepcionales, los parientes de la persona lesionada, no fallecida, pueden sufrir perjuicios propios diferentes de los de la víctima del accidente y en su condición de perjudicados con el hecho tendrán acción personal contra el responsable de los daños para obtener los perjuicios personales sufridos, pero nunca para sustituir a la víctima directa de las lesiones y para el cobro de los perjuicios sufridos por ella. Sería el caso del peatón que atropellado por un automóvil sufre lesiones personales más o menos graves que le produzcan un tipo de discapacidad física o mental. En tal situación, los principios generales de la responsabilidad civil permiten que los parientes, cónyuge e hijos, intenten una reclamación por los daños morales sufridos por ellos al ver al pariente en un estado de enfermedad y limitación que causa pena y aflicción en ellos.

2. LUCRO CESANTE: DAÑOS QUE LO INTEGRAN

Hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar al patrimonio de la víctima, según el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará. Tal como ya lo dijimos, tampoco es correcto limitar el concepto de lucro cesante al simple “dejar de percibir una suma de dinero”, pues que el concepto es más amplio y comprende otros beneficios que no son puramente económicos, como cuando un automóvil particular es destruido en un accidente y su propietario puede pretender que se le reconozca el lucro cesante causado aunque este no se concrete en la pérdida de un ingreso monetario. El artículo 1615 del Código Civil al definir el lucro cesante es amplio al hablar de “la ganancia o provecho que dejó de reportarse”.

No obstante la opinión anterior, algunas sentencias de la Corte expresamente han negado el lucro cesante en el caso del vehículo particular y solo reconocen el daño emergente cuando el perjudicado haya contratado un transporte para sustituir la no utilización del vehículo propio. Compartimos el sentir de la doctrina que ve en este precedente jurisprudencial una equivocación, pues riñe con el tenor claro del citado artículo 1615 del Código Civil. En una sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en que se recoge la tesis que niega el lucro cesante por inmovilización de vehículos particulares, se lee: “ *Como el demandante no explotaba directamente el vehículo en transporte con terceros, sino en el suyo propio para los efectos de su trabajo, no puede hablarse propiamente de lucro cesante como lo ha dicho la honorable Corte Suprema de Justicia, pero sí de un daño que pudiera llamarse o mejor comprenderse también dentro del daño emergente, consistente en lo que el demandante debió pagar a terceros desde que el vehículo le fue robado hasta que obtuvo su entrega*”^{2}. (sin bastardilla el original).

Conviene recordar que es inexacto identificar el lucro cesante con los perjuicios futuros y el daño emergente con los pasados, como ocasionalmente ocurre. Ambos perjuicios, en efecto, pueden ser pasados o futuros, al igual que los daños extrapatrimoniales.

El lucro cesante consiste en la utilidad o provecho que el bien producía cuando no había sido inmovilizado. Cuando la víctima con su dinero repara o reemplaza el bien dañado, tiene derecho a reclamar como lucro cesante el provecho o lucro que le hubiera producido ese capital de no haber tenido que invertirlo en la reparación o reemplazo del bien.

Cuando el bien es reparable, el tiempo que haya durado la reparación constituye un lucro cesante por el período de inmovilización, siempre y cuando esa demora no sea imputable a la víctima, pues de ser así se calculará el tiempo que normalmente demora una reparación de ese tipo. Si la demora es por falta de medios económicos de la víctima, el agente del

daño debe reparar plenamente. Esto en aplicación del principio de reducción de la indemnización cuando la víctima se ha expuesto al daño, consagrado en el artículo 2357 del Código Civil. Es razonable sostener que se expone al daño no solo quien contribuye con su conducta a ser lesionado, sino también aquel que pudiendo mitigar la intensidad del mismo de un modo ordinario, no lo hace por descuido o falta de diligencia.

3. EL DAÑO PATRIMONIAL POR LESIONES PERSONALES

A) *Daño emergente*

El tema del daño emergente pasado o consolidado no ofrece especiales dificultades. No así la certeza del daño emergente futuro. Así los costos de futuras operaciones quirúrgicas, tratamientos médicos indefinidos (fisioterapias), medicamentos, diálisis, etc. En ocasiones, el daño emergente futuro estará constituido por el costo que supondrá el pago de un acompañante o enfermera en un estado de discapacidad que así lo requiera^{3}.

B) *Lucro cesante. Incapacidad para trabajar*

El lucro de la víctima lesionada puede presentar varias modalidades. En primer lugar, la incapacidad para trabajar; también la pérdida de productividad. La simple pérdida de la capacidad laboral, temporal o definitiva, da lugar a indemnización, independientemente de que la persona hubiese perdido ingresos con motivo de la incapacidad, como lo han sostenido en forma reiterada la Corte Suprema de Justicia y la doctrina nacional y extranjera^{4}.

El ingreso que recibía la víctima al sufrir el daño, sirve de fundamento para determinar el monto exacto del perjuicio. En un asalariado, la pérdida del ingreso está constituida por su salario, cesantías, prima de servicios, intereses legales sobre las cesantías, bonificaciones legales y extralegales,

comisiones, etc., que deben ser tenidos en cuenta para determinar el salario base de liquidación del lucro cesante.

En el caso de trabajadores independientes, la prueba del ingreso recibido habitualmente no es fácil y exige de las partes y del juez un examen detenido para acreditar con precisión su cuantía. En este caso, la prueba documental de la actividad que desarrollaba la víctima, como declaraciones de renta, libros de contabilidad, prueba testimonial, etc., sirven para determinar una cifra promedio de ingresos estimada razonablemente con fundamento en la liquidación del lucro cesante sufrido.

C) Si la víctima no trabajaba, se presume el salario mínimo

En los casos de lesionados que no trabajaban al momento del accidente, la jurisprudencia ha reconocido que el lucro cesante debe al menos liquidarse sobre el salario mínimo legal vigente por el tiempo de incapacidad laboral.

La Corte Suprema en forma reiterada acude a la equidad, la doctrina y la jurisprudencia como criterios auxiliares de interpretación y ha aceptado que ante la dificultad probatoria es del caso acudir al salario mínimo legal como criterio para liquidar el lucro cesante. En fallo del cual fue ponente el doctor Jaime Aarrubla Paucar, la Corte reiteró la doctrina constante sobre este particular en los siguientes términos que, por sintetizar muy bien lo explicado, vemos conveniente transcribir:

“[...] como *la falta de valoración de esos ingresos no puede hacer nugatorio el derecho que asiste a la perjudicada* para obtener el abono del daño que recibió al verse privada de la ayuda pecuniaria que su progenitora le suministraba, para sortear esa dificultad de índole probatoria *es del caso acudir, como en oportunidades anteriores lo ha hecho la Corte* (lvii, pág. 244; xlvi, pág. 676; lvii, pág. 771; lviii, págs. 841 y 842; lxviii, pág. 496; xci, pág. 666; xcvi, pág. 57; 30 de enero 1964, 7 octubre 1999), *a la equidad, la doctrina y la jurisprudencia, como criterios auxiliares que son*

de la actividad judicial, para tener el salario mínimo legal como ingreso de María Cristina Castañeda Parra, a falta de prueba sobre el particular, ingreso que servirá entonces como derrotero para la determinación del beneficio económico del cual resultó despojada la demandante como consecuencia de su muerte, y que debe ser «el hoy vigente, por supuesto que, como apenas ahora haríase efectiva la indemnización, el nuevo salario legal fijado trae ‘implícita la pérdida del poder adquisitivo del peso’, tal como lo ha dicho esta Sala (sent. 25 octubre 1994, “G. J.” t. ccxxxi, pág. 870), (sent. 7 octubre 1999)», salario que para el año de 2005 corresponde a la suma de \$ 381.500 según decreto 4360 del 22 de diciembre de 2004”^[5]. (sin bastardillas el original).

D) Discapacidad física e incapacidad laboral

La discapacidad mental y física no es por sí misma prueba de la incapacidad laboral. Hoy las personas con discapacidad progresivamente van incorporándose a la vida laboral en el desempeño de tareas laborales, muchas veces en condiciones iguales a los que no sufren ningún tipo de discapacidad.

En el caso de los menores de edad, cuando quedan con invalidez, para efectos de la liquidación del lucro cesante futuro, el ingreso que tendría al llegar a la mayoría de edad, se ha venido reconociendo en el contencioso administrativo, no en la justicia ordinaria, de modo que para su cálculo se toma el salario mínimo legal vigente y su capacidad productiva a partir de la mayoría de edad hasta la de supervivencia.

E) La indemnización no se pierde si el incapacitado sigue laborando

La Corte Constitucional ha sostenido, en el caso de personas lesionadas con incapacidad fisiológica que pueden seguir laborando y cuyos ingresos no sufren menoscabo, que sería absurdo afirmar que la víctima no ha sufrido un lucro cesante, pues como es reconocido en la doctrina y la

jurisprudencia nacionales el lucro cesante se ha de liquidar teniendo en cuenta el porcentaje de incapacidad sufrido por aquella. Si el lesionado sigue devengando su salario mensual de un millón de pesos, pero sufre una incapacidad del 40 por ciento, entonces el monto indemnizable será de cuatrocientos mil pesos, sin consideración a que él esté recibiendo su salario habitual^{6}.

Por su parte, el Consejo de Estado ha reiterado el pensamiento expuesto en sentencia de 12 de septiembre de 1991, en la que se manifestó que ocurre a menudo que la víctima, a pesar de su incapacidad fisiológica, puede seguir desempeñando su trabajo habitual y, por consiguiente, sus ingresos no sufren menoscabo^{7}. Así mismo, este tribunal, en dicha sentencia, insistió en que “sería absurdo negar indemnización argumentando que la víctima no ha sufrido pérdida patrimonial alguna; la doctrina y la jurisprudencia han aceptado que en tales circunstancias el monto indemnizable por lucro cesante se liquida teniendo en cuenta el porcentaje de incapacidad sufrido por aquélla. Así, si el lesionado sigue devengando su salario mensual de cien mil pesos pero sufre una incapacidad del 40 por ciento, entonces el monto indemnizable será de cuarenta mil pesos, sin consideraciones a que él esté recibiendo su salario habitual”^{8}. Dijo además que “En la materia que se estudia es incuestionable que las distintas perspectivas de manejo jurídico se explican por la posición que el juez o magistrado tenga frente a la persona humana. Una visión materialista de ésta lleva a concluir que el hombre es solo un animal *que produce*, que procura la subsistencia y cuya vida está determinada en gran medida por las fuerzas económicas. Transitando por este sendero bien puede predicarse que si fue lesionado en su integridad física, pero sigue produciendo, al ciento por ciento, en la profesión que ejerce, no hay lugar a indemnización sino por el período en que se dejó de producir. Por el contrario, si ve en el hombre a un ser espiritual, que eleva la escala de sus conceptos al mundo maravilloso del pensamiento, tiene que concluirse que la expresión más

convinciente de su superior naturaleza espiritual es *la libertad*, esto es, que el hombre es hombre porque tiene libertad para obrar dentro del marco del destino. Por ello se enseña y para escoger entre varias alternativas. Así se explica que quien hoy es abogado, mañana puede dedicarse a las labores del agro o del comercio, libertad de elección que no puede quedar comprometida impunemente por los atentados hechos a la integridad física, esto es, sin que se indemnice, en todo su universo, el daño causado, cuando ese mundo de la libertad queda total o parcialmente agotado”^{9}.

El Consejo de Estado también se refirió al particular en un fallo de 1992, caso en el cual dijo que si bien la jurisprudencia antes transcrita se aplicaba a la pérdida parcial de la capacidad laboral, con mayor razón tendrá operancia en casos como el que se encargaba ahora de decidir, en el cual la víctima había perdido el 100 por ciento de dicha capacidad^{10}.

4. DAÑO PATRIMONIAL EN CASO DE MUERTE DE LA VÍCTIMA

Cuando la víctima fallece, en la liquidación y reclamo de los perjuicios causados se presentan varias circunstancias que deben ser dilucidados cuidadosamente:

a) La distinción de las acciones hereditaria y personal de víctima y herederos.

b) El modo de calcular la ayuda económica que recibían los herederos y las deducciones que se deben hacer atendiendo a los gastos ordinarios que la víctima hacía para su manutención.

c) El modo de calcular el tiempo durante el cual la ayuda recibida por los herederos de la víctima sería proyectada en el futuro, atendiendo a las expectativas de vida y a los criterios para establecer la productividad de la víctima que sirven para estimar los ingresos futuros que hubiera tenido de no haber fallecido.

A) Legitimación para cobrarlos. Acción hereditaria y acción personal

Como hemos tratado *in extenso* al principio de esta obra, la acción personal y la acción hereditaria deben ser claramente identificadas para su correcto ejercicio procesal. Las personas que son legalmente herederas al tenor de las leyes civiles, sea por testamento o por parentesco, tienen dos tipos de acciones de responsabilidad:

1º) *La acción hereditaria* por medio de la cual como continuadores de la personalidad patrimonial del causante buscan reintegrar al patrimonio del fallecido o a la masa hereditaria los daños causados a la víctima del accidente. En tal caso, los herederos en ejercicio de la acción hereditaria no cobran para sí, sino que cobran los perjuicios sufridos por la víctima y, por tanto, los herederos actúan en nombre y representación de la herencia y no alegan daños o perjuicios propios. La acción hereditaria entonces es una acción de la misma naturaleza jurídica que la acción que hubiera ejercido la misma víctima en caso de estar con vida.

2º) *La acción personal* de los herederos o de las personas que sin ser herederos prueben que recibían una ayuda o beneficio económico de la víctima^{11}. En tal caso, los herederos o las personas que dependían económicamente reclaman los daños y perjuicios sufridos por ellos^{12}.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido que todas las personas que acrediten haber recibido ayuda económica de la víctima fallecida están legitimadas para reclamar el lucro cesante que su muerte les causa. No interesa si esos perjudicados son herederos o no, o si son mayores de edad o si tienen ingresos por fuentes diferentes de la víctima. El fundamento jurídico para reclamar consiste en que la ayuda económica recibida de la víctima fallecida es un daño cierto, personal y antijurídico. El lucro cesante lo constituye la pérdida de la ayuda que recibían periódicamente de la víctima fallecida y no está determinado por las condiciones de edad, capacidad económica o ingresos por otras fuentes que obtenían los demandantes. En ese sentido, la Corte expresó: “Las personas mayores de edad, incluso las ya casadas que reciban ingresos provenientes de su renta

de capital o de su trabajo, tienen legítimo derecho a obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios que les cause el súbito fallecimiento de la persona de la cual recibían una ayuda económica de manera periódica, con prescindencia de los ingresos propios y así mismo todas aquellas personas que tenían intereses ciertos y legítimos o la suficiente titularidad que se pueden ver menoscabadas por la ocurrencia del hecho lesivo imputable a la persona demandada. Naturalmente que *a los reclamantes les corresponde demostrar de forma ineludible los supuestos fácticos* que sirvan de sustento para establecer el precio deterioro o perjuicio que alegan como consecuencia del fallecimiento de la víctima directa del daño”^[13] (sin bastardillas el original).

Cuando la víctima fallece como consecuencia del accidente, se pueden dar dos hipótesis que conviene ver separadamente.

B) En el fallecimiento instantáneo la víctima no sufre lucro cesante

El fallecimiento inmediato de la víctima trae varias consecuencias jurídicas relevantes:

En primer lugar, si la víctima fallece en forma instantánea o poco tiempo después no hay lucro cesante hereditario. Esto quiere decir que los posibles ingresos que hubiera tenido la víctima en caso de haber vivido no son un daño que ella haya sufrido, y por tanto no son reclamables en su nombre por los herederos. En ese sentido, la Corte Suprema ha dicho que con la muerte instantánea de la víctima no hay daños extrapatrimoniales para ella y los herederos solo podrán cobrar los daños patrimoniales causados al fallecido (acción hereditaria) o los personales sufridos por los herederos (patrimoniales y extrapatrimoniales en ejercicio de la acción personal):

“Cabe decir, en orden a una precisión doctrinaria, que cuando el sujeto fallece en el acto mismo de la agresión *no alcanza a configurarse en su favor crédito por los daños a su persona, a los atributos de la misma, a sus manifestaciones sociales o en sus sentimientos, como quiera que la*

inmediación del resultado nocivo máximo no da pie a derecho que se transmitiera *iure* hereditario a sus herederos, quienes como tales, únicamente podrán reclamar el desmedro del patrimonio que recogen, cifrado en gastos de traslado del cadáver y su inhumación, y en las ganancias que dejaron de incrementarlo por la defunción del *de cuius*”^{14}. (sin bastardilla el original).

En segundo lugar, no obstante que la víctima haya fallecido instantáneamente, la ayuda económica que los herederos o terceros recibían de la víctima y el daño extrapatrimonial causados a ellos sí constituye daños personales que pueden ser cobrados en ejercicio de la acción personal, limitado a los montos y circunstancias de cada uno.

Se ha discutido en la doctrina si la muerte *per se* es un daño extrapatrimonial que se pueda cobrar en ejercicio de la acción hereditaria. La tesis mayoritaria en nuestro medio es negativa. No obstante, hay autores como Tamayo Jaramillo que argumentan que no hay razones de fondo para negar la existencia y autonomía de este daño extrapatrimonial que se diferencia del daño moral y de los patrimoniales^{15}.

C) *Cálculo del tiempo de la ayuda recibida de la víctima fallecida*

Las cortes colombianas han abordado el problema de calcular el monto que cada heredero recibía como ayuda económica de la víctima fallecida, cuando todos vivían en familia y hacían vida en común. En las familias, el ingreso familiar se destina al sostenimiento y desarrollo del núcleo familiar y la posibilidad de distinguir cuánto se destina para cada uno de los miembros del clan familiar para atender sus necesidades y gastos de manutención, puede resultar indeterminable en la mayoría de los casos. Por esta razón, teniendo el juez certeza en cuanto a la existencia del daño, aunque incertidumbre sobre su cuantía, ha de consultar los principios rectores de la responsabilidad civil, la lógica, la equidad y las circunstancias

específicas del caso para que en ejercicio del *arbitrium iudicis* determine *motu proprio* la intensidad y cuantía del perjuicio.

No obstante, la certeza del daño puede ser atacada por el demandado si probara en contrario que el demandante no tenía realmente una dependencia económica con la víctima fallecida como en el caso del cónyuge sobreviviente divorciado o separado de bienes o de hecho y que no recibía ayuda para su sostenimiento. La Corte en este sentido expresó:

“Al respecto, conviene rememorar, en lo pertinente al caso, que lo que confiere el derecho para reclamar el pago de perjuicios materiales de índole extracontractual, derivados de la muerte de una persona es la dependencia económica del reclamante con respecto al extinto, siempre y cuando, claro está, exista certeza de que, dadas las circunstancias, la ayuda o socorro habría continuado de no haber ocurrido su fallecimiento”^{16}.

Igual ocurre en el caso de los hijos que se valen por sí mismos, porque han ingresado a la vida laboral o porque tienen sus propias fuentes de sustento o han contraído matrimonio y ya no viven con los padres. En estos casos, podría el demandante acreditar que a pesar del divorcio, etc., sí existía una dependencia económica o ayuda económica por parte de la víctima. En tal caso, le correspondería la carga de la prueba y su situación se asemejaría en todo a la de los terceros que recibían una ayuda benévola o gratuita.

En conclusión, el hecho del mero parentesco no da lugar al derecho a la indemnización por lucro cesante. El parentesco en los casos de las personas a las que se debe alimentos por ley hace presumir esa ayuda económica, pero como presunción admite prueba en contrario y puede ser controvertida en el proceso si la situación real así lo demuestra.

Definido pues, que los ingresos que habría tenido la víctima fallecida no corresponden a la acción hereditaria, sino a la personal, se debe establecer el tiempo que los herederos o terceros que recibían tal ayuda de la víctima fallecida gozarían de este beneficio.

A continuación, veremos algunos casos significativos tratados por la jurisprudencia. Hemos de advertir que no se debe caer en una casuística que busque dar soluciones *a priori* a todas las situaciones que se puedan dar, pues los principios generales de la reparación del daño (certeza, antijuridicidad y carácter personal) son criterio suficiente y necesario para el intérprete que deba resolver cualquier caso concreto.

a) *Hijos beneficiarios*. Los hijos de la víctima fallecida tienen la expectativa de continuar recibiendo la ayuda económica de que disfrutaban en vida del causante, hasta cumplir la mayoría de edad, momento en que cesa la obligación legal de alimentos^{17}. No obstante, la jurisprudencia, al aplicar las reglas de la experiencia, ha extendido este tiempo hasta los 25 años en los hijos que estudian, pues considera la Corte Suprema de Justicia que: “*es dable deducir que, en principio, a los 25 años, una persona de la zona urbana del país, dedicada al estudio, puede adquirir su completa educación que lo habilita para velar, a partir de entonces, por su propio sostenimiento*”^{18}. (sin bastardilla el original).

El Consejo de Estado ha variado la jurisprudencia que tenía en relación con los hijos estudiantes. Así dijo: “De igual forma, se *modifica el criterio jurisprudencial* que se tenía en relación con la presunción de manutención de los hijos hasta la mayoría de edad si no se acreditaba la escolaridad, *desechando esta distinción, y dando por presumido que la condición de dependencia económica de aquellos respecto de los padres se mantiene hasta la edad de 25 años*, con fundamento en los artículos 13 y 45 de la Constitución Política y en consideración, además, a las reglas de la experiencia, *siempre y cuando se acredite tal dependencia por cualquier medio probatorio*”^{19}. (sin bastardillas el original).

En todo caso, siempre se deben considerar las expectativas de vida probable de acuerdo con las tablas de supervivencia del causante y de los herederos, pues si la vida probable del causante expiraría antes que los hijos alcanzaran la mayoría de edad (o la extendida por la jurisprudencia), el

lucro cesante se reduciría al período así calculado. Pongamos, por caso, el de un padre de familia de 68 años que tiene un hijo de 10 años. Si la vida probable del padre es hasta los 72 años, es decir, cuatro años más, el lucro cesante que podría cobrar el menor por el fallecimiento de su padre estaría limitado a cuatro años y no podría ser de ocho años hasta cumplir la mayoría de edad y menos aún de 15 años hasta llegar a la edad de 25 años. En el caso de hijos con discapacidades que no les permita valerse por sí solos, el lucro cesante en cambio se extendería por la vida del discapacitado, según las reglas vistas para estas personas y teniendo en cuenta las tablas de supervivencia de padres e hijos.

b) *Cónyuge sobreviviente y segundas nupcias*. El cónyuge sobreviviente puede reclamar como lucro cesante propio todo lo que hubiera recibido de ayuda económica del fallecido, teniendo en cuenta las expectativas de vida de ambos, como en el caso de los hijos, con la diferencia de que la obligación de dar alimentos entre los cónyuges persiste mientras vivan y por ello, el período indemnizable es igual a la supervivencia menor. No obstante, si el cónyuge sobreviviente contrae segundas nupcias Tamayo Jaramillo sostiene que el lucro cesante solo abarcará el tiempo transcurrido entre la muerte del primer esposo y el día de las segundas nupcias^{20}.

Para calcular la expectativa de vida de la víctima fallecida y de los herederos o beneficiarios de la ayuda económica que recibían del causante, se aplican, a falta de un dato científico concreto sobre una persona particular; (v. gr., si sufre un cáncer terminal y el dictamen médico pronostica máximo un año de vida) las tablas de mortalidad colombianas, adoptadas por la Superintendencia Financiera, mediante resolución 1112 de 2007. En esas tablas se certifica la vida probable nacional y departamental de hombres y mujeres. En caso de personas inválidas, se aplican las tablas aprobadas por la Superintendencia Financiera mediante circular externa 7 de 1996.

Es importante señalar que la Corte Suprema de Justicia ha considerado que no es necesario que el demandante aporte las respectivas tablas certificadas, pues estas son consideradas normas jurídicas de carácter nacional y el juez debe conocerlas y aplicarlas, así no obren en el expediente. Al respecto en sentencia de 2005 se dijo:

“Precisa la Corte cómo la circunstancia de que dentro del expediente no obren las referidas *tablas de supervivencia*, como ciertamente así ocurre, no es obstáculo que impida su aplicación a este caso para definir el número de años futuros por los cuales el demandado debe asumir los perjuicios causados al actor, en lo relativo al tratamiento y cambios de prótesis que en lo sucesivo requiera, tanto porque [...] dichos datos estadísticos están incorporados en resoluciones que expide una autoridad estatal del orden nacional, como lo es la Superintendencia Bancaria, que por ello mismo son normas de alcance nacional, de donde se sigue que, por no hallarse dentro de ninguno de los supuestos previstos en el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil, no requieren necesariamente ser aducidas formalmente dentro del proceso”^{21}. (sin bastardilla el original).

D) Productividad de la víctima

La dificultad que existe para calcular la productividad de la víctima en casos concretos como el de los empleados con sueldo variable, víctimas con salario inferior al histórico al momento del accidente, desempleados, etc., ha llevado a la Corte Suprema de Justicia a elaborar criterios para definirla. En muchos casos se acude a la equidad. Ha estimado la Corte que sería injusto no concretar el valor de la indemnización so pretexto de que a pesar de estar demostrada la existencia del daño, su cuantificación no es posible, porque la simple dificultad de tipo probatorio, *per se*, no puede cerrar el paso a la merecida indemnización. Para la Corte Suprema la equidad se erige en uno de los más caros criterios teleológicos que debe caracterizar la gestión judicial, no sólo para interpretar la ley cual lo disponen los artículos

32 del Código Civil y 8° de la ley 153 de 1887, sino para definir aspectos ajenos a la labor hermenéutica propiamente dicha, inclusive de naturaleza probatoria, pues, v. gr., de conformidad con la ley 446 de 1998, esta aplicación concreta de la equidad no se ha limitado a la reparación del daño moral, sino que en especiales circunstancias la jurisprudencia lo ha hecho repetidamente para el daño material por lucro cesante y daño futuro, sin que se haya permitido cuantificar tal concepto con soporte en simples suposiciones o fantasías.

Este criterio fue aplicado en 2004 en sentencia que recuerda varios precedentes judiciales. Dijo en esa oportunidad la Corte: “ En ese orden de ideas, se recuerda que en su fallo de 12 de marzo de 1937, ante la necesidad de definir el lucro cesante causado con ocasión de la muerte de una persona que estaba cesante para la época de su desaparición, pero que, según se acreditó fehacientemente, poco tiempo antes contaba con un empleo, remunerado a razón de \$ 80 mensuales, la Sala concluyó que no obstante la terminación de la respectiva relación laboral, «es prudente pensar que ella estaba en aptitud o capacidad de devengar un sueldo mensual no menor de \$ 70» (XLV-I, pág. 361), apreciación que guarda armonía con la contenida en la sentencia de 20 de noviembre de 1943, de conformidad con la cual, «el que tiene una profesión u oficio: abogado, médico, agricultor, mecánico, etc., ejerce una actividad productiva cuyos rendimientos actuales se conocen más o menos exactamente. Muerta la persona o inutilizada total o parcialmente para seguir trabajando y explotando la ocupación en que vivía, la ganancia o utilidad futura de la víctima o del lesionado es susceptible de cálculo y por ende de evaluación, teniendo por base cierta la utilidad actual» (lvii, págs. 238 y ss.) Por igual, en muchos casos que así lo han ameritado, para sortear la misma dificultad de tipo probatorio en torno al *quantum* del lucro cesante, se ha acudido a similares patrones, v. gr. al salario mínimo. Fue así como, acudiendo a las pautas someramente reseñadas, es decir, atendiendo la asistencia económica prodigada

periódicamente por el occiso; su efectiva capacidad de producción económica; la posición social del núcleo familiar al que pertenece y la vida probable de la víctima indirecta, esta Corporación ha sostenido que el monto de la indemnización será impuesto, entre otros factores, atendiendo el valor mensual de la contribución familiar frustrada, que será establecido, «a falta de otra prueba categórica sobre el particular», sobre la base del salario mínimo por mensualidades (sent. de 10 de marzo de 1994, retomada más recientemente el 7 de octubre de 1999, exp. 5002). Es más, en su fallo de 8 de julio de 1964, cuando encontró que había de disponerse una condena por los frutos que dejó de producir un predio rural por hechos atribuibles a la parte demandada, ante la imposibilidad de acreditar con exactitud su cuantía dadas las particulares dificultades probatorias que allí se verificaron, la Sala tuvo como tal, el monto de la utilidad que reportó una cosecha anterior (cviii, págs. 292, 296). Lo anterior sin contar con otros pronunciamientos en que esta misma Corporación ha efectuado o corroborado condenas concretas, por lucro cesante, no obstante la pluricitada dificultad de tipo probatorio, acudiendo, en todos estos eventos, al principio de la equidad (lvii, pág. 244; xlvi, pág. 676; lvii, pág. 771; lviii, págs. 841 y 842; lxviii, pág. 496; xci, pág. 666; xcvi, pág. 57; 30 de enero de 1964” (subrayado nuestro).^{22}.

a) *Empleados con sueldo fijo y variable*. Ya mencionamos que para el cálculo del ingreso percibido por la víctima se han de tomar el valor nominal del salario y todas las prestaciones sociales legales y extralegales (cesantías, intereses sobre cesantías, vacaciones, primas legales y extralegales, comisiones, propinas, etc.). En el caso de empleados con sueldo variable, el cálculo se hará tomando el sueldo promedio devengado en los últimos doce meses, contabilizando todos los conceptos. La Corte Suprema ha definido que a falta de prueba del ingreso se toma como base por este concepto el salario mínimo legal.^{23}.

b) *Víctimas con salario inferior a su ingreso histórico.* Cuando la víctima fallece y no estaba devengando un salario acorde con el salario históricamente percibido por la víctima, atendida su posición social y trayectoria profesional, el Consejo de Estado ha reconocido en un caso como salario base de la liquidación no el percibido en el momento de la muerte sino un salario ajustado al histórico que había recibido la víctima. Este criterio fue aplicado en el caso del exministro y exconsejero de Estado Enrique Low Murtra, asesinado por la mafia. El Estado fue condenado por no haberle brindado la protección debida y la base para calcular el lucro cesante no fue lo que efectivamente ganaba en el momento del deceso, cifra modesta, sino lo que devengaba un consejero de Estado, cargo que había desempeñado antes la víctima^[24]. Cuando no hay un salario histórico cierto, se acude al criterio ya explicado de presumir al menos un salario mínimo legal.

c) *Lucro cesante por muerte de amas de casa.* En desarrollo de los principios de equidad y reparación del daño, la jurisprudencia nacional ha aceptado que el trabajo aportado por la madre ama de casa que fallece, para ser parcialmente suplido requiere, casi siempre, del pago a un empleado que coopere en las tareas domésticas y para determinar el valor mensual de la indemnización se debe considerar el costo de la persona sustituta^[25]. En todo caso, esta indemnización tiene más un carácter de daño emergente futuro que de lucro cesante, pues consiste en la suma de dinero que saldrá del patrimonio de los perjudicados, para mitigar el daño causado por la pérdida del trabajo material que el ama de casa fallecida aportaba al hogar.

d) *Expectativa de parientes por ayuda del menor fallecido.* La jurisprudencia no reconoce la indemnización por lucro cesante cuando los padres alegan perjuicios, con motivo de la muerte de un hijo menor, de quien presumiblemente recibirían auxilio monetario de no haber ocurrido su muerte. La razón para negarla estriba en que en la mayoría de los casos el perjuicio no cumple con el requisito de certeza y es considerado meramente

eventual o hipotético. Este criterio es recogido en una sentencia que decidió una demanda en la que los padres demandaron la ayuda económica que esperaban de su hija (menor de 8 años), cuando alcanzara la mayoría de edad. La Corte desechó la pretensión por tratarse de un daño meramente eventual o hipotético y carecer de certeza, elemento esencial para proceder a su reparación. Transcribimos los argumentos de la Corte:

“En lo que respecta a los materiales, observa la Corte que la muerte de la menor a la edad de 8 años, como aparece acreditado, no da lugar a la indemnización solicitada bajo el supuesto de la ayuda económica que en el futuro recibirían sus padres, porque *se trata apenas de un perjuicio eventual*, en el entendido de que ni siquiera había tenido comienzo el sostenimiento económico para proyectarlo como probabilidad futura, como tampoco es dable asentar de manera anticipada que ese apoyo material iba a darse, lo que equivale a decir que el perjuicio descrito en la demanda tiene la característica de ser *meramente hipotético*, obvio que amén de que no se puede prever la futura capacidad económica de la persona fallecida, tampoco se puede deducir que, aun de suponerse, los resultados de la misma tendrían la destinación específica de favorecer a la madre demandante.

”[...] cabe igualmente recordar que [...] en cuanto a los perjuicios materiales propiamente dichos, la Corte también ha sido explícita en advertir que, para efectos de determinar su resarcimiento, se debe tener en cuenta quién fue la víctima, pues «[...] *si esta era persona que al ocurrir su muerte no tenía actividad productiva de la cual se beneficiaran también los que reclaman la indemnización, por razón de su edad, enfermedad, o de incapacidad física o mental, sus deudos o parientes próximos no reciben perjuicio económico con su fallecimiento*. Si el muerto no tenía capacidad productiva al morir, pues a nadie ayudaba y a nadie perjudicó con su muerte» (sent. 131, 29 marzo 1990, lxxxii, 145)” (sent. 66, 5 octubre 1999) [.26](#). (sin bastardilla el original).

Empero, la posibilidad de que un menor contribuya con el sostenimiento de sus padres o hermanos es un problema fáctico. Si se da la hipótesis de menores trabajadores que sí proporcionaban ayuda a sus padres y hermanos, los principios de la reparación del daño permiten que prospere la acción civil de reparación de perjuicios.

Como en otros casos, se deducirá el 25 por ciento de los ingresos proyectados, como gastos de manutención que razonablemente la víctima fallecida habría invertido en sus asuntos personales. Con fundamento en el principio de que la indemnización no puede ser fuente de enriquecimiento, el juez ha de tener en cuenta que los padres o ascendientes beneficiarios de su ayuda económica (truncada por el accidente) habrían incurrido en gastos de crianza del menor hasta los 18 años, por lo que es justo deducir del monto que se debe pagar a los beneficiarios un porcentaje que cubra los gastos en que ellos habrían incurrido y que ahora no tendrán que sufragar^{27}.

e) *Trabajadores independientes*. Cuando no sea posible determinar con precisión el monto de los ingresos, circunstancia muy común en el caso de los profesionales independientes, el juez debe hacer una liquidación equitativa. La incapacidad debe evaluarse en cada caso concreto, pues una lesión que a una persona le impide desempeñar su profesión, quizá a otra no. En tales casos es menester evaluar las reales repercusiones patrimoniales^{28}.

En sentencia de 2007, el Consejo de Estado estableció que para los trabajadores independientes era imperativo aumentar su salario base de liquidación en un 25 por ciento para incluir las prestaciones sociales de ley. El texto en la parte pertinente dispone: “Al respecto, la Sala fija su posición, en el sentido de aumentar el salario base de liquidación en un 25 por ciento, por concepto de prestaciones sociales, en atención a que las mismas son un imperativo de ley y por tal razón deben ser reconocidas, en atención a que

se encontró debidamente acreditado que las víctimas eran trabajadores dependientes”^{29}.

f) *Ascensos en la carrera de la víctima*. La jurisprudencia ha establecido que ateniéndose a la certeza del daño futuro, se debe tener en cuenta la posibilidad más o menos probable que tenía la víctima de obtener un ascenso en su profesión. La certeza de estos ascensos es más clara en el caso de los militares, pues tienen relación directa con el paso del tiempo.

E) *Terceros no herederos que recibían ayuda gratuita de la víctima fallecida*

En aplicación de los principios de la reparación del daño, toda persona, heredero o no, que recibía ayuda económica del fallecido, en principio tiene la correspondiente acción de reparación. Es muy importante que en el proceso se den elementos probatorios suficientes para que el juez tenga certeza sobre la existencia del perjuicio. Probada entonces la existencia y el carácter antijurídico y personal del daño, se procederá a la liquidación, acudiendo siempre a los sanos principios de la lógica y la equidad. Los casos que encuadran en esta hipótesis pueden ser muy variados: niños que han sido criados por una familia pero que no han sido legalmente adoptados, parientes lejanos pobres que en forma continua y por mucho tiempo han sido sostenidos o ayudados económicamente por la víctima fallecida; los concubinarios, etc., que logran demostrar la estabilidad de esa ayuda económica y la certeza en términos de probabilidad de que viviendo el causante, este hubiera continuado con las ayudas o donaciones por razones de afecto, solidaridad o caridad.

F) *Deducción de gastos de manutención de la víctima*

Nuestros tribunales han decidido reiteradamente que del monto total de ingresos de la víctima fallecida se debe deducir un porcentaje para calcular el lucro cesante sufrido por los herederos o beneficiarios del fallecido. La

Corte Suprema de Justicia lo ha fijado en un 25 por ciento. En una sentencia de la Corte se lee a este respecto:

“[...] para efectos de cuantificarla, basta concretar el ingreso anual que percibían las víctimas al momento del accidente, con su debida proyección hacia el futuro, suma de la que, a su vez, debe *descontarse el porcentaje que habrían reservado aquellas para atender a sus gastos personales, que para este caso la experticia fijó razonablemente en un 25 por ciento*; de esas cuentas se obtiene el monto a pagar a cada demandante”^{30}.

Cuando la víctima tiene cónyuge sobreviviente, a este le corresponde del total líquido (descontado el 25 por ciento de gastos usuales que hacía la víctima) el 50 por ciento y el resto proporcional a los hijos sobrevivientes, en sujeción a las reglas de la sucesión *ab intestato*. Este procedimiento es reiterado en una sentencia de 2004 que dispuso que los casos en que el lucro cesante del demandante está íntimamente vinculado con los dineros que el occiso “recibía como contraprestación por sus actividades personales lucrativas y lícitas, como por ejemplo, cuando tiene su fuente en una relación laboral de la cual la víctima obtenía sus ingresos con los que ayudaba a sus parientes o terceros, la pauta que el juzgador ha de tener en cuenta para cuantificar ese rubro se deduce, por lo general, sin mayor dificultad, del monto de los salarios que la víctima devengó durante la época que precedió a su óbito, los que se promediarán, según suele hacerse, si fueran variables. “De la base así obtenida se descontará la proporción en que habría de calcularse lo que destinaba para sus gastos personales y el excedente se dividirá entre los perjudicados, sin perder de vista, en ningún caso, que como el hecho que da lugar al daño no puede legítimamente convertirse en una fuente de ganancia o enriquecimiento para los reclamantes, ha de procurarse, en lo posible, que la indemnización que el cónyuge y los deudos del desaparecido reciban, se acompase con lo que este en vida les proporcionaba, ni más ni menos, tal y como si la muerte no hubiera tenido ocurrencia^{31}.” (sin bastardilla el original).

No obstante, el juez, en el caso concreto y atendiendo a las circunstancias, puede modificar el monto deducible como gastos personales de la víctima del total de ingresos brutos que constituirá la base para la liquidación del lucro cesante de terceros dependientes de la víctima fallecida.

CAPÍTULO SEGUNDO

PROCEDIMIENTO PARA LIQUIDAR EL PERJUICIO PATRIMONIAL

Sección I.

—Corrección monetaria del daño

El daño puede sufrir variaciones extrínsecas o monetarias que en economías expuestas a la inflación, tienen gran importancia. Se justifica la corrección monetaria, porque esta permite aplicar una verdadera justicia y evita la dilación del proceso por el demandado. Aunque lo más frecuente en la literatura jurídica es referirse a la indexación o actualización por desvalorización de la moneda, nada impediría que haya una actualización por su revaluación.

La doctrina y la jurisprudencia nacionales sostuvieron que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un perjuicio diferente. Tal apreciación fue reformulada por considerarse equivocada, pues si el daño inicial no sufre variaciones intrínsecas, no cabe afirmar que la inflación produzca un nuevo daño. Este sigue siendo el mismo y lo único que varía es su cuantificación monetaria. Ontológicamente se trata del mismo daño. Así lo ha expresado la jurisprudencia desde hace mucho tiempo. En sentencia de 2005, la Corte Suprema lo recordaba con las siguientes palabras:

“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 conducta dañina del deudor [...] 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, esto es, a partir del 12 de octubre de 1993, fecha en que se profirió el auto que dispuso la terminación por pago del proceso ejecutivo que, con soporte en los cheques, se adelantó con la comunidad de El Cerrejón, 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 aun tratándose de responsabilidad civil extracontractual, según se acotó en líneas precedentes*”^{1}. (sin bastardilla el original).

El debate sobre la actualización de las condenas en materia de responsabilidad ha sido resuelto por la jurisprudencia nacional y luego por la ley. La condena por responsabilidad civil debe ser actualizada con la corrección monetaria, pues la víctima no debe asumir la pérdida del valor adquisitivo de la moneda que ocurre durante el tiempo que transcurre entre la causación del daño y el pago efectivo. Entre los múltiples precedentes jurisprudenciales que hay sobre el particular baste recordar uno de 2005:

“De allí que el pago de la *indemnización* correspondiente *deba comprender*, en línea de principio, *la corrección monetaria*, pues *la víctima no tiene porque asumir la pérdida del poder adquisitivo del dinero, ni el victimario puede obtener ventaja de esa circunstancia*. Así, [...] lo ha reconocido la Corte en múltiples pronunciamientos, sin que pueda —se precisa ahora— introducirse diferencia por el hecho de que sea un asegurador el que reclame el pago de la respectiva indemnización, pues la deuda es del mismo talante. Al fin y al cabo, donde hay identidad de razón, lo enseña la célebre y antigua máxima latina, debe existir identidad de derecho (*Ubi eadem ratio, ibi idem jus debet esse*)”^{2}.

El artículo 16 de la ley 446 de 1998, ha recogido la doctrina jurisprudencial y le ha ordenado al juez hacer los cálculos técnicos actuariales en la valoración de los daños, en los siguientes términos:

“ *Valoración de los daños.* Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y *observará los criterios técnicos actuariales*” (sin bastardilla el original).

1. PATRONES DE REFERENCIA PARA INDEXAR

De los patrones empleados para indexar las condenas de responsabilidad civil, el que se apoya en el índice de precios al consumidor (IPC) es el mayormente utilizado por la jurisprudencia y es el más recomendado por la doctrina.

La pérdida del poder adquisitivo de una moneda es el porcentaje en que se reduce el poder de compra de una cantidad de dinero. Por ejemplo, si el 1° de enero con \$ 100 se compraban 10 naranjas (cada una valía \$ 10) y un año después esas 10 naranjas valen \$ 125, entonces solo se pueden comprar 8 naranjas. Esto significa que el peso redujo su poder adquisitivo en 20 por ciento.

Los índices de precios al consumidor (IPC) son calculados por medios estadísticos y su certificación oficial corresponde al Departamento Nacional de Estadísticas, DANE, que desde 1954 realiza tales cálculos^[3]. Por ejemplo, si comparamos el IPC de diciembre de 2000 que fue \$ 61.99 con el IPC de diciembre de 2002, que fue de \$ 71.40, tenemos que un bien que costaba \$ 61.99 en el año 2000, en 2006 ese mismo bien tendría un valor de \$ 71.40 por la pérdida del valor adquisitivo del peso en dicho lapso.

La fórmula para actualizar, aplicando el IPC, corresponde a la siguiente suma de dinero:

$$VP = VA \times \frac{IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}}$$

VP = Valor presente que se busca indexar por IPC.

VA = Valor actual es la cifra o capital que se quiere actualizar.

IPC final = Es el Índice de Precios al Consumidor (IPC) al momento de la liquidación o en la fecha a la que se desea actualizar el valor y que es determinado y certificado por el DANE.

IPC inicial = Es el IPC en la fecha del daño. Lo certifica el DANE.

Aplicada la fórmula al ejemplo mencionado, tenemos:

$$\begin{aligned} VP &= \$ 61.99 \times \frac{\text{IPC final (71.40 diciembre de 2002)}}{\text{IPC inicial (61.99 diciembre de 2000)}} \\ VP &= \$ 61.99 \times 1,151173 \\ VP &= \$ 71,40 \end{aligned}$$

En otras palabras, en el curso de dos años, por razones de la inflación, un bien ha pasado a valer un 15,17 por ciento más $[71,40 \times 100 + 61.99) = 115,17\%)$, porque el dinero ha perdido ese poder adquisitivo. La variación acumulada del IPC entre diciembre de 2000 y diciembre de 2002 fue de 15,17 por ciento, o lo que es lo mismo, la inflación entre ambas fechas fue del 15,17 por ciento.

Nótese que cuando la obligación es dineraria, la corrección monetaria se aplica desde el día en que comenzó el incumplimiento. En el caso de la responsabilidad aquiliana, se calculará desde la ocurrencia del daño, que no es necesariamente el día del accidente, hasta el día en que efectivamente se realice el pago^[4].

2. ÍNDICES DE PRECIOS DEL CONSUMIDOR E INFLACIÓN

No deben confundirse dos conceptos básicos: el IPC, índice de precios al consumidor, y la tasa de inflación del IPC. El IPC es “un indicador que mide la variación de precios de una canasta de bienes y servicios representativos del consumo de los hogares del país. Los resultados son analizados por grupos, subgrupos y clases de gastos, gastos básicos y niveles de ingreso”^[5].

Para obtener el IPC, el DANE emplea una metodología estadística sofisticada que tuvo su origen en Estados Unidos en el seno de la *General Price Level Accounting* (GPL) y el *U. S. Department of Labour Bureau of Statistics*, Washington D. C.^[6].

Para calcular *el número de índice* mes a mes del IPC, el DANE hace encuestas para determinar la variación de precios de los alimentos de la “canasta familiar”, que comprende 405 artículos (vivienda, alimentos, vestuario y calzado, salud, educación, transporte, entre otros). Por ejemplo, el número de Índice de Precios al Consumidor en octubre de 2006 fue certificado en 87,46 y a 31 de octubre del año siguiente —2007—, fue certificado en 91,98^[7]. De la variación de los índices de IPC en un período (en el ejemplo, el índice pasó de 87,46 a 91,98 en un año) se puede inferir la tasa de variación o inflación. El DANE, en esa época certificó que en esos 12 meses (octubre de 2006 a octubre de 2007) la variación acumulada fue 5,16 por ciento.

Para conocer cuál fue la tasa de inflación de un período a otro, simplemente se toma el IPC final, se multiplica por 100 y se lo divide por el IPC inicial. En el ejemplo, el 5,16 por ciento de variación del peso entre octubre de 2006 y octubre de 2007 resulta de multiplicar el IPC de 2007 (según tabla 91,98 x 100), y el resultado dividirlo por el IPC inicial (el IPC de octubre de 2006 fue 87,46 según la tabla). El resultado es precisamente 5,16 por ciento.

En la página web del DANE, se puede obtener la información estadística del IPC que se resume en: número de índice, variaciones, contribuciones y participaciones. Las variaciones, contribuciones y participaciones tienen un período de referencia para la consulta: mensual, acumulado en lo corrido del año, o acumulado en los últimos doce meses.

La tabla que se debe consultar del DANE para obtener el IPC se denomina “Índices de Precios al Consumidor, Serie de Empalme 1994-2009^[8]. A continuación, copiamos la tabla actualizada a la fecha de mayo de 2009, fecha de la consulta. Para índices posteriores, recomendamos visitar la página web del DANE siguiendo el procedimiento que señalamos en la siguiente página.

Para obtener esta información, se deben seguir los siguientes pasos:

1°. Abrir la página principal del DANE: <http://www.dane.gov.co>

2°. Abrir la página Índice de Precios al Consumidor, haciendo clic en la sigla “IPC” (cuadro de indicadores al lado derecho de la pantalla).

DANE – INFLACIÓN
Colombia, Índice de Precios al Consumidor (IPC)
Índices – Serie de empalme
1997-2013 (ABRIL)

Mes	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Enero	38,63	45,52	53,34	57,74	62,64	67,26	72,23	76,70	80,87	84,56	88,54	93,85	100,59	102,70	106,19	109,96	112,15
Febrero	39,83	47,01	54,24	59,07	63,83	68,11	73,04	77,62	81,70	85,11	89,58	95,27	101,43	103,55	106,83	110,63	112,65
Marzo	40,45	48,24	54,75	60,08	64,77	68,59	73,80	78,39	82,33	85,71	90,67	96,04	101,94	103,81	107,12	110,76	112,88
Abril	41,11	49,64	55,18	60,68	65,51	69,22	74,65	78,74	82,69	86,10	91,48	96,72	102,26	104,29	107,25	110,92	113,16
Mayo	41,77	50,41	55,45	60,99	65,79	69,63	75,01	79,04	83,03	86,38	91,76	97,62	102,28	104,40	107,55	111,25	
Junio	42,28	51,03	55,60	60,98	65,82	69,93	74,97	79,52	83,36	86,64	91,87	98,47	102,22	104,52	107,90	111,35	
Julio	42,63	51,27	55,77	60,96	65,89	69,94	74,86	79,50	83,40	87,00	92,02	98,94	102,18	104,47	108,05	111,32	
Agosto	43,12	51,29	56,05	61,15	66,06	70,01	75,10	79,52	83,40	87,34	91,10	99,13	102,23	104,59	108,01	111,37	
Septiembre	43,66	51,44	56,24	61,41	66,30	70,26	75,26	79,76	83,76	87,59	91,97	98,94	102,12	104,45	108,35	111,69	
Octubre	44,08	51,62	56,43	61,50	66,43	70,66	75,31	79,75	83,95	87,46	91,98	99,28	101,98	104,36	108,55	111,87	
Noviembre	44,44	51,71	56,70	61,71	66,50	71,20	75,57	79,97	84,05	87,67	92,42	99,56	101,92	104,56	108,70	111,72	
Diciembre	44,72	52,18	57,00	61,99	66,73	71,40	76,03	80,21	84,10	87,87	92,87	100,00	102,00	105,24	109,16	111,82	

Fuente: DANE

3°. Seleccionar en el subtítulo “Históricos” en la opción *B. Índices y ponderaciones: “Índices. Series de empalme/1997-2012”*.

4°. Consultar en la tabla que aparece allí, el IPC que se desea utilizar. El índice que se toma de la tabla es el que se usa para aplicar la fórmula antes explicada.

La inflación es la variación porcentual que ha sufrido el IPC, mes a mes, tal como lo explicamos anteriormente. El DANE también calcula este porcentaje de crecimiento que constituye la inflación y que es la cifra popularmente conocida. Así, por ejemplo, el DANE certificó que para el mes de abril de 2013 el índice presentó una variación mensual de 0,25 por ciento, tasa superior en 0,11 puntos porcentuales a la registrada en el

mismo mes de 2012 cuando fue de 0,14 por ciento. Para lo corrido del año, el índice registró una variación de 1,21 por ciento en tanto que para los doce meses se ubicó en 2,02 por ciento. Con propósito esencialmente ilustrativo insertamos a continuación la inflación, o variación porcentual del IPC, desde enero de 2002 hasta abril de 2013.

DANE – INFLACIÓN
Colombia, índice de precios al consumidor (IPC)
(Variaciones PORCENTUALES)
2002 - 2013 (ABRIL)

Mes	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Enero	0,80	1,17	0,89	0,82	0,54	0,77	1,06	0,59	0,69	0,91	0,73	0,30
Febrero	1,26	1,11	1,20	1,02	0,66	1,17	1,51	0,84	0,83	0,60	0,61	0,44
Marzo	0,71	1,05	0,98	0,77	0,70	1,21	0,81	0,50	0,25	0,27	0,12	0,21
Abril	0,92	1,15	0,46	0,44	0,45	0,90	0,71	0,32	0,46	0,12	0,14	0,25
Mayo	0,60	0,49	0,38	0,41	0,33	0,30	0,93	0,01	0,10	0,28	0,30	
Junio	0,43	-0,05	0,60	0,40	0,30	0,12	0,86	-0,06	0,11	0,32	0,08	
Julio	0,02	-0,14	-0,03	0,05	0,41	0,17	0,48	-0,04	-0,04	0,14	-0,02	
Agosto	0,09	0,31	0,03	0,00	0,39	-0,13	0,19	0,04	0,11	-0,03	0,04	
Septiembre	0,36	0,22	0,30	0,43	0,29	0,08	-0,19	-0,11	-0,14	0,31	0,29	
Octubre	0,56	0,06	-0,01	0,23	-0,14	0,01	0,35	-0,13	-0,09	0,19	0,16	
Noviembre	0,78	0,35	0,28	0,11	0,24	0,47	0,28	-0,07	0,19	0,14	-0,14	
Diciembre	0,27	0,61	0,30	0,07	0,23	0,49	0,44	0,08	0,65	0,42	0,09	
En año corrido	6,99	6,49	5,50	4,85	4,48	5,69	7,67	2,00	3,17	3,73	2,44	1,21

3. PRUEBA DEL ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR (IPC)

Como hemos indicado, la inflación la certifica el DANE. No obstante, la jurisprudencia ha dicho que no es necesario que en el proceso obre el respectivo certificado, pues dado su carácter general es un hecho notorio; además, la ley 794 de 2003, artículo 19, expresamente les reconoce tal carácter. Aunque

durante mucho tiempo la jurisprudencia acudió a la prueba pericial para hacer estos cálculos, hoy esta práctica es innecesaria. El juez puede hacer la liquidación en el momento en que el demandado pague a la víctima. En ese sentido se expresó la Corte Suprema por considerar que no hay norma que lo obligue, pues las operaciones aritméticas no requieren un conocimiento que pudiera considerarse conocimiento técnico y, finalmente, porque los indicadores económicos nacionales son conocidos de todos y caben en la categoría de hechos notorios que, como se sabe, no requieren prueba. Los argumentos de la Corte están expuestos en una sentencia de 2002, de la siguiente manera:

“Con relación a la cuantificación de perjuicios *patrimoniales* tradicionalmente se ha reconocido la «conveniencia» de procurar el auxilio de *peritos*, generalmente en consideración a las diferentes metodologías utilizadas para fijar el valor. Sin embargo, *ese proceder que carece de asidero legal*, pues ninguna disposición impone el medio específico, no tiene otra explicación que el uso judicial, muchas veces injustificado porque ni siquiera se presenta la necesidad de acudir a criterios técnicos para obtener la valuación, como en muchas ocasiones ha tenido oportunidad de verificarlo la propia Corporación, razón por la cual, a partir de elementales operaciones, ha procedido a cuantificar directamente su valor, más hoy en día cuando factores significativos del resultado, como los indicadores económicos nacionales, *la ley los considera hechos notorios* (ley 794 de 2003, art. 19), o la Corte mediante jurisprudencia *les confiere un valor probatorio similar en consideración al carácter general y nacional, como ocurre con las tablas de supervivencia*, homologadas por resoluciones oficiales (sent. 18 octubre 2002)”^[2]. (sin bastardilla el original).

La tesis de esta jurisprudencia es la correcta, pues el IPC es un dato económico de libre acceso público (página web del DANE) por lo que no tiene sentido acudir a peritos para que tomen ese dato y lo apliquen a fórmulas financieras sencillas.

Los peritos podrán ser necesarios en el caso de valorar el bien dañado. Por ejemplo, para determinar el valor de un vehículo destruido totalmente, se requiere de un experto que pueda valorar cuánto podría valer un vehículo de

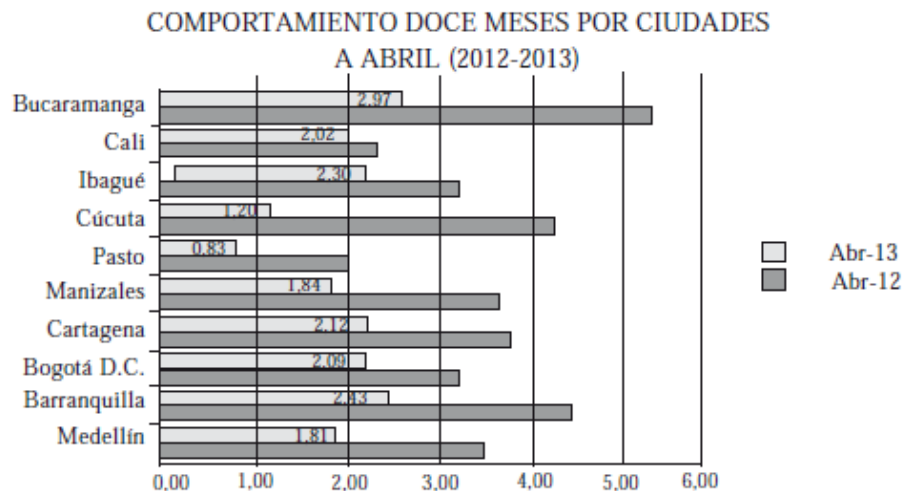
determinadas características: marca, modelo, estado de conservación, etc., pero no para determinar el valor presente de una cifra.

4. DIFERENTES TIPOS DE ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR

El índice de precios al consumidor más conocido es el IPC nacional y es el que se aplica de ordinario en los procesos judiciales. Ha de tenerse cuidado a la hora de tomar el dato del IPC, pues este varía de acuerdo con los niveles de ingreso, las regiones o si es el nacional, pues el DANE certifica un IPC nacional, un IPC por ciudades y un IPC por niveles de ingresos bajos, medios y altos^{10}.

5. EL ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR NACIONAL Y POR CIUDADES

La práctica más común en los procesos de actualización de valores por inflación en los procesos de responsabilidad toma el IPC nacional, pero en aras de respetar el principio de integralidad del daño, en algunos casos se debería tomar el IPC de las ciudades. Actualizar una suma de dinero para la ciudad de Pasto, donde el IPC en doce meses fue de 1,92 por ciento (ver gráfico) es muy diferente que hacerlo para el caso de cartagena donde en el mismo período el IPC fue de 6,76 por ciento, superior al promedio nacional. Si la víctima vive en Cartagena, y la inflación registrada en esa ciudad fue mayor que el IPC nacional, debería compensársele esa mayor pérdida del poder adquisitivo del dinero teniendo en cuenta la tasa local, donde razonablemente lo utilizará. Apoyamos esta opinión en el principio de que el daño debe valorarse teniendo en cuenta las particularidades de la víctima y en la medida en que realmente se causó. Con los elementos de juicio disponibles (tasas por ciudades y nacional, generalmente diferentes), los jueces deben aplicar la que corresponda al caso concreto. Para ilustrar las variaciones del Índice de Precios al Consumidor por ciudades, transcribimos una gráfica tomada de la página web del DANE, que nos indica cómo se dan estas diferencias entre distintas ciudades del país.



6. EL INTERÉS Y LA INDEXACIÓN POR ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR

El interés lucrativo puro sí es compatible con la corrección monetaria o indexación por IPC, pues cumplen funciones diferentes. Aquella busca la utilidad del dinero y esta conservar el valor de cambio^[11]. Si se debe pagar un millón de pesos el día 1º y se paga 30 días después, para quedar plenamente indemnizado del valor debido, el acreedor tiene derecho a que se le cancele en primer lugar el valor nominal de un millón de pesos y la pérdida de valor que por inflación (IPC) ha tenido ese dinero durante ese mes en el que no ha podido disponer del dinero y, además, de haberlo recibido él habría obtenido un lucro de intereses con ese capital. Entonces, la reparación integral de sumas de dinero adeudadas implica su actualización, mediante la indexación, más los intereses legales.

Cuando el dinero se entrega anticipadamente, como ocurre en los daños futuros, entonces con la misma lógica deben descontarse los intereses legales que ese dinero causaría en el futuro al deudor que paga así. Por lo anterior, el daño emergente y el lucro cesante pasado y futuro deben calcularse de forma separada.

En los procesos de responsabilidad civil tanto en la jurisdicción ordinaria como en la contencioso administrativa se incluyen intereses legales civiles del 6 por ciento efectivo anual. Nótese que el interés legal civil del 6 por ciento es

efectivo anual y difiere del interés nominal. La tasa de interés nominal se estipula para un período determinado —v. gr., un año— con una modalidad de liquidación periódica, por períodos menores que el estipulado —v. gr., por trimestres vencidos— y sirve para determinar la forma como se han de pagar o recibir los intereses de un determinado negocio financiero. La tasa de interés nominal se estipula indicando el período asociado a la tasa y la frecuencia de liquidación; ejemplo, 36 por ciento anual trimestre vencido: se liquidan los intereses de 9 por ciento trimestral, al final de cada trimestre.

Esta tasa de interés nominal es de suma importancia por lo ya dicho. La tasa de interés efectiva resulta de la acumulación de los intereses cuando se liquidan en intervalos o períodos menores al estipulado para la tasa de interés nominal. En el ejemplo, por el hecho de liquidar una tasa de interés nominal en períodos trimestrales la persona paga intereses de un año antes de finalizar el año y por el concepto de equivalencia, así se pague el mismo monto de interés, se paga antes. En el ejemplo, se paga \$ 360 sobre una cantidad inicial de \$ 1,000, pero en lugar de pagar \$ 360 al final del año, se pagan \$ 90 al final de cada trimestre. Esto implica un costo mayor y, por tanto, la tasa de interés efectiva anual es mayor que la tasa de interés nominal anual.

Es de suma importancia tener presente que para aplicar las fórmulas de liquidación de perjuicios, el interés legal civil del 6 por ciento anual efectivo debe convertirse a interés nominal mensual. La conversión de interés efectivo a interés nominal se hace mediante la siguiente fórmula (nunca dividiendo por doce como lo hicimos con la tasa de inflación que se expresa en tasa nominal). La tasa del 6 por ciento efectivo anual expresada en tasa nominal mensual equivale a 0,486 por ciento que, expresado en decimales, es 0,00486. Dicha tasa no alcanza al medio por ciento mensual. La demostración se hace mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$VA = (1 + i)^n - 1$$

$i = 6\%$ anual que equivale a 0,06.

$n = 12$ meses. El exponente para convertirlo en mensual se divide por doce $1/12 = 0,0833$.

Al reemplazar en la fórmula, tenemos:

$$VA = (1 + 0,06)^{1/12} - 1$$

$$VA = (1,06)^{0,0833} - 1$$

$$VA = (1,00486) - 1$$

$$VA = 0,00486$$

En síntesis: siempre que tengamos que aplicar el 6 por ciento efectivo anual que establece el Código Civil como interés legal, hemos de usar el equivalente a tasa nominal mensual expresada en decimales, que es 0,00486.

7. OTRAS FÓRMULAS DE ACTUALIZACIÓN POR INFLACIÓN

Hemos dicho que en la práctica jurisprudencial de nuestro país, el lucro cesante por salario mínimo se actualiza teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo legal mensual vigente. Así, por ejemplo, si se debe reconocer el lucro cesante del salario mínimo del año 2000 con corte a la fecha del año 2009, lo práctico es determinar cuál es el valor actual del salario mínimo mensual vigente al 2009, en lugar de actualizar la cifra pasada mediante las fórmulas de actualización del IPC.

Otra forma de actualizar una cifra pasada mediante el IPC actual es determinando cuál es el promedio mensual o anual de variación en el costo de vida ocurrida desde el día en que se causó el daño y aquel en que se va a liquidar o actualizar^[12]. La fórmula financiera para determinar el valor actual de esa cifra única pasada es la siguiente: $VA = (1 + i)^n - 1$.

VA = es el valor del capital actualizado que se desea establecer. Valor actualizado de una cifra única pasada al momento de pagar la indemnización. (Se aplica para actualizar el daño emergente y el lucro cesante pasado cuando ocurrió de una sola vez y es una cifra única).

C = es el capital nominal u original que se desea actualizar. En términos de la responsabilidad civil, equivale al costo del daño emergente al momento en que se produjo (fecha de reparación o reemplazo o de la destrucción, o del pago

de la factura de gastos médicos, etc., o valor del lucro cesante: la cifra dejada de percibir por una sola vez en el pasado).

i = es el IPC o índice promedio mensual de variación en el costo de vida que certificó el DANE. Es muy importante tener presente que esta cifra debe *estar siempre expresada como una tasa nominal mensual y en decimales*. Cuando el DANE certifica que la inflación en el último año ha sido del 5,5 por ciento anual (0,055 anual), este dato equivale a una tasa nominal anual. Para convertir la tasa nominal de inflación anual en tasa nominal mensual, simplemente se divide por doce. En el ejemplo, entonces tenemos que $0,055 / 12 = 0,004583$.

n = número de meses transcurridos entre la ocurrencia del daño y la fecha en que se efectúe la liquidación.

Veamos a continuación un ejemplo de aplicación de la fórmula de *actualización por inflación*:

Un peatón fue atropellado el 31 de diciembre de 2001 y como consecuencia del accidente pagó ese mismo día \$ 10.000.000 en gastos. Si el juez o liquidador debe actualizar esa cifra el 31 de diciembre de 2002, puede hacerlo aplicando la fórmula comentada. Debe averiguar cuál es la inflación causada entre el 31 de diciembre de 2001 y el 31 de diciembre de 2002. Esta tasa de inflación se obtiene al multiplicar 71,40 (IPC de diciembre de 2002, según tabla) por 100 y dividir este resultado por el IPC a diciembre de 2001 que fue 66,73, como lo certificó el DANE (extraído de la tabla). El resultado de la operación nos indica que la inflación fue de 6,99 por ciento anual.

Obtenida la tasa de inflación en el período, que en nuestro ejemplo es de 6,99 por ciento anual, antes de aplicar la fórmula debemos reducir el porcentaje anual al equivalente mensual de la siguiente forma: el 6,99 por ciento anual equivale en decimales a 0,0699 ($6,99/100 = 0,0699$ anual) que a su vez equivale a 0,005826 mensual ($0,0699/12 = 0,005826$ mensual). Con estos datos ya se puede aplicar la fórmula:

VA = valor que vamos a averiguar. A cuánto equivalen 10 millones de pesos luego de 12 meses, si la tasa de inflación en ese período fue del 6,99 por ciento anual.

C = capital nominal u original. En el ejemplo \$ 10.000.000.

$i = 0,005826$ mensual obtenido a partir de lo certificado por el DANE, como inflación durante ese período. Las tasas de inflación son anuales por lo que para convertirla a tasa mensual basta dividir por doce.

$n = 12$ meses, tiempo que en el ejemplo propuesto transcurrió entre el día en que ocurrió el daño emergente o lucro cesante, únicos o no periódicos, y la fecha de liquidación.

$$VA = \$ 10.000.000 \times (1 + 0,005826)^{12}$$

$$VA = \$ 10.000.000 \times (1,005826)^{12}$$

$$VA = \$ 10.000.000 \times (1,0721962)$$

$$VA = \$ 10.721.962$$

Se deduce que por inflación se debe reconocer la suma de \$10.721.962. La liquidación para el caso propuesto nos dice que los \$ 10.000.000 de pesos 12 meses después, valen con una inflación del 0,00699 (6.99% anual), la suma de \$ 10.721.834. Este es el daño emergente o el lucro cesante pasado único, indexado por inflación sin incluir los intereses legales.

En el ejemplo anterior, la fórmula es dispendiosa y, por lo mismo, poco práctica para determinar el valor presente del dinero, aplicando la inflación. El mismo ejemplo, pero empleando la fórmula utilizada por la jurisprudencia, nos arroja lo siguiente.

$$VP = \$ 10.000.000 \times \frac{\text{IPC final (71,40 diciembre de 2002)}}{\text{IPC inicial (66,73 diciembre de 2001)}}$$

$$VP = \$ 10.000.000 \times 1,0699835$$

$$VP = \$ 10.699.835$$

Este resultado, si bien es \$ 22.157 menor que el obtenido con el primer procedimiento es más preciso, sencillo y más comúnmente aplicado que el indicado por Tamayo Jaramillo en su *Tratado*^{[113](#)}.

8. INTERESES DE MORA POSTERIORES A LA SENTENCIA

Es posible que después de ejecutoriada la sentencia que ordene el pago de la indemnización, el demandado no pague. Para evitar que esa cifra pierda valor por la inflación y que se pierda la rentabilidad que habría tenido de haberse pagado oportunamente a la víctima, los jueces conceden intereses de mora a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Estos intereses de mora que se causan a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta que el demandado pague efectivamente la obligación, entienden incorporada la inflación y los intereses remuneratorios. Esta solución la aplica frecuentemente el Consejo de Estado^{14}.

En caso de optarse por el dictamen de peritos, será necesario, en todo caso, indexar hasta el día en que se pague la indemnización. Para lograrlo, se condena al pago de intereses corrientes desde el día en que se produjo el dictamen hasta aquel en que se profiere fallo. A partir de la ejecutoria de este se reconocen intereses moratorios a la misma tasa de los corrientes, hasta el día en que se produzca el pago.

Si el juez de primera instancia solo otorga las sumas establecidas en el dictamen pericial, o liquida directamente el monto de la indemnización el día del fallo, pero no establece que la indexación se haga hasta el día del pago de aquella, y tampoco ordena los intereses moratorios corrientes, el *ad quem* oficiosamente debe decretarla así la víctima no haya recurrido la providencia. La razón para proceder así consiste en que al indexarse en segunda instancia no se hace otra cosa que devolverle a la indemnización otorgada en primera instancia, el valor real y dar cumplimiento a lo señalado por la ley 446 de 1998.

Una vez hemos expuesto el procedimiento para actualizar por inflación el valor de un capital y el requerimiento de reconocer adicionalmente el interés legal civil del 6 por ciento anual efectivo (0,00486 mensual en decimales) podemos explicar el procedimiento de liquidación de los perjuicios materiales, distinguiendo entre daños pasados y futuros, únicos y periódicos, aplicando las fórmulas correspondientes.

Sección II.

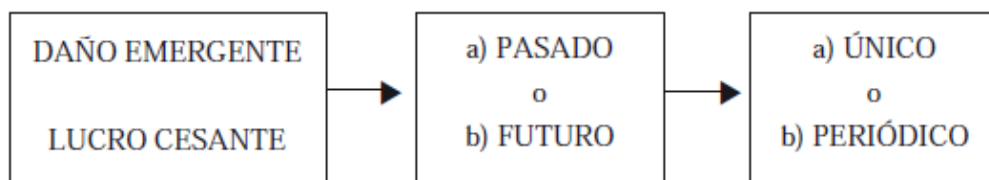
—Fórmulas para liquidar perjuicios materiales

1. DISTINCIÓN ENTRE DAÑOS PASADOS O FUTUROS Y ÚNICOS, Y DAÑOS PASADOS O FUTUROS PERIÓDICOS

El segundo aspecto que se debe considerar para actualizar sumas de dinero es identificar la clase de daño material. Para esto se ha de tener en cuenta que el daño emergente y el lucro cesante pueden ser pasados y futuros. Los daños pasados y futuros pueden subdividirse, a su vez, en dos clases para efectos de su liquidación: únicos o consolidados (se producen todos de una sola vez) y daños periódicos o causados día tras día. Así tenemos que los daños materiales pueden ser de cuatro especies para efectos de la liquidación:

- 1) Daño emergente y lucro cesante *pasado único* o consolidado.
- 2) Daño emergente y lucro cesante *pasado periódico*.
- 3) Daño emergente y lucro cesante *futuro único* o consolidado.
- 4) Daño emergente y lucro cesante *futuro periódico*.

Esta clasificación tiene importantes consecuencias prácticas al momento de liquidar y actualizar las cifras correspondientes, y se puede expresar gráficamente de la siguiente manera:



El daño emergente y el lucro cesante pasados únicos o consolidados (no periódicos) o que se han producido en una única fecha se calculan de modo idéntico utilizando las fórmulas financieras para actualizar capitales que se deben durante un tiempo a una tasa de interés^{15}.

En ambos casos se trata de actualizar el valor presente en la fecha de la liquidación una cifra determinada que gastó la víctima (daño emergente pasado), por una sola vez entre el día del accidente y la fecha en que se está

liquidando, o una cifra única determinada que no ingresó al patrimonio de la víctima (lucro cesante pasado), en un momento determinado entre el accidente y la fecha de liquidación del perjuicio. Es ejemplo de daño emergente pasado todo lo que la víctima gastó en la reparación de la cosa dañada, y de lucro cesante pasado único el ingreso que se hubiera dado una sola vez y que no se presentó por causa del accidente.

En cuanto al daño emergente y el lucro cesante pasado periódicos que se han causado día a día en un período de tiempo, se actualizan de manera semejante. Un daño emergente periódico lo constituiría por ejemplo los gastos médicos repetidos efectuados como fisioterapias, medicamentos que se emplearon durante cierto tiempo, etc.

Cuando el lucro cesante pasado lo constituye el ingreso salarial de la víctima, la práctica jurisprudencial es actualizarlo con fundamento en el salario mínimo legal vigente a la fecha de la liquidación y no por medio de las fórmulas de actualización. Como hemos dicho, este sistema es justo, pues el salario sufre un proceso de actualización mediante los reajustes que anualmente hace el gobierno nacional y por lo mismo resulta más lógico tener en cuenta este procedimiento y no el de actualizar un capital mediante fórmulas de inflación e intereses legales.

Los perjuicios futuros, únicos o periódicos, son los que al momento de la condena o la liquidación, si bien aún no han ocurrido en la realidad, hay certeza de que ocurrirán en el futuro. Como el valor asignado como indemnización constituye de algún modo un anticipo en el tiempo, para evitar el enriquecimiento injusto de la víctima se ha de reconocer al responsable los intereses remuneratorios. La forma de hacerlo es descontando del valor nominal inicial los intereses que produciría esa cifra en el tiempo futuro en que se calcula se producirán esos daños. El daño emergente y el lucro cesante futuro único o consolidado se liquidan de igual forma. El daño emergente y el lucro cesante futuro periódico, a su vez, tienen una fórmula propia para su liquidación.

FÓRMULAS PARA LIQUIDAR EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE PASADOS ÚNICOS

Como mencionamos, la liquidación del daño emergente y del lucro cesante pasados únicos (que no consistan en salarios dejados de percibir) se hace de manera idéntica, pues la actualización se refiere a un valor que se causó una sola vez en el pasado, sea en forma de daño emergente (un gasto que se hizo) o de lucro cesante (un dinero que no ingresó).

El sistema adoptado en la jurisprudencia nacional es el de la liquidación mediante el índice de precios al consumidor según certificación que expide el DANE y que se puede consultar en su página web. Si el costo de reparar el bien (o el dinero que no ingresó en el patrimonio) fue, por ejemplo, de \$ 10.000.000 el 10 de julio de 2005, la actualización de esa cifra implica preguntar a cuánto equivalen los \$ 10.000.000 en la fecha en que se liquida. Para hacer la actualización por inflación recomendamos la fórmula ya explicada:

$$VP = \text{Capital} \times \frac{\text{IPC final}}{\text{IPC inicial}}$$

Obtenida la actualización del daño emergente o del lucro cesante pasado único, aún no hemos terminado el proceso de actualización. Como ya hemos dicho, el principio de la reparación integral exige que además de la actualización por inflación se reconozcan los intereses que hubiera generado ese dinero durante el tiempo transcurrido entre el momento en que se efectuó el gasto o no ingreso y el día de la liquidación. En otras palabras, los diez millones (daño emergente, pues salieron del patrimonio) causan una pérdida de ingresos en el patrimonio de la víctima que ha perdido la posibilidad de que esa suma rente intereses. Entonces, para lograr la reparación integral, el civilmente responsable ha de pagar la rentabilidad de ese dinero por el tiempo que media entre el día en que se produce el gasto y el de su liquidación.

Como se ha explicado, los \$ 10.699.140 del ejemplo que hemos propuesto son el valor del dinero actualizado sin incluir los intereses remuneratorios

correspondientes.

Para calcular el interés legal (6% anual efectivo según el Código Civil) que se debe pagar adicionalmente, se aplica la fórmula ya vista pero teniendo en cuenta que el 6 por ciento anual efectivo se debe convertir a meses y a nominal mediante la fórmula en la que se demostró que el efectivo corresponde a 0,00486 interés nominal mensual, expresado en decimales. Hemos de insistir que sería un error dividir el 6 por ciento anual por doce, para obtener el interés nominal mensual.

Como ya tenemos el valor de “i” expresado en decimales y en meses (0,00486), podemos proceder a reemplazar los valores de la fórmula y obtener el resultado:

$$VA = C \times (1 + i)^n$$

$$C = \$ 10.699.835 \text{ de capital ya actualizado por inflación}^{(16)}.$$

$i = 0,00486$ (interés civil legal nominal mensual equivalente al 6% anual efectivo).

$$n = 12 \text{ meses.}$$

$$VA = \$ 10.699.835 \times (1 + 0,00486)^{12} \quad VA \\ = \$ 10.699.835 \times (1,00486)^{12}$$

$$VA = \$ 10.699.835 \times (1,059904)$$

$$VA = \$ 11.340.797$$

De donde se desprende que la actualización del dinero (inflación más intereses legales) da lo siguiente: en total el demandado debe pagar la suma de \$ 11.340.797 por concepto del capital inicial (\$ 10.000.000), actualizado e incluidos la corrección monetaria por IPC (\$ 699.835) y los intereses legales (\$ 640.962).

3. FÓRMULA PARA LIQUIDAR EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE PASADO PERIÓDICO

En el caso del daño emergente y del lucro cesante pasados, pero *periódicos*, se ha de calcular en primer lugar la pérdida del poder adquisitivo que sufrió el

dinero desde la fecha en que se causó el perjuicio (normalmente la fecha del accidente, aunque puede ser posterior, pues no todos los perjuicios que sufre la víctima comienzan a partir del mismo día del accidente o del hecho dañoso) hasta la fecha de liquidación^{17}. Para este cálculo empleamos la fórmula de actualizar una cifra por inflación vista anteriormente.

$$VP = VA \times \frac{IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}}$$

El segundo paso, una vez se ha actualizado la cifra por inflación, es calcular los intereses legales civiles que se deben durante el período comprendido entre la fecha del daño y el de la liquidación.

El problema que se presenta para adelantar este cálculo en los capitales periódicos es que cada una de las cifras tiene un lapso diferente. Así, por ejemplo, en el caso de liquidar un lucro cesante causado durante doce meses, el lucro cesante del primer mes tiene una duración de doce meses; el lucro cesante causado el segundo mes tiene once meses; el lucro cesante del tercer mes tiene 10 meses, y así sucesivamente. Para efectuar la operación, se aplica una sencilla fórmula financiera que sirve para hacer el cálculo de un capital periódico que se debe a una tasa determinada, por un lapso establecido.

El lucro cesante pasado lo pueden constituir todos los ingresos periódicos (que se producen día tras día) que se dejaron de percibir desde la fecha del daño y hasta la sentencia o liquidación. Esta fórmula del lucro cesante pasado periódico también se aplica para actualizar daños emergentes pasados y periódicos, en un lapso. Por ejemplo, los pagos de honorarios diarios hechos a una enfermera, que cuidó al enfermo en casa durante su convalecencia, se actualizan utilizando este procedimiento.

La fórmula financiera para calcular los intereses legales de cifras causadas periódicamente en un lapso de tiempo determinado es la siguiente^{18}:

$$VA = LCM \times S^n$$

Va = capital que vamos a calcular, causado periódicamente en un determinado tiempo, incluidos los intereses legales y la depreciación por inflación. Aplicado a la responsabilidad sería el valor del lucro cesante o del daño emergente pasado periódico que se debe pagar a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, incluida la corrección monetaria por inflación más los intereses legales.

LCM = es el capital periódico en su valor nominal, causado en un determinado tiempo. Aplicado a la responsabilidad civil sería el lucro cesante o daño emergente mensual (periódico) pasado.

S^n = valor acumulado de una renta periódica de un peso que se paga “n” veces a una tasa de interés “i” por período^{19}. Este valor se obtiene aplicando la siguiente fórmula:

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

n = número de meses durante los cuales se debe indemnizar. Es decir, número de meses que transcurren entre la causación del daño y la fecha de la sentencia o de la liquidación.

i = interés legal civil del 6 por ciento efectivo anual, expresado en interés nominal mensual que equivale a 0,00486.

A) Ejemplo de liquidación de lucro cesante pasado periódico

Un peatón es atropellado y fallece en el acto. La víctima devengaba un salario de \$ 1.000.000, incluidas prestaciones sociales y todo concepto constitutivo de salario. La víctima estaba casado, no tenía hijos y contaba 45 años de edad; se certificó una vida probable de 32.16 años (equivalente a 385.92 meses), inferior a la de su esposa que es de 42 años. El esposo ayudaba a su esposa con el 75 por ciento de su salario. El resto lo destinaba a gastos personales. La muerte ocurrió el 12 de junio de 2001 y la sentencia, en la que se liquida, se dicta cuatro años después (48 meses), el 12 de junio de 2005. Para efectuar a la liquidación con el procedimiento señalado atrás, debemos

actualizar el lucro cesante mensual por inflación (IPC) y luego a esa cifra actualizada le debemos aplicar la fórmula para traer a valor presente el capital a una tasa del 6 por ciento efectivo anual, interés legal civil.

Actualización por IPC

$$VP = VA \times \frac{\text{IPC final (junio de 2005)}}{\text{IPC inicial (junio del 2001)}}$$

$$VP = \$ 1.000.000 \times \frac{83,36}{65,82} = \$ 1.266.484.$$

$$VP = \$ 1.266.484.$$

Tenemos entonces que el salario, lucro cesante periódico pasado (período entre la muerte y la sentencia que liquida el daño), actualizado por inflación da la suma de \$ 1.266.484.

Con el lucro cesante ya actualizado por inflación, podemos dar el segundo paso y es actualizar esa cifra periódica pasada calculando el interés civil legal del 6 por ciento efectivo anual que, como repetidamente hemos dicho, corresponde al 0,00486 (expresado en decimales y en tasa nominal mensual).

Como el lucro cesante realmente sufrido por la esposa es el 75 por ciento de esa cifra (la que recibía de su cónyuge), aplicamos la fórmula:

$$\begin{aligned}
VA &= \text{LCM actualizado} \times \frac{(1+i)^n - 1}{i} \\
VA &= \$ 1.266.484 \times \frac{(1 + 0,00486)^{48} - 1}{0,00486} \\
VA &= \$ 1.266.484 \times \frac{(1,00486)^{48} - 1}{0,00486} \\
VA &= \$ 1.266.484 \times \frac{(1,262021) - 1}{0,00486} \\
VA &= \$ 1.266.484 \times \frac{0,262021}{0,00486} \\
VA &= \$ 1.26.484 \times 53,913.786 \\
VA &= \$ 68.280.947
\end{aligned}$$

Como el lucro cesante de la viuda fue del 75 por ciento del ingreso de la víctima fallecida, descontando el 25 por ciento que esta destinaba a sus gastos personales, entonces el 75 por ciento de \$ 68.280.947 equivale a \$ 51.210.710, que constituye para la viuda el lucro cesante periódico pasado indexado con intereses e inflación.

4. FÓRMULA PARA LIQUIDAR EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE FUTURO ÚNICO

El daño emergente y el lucro cesante futuro único, o no periódico, es la cifra cierta que se producirá en un solo momento con posterioridad a su liquidación. El daño emergente futuro puede ser de una cifra única que se produce en un solo momento, por ejemplo el costo de una cirugía que se realizará con posterioridad a la sentencia o liquidación del perjuicio. Y un lucro cesante futuro único o no periódico puede ser la pérdida de un contrato de un artista que no puede ofrecer un concierto por el que recibiría un dinero determinado.

La fórmula financiera para calcular este dinero futuro que se produce en una sola fecha debe deducir el costo financiero del capital anticipado que el demandado debe entregar a la víctima con el fin de ajustarse al principio de la integralidad del daño, que exige que se pague el daño causado, pero no más del daño causado. La fórmula es:

$$VA = CF \times \frac{1}{(1 + i)^n}$$

VA= valor actualizado del daño emergente o lucro cesante que se producirá en un solo día futuro o posterior a la liquidación.

CF = valor actualizado del daño emergente o lucro cesante al momento de la sentencia.

i = tasa de interés de descuento, que se debe aplicar por el pago anticipado que es del 6 por ciento anual, siempre expresado en decimales (0,00486).

n = tiempo expresado en meses, transcurrido entre la liquidación y el tiempo futuro en que se calcula ocurrirá el daño emergente futuro o lucro cesante futuro.

A) Ejemplo de liquidación de daño emergente futuro único

Supongamos que la víctima debe incurrir en un gasto futuro (que al día de la sentencia es de \$ 5.000.000) en una intervención quirúrgica. Esto ocurre, por ejemplo, con pacientes a los que se les debe extraer platinas ortopédicas varios años después de la primera operación. La pregunta es: ¿cuánto ha de pagarse a la víctima para que llegado el momento el capital entregado anticipadamente sea suficiente para cubrir los \$ 5.000.000 en el mes 28?, es decir, ¿cuánto hay que deducir o restar del valor inicial para que transcurrido el tiempo ese capital (en cabeza de la víctima) produzca intereses y equivalga en el futuro a los cinco millones iniciales?

Aplicando la fórmula al caso, tenemos:

$$VA = CF \times \frac{1}{(1 + i)^n}$$

CF = \$ 5.000.000

i = 6% anual (0,00486) mensual

n = 28 meses

$$VA = \$ 5.000.000 \times \frac{1}{(1 + 0,00486)^{28}}$$

$$VA = \$ 5.000.000 \times \frac{1}{(1,00486)^{28}}$$

$$VA = \$ 5.000.000 \times \frac{1}{(1,127028)}$$

$$VA = \$ 5.000.000 \times (0,887)$$

$$VA = \$ 4.436.447$$

5. FÓRMULA PARA LIQUIDAR EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE FUTURO PERIÓDICO

Para liquidar el lucro cesante futuro periódico (también el daño emergente periódico) que corresponde generalmente al cálculo de los ingresos que no se recibirán después de la sentencia (el caso de los herederos de la víctima fallecida o de víctimas lesionadas con prolongada incapacidad que supera la duración del proceso, pero en general ingresos periódicos en el futuro), en el momento de la sentencia, en primer lugar se hace una actualización a la fecha del salario o ingreso de la víctima. Por ejemplo, el accidente ocurrió en el año 2000, la sentencia se dicta en 2007. El ingreso en el año 2000 de la víctima era de \$ 1.000.000. Ese millón de pesos debe actualizarse a la fecha de la sentencia, tal y como vimos para el caso del lucro cesante *periódico* único. si se trata de salario mínimo, se ha dicho que la fórmula más lógica y utilizada por la jurisprudencia es la de actualizar el salario mínimo con el salario mínimo legal vigente a la fecha de la sentencia y no hacerlo por medio de las fórmulas financieras. En casos concretos, puede probarse que el salario de la empresa donde había trabajado la víctima ha sido incrementado en un porcentaje mayor a la inflación y entonces el juez, en aplicación del principio de la reparación integral, debe acoger estas pruebas específicas del caso.

Esa cifra sirve para proyectar el daño por lucro cesante futuro por todo el tiempo que este deba proyectarse, que puede ser el resto de vida de la víctima si se trata de lesiones o incapacidades de por vida o a la fecha de menor supervivencia de los herederos en el caso de lucros cesantes de cónyuges e hijos sobrevivientes por las ayudas futuras que habrían recibido con posterioridad a la sentencia, de la víctima fallecida.

La fórmula es como sigue:

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

VA = suma que debe pagarse como indemnización anticipada.

LCM = valor de la renta mensual actualizado, según la fórmula ya vista para el lucro cesante consolidado.

i = interés legal del 6 por ciento anual, que equivale a 0,00486.

n = número de meses transcurridos entre el día de la sentencia y la fecha futura en que se proyecta el daño por lucro cesante futuro. Es decir, la supervivencia del cónyuge sobreviviente, o la llegada a la mayoría de edad de los hijos (o los 25 años, si son estudiantes).

El daño emergente futuro periódico lo constituyen las sumas que la víctima debe gastar durante cierto tiempo, como gastos en medicamentos, por honorarios de enfermeras que atiendan al lesionado y durante el tiempo que esta asistencia dure. Como hemos señalado, el procedimiento para su liquidación en la sentencia es el mismo que se emplea para el lucro cesante futuro periódico^{20}.

A) Ejemplo de liquidación de lucro cesante futuro periódico

En el ejemplo del peatón atropellado el 12 de junio de 2001 y que deja una viuda a la que ayudaba con el 75 por ciento de sus ingresos y que tenía un salario de un millón de pesos mensuales, dijimos que el salario actualizado a la fecha de la sentencia (12 de junio de 2005) era de \$ 1.267.297, incluida la

inflación. A la vida probable de la víctima (32.16 años o 385.92 meses, contados desde la muerte) se le restan los 48 meses que transcurren entre la muerte y la sentencia, que se reconocieron al liquidar el lucro cesante periódico pasado. Para determinar el tiempo del lucro cesante futuro se tomarán entonces 337,92 meses de vida, duración del daño por lucro cesante.

$$\text{La fórmula es: } VA = LCMA \times \frac{(1 + i)^n - 1}{i (1 + i)^n}$$

VA = valor del lucro futuro que se busca.

LCMA = lucro cesante mensual actualizado que como vimos corresponde a \$ 1.267.297.

n = número de meses que se deben liquidar: 385,92 _ 48 = 337,92.

i = Tasa de interés puro (0.004867 mensual).

$$VA = \$ 1.267.297 \times \frac{(1 + 0.004867)^{337,92} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{337,92}}$$

$$VA = \$ 1.267.297 \times \frac{(5,158610) - 1}{0.004867 (5,158610)}$$

$$VA = \$ 1.267.297 \times \frac{4,15861074}{0.02510695}$$

$$VA = \$ 1.267.297 \times 165,635839 = \$ 209.909.802$$

El valor total del lucro cesante futuro es de \$ 209.909.802, de los cuales a la viuda le corresponde el 75 por ciento, o sea, \$ 157.432.351, pues se le descuenta el 25 por ciento que la víctima destinaba a su manutención.

6. LUCRO CESANTE PERIÓDICO EN CASO DE LESIONES PERSONALES

Además de lo dicho para liquidar los daños materiales futuros, para calcular el lucro cesante futuro periódico por lesiones personales, deben tenerse en cuenta varios factores y circunstancias.

Cuando las lesiones personales causan pérdida de la capacidad laboral, se debe hacer su evaluación pericial. Como hemos mencionado, las víctimas que no laboran o que no reciben ingresos al momento del accidente, tienen derecho al reconocimiento de un lucro cesante futuro por la simple pérdida de su capacidad laboral, como lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia. Es el caso de los desempleados, amas de casa y estudiantes. Para el cálculo del monto en estos casos se acepta que la víctima al menos ganaría el salario mínimo legal mensual vigente o el salario promedio que los profesionales o colegas de oficio de la víctima desempleada ganan habitualmente^{21}.

En nuestro derecho se aprecia cierta indefinición en la jurisprudencia al evaluar los casos difíciles de incapacidades. Las lesiones pueden, v. gr., disminuir la capacidad para trabajar, pero no para el trabajo específico que la víctima realizaba. Así, una telemercaderista puede quedar con parálisis de columna, lesión que le impide volver a caminar, pero que no la incapacita para su trabajo profesional. ¿La víctima tiene derecho a la indemnización por lucro cesante futuro, siendo que puede seguir trabajando en su profesión habitual? Tamayo Jaramillo opina que en los casos de incapacidad laboral, se debe hacer una valoración en concreto^{22}, tesis que compartimos. La razón está en la misma certeza de daño. Es posible que en el caso de la telemercaderista no se dé el lucro cesante y que, por lo mismo, no tenga derecho a la indemnización por lucro cesante futuro (tendrá reparación por otros conceptos como daño emergente, moral e incluso a la vida de relación o fisiológico) por no haber certeza acerca del daño. En cambio, a otra persona que se desempeñaba como cocinera o secretaria, que no puede volver a caminar, se le podría conceder la reparación por lucro cesante futuro por la incapacidad laboral, así se pueda alegar que una persona con esa discapacidad podría buscar otro trabajo, como telemercaderista, por ejemplo. Pero en este caso, negarle la reparación del perjuicio con la tesis de que podría cambiar de trabajo podría no ser equitativo con la víctima.

Como ya señalamos, solo es posible dar un criterio general y no podemos agotar el tema con fundamento en la casuística y sus soluciones. El juez, al aplicar los principios generales de la reparación del daño, sus requisitos y la

equidad, juzga en cada caso concreto si corresponde o no a la víctima una reparación por la pérdida de su capacidad laboral.

Un segundo factor que se debe determinar es el salario o ingreso básico que se tomará para hacer la liquidación. Para calcularlo se tendrán en cuenta las circunstancias de cada situación. En el caso de los empleados, su salario incluirá las prestaciones sociales legales y extralegales que devengaba. En los casos de períodos muy largos, como con la muerte o las lesiones se generan incapacidades permanentes, han de tenerse en cuenta los aumentos salariales, ascensos, etc., que se puedan tener como ciertos en el curso normal de los acontecimientos y que el juez estime que se han truncado por el hecho del daño causado a la víctima.^{23}.

Cuando se trate de trabajadores independientes, el cálculo es más difícil para establecer con precisión la cuantía mensual. La actividad de la parte actora será determinante a la hora de aportar elementos de juicio (declaraciones de renta, libros de contabilidad, etc.), que le permitan al juez establecer la cifra mensual base de la liquidación equitativa al tenor del artículo 16 de ley 446 de 1998.

En tercer lugar, se debe determinar el tiempo en el que esta no entrará en el patrimonio de la víctima. Para determinarla en caso de muerte de la víctima, se debe tener en cuenta la expectativa de vida de acuerdo con las tablas de supervivencia que expide la Superintendencia Bancaria.^{24}.

Si el lucro cesante futuro es reclamado por los herederos de la víctima que ha fallecido, ha de tenerse en cuenta sus expectativas de vida y la de la víctima de modo que se toma la menor. Debe recordarse que en caso de muerte de la víctima, ella no tiene lucro cesante futuro por el tiempo transcurrido entre la muerte y la fecha probable de muerte que se dictamine o en su defecto las que se puedan establecer mediante las tablas de mortalidad. Los herederos cobrarán el lucro cesante de ellos en ejercicio de la acción personal por lo dejado de recibir como ayuda económica por el tiempo a que tenían derecho. Y el cónyuge sobreviviente, por toda la expectativa de vida que tenga. Pero si la expectativa de vida del fallecido era menor, entonces el tiempo se limita a este lapso.

Para calcular el tiempo del lucro cesante futuro de los hijos, se mirará la mayoría de edad o el tiempo necesario para terminar los estudios universitarios o la prueba de su dependencia hasta esa edad, si no estaban estudiando. Como ya lo señalamos, en la jurisdicción contencioso administrativa, de acuerdo con el fallo del Consejo de Estado en que se modificó el criterio jurisprudencial en relación con la presunción de manutención de los hijos hasta la mayoría de edad, si no se acreditaba la escolaridad, se desecha esta distinción, y se da por presumido que la condición de dependencia económica de aquellos respecto de los padres se mantiene hasta la edad de 25 años, con fundamento en los artículos 13 y 45 de la Constitución Política, siempre que se acredite tal dependencia por cualquier medio probatorio^{25}.

una vez se obtiene el monto básico mensual como lucro cesante futuro y el tiempo en que se dejará de percibir, se puede dar aplicación a las fórmulas de actualización de esa cifra explicadas anteriormente.

Sección III.

—Tablas para calcular el daño emergente y el lucro cesante

Las fórmulas para calcular el daño emergente y el lucro cesante pasado, futuro y único periódico, no ofrecen mayor dificultad. No obstante, en los manuales de responsabilidad es usual encontrar unas tablas sustitutas de las fórmulas financieras que pretenden facilitar los cálculos correspondientes y que son utilizadas frecuentemente por los jueces^{26}. En nuestro criterio es mejor aprender a utilizar las fórmulas, pues los resultados son más exactos. Las tablas llevan no pocas veces a aproximaciones en las cifras que pueden significar diferencias en el monto que se debe pagar.

1. TABLA PARA LIQUIDAR EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE PASADO ÚNICO

La actualización de una cifra que se genera una vez en el pasado es el típico caso del daño emergente pasado o del lucro cesante que se produjo una sola vez, y que requiere ser actualizado al dictar sentencia o proceder a la liquidación del monto indemnizable.

En el caso del peatón que fue atropellado el 31 de diciembre de 2001 y que como consecuencia del accidente pagó ese día \$ 10.000.000 en gastos, si el liquidador debe actualizar esa cifra el 31 de diciembre de 2002 (12 meses después), puede hacerlo aplicando la fórmula de la siguiente manera:

$$VP = \$ 10.000.000 \times \frac{\text{IPC final (71,40 diciembre de 2002)}}{\text{IPC inicial (66,73 diciembre de 2001)}}$$

$$VP = \$ 10.000.000 \times 1,0699835$$

$$VP = \$ 10.699.835$$

Obtenido el valor del capital actualizado por inflación debe calcularse el interés legal civil del 6 por ciento efectivo anual que se obtiene aplicando la fórmula $VA = C \times (1 + i)^n$. En reemplazo de esta fórmula, se puede usar la tabla que sirve para actualizar sumas únicas causadas en el pasado con el fin de obviar la operación aritmética para determinar el valor de $(1 + i)^n$. Para usar la tabla, se procede de la siguiente manera:

En la primera columna se relaciona el número de meses que van del 1 en adelante. El liquidador determina el número de meses que le interesa calcular, es decir, el tiempo que ha transcurrido entre la fecha en que se realizó el gasto y el día de la liquidación. En el ejemplo son 12 meses y el interés del 6 por ciento efectivo anual.

Se debe buscar en la primera columna el número 12 y luego el factor o número que corresponde al porcentaje (6%). El factor que aparece allí es 1,0600. Luego lo multiplicamos por el capital actualizado por IPC, y así obtenemos el valor actualizado incluidos los intereses civiles legales. En el caso que desarrollamos el daño emergente único pasado era de \$ 10.000.000. Actualizado por el IPC dio \$ 10.699.835. Aplicando la tabla para actualizarlo con el interés legal, tenemos:

$$VA = \$ 10.699.835 \times 1,0600$$
$$VA = \$ 11.341.825$$

Si comparamos el valor obtenido al aplicar la tabla 1 (\$ 11.341.825) es básicamente el mismo valor que obtuvimos con el desarrollo paso a paso de la fórmula $VA = C \times (1 + i)^n$ que arroja (\$ 11.340.797) con una diferencia de \$ 1028 que se considera intrascendente.

Tabla 1. Daño emergente y lucro cesante pasado único

Tasa efectiva	6%	7,0%	8,0%	9,0%	10,0%	11,0%	12,0%	13,0%	14,0%	15,0%
meses										
1	1,00487	1,0057	1,0064	1,0072	1,0080	1,0087	1,0095	1,0102	1,0110	1,0117
2	1,0098	1,0113	1,0129	1,0145	1,0160	1,0175	1,0191	1,0206	1,0221	1,0236
3	1,0147	1,0171	1,0194	1,0218	1,0241	1,0264	1,0287	1,0310	1,0333	1,0356
4	1,0196	1,0228	1,0260	1,0291	1,0323	1,0354	1,0385	1,0416	1,0446	1,0477
5	1,0246	1,0286	1,0326	1,0366	1,0405	1,0444	1,0484	1,0522	1,0561	1,0600
6	1,0296	1,0344	1,0392	1,0440	1,0488	1,0536	1,0583	1,0630	1,0677	1,0724
7	1,0346	1,0403	1,0459	1,0516	1,0572	1,0628	1,0683	1,0739	1,0794	1,0849
8	1,0396	1,0461	1,0526	1,0591	1,0656	1,0721	1,0785	1,0849	1,0913	1,0977
9	1,0447	1,0521	1,0594	1,0668	1,0741	1,0814	1,0887	1,0960	1,1033	1,1105
10	1,0498	1,0580	1,0662	1,0745	1,0827	1,0909	1,0990	1,1072	1,1154	1,1235
11	1,0549	1,0640	1,0731	1,0822	1,0913	1,1004	1,1095	1,1185	1,1276	1,1367
12	1,0600	1,0700	1,0800	1,0900	1,1000	1,1100	1,1200	1,1300	1,1400	1,1500
13	1,0652	1,0760	1,0869	1,0979	1,1088	1,1197	1,1306	1,1416	1,1525	1,1635
14	1,0703	1,0821	1,0939	1,1058	1,1176	1,1295	1,1414	1,1533	1,1652	1,1771
15	1,0756	1,0883	1,1010	1,1137	1,1265	1,1393	1,1522	1,1651	1,1780	1,1909
16	1,0808	1,0944	1,1081	1,1218	1,1355	1,1493	1,1631	1,1770	1,1909	1,2048
17	1,0861	1,1006	1,1152	1,1299	1,1446	1,1593	1,1742	1,1890	1,2040	1,2190
18	1,0913	1,1068	1,1224	1,1380	1,1537	1,1695	1,1853	1,2012	1,2172	1,2332
19	1,0966	1,1131	1,1296	1,1462	1,1629	1,1797	1,1965	1,2135	1,2306	1,2477
20	1,1020	1,1194	1,1369	1,1545	1,1722	1,1900	1,2079	1,2259	1,2441	1,2623
21	1,1074	1,1257	1,1442	1,1628	1,1815	1,2004	1,2194	1,2385	1,2577	1,2771
22	1,1127	1,1321	1,1515	1,1712	1,1909	1,2109	1,2309	1,2512	1,2715	1,2921
23	1,1182	1,1385	1,1589	1,1796	1,2004	1,2214	1,2426	1,2640	1,2855	1,3072
24	1,1236	1,1449	1,1664	1,1881	1,2100	1,2321	1,2544	1,2769	1,2996	1,3225
25	1,1291	1,1514	1,1739	1,1967	1,2196	1,2429	1,2663	1,2900	1,3139	1,3380

26	1,1346	1,1579	1,1815	1,2053	1,2294	1,2537	1,2783	1,3032	1,3283	1,3537
27	1,1401	1,1644	1,1891	1,2140	1,2392	1,2647	1,2904	1,3165	1,3429	1,3695
28	1,1456	1,1710	1,1967	1,2227	1,2491	1,2757	1,3027	1,3300	1,3576	1,3856
29	1,1512	1,1776	1,2044	1,2315	1,2590	1,2869	1,3151	1,3436	1,3725	1,4018
30	1,1568	1,1843	1,2122	1,2404	1,2691	1,2981	1,3275	1,3574	1,3876	1,4182
31	1,1624	1,1910	1,2200	1,2494	1,2792	1,3094	1,3401	1,3713	1,4028	1,4348
32	1,1681	1,1977	1,2278	1,2584	1,2894	1,3209	1,3528	1,3853	1,4182	1,4516
33	1,1738	1,2045	1,2357	1,2674	1,2997	1,3324	1,3657	1,3995	1,4338	1,4687
34	1,1795	1,2113	1,2437	1,2766	1,3100	1,3440	1,3786	1,4138	1,4495	1,4859
35	1,1852	1,2182	1,2517	1,2858	1,3205	1,3558	1,3917	1,4283	1,4655	1,5033
36	1,1910	1,2250	1,2597	1,2950	1,3310	1,3676	1,4049	1,4429	1,4815	1,5209
37	1,1968	1,2320	1,2678	1,3044	1,3416	1,3796	1,4183	1,4577	1,4978	1,5387
38	1,2026	1,2389	1,2760	1,3138	1,3523	1,3916	1,4317	1,4726	1,5143	1,5567
39	1,2085	1,2459	1,2842	1,3232	1,3631	1,4038	1,4453	1,4877	1,5309	1,5750
40	1,2144	1,2530	1,2924	1,3328	1,3740	1,4160	1,4590	1,5029	1,5477	1,5934
41	1,2203	1,2601	1,3008	1,3424	1,3849	1,4284	1,4729	1,5183	1,5647	1,6121
42	1,2262	1,2672	1,3091	1,3520	1,3960	1,4409	1,4868	1,5338	1,5819	1,6310
43	1,2322	1,2744	1,3176	1,3618	1,4071	1,4535	1,5009	1,5495	1,5992	1,6501
44	1,2382	1,2816	1,3260	1,3716	1,4183	1,4662	1,5152	1,5654	1,6168	1,6694
45	1,2442	1,2888	1,3346	1,3815	1,4296	1,4790	1,5296	1,5814	1,6345	1,6890
46	1,2503	1,2961	1,3431	1,3915	1,4410	1,4919	1,5441	1,5976	1,6525	1,7087
47	1,2564	1,3034	1,3518	1,4015	1,4525	1,5049	1,5587	1,6140	1,6706	1,7288
48	1,2625	1,3108	1,3605	1,4116	1,4641	1,5181	1,5735	1,6305	1,6890	1,7490
49	1,2686	1,3182	1,3692	1,4218	1,4758	1,5313	1,5885	1,6472	1,7075	1,7695
50	1,2748	1,3257	1,3781	1,4320	1,4875	1,5447	1,6035	1,6640	1,7262	1,7902
51	1,2810	1,3332	1,3869	1,4423	1,4994	1,5582	1,6187	1,6811	1,7452	1,8112
52	1,2872	1,3407	1,3958	1,4527	1,5114	1,5718	1,6341	1,6983	1,7644	1,8324
53	1,2935	1,3483	1,4048	1,4632	1,5234	1,5855	1,6496	1,7157	1,7837	1,8539
54	1,2998	1,3559	1,4139	1,4737	1,5356	1,5994	1,6653	1,7332	1,8033	1,8756
55	1,3061	1,3636	1,4230	1,4844	1,5478	1,6134	1,6811	1,7510	1,8231	1,8976
56	1,3125	1,3713	1,4321	1,4951	1,5601	1,6274	1,6970	1,7689	1,8431	1,9198
57	1,3189	1,3790	1,4413	1,5058	1,5726	1,6417	1,7131	1,7870	1,8634	1,9423
58	1,3253	1,3868	1,4506	1,5167	1,5851	1,6560	1,7294	1,8053	1,8838	1,9650

59	1,3317	1,3947	1,4599	1,5276	1,5978	1,6705	1,7458	1,8238	1,9045	1,9881
60	1,3382	1,4026	1,4693	1,5386	1,6105	1,6851	1,7623	1,8424	1,9254	2,0114
61	1,3447	1,4105	1,4788	1,5497	1,6234	1,6998	1,7791	1,8613	1,9466	2,0349
62	1,3513	1,4185	1,4883	1,5609	1,6363	1,7146	1,7959	1,8803	1,9679	2,0588
63	1,3579	1,4265	1,4979	1,5721	1,6493	1,7296	1,8130	1,8996	1,9895	2,0829
64	1,3645	1,4345	1,5075	1,5835	1,6625	1,7447	1,8302	1,9190	2,0114	2,1073
65	1,3711	1,4427	1,5172	1,5949	1,6758	1,7599	1,8476	1,9387	2,0335	2,1320
66	1,3778	1,4508	1,5270	1,6064	1,6891	1,7753	1,8651	1,9585	2,0558	2,1569
67	1,3845	1,4590	1,5368	1,6179	1,7026	1,7908	1,8828	1,9786	2,0784	2,1822
68	1,3912	1,4673	1,5467	1,6296	1,7162	1,8065	1,9006	1,9988	2,1012	2,2078
69	1,3980	1,4756	1,5566	1,6414	1,7298	1,8222	1,9187	2,0193	2,1242	2,2336
70	1,4048	1,4839	1,5666	1,6532	1,7436	1,8382	1,9369	2,0400	2,1476	2,2598
71	1,4116	1,4923	1,5767	1,6651	1,7575	1,8542	1,9553	2,0609	2,1711	2,2863
72	1,4185	1,5007	1,5869	1,6771	1,7716	1,8704	1,9738	2,0820	2,1950	2,3131
73	1,4254	1,5092	1,5971	1,6892	1,7857	1,8868	1,9926	2,1033	2,2191	2,3402
74	1,4324	1,5177	1,6074	1,7014	1,7999	1,9032	2,0115	2,1248	2,2434	2,3676
75	1,4393	1,5263	1,6177	1,7136	1,8143	1,9199	2,0305	2,1465	2,2681	2,3953
76	1,4463	1,5350	1,6281	1,7260	1,8287	1,9366	2,0498	2,1685	2,2930	2,4234
77	1,4534	1,5436	1,6386	1,7384	1,8433	1,9535	2,0693	2,1907	2,3181	2,4518
78	1,4605	1,5524	1,6491	1,7509	1,8580	1,9706	2,0889	2,2131	2,3436	2,4805
79	1,4676	1,5611	1,6597	1,7636	1,8728	1,9878	2,1087	2,2358	2,3693	2,5095
80	1,4747	1,5700	1,6704	1,7763	1,8878	2,0052	2,1287	2,2587	2,3953	2,5389
81	1,4819	1,5788	1,6812	1,7891	1,9028	2,0227	2,1489	2,2818	2,4216	2,5687
82	1,4891	1,5878	1,6920	1,8020	1,9180	2,0404	2,1693	2,3052	2,4482	2,5988
83	1,4963	1,5968	1,7029	1,8150	1,9333	2,0582	2,1899	2,3288	2,4751	2,6292
84	1,5036	1,6058	1,7138	1,8280	1,9487	2,0762	2,2107	2,3526	2,5023	2,6600
85	1,5109	1,6149	1,7249	1,8412	1,9643	2,0943	2,2317	2,3767	2,5297	2,6912
86	1,5183	1,6240	1,7359	1,8545	1,9799	2,1126	2,2528	2,4010	2,5575	2,7227
87	1,5257	1,6332	1,7471	1,8679	1,9957	2,1310	2,2742	2,4256	2,5856	2,7546
88	1,5331	1,6424	1,7584	1,8813	2,0116	2,1497	2,2958	2,4504	2,6140	2,7869
89	1,5406	1,6517	1,7697	1,8949	2,0277	2,1684	2,3176	2,4755	2,6427	2,8195
90	1,5481	1,6610	1,7811	1,9085	2,0438	2,1874	2,3396	2,5009	2,6717	2,8526
91	1,5556	1,6704	1,7925	1,9223	2,0601	2,2065	2,3618	2,5265	2,7010	2,8860

92	1,5632	1,6799	1,8041	1,9361	2,0766	2,2257	2,3842	2,5523	2,7307	2,9198
93	1,5708	1,6894	1,8157	1,9501	2,0931	2,2452	2,4068	2,5784	2,7607	2,9540
94	1,5784	1,6989	1,8273	1,9641	2,1098	2,2648	2,4296	2,6048	2,7910	2,9886
95	1,5861	1,7085	1,8391	1,9783	2,1266	2,2846	2,4527	2,6315	2,8216	3,0236
96	1,5938	1,7182	1,8509	1,9926	2,1436	2,3045	2,4760	2,6584	2,8526	3,0590
97	1,6016	1,7279	1,8628	2,0069	2,1607	2,3247	2,4995	2,6857	2,8839	3,0949
98	1,6094	1,7377	1,8748	2,0214	2,1779	2,3450	2,5232	2,7132	2,9156	3,1311
99	1,6172	1,7475	1,8869	2,0360	2,1953	2,3655	2,5471	2,7409	2,9476	3,1678
100	1,6251	1,7574	1,8990	2,0506	2,2128	2,3861	2,5713	2,7690	2,9799	3,2049
101	1,6330	1,7673	1,9112	2,0654	2,2304	2,4070	2,5957	2,7973	3,0127	3,2425
102	1,6410	1,7773	1,9235	2,0803	2,2482	2,4280	2,6203	2,8260	3,0457	3,2804
103	1,6490	1,7874	1,9359	2,0953	2,2661	2,4492	2,6452	2,8549	3,0792	3,3189
104	1,6570	1,7975	1,9484	2,1104	2,2842	2,4706	2,6703	2,8841	3,1130	3,3577
105	1,6650	1,8076	1,9609	2,1256	2,3024	2,4922	2,6956	2,9136	3,1472	3,3971
106	1,6732	1,8178	1,9735	2,1409	2,3208	2,5139	2,7212	2,9435	3,1817	3,4369
107	1,6813	1,8281	1,9862	2,1564	2,3393	2,5359	2,7470	2,9736	3,2166	3,4771
108	1,6895	1,8385	1,9990	2,1719	2,3579	2,5580	2,7731	3,0040	3,2519	3,5179
109	1,6977	1,8489	2,0119	2,1875	2,3768	2,5804	2,7994	3,0348	3,2877	3,5591
110	1,7060	1,8593	2,0248	2,2033	2,3957	2,6029	2,8260	3,0659	3,3237	3,6008
111	1,7143	1,8698	2,0378	2,2192	2,4148	2,6257	2,8528	3,0972	3,3602	3,6430
112	1,7226	1,8804	2,0509	2,2352	2,4341	2,6486	2,8798	3,1290	3,3971	3,6856
113	1,7310	1,8910	2,0641	2,2513	2,4535	2,6717	2,9072	3,1610	3,4344	3,7288
114	1,7394	1,9017	2,0774	2,2675	2,4730	2,6951	2,9348	3,1933	3,4721	3,7725
115	1,7479	1,9125	2,0908	2,2839	2,4928	2,7186	2,9626	3,2260	3,5103	3,8167
116	1,7564	1,9233	2,1042	2,3003	2,5126	2,7423	2,9907	3,2591	3,5488	3,8614
117	1,7649	1,9342	2,1178	2,3169	2,5327	2,7663	3,0191	3,2924	3,5878	3,9066
118	1,7735	1,9451	2,1314	2,3336	2,5529	2,7905	3,0477	3,3261	3,6271	3,9524
119	1,7822	1,9561	2,1451	2,3504	2,5732	2,8148	3,0767	3,3602	3,6670	3,9987
120	1,7908	1,9672	2,1589	2,3674	2,5937	2,8394	3,1058	3,3946	3,7072	4,0456
121	1,7996	1,9783	2,1728	2,3844	2,6144	2,8642	3,1353	3,4293	3,7479	4,0930
122	1,8083	1,9895	2,1868	2,4016	2,6353	2,8892	3,1651	3,4644	3,7891	4,1409
123	1,8171	2,0007	2,2009	2,4189	2,6563	2,9145	3,1951	3,4999	3,8307	4,1894
124	1,8260	2,0120	2,2150	2,4364	2,6775	2,9399	3,2254	3,5357	3,8727	4,2385

125	1,8349	2,0234	2,2293	2,4539	2,6988	2,9656	3,2560	3,5719	3,9152	4,2881
126	1,8438	2,0348	2,2436	2,4716	2,7203	2,9915	3,2869	3,6085	3,9582	4,3384
127	1,8528	2,0463	2,2581	2,4894	2,7420	3,0176	3,3181	3,6454	4,0017	4,3892
128	1,8618	2,0579	2,2726	2,5074	2,7639	3,0440	3,3496	3,6827	4,0456	4,4406
129	1,8708	2,0695	2,2872	2,5254	2,7859	3,0706	3,3814	3,7204	4,0900	4,4926
130	1,8800	2,0813	2,3019	2,5436	2,8082	3,0974	3,4135	3,7585	4,1349	4,5453
131	1,8891	2,0930	2,3167	2,5620	2,8305	3,1245	3,4459	3,7970	4,1803	4,5985
132	1,8983	2,1049	2,3316	2,5804	2,8531	3,1518	3,4785	3,8359	4,2262	4,6524
133	1,9075	2,1168	2,3466	2,5990	2,8759	3,1793	3,5116	3,8751	4,2726	4,7069
134	1,9168	2,1287	2,3617	2,6178	2,8988	3,2071	3,5449	3,9148	4,3195	4,7620
135	1,9262	2,1408	2,3769	2,6366	2,9219	3,2351	3,5785	3,9549	4,3670	4,8178
136	1,9355	2,1529	2,3922	2,6556	2,9452	3,2633	3,6125	3,9954	4,4149	4,8743
137	1,9450	2,1650	2,4076	2,6748	2,9687	3,2918	3,6467	4,0363	4,4634	4,9314
138	1,9544	2,1773	2,4231	2,6940	2,9924	3,3206	3,6814	4,0776	4,5124	4,9891
139	1,9639	2,1896	2,4387	2,7135	3,0162	3,3496	3,7163	4,1193	4,5619	5,0476
140	1,9735	2,2020	2,4544	2,7330	3,0403	3,3788	3,7515	4,1615	4,6120	5,1067
141	1,9831	2,2144	2,4702	2,7527	3,0645	3,4084	3,7871	4,2041	4,6626	5,1665
142	1,9927	2,2269	2,4861	2,7726	3,0890	3,4381	3,8231	4,2471	4,7138	5,2271
143	2,0024	2,2395	2,5021	2,7925	3,1136	3,4682	3,8594	4,2906	4,7656	5,2883
144	2,0122	2,2522	2,5182	2,8127	3,1384	3,4985	3,8960	4,3345	4,8179	5,3503
145	2,0220	2,2649	2,5344	2,8329	3,1635	3,5290	3,9329	4,3789	4,8708	5,4129
146	2,0318	2,2777	2,5507	2,8534	3,1887	3,5598	3,9703	4,4237	4,9243	5,4763
147	2,0417	2,2906	2,5671	2,8739	3,2141	3,5909	4,0079	4,4690	4,9783	5,5405
148	2,0517	2,3036	2,5836	2,8946	3,2397	3,6223	4,0460	4,5148	5,0330	5,6054
149	2,0616	2,3166	2,6002	2,9155	3,2656	3,6539	4,0844	4,5610	5,0883	5,6711
150	2,0717	2,3297	2,6170	2,9365	3,2916	3,6858	4,1231	4,6077	5,1441	5,7375
151	2,0818	2,3429	2,6338	2,9577	3,3179	3,7180	4,1622	4,6548	5,2006	5,8047
152	2,0919	2,3561	2,6507	2,9790	3,3443	3,7505	4,2017	4,7025	5,2577	5,8727
153	2,1021	2,3694	2,6678	3,0005	3,3710	3,7833	4,2416	4,7506	5,3154	5,9415
154	2,1123	2,3828	2,6850	3,0221	3,3979	3,8163	4,2818	4,7992	5,3738	6,0111
155	2,1226	2,3963	2,7022	3,0439	3,4250	3,8497	4,3225	4,8484	5,4328	6,0815
156	2,1329	2,4098	2,7196	3,0658	3,4523	3,8833	4,3635	4,8980	5,4924	6,1528
157	2,1433	2,4235	2,7371	3,0879	3,4798	3,9172	4,4049	4,9482	5,5527	6,2249

158	2,1537	2,4372	2,7547	3,1102	3,5075	3,9514	4,4467	4,9988	5,6137	6,2978
159	2,1642	2,4510	2,7725	3,1326	3,5355	3,9859	4,4889	5,0500	5,6753	6,3716
160	2,1748	2,4648	2,7903	3,1551	3,5637	4,0207	4,5315	5,1017	5,7376	6,4462
161	2,1853	2,4787	2,8082	3,1779	3,5921	4,0559	4,5745	5,1539	5,8006	6,5217
162	2,1960	2,4928	2,8263	3,2008	3,6208	4,0913	4,6179	5,2067	5,8643	6,5981
163	2,2067	2,5069	2,8445	3,2239	3,6496	4,1270	4,6617	5,2600	5,9287	6,6754
164	2,2174	2,5210	2,8628	3,2471	3,6787	4,1631	4,7059	5,3138	5,9938	6,7536
165	2,2282	2,5353	2,8812	3,2705	3,7081	4,1994	4,7506	5,3682	6,0596	6,8327
166	2,2391	2,5496	2,8998	3,2941	3,7377	4,2361	4,7957	5,4232	6,1261	6,9128
167	2,2500	2,5640	2,9184	3,3178	3,7675	4,2731	4,8412	5,4787	6,1934	6,9938
168	2,2609	2,5785	2,9372	3,3417	3,7975	4,3104	4,8871	5,5348	6,2613	7,0757
169	2,2719	2,5931	2,9561	3,3658	3,8278	4,3481	4,9335	5,5914	6,3301	7,1586
170	2,2830	2,6078	2,9751	3,3901	3,8583	4,3861	4,9803	5,6486	6,3996	7,2425
171	2,2941	2,6225	2,9943	3,4145	3,8891	4,4244	5,0276	5,7065	6,4698	7,3273
172	2,3052	2,6373	3,0135	3,4391	3,9201	4,4630	5,0753	5,7649	6,5409	7,4131
173	2,3165	2,6523	3,0329	3,4639	3,9513	4,5020	5,1234	5,8239	6,6127	7,5000
174	2,3277	2,6673	3,0524	3,4889	3,9828	4,5413	5,1720	5,8835	6,6853	7,5878
175	2,3391	2,6823	3,0721	3,5140	4,0146	4,5810	5,2211	5,9438	6,7587	7,6767
176	2,3505	2,6975	3,0918	3,5393	4,0466	4,6210	5,2707	6,0046	6,8329	7,7667
177	2,3619	2,7128	3,1117	3,5648	4,0789	4,6614	5,3207	6,0661	6,9079	7,8577
178	2,3734	2,7281	3,1317	3,5905	4,1114	4,7021	5,3712	6,1282	6,9837	7,9497
179	2,3849	2,7435	3,1519	3,6164	4,1442	4,7432	5,4221	6,1909	7,0604	8,0428
180	2,3966	2,7590	3,1722	3,6425	4,1772	4,7846	5,4736	6,2543	7,1379	8,1371
181	2,4082	2,7746	3,1926	3,6687	4,2106	4,8264	5,5255	6,3183	7,2163	8,2324
182	2,4199	2,7903	3,2131	3,6952	4,2441	4,8685	5,5779	6,3830	7,2955	8,3288
183	2,4317	2,8061	3,2338	3,7218	4,2780	4,9111	5,6309	6,4483	7,3756	8,4264
184	2,4436	2,8220	3,2546	3,7486	4,3121	4,9540	5,6843	6,5143	7,4566	8,5251
185	2,4555	2,8379	3,2755	3,7757	4,3465	4,9972	5,7382	6,5810	7,5385	8,6250
186	2,4674	2,8540	3,2966	3,8029	4,3811	5,0409	5,7927	6,6484	7,6212	8,7260
187	2,4794	2,8701	3,3178	3,8303	4,4161	5,0849	5,8476	6,7164	7,7049	8,8283
188	2,4915	2,8863	3,3392	3,8579	4,4513	5,1293	5,9031	6,7852	7,7895	8,9317
189	2,5036	2,9026	3,3607	3,8857	4,4868	5,1741	5,9591	6,8547	7,8750	9,0363
190	2,5158	2,9191	3,3823	3,9137	4,5226	5,2193	6,0157	6,9248	7,9615	9,1422

191	2,5280	2,9356	3,4040	3,9419	4,5586	5,2649	6,0728	6,9957	8,0489	9,2493
192	2,5404	2,9522	3,4259	3,9703	4,5950	5,3109	6,1304	7,0673	8,1372	9,3576
193	2,5527	2,9689	3,4480	3,9989	4,6316	5,3573	6,1886	7,1397	8,2266	9,4672
194	2,5651	2,9856	3,4702	4,0277	4,6685	5,4041	6,2473	7,2128	8,3169	9,5782
195	2,5776	3,0025	3,4925	4,0568	4,7058	5,4513	6,3066	7,2866	8,4082	9,6904
196	2,5902	3,0195	3,5150	4,0860	4,7433	5,4989	6,3664	7,3612	8,5005	9,8039
197	2,6028	3,0366	3,5376	4,1155	4,7811	5,5469	6,4268	7,4365	8,5939	9,9187
198	2,6155	3,0537	3,5603	4,1451	4,8192	5,5954	6,4878	7,5127	8,6882	10,0349
199	2,6282	3,0710	3,5833	4,1750	4,8577	5,6442	6,5494	7,5896	8,7836	10,1525
200	2,6410	3,0884	3,6063	4,2051	4,8964	5,6935	6,6115	7,6673	8,8800	10,2714
201	2,6538	3,1058	3,6295	4,2354	4,9355	5,7433	6,6742	7,7458	8,9775	10,3918
202	2,6667	3,1234	3,6529	4,2659	4,9748	5,7934	6,7376	7,8251	9,0761	10,5135
203	2,6797	3,1411	3,6764	4,2967	5,0145	5,8440	6,8015	7,9052	9,1757	10,6367
204	2,6928	3,1588	3,7000	4,3276	5,0545	5,8951	6,8660	7,9861	9,2765	10,7613
205	2,7059	3,1767	3,7238	4,3588	5,0948	5,9466	6,9312	8,0678	9,3783	10,8873
206	2,7191	3,1946	3,7478	4,3902	5,1354	5,9985	6,9970	8,1504	9,4813	11,0149
207	2,7323	3,2127	3,7719	4,4219	5,1764	6,0509	7,0634	8,2339	9,5854	11,1439
208	2,7456	3,2309	3,7962	4,4538	5,2176	6,1038	7,1304	8,3181	9,6906	11,2745
209	2,7589	3,2491	3,8206	4,4859	5,2592	6,1571	7,1980	8,4033	9,7970	11,4065
210	2,7724	3,2675	3,8452	4,5182	5,3012	6,2109	7,2663	8,4893	9,9046	11,5402
211	2,7859	3,2860	3,8699	4,5507	5,3434	6,2651	7,3353	8,5762	10,0133	11,6754
212	2,7994	3,3046	3,8948	4,5835	5,3861	6,3198	7,4049	8,6640	10,1232	11,8121
213	2,8131	3,3232	3,9199	4,6166	5,4290	6,3750	7,4751	8,7527	10,2344	11,9505
214	2,8268	3,3420	3,9451	4,6499	5,4723	6,4307	7,5461	8,8423	10,3467	12,0905
215	2,8405	3,3609	3,9705	4,6834	5,5159	6,4869	7,6177	8,9328	10,4603	12,2322
216	2,8543	3,3799	3,9960	4,7171	5,5599	6,5436	7,6900	9,0243	10,5752	12,3755
217	2,8682	3,3990	4,0217	4,7511	5,6043	6,6007	7,7629	9,1166	10,6913	12,5204
218	2,8822	3,4183	4,0476	4,7854	5,6489	6,6584	7,8366	9,2100	10,8087	12,6671
219	2,8962	3,4376	4,0736	4,8199	5,6940	6,7165	7,9110	9,3043	10,9273	12,8155
220	2,9103	3,4570	4,0999	4,8546	5,7394	6,7752	7,9860	9,3995	11,0473	12,9656
221	2,9245	3,4766	4,1262	4,8896	5,7852	6,8344	8,0618	9,4957	11,1686	13,1175
222	2,9387	3,4962	4,1528	4,9248	5,8313	6,8941	8,1383	9,5929	11,2912	13,2712
223	2,9530	3,5160	4,1795	4,9603	5,8778	6,9543	8,2155	9,6911	11,4152	13,4267

224	2,9674	3,5359	4,2064	4,9961	5,9247	7,0150	8,2935	9,7903	11,5405	13,5840
225	2,9818	3,5559	4,2335	5,0321	5,9719	7,0763	8,3722	9,8906	11,6672	13,7431
226	2,9964	3,5760	4,2607	5,0683	6,0195	7,1381	8,4516	9,9918	11,7953	13,9041
227	3,0109	3,5962	4,2881	5,1049	6,0675	7,2005	8,5318	10,0941	11,9248	14,0670
228	3,0256	3,6165	4,3157	5,1417	6,1159	7,2633	8,6128	10,1974	12,0557	14,2318
229	3,0403	3,6370	4,3435	5,1787	6,1647	7,3268	8,6945	10,3018	12,1881	14,3985
230	3,0551	3,6575	4,3714	5,2160	6,2138	7,3908	8,7770	10,4073	12,3219	14,5672
231	3,0700	3,6782	4,3995	5,2536	6,2634	7,4553	8,8603	10,5138	12,4571	14,7378
232	3,0849	3,6990	4,4278	5,2915	6,3133	7,5205	8,9443	10,6214	12,5939	14,9105
233	3,1000	3,7199	4,4563	5,3296	6,3637	7,5861	9,0292	10,7302	12,7322	15,0852
234	3,1150	3,7410	4,4850	5,3681	6,4144	7,6524	9,1149	10,8400	12,8720	15,2619
235	3,1302	3,7621	4,5139	5,4067	6,4656	7,7192	9,2014	10,9510	13,0133	15,4407
236	3,1454	3,7834	4,5429	5,4457	6,5171	7,7867	9,2887	11,0631	13,1561	15,6216
237	3,1608	3,8048	4,5721	5,4850	6,5691	7,8547	9,3768	11,1763	13,3006	15,8046
238	3,1761	3,8263	4,6016	5,5245	6,6215	7,9233	9,4658	11,2907	13,4466	15,9897
239	3,1916	3,8479	4,6312	5,5643	6,6743	7,9925	9,5556	11,4063	13,5942	16,1770
240	3,2071	3,8697	4,6610	5,6044	6,7275	8,0623	9,6463	11,5231	13,7435	16,3665
241	3,2227	3,8916	4,6909	5,6448	6,7811	8,1327	9,7378	11,6410	13,8944	16,5583
242	3,2384	3,9136	4,7211	5,6855	6,8352	8,2038	9,8302	11,7602	14,0469	16,7522
243	3,2542	3,9357	4,7515	5,7265	6,8897	8,2754	9,9235	11,8806	14,2011	16,9485
244	3,2700	3,9579	4,7821	5,7677	6,9447	8,3477	10,0177	12,0022	14,3571	17,1471
245	3,2860	3,9803	4,8128	5,8093	7,0000	8,4206	10,1127	12,1251	14,5147	17,3479
246	3,3019	4,0028	4,8438	5,8512	7,0559	8,4942	10,2087	12,2492	14,6740	17,5512
247	3,3180	4,0255	4,8750	5,8933	7,1121	8,5684	10,3055	12,3746	14,8351	17,7568
248	3,3342	4,0482	4,9063	5,9358	7,1688	8,6432	10,4033	12,5013	14,9980	17,9648
249	3,3504	4,0711	4,9379	5,9786	7,2260	8,7187	10,5020	12,6293	15,1627	18,1752
250	3,3667	4,0941	4,9697	6,0217	7,2836	8,7949	10,6017	12,7585	15,3291	18,3882

Esta tabla cubre 250 meses (aproximadamente 20 años). Preferimos usar las fórmulas, por ser más exactas, pero quienes quieran usar las tablas pueden consultarlas: comprenden tasas efectivas anuales del 6 hasta el 15 por ciento efectivo anual y su conversión a tasas nominales.

La tabla se puede hacer fácilmente en una hoja de cálculo (Excel de Microsoft) de la siguiente manera: en la columna A, fila 4, se pone el mes número 1 y así sucesivamente en sentido vertical. En la columna B, frente a la fila 1 se pone 6 por ciento que equivale al interés efectivo anual. Luego, en la columna B fila 4, que corresponde al mes número 1, la fórmula = 1,06^(A4/12) que representa la fórmula financiera expresada en caracteres de Excel para convertir la tasa del 6 por ciento efectivo anual y que corresponde a la fórmula financiera $(1 + i)^n$.

	A	B	Fórmula para Excel
1		6%	
2		1,06	
3	meses		
4	1	1,00487	=1,06^(A4/12)
5	2	1,0098	=1,06^(A5/12)
6	3	1,0147	=1,06^(A6/12)

2. TABLA PARA LIQUIDAR EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE PASADO PERIÓDICO

La actualización supone calcular el total nominal gastado o no percibido día tras día, más la corrección monetaria por pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y los intereses remuneratorios que se habrían recibido entre la fecha en que se efectuó el gasto como consecuencia del daño y la de la liquidación^[27]. La fórmula aplicable en estos casos es $VA = LCM \times S^n$. Para averiguar el valor S^n se puede utilizar la tabla 2.

Para explicar la tabla, retomemos el ejemplo que se planteó para el lucro cesante pasado periódico. El peatón atropellado devengaba por concepto de salario \$ 1.000.000. La víctima estaba casada, no tuvo hijos y contaba 45 años de edad, con una vida probable de 385.92 meses; inferior a la de su esposa, que tenía 42 años. El esposo ayudaba a su esposa con el 75 por ciento de su salario; el resto lo destinaba a gastos personales. La muerte ocurrió el 12 de

junio de 2001 y la sentencia se dicta cuatro años después (48 meses), el 12 de junio de 2005.

Para liquidar con el procedimiento que se indica, en primer lugar debemos actualizar el lucro cesante mensual por inflación IPC y a esa cifra actualizada debemos aplicarle la fórmula para traer a valor presente el capital a una tasa del 6 por ciento efectivo anual, que corresponde al interés legal civil. La operación aritmética es la siguiente:

$$VP = VA \times \frac{IPC \text{ (junio de 2005)}}{IPC \text{ (junio de 2001)}}$$

$$VP = \$ 1.000.000 \times \frac{83,36}{65,82} = 1.266.484$$

$$VP = \$ 1.266.484$$

Así tendremos que el salario, lucro cesante periódico pasado (período comprendido entre la muerte y la sentencia que liquida el daño) actualizado por inflación da la suma de \$ 1.266.484.

Con el lucro cesante, ya actualizado por inflación, debemos ir a la actualización de esa cifra periódica pasada calculando el interés civil legal del 6 por ciento efectivo anual que corresponde al 0,00486 (expresado en decimales y en tasa nominal mensual).

Para hacer el cálculo, se debe desarrollar la siguiente fórmula:

$$VA = LCM \text{ actualizado} \times S^n, \text{ donde } S^n = \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Para obviar el desarrollo de la fórmula S^n , se puede utilizar la tabla 2 de la siguiente manera:

En la columna 1, en que aparecen los meses, buscamos el mes 48, tiempo que transcurre entre el daño y la liquidación. El factor que allí

aparece debajo del 6 por ciento es 53,923828 que equivale al Sⁿ. Este factor se debe multiplicar por el valor del lucro cesante ya actualizado por IPC.

$VA = LCM \text{ actualizado} \times S^n$

$VA = \$ 1.266.484 \times 53,923828$

$VA = \$ 68.293.665$

Este valor es ligeramente superior en \$ 12,718 al que resulta de aplicar las fórmulas, que fue de \$ 68.280.947. Estas diferencias no son significativas y obedecen al número de decimales con que se trabaje en las fórmulas y en las tablas. Es más exacto el valor que se obtiene si se desarrollan las fórmulas.

Tabla 2. Daño emergente y lucro cesante pasado periódico

Tasa efectiva anual	6,00%	7,00%	8,00%
Tasa mensual	0,49%	0,57%	0,64%
Meses			
1	1,000000	1,000000	1,000000
2	2,004868	2,005654	2,006434

3	3,014626	3,016994	3,019343
4	4,029300	4,034053	4,038770
5	5,048913	5,056862	5,064756
6	6,073489	6,085454	6,097342
7	7,103052	7,119862	7,136573
8	8,137626	8,160119	8,182490
9	9,177237	9,206258	9,235136
10	10,221907	10,258311	10,294555
11	11,271663	11,316313	11,360791
12	12,326528	12,380297	12,433886
13	13,386528	13,450297	13,513886
14	14,451688	14,526347	14,600835
15	15,522032	15,608481	15,694777
16	16,597587	16,696734	16,795758
17	17,678376	17,791140	17,903823
18	18,764427	18,891733	19,019016
19	19,855763	19,998550	20,141385
20	20,952412	21,111625	21,270975
21	22,054399	22,230993	22,407834
22	23,161750	23,356690	23,552006
23	24,274491	24,488752	24,703541
24	25,392648	25,627215	25,862484
25	26,516248	26,772115	27,028884
26	27,645318	27,923489	28,202789
27	28,779883	29,081372	29,384246
28	29,919970	30,245802	30,573305
29	31,065607	31,416816	31,770015
30	32,216820	32,594452	32,974424
31	33,373637	33,778745	34,186582

32	34,536085	34,969735	35,406540
33	35,704191	36,167459	36,634347
34	36,877983	37,371955	37,870053
35	38,057489	38,583262	39,113710
36	39,242736	39,801417	40,365369
37	40,433752	41,026460	41,625081
38	41,630565	42,258430	42,892898
39	42,833204	43,497365	44,168872
40	44,041697	44,743306	45,453056
41	45,256072	45,996291	46,745502
42	46,476358	47,256360	48,046264
43	47,702584	48,523555	49,355396
44	48,934779	49,797914	50,672950
45	50,172971	51,079479	51,998981
46	51,417191	52,368289	53,333544
47	52,667467	53,664387	54,676694
48	53,923828	54,967814	56,028485
49	55,186305	56,278610	57,388974
50	56,454927	57,596817	58,758216
51	57,729724	58,922478	60,136269
52	59,010727	60,255634	61,523187
53	60,297964	61,596328	62,919029
54	61,591468	62,944603	64,323852
55	62,891267	64,300501	65,737714
56	64,197394	65,664065	67,160672
57	65,509878	67,035339	68,592786
58	66,828751	68,414367	70,034114
59	68,154043	69,801192	71,484716
60	69,485786	71,195858	72,944650

61	70,824012	72,598409	74,413978
62	72,168751	74,008891	75,892760
63	73,520036	75,427348	77,381057
64	74,877899	76,853826	78,878929
65	76,242371	78,288368	80,386438
66	77,613484	79,731022	81,903647
67	78,991272	81,181833	83,430617
68	80,375766	82,640847	84,967412
69	81,766999	84,108110	86,514095
70	83,165004	85,583670	88,070730
71	84,569814	87,067572	89,637379
72	85,981462	88,559865	91,214109
73	87,399981	90,060595	92,800983
74	88,825405	91,569811	94,398068
75	90,257767	93,087560	96,005428
76	91,697101	94,613891	97,623129
77	93,143441	96,148851	99,251239
78	94,596822	97,692491	100,889825
79	96,057276	99,244858	102,538953
80	97,524840	100,806003	104,198692
81	98,999547	102,375975	105,869109
82	100,481433	103,954824	107,550274
83	101,970531	105,542599	109,242256
84	103,466878	107,139353	110,945124
85	104,970508	108,745134	112,658948
86	106,481457	110,359995	114,383799
87	107,999761	111,983986	116,119748
88	109,525455	113,617160	117,866866
89	111,058576	115,259568	119,625225

90	112,599159	116,911262	121,394897
91	114,147241	118,572296	123,175956
92	115,702859	120,242721	124,968474
93	117,266048	121,922590	126,772525
94	118,836847	123,611959	128,588183
95	120,415291	125,310879	130,415523
96	122,001419	127,019404	132,254620
97	123,595267	128,737591	134,105551
98	125,196873	130,465492	135,968390
99	126,806275	132,203163	137,843215
100	128,423511	133,950658	139,730102
101	130,048619	135,708035	141,629130
102	131,681637	137,475348	143,540376
103	133,322604	139,252654	145,463919
104	134,971559	141,040008	147,399838
105	136,628540	142,837469	149,348213
106	138,293586	144,645093	151,309124
107	139,966737	146,462937	153,282651
108	141,648032	148,291060	155,268877
109	143,337511	150,129519	157,267881
110	145,035214	151,978373	159,279747
111	146,741180	153,837681	161,304558
112	148,455450	155,707502	163,342397
113	150,178064	157,587895	165,393346
114	151,909064	159,478919	167,457492
115	153,648489	161,380636	169,534919
116	155,396381	163,293106	171,625712
117	157,152780	165,216389	173,729957
118	158,917729	167,150546	175,847740

119	160,691270	169,095640	177,979150
120	162,473442	171,051731	180,124273
121	164,264290	173,018883	182,283198
122	166,063855	174,997157	184,456014
123	167,872179	176,986616	186,642809
124	169,689305	178,987324	188,843675
125	171,515277	180,999344	191,058701
126	173,350136	183,022741	193,287978
127	175,193927	185,057578	195,531599
128	177,046692	187,103921	197,789655
129	178,908476	189,161833	200,062240
130	180,779322	191,231382	202,349446
131	182,659274	193,312632	204,651368
132	184,548377	195,405650	206,968102
133	186,446676	197,510502	209,299741
134	188,354214	199,627255	211,646381
135	190,271038	201,755976	214,008121
136	192,197192	203,896734	216,385055
137	194,132722	206,049596	218,777283
138	196,077672	208,214630	221,18490
139	198,032090	210,391906	223,608013
140	199,996022	212,581492	226,046714
141	201,969512	214,783459	228,501105
142	203,952609	216,997876	230,971288
143	205,945359	219,224813	233,457364
144	207,947808	221,464342	235,959436

Esta tabla 2 cubre 144 meses (12 años) ; puede hacerse fácilmente en una hoja de cálculo (Excel de Microsoft) de la siguiente manera:

En la columna A, fila 3 se pone el mes número 1 y así sucesivamente hasta el número de meses deseado. En la columna B, frente a la fila 1 se coloca el 6 por ciento que equivale al interés efectivo anual que se causa de modo periódico. Luego, en la columna B, fila 3, que corresponde al número 1 se escribe la fórmula = $((1 + ((1+B\$1)^{(1/12)}-1))^{(\$A3)-1})/((1+B\$1)^{(1/12)}-1)$ que representa la formula financiera expresada en caracteres de Excel de conversión de la tasa del 6 por ciento efectivo anual y que se muestra en la siguiente fórmula financiera:

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

	A	B	Fórmula para Excel
1	Tasa Anual	6,00%	
2	Tasa Mensual	0,49%	= (1+B\$1)^(1/12)-1
3	1	1,000000	= ((1+((1+B\$1)^(1/12)-1))^(A3)-1)/((1+B\$1)^(1/12)-1)
4	2	2,004868	= ((1+((1+B\$1)^(1/12)-1))^(A4)-1)/((1+B\$1)^(1/12)-1)
5	3	3,014626	= ((1+((1+B\$1)^(1/12)-1))^(A5)-1)/((1+B\$1)^(1/12)-1)
6	4	4,029300	= ((1+((1+B\$1)^(1/12)-1))^(A6)-1)/((1+B\$1)^(1/12)-1)

3. TABLA PARA LIQUIDAR EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE FUTURO ÚNICO

Hemos explicado que la fórmula financiera para calcular el valor actual de una suma única futura es la siguiente^[28]:

$$VA = CF \times \frac{1}{(1 + i)^n}$$

La tabla 3 sirve para actualizar una suma única a la que se le aplica un descuento del 6 por ciento anual y se usa de la siguiente manera:

Supongamos que la víctima debe cubrir un gasto futuro de \$ 5.000.000 (valor a la fecha de la sentencia o liquidación) por concepto de una nueva

cirugía que, por razones médicas, no se puede hacer sino hasta dentro de dos años (veinticuatro meses). En la tabla 3, tiene frente al número 24 (tiempo en que se hará el gasto) y debajo del interés calculado del 6 por ciento anual, encontramos un factor (0,889996) que se multiplica por el valor de la cirugía, en la fecha de la sentencia.

$$VA = \$ 5.000.000 \times 0,889996$$

$$VA = \$ 4.449.980$$

El demandado debe entregar \$ 4.449.980 para sufragar los gastos médicos que hará el perjudicado dentro de veinticuatro meses, que en la fecha de la sentencia se estiman en \$ 5.000.000; cantidad a la que deben descontarse los intereses que el demandado deja de percibir al ser obligado a pagar anticipadamente el daño. Se estima que la víctima podrá poner ese dinero a interés y contar con el dinero suficiente para atender los costos reales de la cirugía. Este cálculo no está exento de cierto margen de error, pues no tiene en cuenta los incrementos en los costos de la salud por encima de las tasas de interés que ganará la víctima al colocar ese dinero a rentar.

Tabla 3. Daño emergente y lucro cesante futuro único

Tasa efectiva anual	4,0%	4,5%	5,0%	5,5%	6,0%
Tasa nominal anual	3,93%	4,41%	4,89%	5,37%	5,84%
Tasa periódica mensual	0,33%	0,37%	0,41%	0,45%	0,49%
Meses					
1	0,996737	0,996339	0,995942	0,995548	0,995156
2	0,993485	0,992691	0,991901	0,991116	0,990336
3	0,990243	0,989056	0,987877	0,986704	0,985538
4	0,987012	0,985435	0,983868	0,982311	0,980764
5	0,983791	0,981827	0,979876	0,977938	0,976014
6	0,980581	0,978232	0,975900	0,973585	0,971286
7	0,977381	0,974650	0,971940	0,969251	0,966581
8	0,974192	0,971082	0,967997	0,964936	0,961899
9	0,971013	0,967526	0,964069	0,960640	0,957239
10	0,967844	0,963984	0,960157	0,956363	0,952603
11	0,964686	0,960454	0,956261	0,952106	0,947988
12	0,961538	0,956938	0,952381	0,947867	0,943396
13	0,958401	0,953434	0,948517	0,943648	0,938826
14	0,955274	0,949943	0,944668	0,939447	0,934279
15	0,952156	0,946465	0,940835	0,935264	0,929753
16	0,949050	0,943000	0,937017	0,931101	0,925249
17	0,945953	0,939547	0,933215	0,926956	0,920768
18	0,942866	0,936107	0,929429	0,922829	0,916307
19	0,939789	0,932680	0,925657	0,918721	0,911869
20	0,936723	0,929265	0,921901	0,914631	0,907452

21	0,933666	0,925862	0,918161	0,910559	0,903056
22	0,930620	0,922473	0,914435	0,906506	0,898682
23	0,927583	0,919095	0,910725	0,902470	0,894329
24	0,924556	0,915730	0,907029	0,898452	0,889996
25	0,921539	0,912377	0,903349	0,894453	0,885685
26	0,918532	0,909037	0,899684	0,890471	0,881395
27	0,915535	0,905708	0,896033	0,886507	0,877126
28	0,912548	0,902392	0,892397	0,882560	0,872877
29	0,909570	0,899088	0,888776	0,878631	0,868649
30	0,906602	0,895796	0,885170	0,874720	0,864441
31	0,903644	0,892516	0,881578	0,870826	0,860254
32	0,900695	0,889249	0,878001	0,866949	0,856087
33	0,897756	0,885993	0,874439	0,863089	0,851940
34	0,894827	0,882749	0,870891	0,859247	0,847813
35	0,891907	0,879517	0,867357	0,855422	0,843706
36	0,888996	0,876297	0,863838	0,851614	0,839619

El resultado, al aplicar la fórmula fue de \$ 4.436.447 y con el factor que aparece en la tabla es de \$ 4.449.980: la diferencia se debe al número de decimales empleados, que no afectan significativamente el resultado total.

4. TABLA PARA LIQUIDAR EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE FUTURO PERIÓDICO

Como la indemnización del lucro cesante futuro y periódico es el pago anticipado que se hace de un capital, se deben efectuar los descuentos por el interés puro o lucrativo^{29}.

La tabla 4 sirve para calcular el valor actual de una suma que se paga “n” veces hacia el futuro, con un descuento del 6 por ciento anual. Tomemos el siguiente caso: un trabajador es lesionado y se le dictamina una

incapacidadde seis meses, posteriores a la fecha de la sentencia. El ingreso mensual deltrabajador, incluidas las prestaciones sociales, etc., asciende a \$ 1.800.000. Para calcular cuánto debe pagarse por lucro cesante futuro, en la tabla 4 se busca el número de meses que corresponde al período que se estima durará el lucro cesante futuro, según explicamos. Frente al número de meses que se debe liquidar aparece un factor que se multiplicará por el monto base de liquidación determinado. En el ejemplo propuesto se busca frente al número 6 (número de meses que durará el lucro cesante) el factor que aparece allí (5,8991) que sirve para conocer cuánto vale un peso entregado en forma anticipada por los seis meses, descontando el 6 por ciento anual de intereses.

Con estos datos podemos obtener cuál es el capital anticipado que se entrega por lucro cesante futuro periódico: $\$ 1.800.000 \times 5,8991 = \$ 10.618.320$. De no hacerse esta deducción del interés del 6 por ciento anual por el período de seis meses, la víctima habría recibido $\$ 1.800.000 \times 6 = \$ 10.800.000$, suma que resultaría mayor en \$ 181.620. En otras palabras, el cálculo permite descontar \$ 181.620 por pago anticipado del capital^{30}.

La tabla 4 es similar a las anteriores. una vez se determina el número de meses durante los cuales se va a calcular el daño material futuro periódico, se busca en la columna donde aparecen los meses en orden ascendente el factor correspondiente, que se multiplica por el lucro cesante futuro periódico, actualizado a la fecha de la sentencia.

Las diferencias que se presentan con la aplicación directa de la fórmula financiera se deben al número de dígitos empleados, que no alteran sustancialmente el resultado.

Tabla 4. Daño emergente y lucro cesante futuro periódico

	6%			6%			6%
Mes			Mes			Mes	
	0,004868			0,004868			0,004868
1	0,9952		8	7,8276		15	14,4316
2	1,9855		9	8,7848		16	15,3569
3	2,9710		10	9,7374		17	16,2776
4	3,9518		11	10,6854		18	17,1939
5	4,9278		12	11,6288		19	18,1058
6	5,8991		13	12,5676		20	19,0132
7	6,8657		14	13,5019		21	19,9163

Mes	6%		Mes	6%		Mes	6%
22	20,8149		50	44,2849		78	64,7711
23	21,7093		51	45,0656		79	65,4525
24	22,5992		52	45,8424		80	66,1305
25	23,4849		53	46,6155		81	66,8053
26	24,3663		54	47,3848		82	67,4769
27	25,2434		55	48,1504		83	68,1451
28	26,1163		56	48,9123		84	68,8102
29	26,9849		57	49,6705		85	69,4720
30	27,8494		58	50,4250		86	70,1306
31	28,7096		59	51,1759		87	70,7860
32	29,5657		60	51,9231		88	71,4382
33	30,4176		61	52,6668		89	72,0873
34	31,2654		62	53,4068		90	72,7332
35	32,1091		63	54,1432		91	73,3760
36	32,9487		64	54,8761		92	74,0157
37	33,7842		65	55,6054		93	74,6523
38	34,6157		66	56,3312		94	75,2858
39	35,4432		67	57,0534		95	75,9163
40	36,2666		68	57,7722		96	76,5437
41	37,0861		69	58,4875		97	77,1680
42	37,9016		70	59,1993		98	77,7893
43	38,7131		71	59,9077		99	78,4076
44	39,5208		72	60,6126		100	79,0230
45	40,3245		73	61,3141		101	79,6353
46	41,1243		74	62,0123		102	80,2447
47	41,9202		75	62,7070		103	80,8511
48	42,7123		76	63,3984		104	81,4546
49	43,5005		77	64,0864		105	82,0551

Mes	6%		Mes	6%		Mes	6%
106	82,6528		134	98,2611		162	111,8850
107	83,2475		135	98,7802		163	112,3382
108	83,8394		136	99,2968		164	112,7891
109	84,4284		137	99,8109		165	113,2379
110	85,0145		138	100,3226		166	113,6844
111	85,5978		139	100,8317		167	114,1289
112	86,1783		140	101,3384		168	114,5711
113	86,7560		141	101,8426		169	115,0113
114	87,3309		142	102,3444		170	115,4492
115	87,9030		143	102,8438		171	115,8851
116	88,4723		144	103,3407		172	116,3189
117	89,0388		145	103,8353		173	116,7505
118	89,6027		146	104,3274		174	117,1801
119	90,1637		147	104,8171		175	117,6076
120	90,7221		148	105,3045		176	118,0330
121	91,2778		149	105,7895		177	118,4564
122	91,8307		150	106,2722		178	118,8777
123	92,3810		151	106,7525		179	119,2969
124	92,9286		152	107,2305		180	119,7142
125	93,4736		153	107,7062		181	120,1294
126	94,0159		154	108,1796		182	120,5426
127	94,5556		155	108,6507		183	120,9538
128	95,0927		156	109,1195		184	121,3630
129	95,6272		157	109,5860		185	121,7702
130	96,1591		158	110,0503		186	122,1754
131	96,6884		159	110,5123		187	122,5787
132	97,2152		160	110,9721		188	122,9801
133	97,7394		161	111,4297		189	123,3795

Mes	6%		Mes	6%		Mes	6%
190	123,7769		218	134,1569		246	143,2173
191	124,1724		219	134,5022		247	143,5186
192	124,5660		220	134,8457		248	143,8185
193	124,9578		221	135,1876		249	144,1170
194	125,3476		222	135,5279		250	144,4140
195	125,7355		223	135,8665		251	144,7095
196	126,1215		224	136,2035		252	145,0036
197	126,5057		225	136,5388		253	145,2963
198	126,8880		226	136,8725		254	145,5876
199	127,2685		227	137,2046		255	145,8775
200	127,6471		228	137,5351		256	146,1660
201	128,0239		229	137,8639		257	146,4530
202	128,3988		230	138,1912		258	146,7387
203	128,7719		231	138,5169		259	147,0230
204	129,1433		232	138,8410		260	147,3059
205	129,5128		233	139,1636		261	147,5874
206	129,8805		234	139,4846		262	147,8676
207	130,2465		235	139,8040		263	148,1465
208	130,6107		236	140,1219		264	148,4239
209	130,9731		237	140,4383		265	148,7001
210	131,3338		238	140,7531		266	148,9748
211	131,6927		239	141,0664		267	149,2483
212	132,0499		240	141,3781		268	149,5204
213	132,4053		241	141,6884		269	149,7913
214	132,7591		242	141,9971		270	150,0608
215	133,1111		243	142,3044		271	150,3290
216	133,4614		244	142,6102		272	150,5959
217	133,8100		245	142,9145		273	150,8615

Mes	6%		Mes	6%		Mes	6%
274	151,1258		302	158,0288		330	164,0543
275	151,3888		303	158,2584		331	164,2547
276	151,6506		304	158,4869		332	164,4541
277	151,9111		305	158,7143		333	164,6526
278	152,1703		306	158,9406		334	164,8501
279	152,4283		307	159,1658		335	165,0466
280	152,6850		308	159,3898		336	165,2422
281	152,9405		309	159,6128		337	165,4369
282	153,1948		310	159,8348		338	165,6306
283	153,4478		311	160,0556		339	165,8234
284	153,6996		312	160,2754		340	166,0152
285	153,9501		313	160,4941		341	166,2061
286	154,1995		314	160,7118		342	166,3961
287	154,4476		315	160,9284		343	166,5852
288	154,6946		316	161,1439		344	166,7733
289	154,9403		317	161,3584		345	166,9606
290	155,1849		318	161,5719		346	167,1469
291	155,4283		319	161,7843		347	167,3323
292	155,6705		320	161,9957		348	167,5168
293	155,9115		321	162,2061		349	167,7005
294	156,1513		322	162,4155		350	167,8832
295	156,3900		323	162,6238		351	168,0651
296	156,6276		324	162,8312		352	168,2461
297	156,8640		325	163,0375		353	168,4262
298	157,0992		326	163,2428		354	168,6054
299	157,3333		327	163,4472		355	168,7837
300	157,5663		328	163,6505		356	168,9612
301	157,7981		329	163,8529		357	169,1379

Mes	6%		Mes	6%		Mes	6%
358	169,3137		386	173,9044		414	177,9115
359	169,4886		387	174,0571		415	178,0448
360	169,6627		388	174,2091		416	178,1774
361	169,8359		389	174,3603		417	178,3094
362	170,0083		390	174,5107		418	178,4408
363	170,1799		391	174,6605		419	178,5715
364	170,3506		392	174,8095		420	178,7016
365	170,5205		393	174,9578		421	178,8310
366	170,6896		394	175,1054		422	178,9598
367	170,8579		395	175,2523		423	179,0880
368	171,0253		396	175,3985		424	179,2156
369	171,1920		397	175,5439		425	179,3426
370	171,3578		398	175,6887		426	179,4689
371	171,5228		399	175,8327		427	179,5947
372	171,6870		400	175,9760		428	179,7198
373	171,8505		401	176,1187		429	179,8443
374	172,0131		402	176,2607		430	179,9682
375	172,1750		403	176,4019		431	180,0915
376	172,3360		404	176,5425		432	180,2142
377	172,4963		405	176,6824		433	180,3364
378	172,6558		406	176,8217		434	180,4579
379	172,8146		407	176,9602		435	180,5788
380	172,9725		408	177,0981		436	180,6992
381	173,1297		409	177,2353		437	180,8190
382	173,2862		410	177,3719		438	180,9382
383	173,4419		411	177,5078		439	181,0568
384	173,5968		412	177,6430		440	181,1748
385	173,7510		413	177,7776		441	181,2923

Mes	6%		Mes	6%		Mes	6%
442	181,4092		470	184,4622		498	187,1270
443	181,5255		471	184,5637		499	187,2157
444	181,6413		472	184,6648		500	187,3039
445	181,7565		473	184,7653		501	187,3917
446	181,8712		474	184,8654		502	187,4790
447	181,9852		475	184,9650		503	187,5659
448	182,0988		476	185,0641		504	187,6524
449	182,2118		477	185,1627		505	187,7385
450	182,3242		478	185,2609		506	187,8242
451	182,4361		479	185,3586		507	187,9095
452	182,5475		480	185,4558		508	187,9943
453	182,6583		481	185,5525		509	188,0787
454	182,7686		482	185,6488		510	188,1628
455	182,8783		483	185,7446		511	188,2464
456	182,9876		484	185,8399		512	188,3296
457	183,0962		485	185,9348		513	188,4124
458	183,2044		486	186,0292		514	188,4948
459	183,3120		487	186,1231		515	188,5768
460	183,4192		488	186,2166		516	188,6584
461	183,5258		489	186,3097		517	188,7396
462	183,6318		490	186,4023		518	188,8205
463	183,7374		491	186,4944		519	188,9009
464	183,8425		492	186,5861		520	188,9809
465	183,9470		493	186,6774		521	189,0606
466	184,0510		494	186,7682		522	189,1399
467	184,1546		495	186,8585		523	189,2187
468	184,2576		496	186,9485		524	189,2972
469	184,3601		497	187,0380		525	189,3754

Mes	6%		Mes	6%		Mes	6%
526	189,4531		553	191,4156		580	193,1369
527	189,5305		554	191,4834		581	193,1964
528	189,6075		555	191,5510		582	193,2557
529	189,6841		556	191,6182		583	193,3146
530	189,7603		557	191,6851		584	193,3733
531	189,8362		558	191,7516		585	193,4316
532	189,9117		559	191,8178		586	193,4897
533	189,9869		560	191,8837		587	193,5475
534	190,0616		561	191,9493		588	193,6051
535	190,1361		562	192,0146		589	193,6623
536	190,2101		563	192,0796		590	193,7193
537	190,2838		564	192,1442		591	193,7760
538	190,3571		565	192,2085		592	193,8324
539	190,4301		566	192,2726		593	193,8886
540	190,5028		567	192,3363		594	193,9444
541	190,5750		568	192,3997		595	194,0001
542	190,6470		569	192,4628		596	194,0554
543	190,7186		570	192,5255		597	194,1105
544	190,7898		571	192,5880		598	194,1653
545	190,8607		572	192,6502		599	194,2198
546	190,9312		573	192,7121		600	194,2741
547	191,0014		574	192,7737		601	194,3281
548	191,0713		575	192,8349		602	194,3818
549	191,1408		576	192,8959		603	194,4353
550	191,2100		577	192,9566		604	194,4886
551	191,2789		578	193,0170		605	194,5415
552	191,3474		579	193,0771		606	194,5942

Para elaborar la tabla 4 en Excel de Microsoft, a continuación presentamos las fórmulas correspondientes

1	A	B	Fórmula en Excel, para calcular el valor de una cifra periódica futura
2			
3			
4		6%	
5	Mes		
6		0,004868	$= (1 + 0,06)^{(A6/12)} - 1$
7	1	0,9952	$= ((1 + 0,004868)^{(A7)} - 1) / ((0,004868) * ((1 + 0,004868)^{(A7)}))$
8	2	1,9855	$= ((1 + 0,004868)^{(A8)} - 1) / ((0,004868) * ((1 + 0,004868)^{(A8)}))$
9	3	2,9710	$= ((1 + 0,004868)^{(A9)} - 1) / ((0,004868) * ((1 + 0,004868)^{(A9)}))$

Sección IV.

—Caso práctico de liquidación de perjuicios

Para resumir los conceptos de liquidación de perjuicios vistos, transcribimos un caso real juzgado en la Corte Suprema de Justicia en 2001. Para facilitar su comprensión, haremos un resumen del que denominaremos caso Cardozo-Hernández, por los apellidos de las partes en litigio.

1. HECHOS

1º) En un accidente de tránsito, un ciclista es atropellado por un carrotanque de propiedad de la demandada.

2º) Como consecuencia del accidente el ciclista atropellado sufre los siguientes daños: “pérdida de su pie derecho, por cuya causa cayó en inactividad laboral de un año, tuvo que asumir el costo de adquisición y adaptación de una prótesis para uso permanente, ver disminuidos sus ingresos y afrontar padecimientos de orden moral”.

3º) La demandada excepcionó culpa exclusiva de la víctima basada en un testimonio según el cual, el ciclista, antes de sufrir el accidente, estaba haciendo maniobras imprudentes. El juzgado de primera instancia no aceptó la culpa exclusiva de la víctima, pero sí concurrencia por lo que ordenó una reducción en el monto indemnizable.

4º) El tribunal superior, en segunda instancia revocó la sentencia condenatoria y en sustitución aceptó la causa extraña, culpa exclusiva de la víctima, por lo que absolvió a la demandada de toda responsabilidad civil.

5º) La sentencia del tribunal fue recurrida ante la Corte Suprema de Justicia, por haber violado de modo indirecto los artículos 2341, 2349, 2356

y 2357 del Código Civil, por inaplicación, y por error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas.

6°) La Corte concluyó que en efecto el tribunal había incurrido en error de hecho al no valorar adecuadamente las pruebas que obraban en el proceso, y por tanto casó la sentencia. En consecuencia, la Corte debió expedir una segunda sentencia sustitutiva condenatoria y liquidó los perjuicios causados al demandado.

7°) Para la liquidación de los perjuicios, la Corte pidió la intervención de peritos para calcular los daños materiales, atendiendo a los procedimientos técnicos de actualización.

8°) En la sentencia sustitutiva, la Corte adoptó los siguientes criterios para proceder a la liquidación:

a) Redujo la condena en un 40 por ciento por concurrir culpa de la víctima.

b) Para calcular el lucro cesante de la víctima, se toma el salario mínimo legal vigente a la fecha por no existir prueba de lo que la víctima producía, con lo cual se reitera la jurisprudencia de la Corte al respecto.

c) Estableció una pérdida de capacidad laboral del 30 por ciento, aplicando los criterios legales vigentes.

d) Con fundamento en esos criterios se procedió a *liquidar el lucro cesante pasado* desde el día 3 de octubre de 1987 (fecha del accidente) hasta julio de 2002, fecha de la liquidación, es decir, 177 meses. Con esos datos se aplicó la fórmula financiera de actualización de lucro cesante pasado y al resultado se le restó el 30 por ciento correspondiente a la incapacidad laboral permanente establecida. Al total se le dedujo el 40 por ciento, por concepto de compensación de culpas.

e) Para liquidar el *lucro cesante futuro* se calculó el número de meses entre la fecha del fallo (julio de 2002) y la época en que la víctima terminaría su vida laboral por cumplir 60 años, fecha de su jubilación. El tiempo calculado fue de 317 meses (julio de 2029), y se aplicaron las

fórmulas acudiendo a las tablas financieras para calcular el factor correspondiente.

f) Para calcular el *daño emergente*, de acuerdo con las tablas financieras se establece el valor bruto. Al resultado se le resta el 40 por ciento por compensación de culpas.

g) Para el *daño moral* que había sido fijado en \$ 500.000 por el juez de primera instancia, la Corte decide, en ejercicio del arbitrio judicial, incrementarlo a \$ 5.000.000 teniendo en cuenta “la magnitud del mismo, dado el padecimiento de la víctima y las secuelas que proyecta en su existencia”. A esta cifra no se descontó el 40 por ciento por compensación de culpas, lo que hace suponer que la Corte entiende la cifra neta.

h) Condena en costas, también con deducción del 40 por ciento.

Sugerimos al lector consultar el texto de las dos providencias que se transcriben a continuación, para observar cómo se aplican en la práctica de los principios generales de la reparación del daño: la reparación integral, la prueba de su existencia y la liquidación.

2. TEXTO DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno

Bogotá, D. C., seis (6) de abril de dos mil uno (2001)

Referencia: Expediente 6690

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 6 de diciembre de 1996, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, dentro del proceso ordinario de mayor cuantía seguido por Luis Armando Cardozo Sánchez contra oneyda Hernández de García.

A) *El litigio*

1) Se trata de la responsabilidad que se le imputa a la demandada, con ocasión de un accidente de tránsito, y las consiguientes condenas por daño emergente en moneda de igual poder adquisitivo, el lucro cesante futuro y consolidado y el daño moral, cuyos hechos esenciales admiten la siguiente síntesis:

El 3 de octubre de 1987, Luis Armando Cardozo transitaba en bicicleta por la carretera que conduce de Neiva a Tello, cuando fue atropellado por un carrotanque de propiedad de la demandada, conducido por Nicolás García Torrente; *como consecuencia de ese suceso sufrió la pérdida de su pie derecho, por cuya causa cayó en inactividad laboral de un año, tuvo que asumir el costo de adquisición y adaptación de una prótesis para uso permanente, ver disminuidos sus ingresos y afrontar padecimientos de orden moral.*

Contra lo anterior, *la demandada formuló la excepción de culpa exclusiva de la víctima, la cual en la sentencia de primera instancia no fue aceptada en esos términos, sino parcialmente por concurrir la culpa de la demandada; en tal virtud, a esta se le condenó a pagar las indemnizaciones solicitadas debidamente cuantificadas e indexadas.*

Con ocasión del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, *el Tribunal decidió revocar la sentencia del a quo, en cuyo lugar dictó sentencia absolutoria*, tras reconocer la excepción de culpa exclusiva de la víctima.

B) *Fundamentos de la sentencia del Tribunal*

1. En resumen, son los siguientes:

1º) Se hallan acreditados en el proceso: el accidente de tránsito, el daño físico sufrido por el demandante, la propiedad del vehículo en cabeza de la demandada y “los elementos de la responsabilidad civil extracontractual,

edificada con base en el artículo 2356 del Código Civil”, por lo que, aunque en principio la pretensión estaría llamada a prosperar, debe el Tribunal ocuparse de establecer si concurrió la culpa de la víctima como dedujo el juez; si hay lugar a incrementar el pago de la indemnización dispuesta contra la demandada del 20 por ciento al 70 por ciento, como pretende el demandante; o a eliminarlo totalmente, como reclama la demandada.

2º) La prueba de testigos, concretamente las declaraciones de Alvaro Cuenca y Luis Alfredo León (c. 5, folios 1 a 4), permite establecer sin lugar a equívocos que el actor al conducir la bicicleta en que se desplazaba el día del accidente, lo hacía violando flagrantemente las normas de circulación. No otra cosa puede deducirse cuando en vez de marchar por la derecha, a distancia del andén no mayor de un metro y sin invadir la vía de los vehículos, como le correspondía hacerlo cual lo indican las normas de tránsito a los ciclistas (C. N. de T., art. 156), marchaba de noche sin luces, zigzagueando y “por todo el centro del carril que le correspondía transitar”.

3º) Sobre el particular, los términos de la sentencia de primera instancia revelan que el juez extrajo de tales testimonios la total imprudencia de la víctima en el ejercicio de la actividad de conducir bicicletas, en cuanto se afirma, sin desconocer que frente a un automotor el riesgo de la misma es mínimo, que “no se entiende cómo transita una vía importante y congestionada, como quiera que da acceso a la ciudad, en presencia de deficiente alumbrado público, sin luces que indiquen su presencia en la vía y fuera de ello realizando piruetas en zigzag hacia el centro de la vía y no por su derecha”; hecho ante el cual se encontró el carrotanque, vehículo de superior riesgo, cuyo conductor, a pesar de tener pericia, “frente a dos hechos simultáneos, personas en la vía hacia la derecha lo que generó que se centrara y el ciclista realizando piruetas, por lo que en el preciso momento que se centró, aquel perdió el equilibrio, vino el choque, con las desafortunadas consecuencias para el demandante”; a su vez, el conductor efectuó “la maniobra de frenar bruscamente dejando huella en el pavimento,

en orden a evitar el infortunado suceso, pero a pesar de ello, este acaeció”, de todo lo cual el juez dedujo que se conjugaron tanto la culpa del demandante como del automotor, con preponderancia de aquel, pues “de haber tenido prudencia, ir por su lado, con luces, sin hacer piruetas, a pesar de la centrada del automotor la colisión no se había presentado, por lo que en aplicación de lo preceptuado en el artículo 2357 del Código Civil ha de reducirse la condena a imponer en un 80%”.

4º) Según el Tribunal, del anterior análisis brota de bulto la incongruencia del fallo apelado, “pues no obstante deducir de las pruebas la culpa grave, total y exclusiva de la víctima y la maniobra realizada por el conductor del vehículo para evitar el siniestro, lo cual evidentemente se infiere de lo declarado por los testigos y los datos que arroja el croquis del accidente”, concluye en la concurrencia de culpas de ambas partes para dar enseguida aplicación al artículo 2357 del Código Civil.

Esta incongruencia, añade, parece surgir del hecho de considerarse la mayor peligrosidad de la conducción de un automotor, de las características de un carrotanque, frente a la de conducir una bicicleta, pero se desentiende de la inferencia extraída de las pruebas, en punto a que de no ser por la imprudencia del ciclista, la colisión no se había presentado.

2. En ese orden de ideas, el Tribunal concluye reconociendo la excepción de culpa exclusiva de la víctima, como eximente de responsabilidad civil.

C) La demanda de casación

Cargo único

1. Se acusa a la sentencia de violar, de modo indirecto, los artículos 2341, 2349, 2356 y 2357 del Código Civil, por falta de aplicación, como consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas, que lo llevó a dejar de aplicar los artículos 1613 y 1614, *ibidem*.

2. error consiste en no haber tenido por demostrado, estándolo, la concurrencia de otros hechos concomitantes que generan la concurrencia de

culpas: a) la presencia de peatones en la calzada; b) la dirección que tomó el carrotanque —el centro de la vía invadiendo el carril ajeno—, para evitar atropellar a aquellos, en lugar de reducir la velocidad de la marcha para evitar tal desviación, que era lo prudente.

3. El tribunal no observó, o si lo hizo no le dio relevancia, que los testigos que apoyan su juicio, no permiten concluir que la culpa del accidente se debió a culpa exclusiva de la víctima.

4. Según el censor, el tribunal no tuvo en cuenta que de las declaraciones de García Torrente, Cortés León y Cuenca Cuenca, se deducen los siguientes hechos que descartan la culpa exclusiva de la víctima que, en forma contraevidente, halló demostrada el sentenciador: 1) que había peatones en la vía invadiendo el carril del carrotanque; 2) que el conductor de este viró hacia el centro de la carretera para evitar atropellarlos, invadiendo en parte el carril por el que venía, en dirección contraria, el ciclista; 3) que el conductor en lugar de frenar para evitar el atropello de los transeúntes, viró hacia el centro de la calzada; 4) que la única maniobra viable para el camión en las circunstancias de modo, lugar y tiempo, era disminuir la marcha y no invadir el carril contrario; 5) que el testigo Cuenca no es un testigo fiable, pues admite haber estado a 100 metros y haberse percatado del accidente después de ocurrido.

5. En fin, se alude en el cargo a que la prueba recogida, de la cual cita varios apartes, demuestra la imprudencia del conductor del carrotanque, sin dejar de reconocer la del ciclista, habiendo concurrido ambas a la generación del daño cuya reparación se reclama; a lo cual se agrega que el croquis no sirve para fundamentar la sentencia, porque no son muchos los datos que ofrece y tiene omisiones y errores en la situación que representa.

6. En conclusión, la culpa del demandante no puede ser plena, ni tampoco ausente, lo que impone la reducción de la indemnización; por modo que si el fallador acogió la valoración probatoria del juez de primera instancia, de la cual este dedujo que además de las “peripecias” del ciclista,

el conductor del carroタンque se centró en la vía para evitar atropellar a peatones en la vía, debió aceptar que la sola actividad del actor no fue la causa del siniestro.

D) *Consideraciones de la Corte*

1. Si bien es cierto que la culpa del demandado constituye uno de los elementos que integran la responsabilidad civil, el Código Civil colombiano considera la hipótesis consistente en que a la generación del daño, objeto de reparación pecuniaria, *concurra con aquella la propia culpa de la víctima*, en tanto esta se haya expuesto a él imprudentemente, caso en el cual, *en los términos del artículo 2357, “la apreciación del daño está sujeta a reducción”*; de ese modo, se atenúa la responsabilidad civil imputable al demandado, toda vez que si bien tiene que correr con las consecuencias de sus actos u omisiones culpables, no será de modo absoluto en la medida en que confluya la conducta de la propia víctima, en cuanto sea reprochable, a la realización del daño, inclusive hasta el punto de que si la última resulta exclusivamente determinante, el demandado debe ser exonerado de cualquier indemnización; y, a partir de allí, si fue apenas un hecho concurrente, *se impone, justa y proporcionalmente, una disminución del monto indemnizatorio reclamado*.

2. *Examinada la sentencia y el recurso, en los términos compendiados, es fácil advertir que el quid del asunto radica en establecer si, de acuerdo con las pruebas recaudadas en el proceso, existió culpa de ambas partes en el accidente de tránsito, o si se configuró una culpa exclusiva de la víctima, con las diversas consecuencias que tal disyuntiva supone: la reducción de la condena o la exoneración de responsabilidad civil del demandado, respectivamente; es lo único que aquí está en discusión*. En orden a esclarecer lo anterior, se impone confrontar las conclusiones fácticas del fallo impugnado con las pruebas recaudadas y las acusaciones del recurrente, como corresponde hacer para determinar si se presentan los

errores manifiestos de hecho que se le imputan al sentenciador, a lo cual se procede enseguida.

3. Sobre la culpa de la víctima no hay lugar a que la Corte efectúe un examen probatorio, puesto que la estableció el juez de primera instancia, al menos parcialmente; la verificó el tribunal con creces, tanto que halló estribo en ella para exonerar al demandado; y la reconoce la parte misma al recurrir en casación, quien busca una condena aunque no total contra el demandado; así lo dice paladinamente el cargo, en lo cual se capta una limitación del alcance del presente recurso. En síntesis, aquí se enjuicia únicamente la conclusión probatoria del tribunal sobre la culpa grave, total y exclusiva de la víctima, y sobre la maniobra realizada por el conductor del vehículo que a su vez consideró prudente para evitar el siniestro, en la medida en que según el sentenciador, de acuerdo con las inferencias que hizo tras de apreciar la prueba de testigos y los datos que arroja el croquis del accidente, de no ser por la imprudencia del ciclista, la colisión no se habría presentado.

4. Ahora bien, las pruebas en que funda sus conclusiones el tribunal y cuya errónea apreciación se denuncia, *le permiten a la Corte deducir lo siguiente:*

a) El testigo Cuenca Cuenca dice que vio pasar una persona en una bicicleta, zigzagueando, un taxi detrás que cambia luces y, después, la gente corriendo hacia el sitio del accidente. Este testigo acepta haber estado a más de 100 metros del accidente y no haberlo visto: “yo fui a mirar ahí fue cuando me di cuenta del accidente”. El error del tribunal radica en fundar sus conclusiones sobre los hechos, en la versión de este testigo situado a distancia del lugar de los acontecimientos, que por lo mismo ve unos hechos previos al accidente, pero no este, y hace afirmaciones típicas de un testigo de oídas: “La mayoría de la gente dijo que el pelado tenía la culpa por venir faroliando”.

b) El testigo Cortés León se refirió a que había peatones en la vía, da cuenta de que el carrotanque giró hacia el centro de la vía, del taxi que venía detrás del ciclista haciendo cambio de luces, de que este trastabilló y se fue encima del vehículo. Este testigo es de importancia, porque se encuentra a solo 20 metros del sitio del accidente, vio todo su desarrollo y su dicho es confiable. El error del tribunal consiste en ignorar dos afirmaciones de este declarante: que la víctima se fue contra el camión; que este invadió el otro carril, sin que se haya referido a que si no lo hacía necesariamente iba a atropellar a los peatones que transitaban por el lugar.

c) Aun la versión del conductor del carrotanque, García Torrente, permite fundar la participación culpable de este en la ocurrencia del daño, la cual trasciende para la responsabilidad del demandado. No haberlo visto, así el fallador resulta demostrativo del error ostensible de hecho cometido por el tribunal. En efecto, él afirmó en su declaración que la vía no tenía alumbrado público y el día del accidente estaba muy transitada por ser sábado, que “en el momento en que yo me centro un poco para evitar la gente que venía por la berma, a unos 30 o 40 metros veo un ciclista que venía por su derecha zigzagueando y la cicla sin luces”, que detrás de este venía un carro cambiando de luces, que el declarante se hizo hacia el centro de la carretera y “en segundos él [ciclista] se enredó en la cicla lo más probable, él se me vino en picada al lado de la puerta mía de conductor, en ese momento no tuve otro chance que frenar”; acepta, pues, en lo suyo, que vio la maniobra imprudente del ciclista con anticipación y que previamente invadió el carril contrario de la vía por donde justamente venía el ciclista, en su sentir por la presencia de peatones, pero sin aludir a que era la única manera de evitar atropellarlos, ni a que era inminente que ello ocurriera.

d) El croquis del insuceso que levantó el Instituto de Tránsito y Transportes (folio 24, cuaderno núm. 4) indica que en la vía que de Neiva conduce a Tello, de 6.90 metros de ancho, el accidente ocurrió sobre la calzada que corresponde a la entrada a Neiva, es decir, en la vía que llevaba

el demandante, por cuanto fue a 2.75 mts., del borde de ese lado y a 4.10 mts., del extremo del carril que corresponde a la salida que de Neiva conduce a Tello, sentido que llevaba el carrotanque el día del accidente. Así las cosas, teniendo en cuenta que el ancho total de la vía era de aproximadamente 6.90 mts., el carrotanque no debió circular sobrepasando los 3.45 mts., aproximadamente, resultando que el lugar indicado por el croquis sobrepasa tal límite; datos a los cuales el sentenciador no les dio ningún valor.

5. *De los errores de hecho antes descritos se puede deducir, entonces, la concurrencia de culpas*; aquellos en últimas consisten en que, de acuerdo con las pruebas analizadas, el tribunal dedujo en forma absoluta la prudencia del conductor de esta, y no vio que de acuerdo con la distancia en que él mismo dice vio al ciclista zigzagueando, que en las circunstancias del tránsito por el lugar y de acuerdo con la concurrencia de peatones, el conductor se desvió invadiendo el carril contrario sin prever otro comportamiento ni las consecuencias respecto de la persona que subía por el lado contrario en bicicleta, y en que le dio fuerza a testimonios que no la tenían.

6. *Desde esa perspectiva, puede concluirse que en el presente caso si bien es cierto que hubo culpa de la víctima, ella no fue exclusiva*, pues se advierte la incidencia en el resultado dañoso de la conducta de quien iba conduciendo el carrotanque, aunque en menor intensidad, toda vez que a pesar de la ostensible imprudencia del ciclista, que dicho conductor advirtió, decidió invadir el carril contrario por donde venía la víctima del accidente, sin prever las consecuencias de su acto; desde luego, que tal comportamiento se califica de imprudente dado que no hay evidencia indicativa de que esa maniobra fuera la única medida posible para evitar el atropello de peatones, como tampoco la hay de que esta posibilidad fuera inminente por la presencia súbita de otras personas frente a las cuales se impusiera necesariamente esa conducta supuestamente previsible.

7. *Los errores de apreciación probatoria denunciados son manifiestos, en la medida en que el sentenciador no apreció los hechos así, a pesar de las aludidas demostraciones;* el fallador se extendió al hacer el examen de la conducta del ciclista y apenas someramente se refirió a la del conductor del vehículo hallándola, además, perfectamente prudente, sin serlo; exaltó el propósito de este de evitar el accidente por la profunda huella de la frenada, o por querer evitar atropellar los peatones que iban por su lado, lo cual, si bien pudo ser verdad, no demuestra, *per se*, que su actuación haya estado exenta de imprudencia en las circunstancias anotadas. Y son trascendentes, porque de esta errada representación de los hechos derivó su decisión de exonerar al demandado de toda responsabilidad.

Igualmente, tales errores fueron determinantes para la violación de las normas sustanciales que reseña el cargo, en cuanto precisamente por su presencia el tribunal encontró una causalidad inadecuada del accidente, cuyo reconocimiento fue fruto de la falsa apreciación de los hechos, pues halló un motivo de exoneración de la responsabilidad civil reclamada en este proceso fundado en la culpa exclusiva de la víctima, en lugar de reconocer que se abría campo la reducción de la condena deprecada, dada la imprudente exposición del demandante al daño sufrido, en los términos del artículo 2357 del Código Civil.

8. En virtud de la prosperidad del cargo, la sentencia de segunda instancia tendrá que ser casada, resultando así mismo suficientes las consideraciones ya expuestas para proferir una condena contra la demandada Oneyda Hernández de García, propietaria del automotor comprometido en el accidente; empero, no se dictará aún el fallo sustitutivo correspondiente, pues la Corte en aplicación a lo dispuesto en el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 307 *ibidem*, *decretará previamente la práctica de pruebas de oficio particularmente destinadas a actualizar el valor de las condenas.*

9. No obstante lo anterior, para dictar la providencia que sustituya la recurrida en casación, estima la Sala necesario precisar desde ya que habiendo ambas partes apelado la sentencia de primera instancia, *la Corte no estará sujeta a limitaciones en punto de establecer el porcentaje de la indemnización que la demandada debe cubrir, claro que dentro de lo pedido y establecido dentro del proceso, teniendo en cuenta que, en los términos del artículo 2357 del Código Civil, la apreciación del daño está sujeta a reducción, pues aunque medió, hasta cierto punto, la culpa del conductor del vehículo de propiedad de la demandada, no debe desatenderse el hecho de que el ciclista transitaba haciendo las maniobras extrañas e imprudentes de las que ya se ha dado cuenta, conducta que incidió con mayor intensidad en el resultado final del accidente*, dadas las circunstancias que rodearon los hechos; en verdad, quien conduce un automotor corre el riesgo de causar un accidente, pero también quien transita por la vía en que aquel circula debe observar el cuidado y diligencia debidos que en este caso no fueron acatados por el actor, como él mismo lo reconoce, con lo cual se expuso imprudentemente para resultar siendo víctima del accidente; en tal virtud, se impone reducir la apreciación del daño a fin de reconocer a la parte demandante el 40 por ciento de la indemnización por los daños que le fueron causados, cuyo detalle se hará en el fallo sustitutivo.

E) *Decisión*

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia de 6 de diciembre de 1996, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en el proceso arriba referido, sin costas en el recurso de casación dada la prosperidad de la demanda con que se sustentó el mismo.

Antes de dictar el fallo sustitutivo, se decreta la siguiente prueba:

Disponer la complementación del dictamen pericial rendido dentro del proceso, que obra a folio 90 del cuaderno principal y que fuera aclarado y complementado mediante escritos que se leen a folios 105 y 119 del mismo cuaderno, con el fin de que en un término no mayor de diez (10) días, los peritos establezcan en cantidad numérica cierta, el valor actual de los perjuicios, daño emergente y lucro cesante, padecidos por el demandante a raíz de las heridas recibidas con ocasión del accidente de tránsito ocurrido en la carretera que de Tello conduce a Neiva el 3 de octubre de 1987; todo en consideración a los datos que sobre el particular ofrece el expediente.

Con el fin de que sean adoptadas todas las medidas necesarias para que tenga cabal cumplimiento esta providencia, con amplias facultadas legales, incluidas la de disponer el relevo de los peritos, si a ello hubiere lugar, y designar otros que los sustituyan, así como también la de ordenar el traslado del dictamen complementario de conformidad con el artículo 238 numeral 4 del Código de Procedimiento Civil y fijar honorarios correspondientes, se comisiona al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva.

Por secretaría líbrese despacho comisorio con los insertos del caso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

3. TEXTO DE LA SENTENCIA SUSTITUTIVA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno

Bogotá D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil dos (2002).

Referencia: Expediente 6690

Procede la Corte a dictar *sentencia sustitutiva* de la que fue proferida el 6 de diciembre de 1996 por la Sala de Casación Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en el proceso ordinario de mayor cuantía de Luis Armando Cardozo Sánchez contra Oneyda Hernández de García, en

cuanto corresponde hacerlo de conformidad con lo resuelto con ocasión del recurso de casación.

A) *Antecedentes*

1. Dentro del nombrado proceso, el Juzgado 3° Civil del Circuito de Neiva declaró parcialmente la responsabilidad civil extracontractual de la parte demandada, y en consecuencia la condenó a pagar en favor del demandante las siguientes sumas de dinero: por lucro cesante \$ 1.046.534; por daño emergente \$ 135.165; *y por daño moral \$ 500.000*, después de considerar la excepción de culpa de la víctima pero de manera parcial, reduciendo las indemnizaciones a un 20 por ciento.

2. Contra dicho fallo ambas partes interpusieron recurso de apelación, por cuyo resultado el tribunal decidió revocarlo y, en su lugar, dictó sentencia absolutoria, tras de reconocer la excepción de culpa exclusiva de la víctima.

3. Empero, la sentencia de segundo grado fue objeto del recurso de casación de la parte demandante, a raíz del cual la Corte señaló, con la amplitud necesaria, las razones de hecho por las cuales era pertinente concluir que el tribunal omitió tener en cuenta algunas pruebas obrantes en el plenario para confirmar la declaración de responsabilidad de la parte demandada.

4. Sentadas estas premisas y por cuanto la relación procesal existente se ha configurado regularmente y, así mismo, en su desenvolvimiento no se ha incurrido en defecto alguno que haga indispensable darle aplicación al artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, *corresponde ahora dictar sentencia de reemplazo, y para tal fin son pertinentes las siguientes:*

B) *Consideraciones*

1. En la especie de este proceso de responsabilidad civil, y a propósito del recurso de casación interpuesto por la parte demandante, quedó definida

aquella y, por consiguiente, la obligación de reparar perjuicios al demandante derivados de accidente de tránsito; se advirtió en el fallo de casación, y aquí se repite, que en virtud de la participación de la víctima en el hecho dañoso, en tanto que se expuso imprudentemente, “se impone reducir la apreciación del daño a fin de reconocer a la parte demandante el 40 por ciento de la indemnización por los daños que le fueron causados”.

2. En tal virtud, y dada la necesidad de actualizar el valor de las condenas correspondientes, la Corte decretó de oficio la complementación del dictamen pericial rendido dentro del proceso, con el fin de establecer el valor actual de los perjuicios, daño emergente y lucro cesante, padecidos por el demandante con ocasión del accidente de tránsito.

3. No obstante que a dicha experticia, visible a folios 141 y 142 del cuaderno de la Corte, se le imprimió el trámite de traslado previsto en el numeral 4 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, el cual pasó en silencio, sus resultados no serán acogidos porque no consultan los criterios que, para el cálculo del daño emergente y del lucro cesante pasado y futuro, están establecidos por la jurisprudencia de esta Corporación (sents. 152 de 4 septiembre 2000, exp. 5260; 071 de 7 octubre 1999, exp. 5002), especialmente porque en relación con el cálculo del lucro cesante hasta diciembre de 1991, suma el valor de los salarios mínimos dejados de percibir por el demandante, sin consideración a su capacidad laboral, y también porque no incorporó cálculo alguno sobre el lucro cesante futuro.

4. *En este sentido, procede la Corte a efectuar la liquidación correspondiente, con base en los siguientes criterios:*

a. Para determinar el lucro cesante se tomará como “cálculo actualizado del monto indemnizable” *el salario mínimo legal, ante la falta de otros elementos de juicio; y en tal sentido el que se tendrá en cuenta será el hoy vigente, en cuanto trae “ implícita la pérdida del poder adquisitivo del peso” tal como lo ha dicho la Corte* (sent. de 25 de octubre de 1994, “G. J.”, t. ccxxxi, pág. 870). Pues bien, para el presente año es la suma de \$

309.000 mensuales según el decreto 2910 de 2001 y, por ello, este monto es la base actual para la liquidación de que se trata.

b. *Se tendrán en cuenta las tablas financieras que la jurisprudencia ha adoptado en los fallos citados, así como el año 2029, como época en la cual el demandante arribaría a los 60 años de edad, tomada esta como factor límite de probabilidad de vida con capacidad laboral en el primer dictamen pericial rendido en el presente proceso.*

c. En relación con la capacidad laboral, dada la circunstancia de que con la invalidez producida por el accidente, la víctima no perdió la totalidad de aquella; y dada también la circunstancia de que el juez de primera instancia estimó dicha pérdida en un 20 por ciento, con un precario fundamento que no consultó los criterios legales aplicables, la Corte, al consultar las disposiciones que tienen como finalidad determinar el origen de la invalidez y cuantificar su grado, así como establecer el procedimiento para medir *la pérdida de la capacidad laboral para facilitar las labores de las juntas de calificación, la fija en un 30 por ciento, factor que incidirá en el cálculo del lucro cesante pasado y futuro deducible de la situación planteada.*

En efecto, el decreto 776 de 1987, vigente para la fecha del siniestro, modificó la tabla de evaluación de incapacidades resultantes de los accidentes de trabajo, y en el numeral 360, a la pérdida de un miembro inferior por debajo de la rodilla le adscribió un margen de pérdida de la capacidad laboral entre el 30 y el 55 por ciento, siendo el porcentaje escogido una ponderación equitativa entre los límites autorizados, en consideración fundamentalmente a la actividad que habitualmente desempeña la víctima, y dado que no obran otros elementos de juicio que permitan superar esa base mínima legal.

d. *Igualmente, se hará la reducción de las condenas a un 40 por ciento por la concurrencia de culpas, conforme quedó explicado anteriormente, en virtud de la exposición imprudente de la víctima.*

5. Con estas bases e instrumentos, se procede a hacer la liquidación total del monto indemnizable, así:

C) Liquidación lucro cesante pasado:

Desde el 3 de octubre de 1987, fecha del siniestro, hasta julio de 2002, fecha de liquidación: 14 años y nueve meses, o *177 meses*.

Se aplica la siguiente fórmula para obtener el resultado de la tabla respectiva:

$$VA = LCM \times S_n.$$

Donde: VA = valor actual del lucro cesante pasado total incluidos intereses del 6 por ciento anual.

LCM = lucro cesante mensual actualizado.

S_n = valor acumulado de la renta periódica de un peso que se paga “n” veces a una tasa de interés “i” por período.

Resultados:

$VA = \$ 309.000 \times 126.090414 = \$ 38.961.937$, que reducido a un 30 por ciento por la pérdida establecida de la capacidad laboral, arroja una suma de \$ 11.688.581; cifra que reducida a su vez a un 40 por ciento, por la intervención concurrente de culpas, equivale a \$ 4.675.432.

D) Liquidación lucro cesante futuro:

En el año 2029, el demandante cumplirá 60 años, conforme al primer dictamen rendido en el presente proceso; para ello faltan, a partir de julio del presente año, 317 meses, que de acuerdo con la tabla respectiva arroja un factor de 158.848240.

Resultados:

$VA = \$ 309.000 \times 158.848240 = \$ 49.084.106$, que reducido a un 30 por ciento por la pérdida de la capacidad laboral, arroja una suma de \$ 14.725.231; cifra que reducida a su vez a un 40%, por la intervención concurrente de culpas, equivale a \$ 5.890.092.

Total por lucro cesante, \$ 10.565.525.

E) *Liquidación daño emergente:*

En este aspecto, la liquidación aplica la tabla respectiva actualizando el valor estimado en febrero de 1991, conforme al primer peritaje rendido en el proceso, y calculándolo a julio de 2002, con base en el factor que corresponde a 137 meses corridos entre las dos fechas citadas, es decir, 2.0154.

Resultados:

VA = \$ 473.149 x 2.0154 = \$ 953.584, que reducido a un 40 por ciento por la intervención concurrente de culpas, equivale a \$ 381.433.

6. *Ahora bien, en relación con el daño moral cuyo monto se fijó en la cantidad de \$ 500.000, resulta indispensable reajustar esta cifra en consideración a la magnitud del mismo, dado el padecimiento de la víctima y las secuelas que proyecta en su existencia, para elevarla a la suma de \$ 5.000.000, en aplicación del arbitrio judicial por el que se le permite al juez hacer la estimación correspondiente. Desde luego que tal modificación puede hacerse en virtud de que la apelación fue interpuesta por ambas partes.*

7. Finalmente, en materia de costas judiciales causadas en ambas instancias, se condenará a la parte demandada en costas de la primera instancia, pero su monto será reducido en un 40 por ciento, conservándose la proporción establecida para las condenas principales; sin que haya lugar a imponérselas en la segunda instancia, dada la prosperidad del recurso de apelación por ella interpuesto. En lo demás, la sentencia del juzgado no sufre modificación alguna.

F) *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,

Resuelve:

Primero: Confirmar los numerales 1 y 3 de la sentencia de 31 de agosto de 1994 proferida por el Juzgado 3° Civil del Circuito de Neiva, y *modificar* el numeral [sic] 2 y 4 de ese proveído, en el sentido de:

A) *Condenar* a Oneyda Hernández de García a pagar a Luis Armando Cardozo Sánchez las siguientes sumas de dinero: \$ 10.565.525 por concepto de lucro cesante; \$ 381.433 por daño emergente, y \$ 5.000.000 por daño moral.

B) *Condenar* a la parte demandada en costas de la primera instancia, pero solo hasta un 40 por ciento del valor que se liquide.

Segundo: No se condena en costas de la segunda instancia, por las razones indicadas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, Notifíquese, y devuélvase.

CAPÍTULO TERCERO

LA LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO EXTRAPATRIMONIAL

Sección I.

—Prueba del daño moral

A partir del estudio de la jurisprudencia colombiana sobre la reparación del daño moral, se pueden sistematizar las reglas generales de reparación de los demás daños extrapatrimoniales.

1. HAY QUE PROBARLO EN SU EXISTENCIA Y EN SU INTENSIDAD

Hay que probar el daño en su existencia y en su intensidad. No se presume, aunque en ciertos casos opera la “presunción judicial” a partir de los indicios. La certeza, estado de la mente en que se tiene como verdadero o real algo, es la condición necesaria para toda sentencia judicial. El juez ha de llegar a ella por medio del acervo probatorio (indicios, testimonios, presunciones, confesiones, inspecciones judiciales, peritazgos, etc.)^[1]. Veamos el tratamiento que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado le han dado al modo de probar los perjuicios morales.

Para la liquidación de los perjuicios extrapatrimoniales no existe un criterio objetivo único, de modo que este es uno de los problemas más discutidos en la doctrina comparada. Como solución al problema se han propuesto el método de baremos, o sistema de tarifas preestablecidas, y el método de liquidación por equidad.

En otros regímenes jurídicos se ha adoptado el sistema de baremos, mediante un cuadro gradual establecido para evaluar los daños morales causados. Es un sistema de indemnizaciones tarifadas previamente por el legislador. Este sistema se aplica en España, que estableció por medio de la ley 30 de 1995 la escala de indemnizaciones debidas por daños a la imagen estética ocurridos en accidentes de tránsito. Este sistema gradúa los daños y la respectiva indemnización en ligero, moderado, medio, importante, muy considerable y considerable^{2}. En Colombia no se ha aplicado este sistema^{3}.

La equidad ha sido aplicada de ordinario por la jurisprudencia colombiana y ahora tiene exigencia legal por lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 446 de 1998: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de *reparación integral y equidad* y observará los criterios técnicos actuariales” (sin bastardilla el original).

El Consejo de Estado en un caso de liquidación de daño moral en beneficio de los parientes de la víctima, afirmó que en ejercicio del prudente arbitrio el juez, “deberá tener en cuenta el *grado* de parentesco existente entre el damnificado y la víctima, así como la naturaleza de los hechos; por regla general, cuando el daño se deriva de la muerte o de la invalidez absoluta y definitiva del padre o madre, cónyuge o compañero(a), o de un hijo, se ha reconocido el monto máximo, y en relación con los demás parientes, así como frente a otras fuentes de reparación del daño moral, a partir de allí, en una menor medida”^{4}.

2. EL “ARBITRIUM IUDICIS” PARA LA VALORACIÓN DEL PERJUICIO MORAL

Nuestra Corte Suprema acepta la reparación del daño moral, siempre y cuando se pruebe su existencia; en cuanto al monto o cuantía se deja al buen criterio del juez. Teniendo este perjuicio naturaleza extrapatrimonial y, por tanto, indeterminable y económicamente inasible, su reparación, al no

ser resarcitoria sino paliativa de los padecimientos, no se encuentra sujeta a prueba directa alguna de su *quantum* moral y económico, ni siquiera la pericial evaluativa, por ser inconmensurable este objeto y por lo mismo siempre se le ha dejado al *arbitrium iudicis*^{5}.

Al respecto es elocuente la siguiente sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la que señala claramente que el *arbitrium iudicis* opera únicamente en cuanto a la estimación económica del perjuicio moral, pero no para determinar su existencia que debe ser acreditada por los medios normales de prueba. No puede dejarse, pues, a la imaginación o benevolencia del juez, determinar la existencia del perjuicio que se alega. La sentencia de la Corte Suprema que recoge este criterio jurisprudencial dice:

“El [...] *arbitrium iudicis* [...] opera únicamente en relación con la estimación *cuantitativa del perjuicio moral, mas no así con su existencia*, la cual, como acontece igualmente con cualquier clase de daño y dejando a salvo situaciones de excepción previstas [...] requiere ser demostrado aun valiéndose de la prueba por indicios, y la procesal correspondiente incumbe, como es fácil intuirlo, a la parte interesada en obtener la conveniente satisfacción pecuniaria. Valga, pues, llamar la atención una vez más en que el hecho de aceptar como postulado de general aplicación el que pregonaba la resarcibilidad de los perjuicios no patrimoniales injustamente causados, «[...] no significa de suyo que esa clase de reparación sea ilimitada, bastándole por lo tanto a los demandantes, en un caso dado, reclamarla para dejarle el resto a la imaginación, al sentimiento o al cálculo generoso de los jueces [...]»; lo que equivale a decir que cuando del daño moral puro se trata, «[...] *son condiciones indispensables para su compensación que sea personal de quien acciona y, además, que sea cierto*, implicando esta segunda exigencia *que la existencia y la intensidad del agravio alegado encuentren consistente respaldo procesal*, toda vez que [...] es apenas cuantificación monetaria, y siempre dentro de restricciones

caracterizadamente estrictas, la materia en la que al juzgador le corresponde obrar según su prudente arbitrio”^[6]. (sin bastardilla en el original).

3. PRUEBA DEL PERJUICIO MORAL EN CASO DE MUERTE DE PARIENTES

Es imprescindible tener en cuenta el criterio de la jurisprudencia, según el cual no es suficiente demostrar un vínculo determinado con la persona de quien se dependía económicamente, v. gr., cónyuge, compañero permanente, padres e hijos, para obtener la compensación por daño moral. Es doctrina constante de la jurisprudencia que es “necesario probar por lo menos con hechos indiciarios que realmente existía una situación afectiva, sentimental, moral, de tal intensidad, que al producirse la muerte, esa situación resulta gravemente afectada y debía presumirse que causa, pues, una aflicción, verbigracia, el trato especial que se daban los compañeros, el afecto recíproco, o la manera como existían las relaciones personales entre quien daba la ayuda y quien la recibía”^[7].

4. LA PRESUNCIÓN JUDICIAL EN EL CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado ha sostenido que el juez puede inferir la existencia del daño moral por indicios que obran en el proceso. La Corte Suprema de Justicia sostiene la misma tesis. Este tipo de inferencia, denominado presunción judicial, ha permitido en ciertas ocasiones establecer la existencia del daño moral por la prueba del vínculo familiar o afectivo entre la víctima fallecida y el demandante. Esposa(o) e hijos, normalmente sufren un daño moral por la pérdida del cónyuge y padre o madre, y viceversa.

“Los perjuicios morales subjetivos están sujetos a prueba, prueba que, cuando la indemnización es reclamada por los parientes cercanos del muerto, las más de las veces puede residir en una presunción judicial. Y que nada obsta para que esta se desvirtúe por el llamado a indemnizar poniéndole de presente al fallador aquellos datos que, en su sentir, evidencian una falta o una menor inclinación entre parientes [...]”,

conclusión que está precedida de que la presunción judicial o de hombre “[...] dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo [...] se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por sus padres, hijos, hermanos o cónyuge [...]”^{8}.

La presunción judicial es un verdadero medio de prueba y se distingue, según doctrina acogida por nuestra jurisprudencia, de las presunciones legales porque “al ser establecidas por el legislador, implican realmente que determinados hechos están exentos de demostración”^{9}. El Consejo de Estado al distinguir la presunción judicial de la legal, ha dicho que el parentesco puede constituir, en la mayoría de los casos, un *indicio* de la existencia del afecto entre las personas y consiguientemente el daño moral puede inferirse al morir una de ellas, pero pueden darse en el expediente otros elementos que impidan hacer esa presunción judicial. En este sentido en el año 2000 el Consejo de Estado señaló:

“[...] las presunciones establecidas en la ley deben aplicarse siempre que aparezca demostrado el hecho antecedente en el cual se fundan. Tratándose de indicios, en cambio, la presunción será construida por el juez, en cada caso concreto, según su libre criterio, siempre que existan los elementos necesarios para aplicar la respectiva regla de la experiencia y no obre en el proceso otra prueba que permita concluir que se trata de una situación especial, que se aparta de la generalidad.

”[...] debe decirse que si bien la jurisprudencia [...] ha recurrido tradicionalmente a la elaboración de presunciones para efectos de la demostración del perjuicio moral, en relación con los parientes cercanos, es claro que aquellas se fundan en un hecho probado, esto es, la relación de parentesco, de manera que a partir de ella —que constituye el hecho indicador, o el indicio propiamente dicho, según la definición contenida en

el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil—, y con fundamento en las reglas de la experiencia, se construye una presunción, que permite establecer un hecho distinto, esto es, la existencia de relaciones afectivas y el sufrimiento consecuente por el daño causado a un pariente, cuando este no se encuentra probado por otros medios dentro del proceso. Y tal indicio puede resultar suficiente para la demostración del perjuicio moral sufrido, en la mayor parte de los casos; en otros, en cambio, pueden existir elementos de convicción en el expediente que impidan la aplicación llana de la correspondiente regla de la experiencia”^{10}.

Cada vez más frecuentemente, el Consejo de Estado ha determinado que “ *la simple acreditación del parentesco*, para los eventos de perjuicios morales reclamados *por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos* cuando alguno de estos haya muerto o sufrido una lesión —esta última sin importar que sea grave o leve, distinción que no tiene justificación práctica y teórica alguna para efectos de la presunción del perjuicio, sino, por el contrario se relaciona con el grado de intensidad en que se sufre—, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política, *debe presumirse que el peticionario los ha padecido*”^{11}. (sin bastardilla el original).

En consecuencia, en ese caso el Consejo de Estado negó extender la presunción a los sobrinos. “Ahora bien, no sucede lo propio con el perjuicio derivado de las lesiones de Ana Catherine Ceballos Salazar (sobrina), como quiera que la presunción aceptada por la Sala no cobija al tercer grado de parentesco, circunstancia por la cual se requería, en el asunto *sub examine*, de prueba que demostrara la existencia del daño, lo cual no sucede en el proceso de la referencia”^{12}. (sin bastardilla el original).

La presunción judicial de la existencia del daño moral también se ha aplicado por el Consejo de Estado y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del daño moral sufrido por las víctimas de violación de derechos humanos y por sus familiares^{13}.

Congruente con estos principios, el Consejo de Estado negó el reconocimiento del perjuicio moral a dos hermanos menores de una víctima que permaneció hospitalizada cinco días, porque, precisamente, la presunción judicial no tenía base lógica dentro de las circunstancias del caso concreto y las pruebas en el proceso:

“[...] debe tenerse en cuenta que dos de ellos, Yadira Floralba y Héctor Arnulfo, eran muy pequeños en la época en que Neri Florencio sufrió el accidente; en efecto, la primera tenía 3 años y medio, y el segundo tenía dos años y medio, según se desprende de los respectivos certificados de registro civil de nacimiento. Esta circunstancia permite concluir que carecían de la madurez necesaria para percibir y comprender la situación que afectó a su hermano mayor. Debe anotarse, igualmente, que Neri Florencio Hurtado permaneció hospitalizado solo cinco días, razón por la cual no estuvo separado de su familia por un período muy largo. Así las cosas, considera la Sala que, en relación con los citados hermanos, *la prueba del parentesco no constituye indicio suficiente para construir una presunción* que permita demostrar la existencia del daño moral, el cual tendría que aparecer plenamente acreditado en el proceso, con fundamento en medios directos de convicción, que se echan de menos en este caso”^{14}. (sin subrayas en el original).

El Consejo de Estado advierte que el caso *sub iudice* no se puede interpretar en el sentido de que los menores de corta edad no puedan sufrir daño moral. Tal interpretación sería equivocada, pues los menores son precisamente quienes se afectan con mayor intensidad^{15}. Y concluye su argumento el Consejo de Estado, así: “este daño existirá con seguridad en aquellos eventos en que se ha producido la muerte del padre o la madre del menor, dada la importante relación de afecto y solidaridad que existe entre los padres y los hijos, lo que supone un sufrimiento profundo para quien se ve privado de ella durante el resto de su vida. Con fundamento en

consideraciones similares, se ha reconocido en varias ocasiones el daño moral reclamado por el hijo póstumo”^{16}.

En conclusión, la existencia e intensidad de los perjuicios morales requiere una actividad probatoria por parte del demandante en orden a aportar los elementos de juicio necesarios para que el juez pueda llegar a una certeza relativa de su existencia y apreciar el grado o intensidad. No se puede limitar a la mera prueba del parentesco con la prueba documental pertinente, ni suponer que la relación familiar en concreto será suficiente. Siempre será conveniente aportar elementos de juicio^{17}.

Sección II.

— Topes máximos de indemnización por daño extrapatrimonial

La segunda regla de la reparación del perjuicio extrapatrimonial consiste en que probado, su liquidación en dinero se hace de ordinario dentro de los límites que la jurisprudencia ha establecido para su valoración. En el caso del daño moral causado por delitos, el Código Penal ha establecido un tope de obligatorio cumplimiento.

El límite máximo como compensación por el daño moral sufrido, sugerido en la justicia ordinaria es de \$ 40.000.000^{18}. En la jurisdicción contencioso administrativa de hasta 100 salarios mínimos legales mensuales. No obstante, ya se vislumbra la intención de elevarlo al tope que establece el Código Penal; en fallo proferido en 2007, y sin explicaciones, el Consejo de Estado concedió doscientos salarios mínimos legales vigentes^{19}.

En fallo de 2006, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, afirmó: “Ninguna razón tendría que la jurisdicción penal pudiera imponer condenas por concepto de perjuicios morales hasta el límite de mil salarios mínimos legales mensuales y la contencioso administrativa se

limitara a cien, cuando la única diferencia es que en lo penal el perjuicio deriva de una conducta punible mientras que en lo administrativo lo es el hecho, la acción u omisión de la administración, pero al final de cuentas los motivos que en lo penal o en lo administrativo dan lugar a la condena por perjuicios morales serían prácticamente los mismos”^{20}.

El *iter* en la jurisprudencia para llegar hasta estos topes, se remonta a 1936, fecha en la que la jurisprudencia estableció un límite máximo de dos mil pesos como cantidad que el juez podía conceder en caso de daño moral causado por el delito. A partir de entonces, la Corte Suprema asumió el límite establecido por el legislador en materia penal, para aplicarlo en todos los casos de daños morales en responsabilidad civil.

En 1974, la Corte Suprema dio un giro en su jurisprudencia (ponencia de Germán Giraldo Zuluaga) al establecer que el límite del Código Penal, por su carácter restrictivo, no podía ser aplicado por analogía en los procesos civiles y solo tenía vigencia para los perjuicios morales que tuvieran como causa el delito al tenor del texto del artículo 95 del citado Código. Consideró la Corte que no existiendo ese límite por disposición legal, debía establecerse uno discrecional por la vía de la jurisprudencia. La Corte consideró conveniente mantener un límite máximo en el monto del daño moral y lo fijó en \$ 30.000, y dijo que “teniendo de presente la desvalorización de la moneda y el fin perseguido en una condena de satisfacción y no de compensación, es por ahora la indicada para mitigar o satisfacer un perjuicio de aquella naturaleza padecido en su mayor intensidad”^{21}, debiéndose aplicar una cifra menor cuando el perjuicio fuera de grado menor por la lejanía del vínculo de parentesco del demandante con la víctima directa.

Luego, la Corte ha venido determinando esos límites máximos^{22}.

En fallo de 2009, en que la Corte Suprema reconoce el daño a la vida de relación, elevó a \$ 40.000.000 el monto de la indemnización por daño moral y fijó en \$ 90.000.000 la del daño a la vida de relación^{23}.

Los topes máximos que fija la jurisprudencia de tiempo en tiempo no son obligatorios y, por lo mismo, las sentencias que impongan sumas superiores no pueden ser acusadas con el recurso de casación. En este sentido, recordó la Corte en 1998:

“ Nunca pretendió la Corte, y mal podía hacerlo, señalar con carácter de obligatorio un tope a la suma que como compensación por los referidos daños puede fijar el juez. Ha sentado sí esta Corporación ciertas pautas con el ánimo de facilitar semejante tarea, pero nada más. Esto quedó bien definido, cuando se puntualizó: «acerca de tal aspecto y en vista de la ausencia de un explícito mandato legal al respecto, la Corte, con apoyo en la misión unificadora que por ley le corresponde, viene, de tiempo en tiempo y desde algunos años, señalando unos topes máximos de dinero dentro de los cuales es, a juicio de aquella, admisible que el juez ejerza su prudente arbitrio al estimar el monto de la compensación por el perjuicio moral»”.^{24} (sin bastardilla el original).

El Consejo de Estado (1978) abordó la aplicación analógica del artículo 95 del Código Penal de 1936. Contrario a la Corte, consideró que si bien el límite impuesto por la ley penal era aplicable en los casos de daños morales que caían bajo la jurisdicción contencioso administrativa, se precisaba, por razones de equidad, de una actualización monetaria de la cifra simbólica de dos mil pesos. El patrón de actualización escogido fue el valor oficial del oro, en el entendido que como patrón monetario internacional servía de criterio permanente^{25}. Estableció el Consejo de Estado que si el valor oficial del oro en 1937 era \$ 2 el gramo y siendo el tope fijado en el artículo 95 de dos mil pesos, entonces podía concluirse que el tope máximo del daño moral en la fecha de la sentencia equivalían a 1000 gramos de oro. Se estableció de esta forma el criterio del patrón oro como medida de actualización de las condenas por daño moral^{26}.

Desarrollos legislativos, críticas de la doctrina y debates al interior del Consejo de Estado llevaron finalmente a reevaluar el patrón oro como

medida de actualización de las condenas por daños morales^{27}. Destácase el salvamento de voto del conjuerz de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Hugo Palacios Mejía, a la decisión adoptada el 16 de noviembre de 1995, en el expediente radicado con el número 9764. El conjuerz criticó la liquidación de los perjuicios con fundamento en el patrón oro. En la aclaración de voto, dijo Hugo Palacios Mejía:

“Como es sabido, en otras épocas el oro cumplía una función monetaria. En virtud de los acuerdos de Breton Woods de 1945, los Estados Unidos establecieron una paridad fija entre su dólar y el oro, y los demás países tenían que fijar la paridad de sus monedas en oro o en relación con la moneda de los Estados Unidos. El dólar, además, era convertible en oro. El valor del oro, dentro de ese contexto, y en principio, era «patrón monetario»; y si, por causa de fenómenos tales como la inflación, países en desarrollo como Colombia tenían que devaluar su moneda, quien tuviera oro o dólares de los Estados Unidos conservaba, en términos generales, su capacidad adquisitiva, en un contexto internacional. El oro cumplía por excelencia una de las funciones clásicas de la moneda, a saber, servir de «depósito de valor». Las referencias que la ley y los contratos hacían al oro, o a las monedas de reserva atadas al oro, tenían, entonces, por regla general, el propósito de conservar la capacidad adquisitiva de los acreedores.

”En los años 60 hubo preocupación por los déficits de los Estados Unidos, y por la posibilidad de que la liquidez internacional, vinculada a la producción mundial de oro, no creciera en forma suficiente. Se hizo así la primera reforma al convenio constitutivo del Fondo, en 1969, y se crearon los «derechos especiales de giro», como medio de pago complementario del oro. En agosto de 1971, los Estados Unidos suspendieron la conversión del dólar en oro, y en 1973 devaluaron su moneda en un 10 por ciento. Por esos motivos y por la crisis petrolera de los años 1973 y 1974, se hizo la segunda reforma del convenio del Fondo Monetario Internacional, parte de la cual

consistió en abolir el precio oficial del oro y en reducir sustancialmente su función de medio de pago internacional.

”Las dos reformas al convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional fueron aprobadas, en Colombia, por medio de las leyes 2ª de 1969 y 17 de 1977.

”Desde entonces está prohibido a los países miembros del Fondo Monetario Internacional expresar en oro el valor de sus monedas. La moneda de cada país es enteramente fiduciaria; las paridades internacionales se establecen por medio de criterios que no tienen relación alguna con el precio del oro. El oro es, internacionalmente, solo un bien más, como el trigo, o el petróleo, o el café o el azúcar, cuyo precio depende de las fuerzas del mercado. Entre nosotros, el artículo 13 de la ley 9ª de 1991 dispone que «La compra, venta y posesión de oro en polvo, en barra o amonedado será libre [...]». Ese metal, por lo tanto, no tiene hoy capacidad para ser «depósito de valor». Así las cosas, denominar las obligaciones en oro es un método absolutamente inadecuado para conservar la capacidad adquisitiva del acreedor o de la víctima.

”El Consejo, en 1978, decidió, sin norma expresa que lo autorizara, que las cifras monetarias que contenía el Código Penal, como indemnización por perjuicios morales, debían ser actualizados. Con la misma lógica habría que ajustar hoy el valor que tenían 1000 gramos de oro en 1980, para saber cuál es la capacidad adquisitiva que debe devolverse, por perjuicios morales, a las víctimas. [...] es necesario hacer un ajuste de valor a la suma que tuvo en cuenta el legislador de 1980, cuando señaló como límite máximo a la indemnización por perjuicios morales una cantidad equivalente a 1000 gramos oro.

”El artículo 106 del Código Penal tiene utilidad para guiar el criterio del juez administrativo en cuanto a cuál puede ser el valor máximo de una condena por perjuicios morales. Tal valor debería ser equivalente al que tenían 1000 gramos de oro en 1980.

”Pero la forma de actualizar ese valor no puede ser encontrar cuánto valen 1000 gramos de oro hoy, porque *el precio del oro, en el mercado internacional y en el colombiano, varía libremente, sin que los cambios en su precio sean reflejo adecuado de los cambios en la capacidad adquisitiva de las monedas. No hay razón legal o económica alguna por la cual el oro conserve su valor en ninguna de las monedas de los países miembros del Fondo Monetario Internacional y, por el contrario, estos tienen prohibición de atar el valor de sus monedas al del oro.*

”Por fortuna, no puede decirse hoy, como se dijo en 1978, que no existe antecedente legislativo que indique cómo deben actualizarse las condenas. En efecto, el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo es terminante al prescribir que «La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas solo podrá determinarse tomando como base el índice de Precios al Consumidor, o al por mayor».

”La manera de hacer el ajuste de valor en las condenas debe ser, pues, por medio del índice de Precios al Consumidor, o al por mayor, según haya solicitado y justificado el demandante.

”El artículo 106 del Código Penal, como dijo el Consejo de Estado en la sentencia arriba citada, solo es aplicable por extensión o analogía. El artículo 178, en cambio, tiene aplicación directa en estos procesos.

” *En síntesis, a mi juicio, la forma correcta de aplicar los artículos 106 del Código Penal y 178 del Código Contencioso Administrativo, que no son contradictorios sino complementarios, consiste en determinar el valor que tenían 1000 gramos oro en 1980, y actualizar ese valor, expresado en pesos, utilizando para hacer la actualización el Índice de Precios al Consumidor, y no el precio del oro*”^{28}. (bastardilla nuestra).

El Consejo de Estado decide abandonar el criterio de 1978 y, apoyándose en el artículo 16 de la ley 446 de 1998^{29} y en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo anterior, que adoptaba el sistema de los salarios mínimos legales mensuales como factor de actualización y límite de las condenas por daños morales. El Consejo de Estado determinó que el mayor valor de una condena por perjuicio moral debe ser el equivalente de hasta cien salarios mínimos legales vigentes cuando el perjuicio moral “alcance su mayor intensidad”. Dicha doctrina se afirmó en la sentencia que se transcribe a continuación:

“[...] el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, *se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que este cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales*, que en la fecha de esta sentencia corresponde a veintiocho millones seiscientos mil pesos (\$ 28.600.000), cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción”^{30}. (sin bastardilla el original).

El Consejo de Estado, al fijar el nuevo rumbo de su jurisprudencia advierte que el juez de lo contencioso administrativo ha de esmerarse en indagar no solo la existencia del perjuicio moral, sino su intensidad y solo debe imponer las máximas condenas “únicamente en aquellos eventos en que, de las pruebas practicadas, resulte claramente establecido un sufrimiento de gran profundidad e intensidad, superior a muchos de los pesares imaginables”^{31}.

1. LÍMITES AL DAÑO MORAL CUANDO ES CAUSADO POR EL DELITO PENAL

El Código Penal de 2000 mantiene la tradición de establecer un límite al arbitrio judicial. No obstante, por la redacción del texto y por el trámite sufrido en el Congreso, se ha generado polémica, de la que no se escapa la misma Corte Constitucional, que al estudiar la constitucionalidad del

artículo 97 admite la falta de claridad del legislador penal. El citado artículo establece:

“Indemnización por daños. En relación con el daño derivado de la conducta punible, el juez podrá señalar como indemnización una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales.

”Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado”.

La Corte Constitucional, al decretar la constitucionalidad del artículo 97, fijó algunos criterios dentro de los cuales debía interpretarse el sentido y alcance de la norma del Código Penal, criterios que son recogidos así:

“Declarar «exequibles» los incisos primero y segundo del artículo 97, de la ley 599 de 2000, en el entendido de que el límite de mil salarios mínimos legales mensuales *se aplica exclusivamente a la parte de la indemnización de daños morales* cuyo valor pecuniario no fue objetivamente determinado en el proceso penal. Este límite se aplicará a la indemnización de dichos daños cuando la fuente de la obligación sea únicamente la conducta punible”^{32}. (sin bastardilla el original).

A partir de esta sentencia, rige en Colombia un sistema tripartito para determinar el máximo por perjuicios morales. El de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil que lo actualiza en pesos de tiempo en tiempo, el del Consejo de Estado para asuntos de su competencia, que lo establece hasta en cien salarios mínimos mensuales y el régimen del daño moral con fuente en el delito de hasta mil salarios mínimos mensuales^{33}. No obstante, la regla general explicada, el Consejo de Estado ha condenado a cifras superiores. Por ejemplo, en un caso determinó condenar a una indemnización por *perjuicios morales de 2.000 gramos oro*^{34} y en sentencia de 19 de julio de 2000, fijó una indemnización por *perjuicios morales de 4.000 gramos oro*^{35}. En 2008, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en un caso en que condenó al Estado por violación de derechos humanos,

fijó una reparación de doscientos salarios mínimos legales vigentes^{36}. Como comentamos, al parecer el Consejo de Estado ha elevado a doscientos salarios mínimos legales vigentes el monto máximo por daños morales en la condena que hizo al Estado por la masacre del Aro, en la que además estableció medidas simbólicas como modo de reparación^{37}.

La sentencia de la Corte Constitucional suscita varias dudas: ¿el límite del Código Penal se aplica también a los perjuicios a la vida de relación causados por el delito? ¿Están comprendidos los daños a la vida de relación en el concepto de “perjuicios morales” mencionados en el fallo comentado? La Corte nada dice sobre la existencia de perjuicios de tipo fisiológico o daños a la vida de relación en su providencia. La expresión “daños morales” en algunos pasajes parece referirse a daños extrapatrimoniales, pues enfatiza el derecho a la indemnización integral de los daños ocasionados por la conducta punible. No obstante, el tenor literal de la parte resolutive sugiere una interpretación restrictiva. La sentencia que intentó aclarar la confusión legislativa por el uso inapropiado de la terminología de la responsabilidad civil, se convierte en fuente de especulación^{38}.

2. EL FALLO “ULTRA PETITA” Y LOS TOPES MÁXIMOS DEL DAÑO

El tope máximo de indemnización por daños extrapatrimoniales presenta una dificultad práctica al aplicar los principios de que al juez le está prohibido el fallo *ultra petita* y *extra petita*. Es frecuente, por la demora en resolver los procesos judiciales que puede llegar a ocho y más años, que el juez, al dictar sentencia, encuentre que el demandante solicitó por concepto de daños morales el máximo que la jurisprudencia reconocía en el momento de presentar la demanda y que por cambios en la jurisprudencia ese tope resulte ser una cifra muy superior. Para evitar estas dificultades, a la hora de la demanda conviene decir en las pretensiones que se condene a cien salarios mínimos legales vigentes o al tope máximo que la jurisprudencia reconozca al momento de dictar sentencia. De esta forma no se le atan las

manos al juez para señalar en el fallo cifras superiores si los topes han sido modificados. También conviene señalar el máximo del tope como criterio prudencial para evitar que valoraciones posteriores determinen que se ha pedido menos de lo debido. Es ejemplar la sentencia del Consejo de Estado que revoca la de un tribunal que otorgó 1000 gramos oro por daño moral, cuando en la demanda expresamente se habían pedido 800 gramos oro. Dice así la parte relevante del fallo:

“Se modificará en cambio en cuanto a la indemnización por perjuicios morales que el tribunal reconoció en favor de la demandante en cuantía del equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino, *dado que en este aspecto la sentencia es extra petita, como quiera que en la demanda se reclamó por ese concepto una indemnización del equivalente en pesos a 800 gramos de oro fino.*

”La indemnización por los perjuicios morales sufridos [...] *se pidió así en la demanda:* «que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al ISS a pagar por el concepto de daño moral en favor de Rubiela Montoya de Arenas, la suma de 800 gramos de oro o la que considere, subsidiariamente el señor juez, previo análisis razonado»” (sin bastardilla el original)^{39}.

Sección III.

—Prueba y liquidación del daño a la vida de relación

El perjuicio a la vida de relación ha de ser probado en el proceso por los medios tradicionales de prueba (testimonios, dictámenes periciales, etc.).

La prueba del daño a la vida de relación puede resultar más sencilla que la del daño moral, toda vez que se “realiza siempre en la vida exterior de los afectados y es por lo tanto, fácilmente perceptible”^{40}. Como sucede en el caso de los perjuicios morales, si la prueba del daño a la vida de relación

resulta difícil por la naturaleza y las circunstancias del caso, el juez puede deducir su existencia e intensidad a partir de las llamadas presunciones de juez que se apoyan en indicios debidamente acreditados “ *a partir de la sola demostración de la naturaleza de la lesión física sufrida y las secuelas de la misma*, a más de las condiciones en que se desarrollaba, según los testimonios recibidos, su vida familiar y laboral, antes del accidente”^{41}. (sin bastardilla el original).

La determinación de la cuantía del daño a la vida de relación está sometida al arbitrio del juez. En el primer caso en que la jurisprudencia le reconoce carácter autónomo al daño fisiológico (el caso de un conductor que perdió sus piernas), el Consejo de Estado consideró que el monto indemnizable sería la cifra necesaria para que la víctima pueda disfrutar en mejores condiciones las actividades de la vida que han sido mermadas por el daño sufrido.

“La Sala, habida consideración de la gravedad que tuvieron las lesiones, que determinaron la amputación bilateral de las piernas por encima de las rodillas, la edad del lesionado y su actividad profesional como chofer, la cual no podrá ejercer en el futuro por el estado corporal en que quedó, los fija en la suma de ocho millones de pesos (\$ 8.000.000), con cuya rentabilidad, la víctima *podrá atender razonablemente al pago de una persona que lo acompañe* en su silla de ruedas cuando tenga necesidad de movilizarse de un sitio a otro. Con ella puede, igualmente, adquirirla, sin sofisticaciones”^{42}. (sin bastardilla en el original).

Si bien celebramos el hito que esta sentencia marca al instituir el daño fisiológico, hay que advertir que la suma de ocho millones dada al demandado para que pueda “atender razonablemente al pago de una persona que lo acompañe en su silla de ruedas [...]”^{43}, tiene más un carácter de reconocimiento de un daño patrimonial, daño emergente futuro, que de daño de carácter extrapatrimonial.

En 2002, el Consejo de Estado condenó a pagar \$ 30.000.000 en compensación^{44} por los daños a la vida de relación a un soldado que sufrió fractura de costilla, trauma del páncreas, luxación de clavícula derecha, estallido de riñón derecho que debió ser amputado. Consideró la Sala: “En efecto, dicho tratamiento generó a Neri Florencio Hurtado, sin duda, incomodidades y limitaciones temporales, y las secuelas definitivas de la lesión *implican para él una importante alteración en su posibilidad de realizar, en el futuro, ciertas actividades que antes le resultaban fáciles o posibles*. Por otra parte, la incapacidad laboral parcial que deberá soportar alterará, seguramente, sus expectativas vitales, dado que no tendrá la misma posibilidad de producir que puede tener una persona de su misma edad, lo que —a más del perjuicio material, que ya ha sido cuantificado—, causará una limitación evidente de sus posibilidades de realización personal”^{45} (sin bastardilla en el original).

El Consejo de Estado, para los perjuicios a la vida de relación, emplea los mismos criterios y límites que ha establecido para los daños morales^{46}. No obstante, al aplicar el principio de que los límites máximos pueden ser excepcionalmente rebasados^{47}, ha llegado a condenar hasta 2000 gramos oro (cuando regía el límite de 1000 gramos oro) en favor de un menor que quedó inválido y que perdió sus órganos genitales en un accidente^{48}.

Sección IV.

—La reparación y liquidación del daño en la doctrina

La dificultad para reparar el perjuicio extrapatrimonial, en el fondo estriba en comprender la naturaleza de la reparación. ¿Se puede realmente indemnizar, dejar indemne, este tipo de daños?, o ¿habrá que conformarse con una satisfacción o limitarse a una pena o expiación que recaiga en cabeza del ofensor de modo que sea ejemplarizante para él y para la

sociedad? Pensamos que en el sentido literal no es posible indemnizar, dejar indemne el daño moral, por lo que buscar una satisfacción o una pena es más cercano a la naturaleza del daño moral. Al fin de cuentas la reparación del daño extrapatrimonial en el fondo conjuga tres criterios: ser indemnización, satisfacción y pena.

Para la jurista Giovanna Visintini, los elementos que la jurisprudencia de su país tiene en cuenta para determinar el *pretium doloris* son, en orden de importancia, “la gravedad de la ofensa, el grado de sensibilidad del ofendido, las relaciones de parentesco, la edad y sexo del perjudicado, la situación económica del obligado a indemnizar y la del perjudicado, proporcionalidad entre la cuantía del resarcimiento del daño no patrimonial y la entidad del perjuicio económico patrimonial sufrido por el damnificado”^[49]. Si bien estos criterios no son acogidos en nuestra jurisprudencia, podrían servir en el futuro para apreciar el *quantum* de los perjuicios a bienes extrapatrimoniales.

Al seguir parcialmente una propuesta de Rafael A. Ariza Vesga sobre la equidad como criterio aplicable en la reparación de perjuicios patrimoniales, sugerimos aplicar los siguientes en los perjuicios extrapatrimoniales:

1º) El carácter excepcional si no hay dictamen de expertos que los avalúe o que al menos fije criterios de valoración. Ciertamente nuestra jurisprudencia ha dicho en muchas ocasiones que no es necesario el dictamen pericial para valorar los perjuicios, pero pensamos que hay cierta negligencia y desidia de la administración de justicia cuando acude a la equidad para cuantificar los daños extrapatrimoniales sin escuchar la voz de los peritos. Bien vale la pena reproducir aquí las palabras de Cardoso Gaitán, escritas en 1943, y citadas por Saavedra Madrid sobre el papel del juez y los peritos en la valoración del perjuicio extrapatrimonial:

“Si la reparación debe ser completa y equivalente al daño, no puede estimarse que tratándose de un perjuicio extrapatrimonial exista

imposibilidad de apreciación por medio de peritos. Porque aquí se plantea un dilema: si los peritos, considerados como expertos no pueden hacer una apreciación aproximada, el juez que no es considerado por la ley como experto, está menos capacitado para hacer esa apreciación; o el juez es experto, y entonces carecería de razón la institución del peritaje para apreciar también los daños materiales”^{50}.

Consideramos que en este punto nuestra jurisprudencia también erró el camino trazado por el fallo fundacional del perjuicio moral (1922) en el caso *Villaveces*, cuando determinó que los peritos debían hacer el avalúo teniendo en cuenta los criterios dados por la Corte.

2º) La existencia de un principio de prueba en el proceso que evite la arbitrariedad. La equidad exige el ejercicio de la prudencia y el proceso judicial obliga al juez a garantizar el derecho de defensa. Si la *ultima ratio* es, sin más, la invocación de la “equidad” ajena a todo raciocinio amparado en el acervo probatorio, se cae fácilmente en la ilegitimidad del fallo y se viola precisamente la equidad respecto de la parte condenada.

3º) Al aplicar la equidad, el juez debe tener como fin el principio de que el objeto de la cuantía fijada como indemnización busca que se repare todo el daño, pero nada más que el daño. El juez debe recordar que el fin del fallo en equidad no es punitivo o sancionatorio de la conducta del causante del daño, sino que constituye la compensación por el daño causado, evitando las consideraciones subjetivas y arbitrarias acerca de la capacidad económica de las partes^{51}.

PARTE SÉPTIMA

EL NEXO CAUSAL

CAPÍTULO PRIMERO

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL NEXO CAUSAL

1. EL NEXO CAUSAL EN EL DERECHO ROMANO

En Roma, para conceder con éxito la acción de reparación del daño por el delito privado *datum iniuria datum*, tipificado en las tres hipótesis que *Lex Aquilia* estableció, era necesario que el perjuicio hubiese sido causado de una persona a otra, que el daño se hubiese hecho con *iniuria*, es decir, contra derecho y con culpa o dolo por el agente y, además, que existiera un vínculo o nexo de causalidad entre la acción del agente y el daño sufrido por la víctima que reclama indemnización^[1]. Para el derecho romano y para el derecho moderno, la cuestión de la causalidad supone varios problemas.

En primer lugar, que concurren dos personas en la causación del daño. En esta hipótesis, surge el problema de cómo atribuir responsabilidad o en qué forma debe dividirse la indemnización.

El segundo problema atañe a si la causa del daño puede atribuirse a la conducta de una persona y también a una causa externa o de la naturaleza, que ha concurrido de alguna manera a su producción.

En la primera hipótesis surge el fenómeno de la solidaridad y si la segunda persona es la víctima, se puede hablar del hecho exclusivo de la víctima, pero si la persona que concurre es un tercero se podría tipificar el hecho exclusivo de un tercero. En tratándose de la intervención de causas extrínsecas de la naturaleza, el fenómeno que se puede dar es el de la fuerza mayor o el caso fortuito.

El problema esencial del nexo causal es el de su naturaleza. Qué es la causalidad, es una pregunta que se ha formulado la filosofía desde sus orígenes hasta nuestros días.

El sentido común se niega a admitir que la existencia de un daño sea soportada por quien no ha influido en su realización. Entonces se necesita una relación causa-efecto entre el acto humano y el daño que se produce, es decir, la causación del daño por el agente dañino es necesaria para configurar la responsabilidad civil, además del daño y la culpa. En ocasiones, la identificación de la causa no ofrece especiales dificultades para el operador del derecho, pero en otras, si concurren factores que podrían ser causa de ese resultado dañoso, el determinar a la luz del derecho cuál o cuáles factores pueden asumir la categoría de causa ofrece serias dificultades conceptuales y prácticas.

2. CAUSALIDAD FÍSICA Y JURÍDICA

Debe tenerse en cuenta que la causalidad jurídica difiere de la causalidad física. La causa de la muerte de una persona, desde el punto de vista físico, puede ser un paro respiratorio, pero la causa jurídica puede consistir en que un tercero omitió el cuidado necesario: por ejemplo, el médico o enfermera no cuidó debidamente del paciente, o aplicó equivocadamente un medicamento que generó el desenlace, o fue una acción positiva de asfixia mecánica (eutanasia). En todos los casos, la causalidad física de la muerte es el paro respiratorio; la jurídica es una atribución intelectual (algunos prefieren por esto hablar de imputación) que el derecho le hace a una persona determinada por su acción o por su omisión, de la cual se desprende el reproche, penal o civil, y derivan las consecuencias correspondientes.

En muchos casos, es difícil determinar el origen de una cadena causal física debido a que la combinación ilimitada de posibilidades hace que no todos los supuestos de búsqueda de la relación causal aparezcan dotados de claridad para el intérprete^{2}. Esta dificultad en identificar la causalidad física hace que deba combinarse con la causalidad jurídica para imputar la producción del daño a una o varias de las posibles causas físicas.

Con objeto de establecer el proceso lógico jurídico de imputación de una causa de un daño a un presunto responsable, los teóricos del derecho han elaborado varias teorías que veremos sucintamente^{3}.

3. TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES

La teoría de la equivalencia de las condiciones fue desarrollada por la doctrina penal alemana y presentada por primera vez, entre 1860 y 1885, por los juristas Julius Glaser y Maximilian Von Buri y adoptada por el Tribunal Supremo del Reich^{4}. Estos juristas la desarrollaron a partir del estudio del filósofo inglés John Stuart Mill.

De acuerdo con esta teoría, en la concurrencia de factores no es posible distinguir entre las varias condiciones que concurren para producir un daño, cuál es más causa que otra. Demogue escribía que dicha teoría podría reducirse a una sola proposición: cada actividad causa toda la consecuencia.

La teoría responde a esta pregunta: si el demandado no hubiera obrado, ¿se habría producido el perjuicio? Si la respuesta es que sin la intervención del demandado el perjuicio no se habría realizado, tal intervención es causa del perjuicio y el demandado debe repararlo. será causa de un perjuicio cuanto acontecimiento concurra a su realización; todos, desde el punto de vista de la responsabilidad, son equivalentes; no hay por qué distinguir entre ellos; unos no se deben considerar como causa y otros no.

Según Von Buri, ninguna condición es suficiente, por sí misma, para causar el perjuicio: todas son necesarias para causarlo. El daño, de acuerdo con esta teoría, es el resultado de su encadenamiento. En consecuencia, basta que una de esas condiciones falte para que el daño se evite, pues todas esas causas son equivalentes, lo que explica el nombre dado a la teoría^{5}.

La teoría de la equivalencia de las condiciones ha tenido amplia acogida por su simplicidad. En el *common law*, para determinar la causalidad, se aplica la regla *but for* o *sine qua non* que se resume en que la conducta del demandado se toma como causa del daño si se puede concluir que el hecho

dañoso no habría ocurrido si no fuera por esta conducta (*but for*). El *test* también opera a la inversa en estos términos: la conducta del demandado no es causa del hecho, si el hecho habría ocurrido de todas maneras sin ella^{6}.

Pero la aplicación de esta teoría no está exenta de serios reparos conceptuales, pues en rigor conduce a una cadena de causalidad infinita, pudiendo hacer responsables de un daño a personas que intervinieron muy remotamente en el hecho dañoso.

4. TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA

Esta teoría fue sustentada por el filósofo alemán Johannes Von Kries y desarrollada por Von Bar, y a ella se han adherido la mayoría de los juristas alemanes, buscando subsanar las deficiencias señaladas de la teoría de la equivalencia de condiciones.

Según la teoría de la causalidad adecuada, un acontecimiento no puede considerarse causa de un perjuicio por haberse comprobado que, sin él, el perjuicio no se habría realizado. Entre los acontecimientos que concurren a la realización de un perjuicio o que condicionan ese perjuicio, no todos son su causa desde el punto de vista de la responsabilidad: no todos obligan a su autor a reparar. solo se podrán considerar como causas de un perjuicio los acontecimientos que normalmente deben producirlo: se requiere que la relación entre el acontecimiento y el perjuicio sea adecuada y no meramente fortuita^{7}.

El mérito de esta teoría es que facilita establecer los límites que impiden tener que buscar hasta el infinito la cadena de causas. Pero se le critica por ser poco científica, ya que deja al arbitrio del juez la adecuación, pero olvidan sus críticos que precisamente para hacer justicia se necesita de la *prudentia iuris*, del jurista, juez o parte, para que le dé al derecho su dimensión ética y humana más profunda, que está más allá de teorías o posturas particulares^{8}.

5. LA CAUSALIDAD COMO IMPUTACIÓN

Para esta teoría, formulada por Karl Larenz, la relación de causalidad implica investigar la existencia de una imputación. Es decir, consiste en seleccionar entre los diferentes factores que rodean la producción de un hecho, aquel que pueda ser considerado como propio —imputable— a un hombre^{9}.

Parte esta teoría, la causalidad comprende dos planos diferenciables: el ontológico o empírico y el normativo. En el plano ontológico o empírico, el operador del derecho para determinar qué condiciones tienen el carácter de causa, reconoce la validez de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues en sentido ontológico todas son causas; pero al juzgador no le es suficiente este dato, y la causalidad debe entenderse como una investigación sobre la existencia de una imputación que delimita dentro de los acontecimientos accidentales que rodearon el daño, un hecho que puede ser considerado como propio (imputable) de un hombre. La pregunta entonces sobre la causalidad pasa a ser una pregunta por la imputación. se pregunta a quién debe imputársele el daño, en lugar de quien lo ha causado. Habrá imputación cuando el hecho, con sus consecuencias, es previsible y dominable^{10}.

Pero, ¿cuál criterio debe tener en cuenta el juez para imputar una consecuencia —daño en responsabilidad civil— a un hombre dentro las múltiples concausas físicas que contribuyen a su producción? LARENZ dice que esa imputación es posible cuando el hecho puede ser visto como la realización de la voluntad del sujeto que actúa. Habría esa voluntad del sujeto en la medida en que él tuvo la posibilidad de prever y dirigir, o al menos de dominar, el curso causal hacia una determinada finalidad^{11}.

Compartimos la tesis de Corral Talciani en el sentido de que la teoría de la imputación objetiva ofrece claridad sobre el nexo causal, al establecer que no se puede tener de él una concepción puramente natural o física (como en las teorías del empirismo, de la equivalencia de las condiciones o

de la causalidad adecuada), pues el nexo causal es también un proceso de imputación normativa, pero no solo de imputación normativa^{12}. Para Corral Talciani, la previsibilidad del resultado complementado con el análisis del incremento ilícito del riesgo ordinario constituye el nexo de causalidad para atribuir responsabilidad civil al agente^{13}.

6. DISTINCIÓN ENTRE LA CULPA Y EL VÍNCULO DE CAUSALIDAD

Hemos de partir de que el vínculo de causalidad constituye un elemento de la responsabilidad civil, completamente distinto de la culpa. Que debe haber un vínculo de causalidad, es indudable. Es posible que una persona cause un perjuicio sin que en su conducta podamos precisar algún tipo de culpa o negligencia; en tales casos, la falta de culpa, no la falta de causalidad, impide comprometer la responsabilidad en los tipos de responsabilidad subjetiva.

Puede darse el caso de una culpa sin vínculo de responsabilidad: alguien suministra veneno a una persona, y antes de que aquel haga efecto, un tercero ocasiona la muerte de la víctima mediante un disparo: aquel no es civilmente responsable de esa muerte, pues aunque cometió una culpa, esa culpa no es la causa del perjuicio.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CAUSA EXTRAÑA

Sección I.

—La causa extraña o ruptura del nexo causal

Los “eximentes de responsabilidad” se fundan en el siguiente presupuesto: una persona es presunta responsable de un daño, pues en apariencia se dan los elementos esenciales de la responsabilidad y en su contra pesa, en principio, la obligación de reparar el daño, es decir, el demandado ha causado físicamente el daño, *pero no le es jurídicamente imputable*^{1}.

La pregunta entonces sería la siguiente: ¿cómo defenderse o exonerarse de esta “autoría aparente, de una antijuridicidad que parece desprenderse de los hechos; de una imputabilidad que las circunstancias muestran; de un daño, en relación causal que se diría sufrido por la sedicente”?^{2}.

Cuando se trata de desvirtuar la antijuridicidad del daño, esto es, de probar que el daño se ocasionó conforme a derecho, operan las *causales de justificación* que vimos en su momento^{3}. Cuando se trata de desvirtuar el elemento culpa, la defensa del demandado debe probar *ausencia de culpa* debida, diligencia y cuidado, también estudiado en el capítulo de la culpa. En tratándose del rompimiento del nexo causal estamos en presencia de la denominada *causa extraña* que desarrollamos a continuación.

Como enseña Mosset Iturraspe, no debe hablarse de eximir o exonerar la responsabilidad, sino de la consecuencia de no haberse dado alguno de los elementos o constitutivos de la responsabilidad. Entonces se puede predicar

que el demandado no es responsable, porque no fue el autor del daño que se le endilga, o porque no existió el alegado daño, es decir, porque no se probó su existencia o se demostró su legitimidad, o porque se interrumpió el vínculo de causalidad^{4}.

El campo de estudio concreto del fenómeno causal se da desde el ángulo de la defensa, que en ocasiones ha de probar en el proceso que el resultado dañoso atribuido a su conducta, que de alguna manera pudo haber participado, no es la causa del daño, sino que este se debe atribuir a una causa extraña a su esfera jurídica y que, por lo mismo, no procede el juicio de responsabilidad que se pretende en su contra.

Una definición de causa extraña, que en su obra trae Tamayo Jaramillo, dice: “Causa extraña es aquel efecto imprevisible e irresistible cuyo origen no es imputable a la esfera jurídica del deudor”^{5}. Se dice que es un efecto *imprevisible* por la imposibilidad de ver, antes de que se sucedan, los efectos de un hecho determinado. se considera *irresistible*, pues aunque desde un punto de vista hipotético o real se puede prever un acontecimiento, sus efectos no se pueden resistir. Tal es el caso de un tornado o un tifón. El hecho, además, no debe ser imputable a la esfera jurídica del deudor, pues como principio general, no puede concurrir con la culpa. puede decirse que los hechos constitutivos de causa extraña son: la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho exclusivo de un tercero y el hecho exclusivo de la víctima. Veámoslos:

1. EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR

El aforismo romano *si natura nocet ea actione non continetur* (si es la naturaleza la que hace el daño, no hay acción) resume el papel que el derecho ha dado al caso fortuito y a la fuerza mayor como causales de exoneración de responsabilidad. puede decirse que los hechos constitutivos de causa extraña son: 1º) la fuerza mayor o caso fortuito, 2º) el hecho exclusivo de la víctima y 3º) el hecho exclusivo de un tercero.

Mucho se ha discutido sobre la identidad y la diferencia que existe entre fuerza mayor y caso fortuito en la literatura jurídica. En Colombia, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema, fuerza mayor y caso fortuito son un mismo fenómeno, así en determinados casos teóricamente puedan establecerse algunas diferencias. Esta es la concepción monista o unitaria de la fuerza mayor y el caso fortuito.

La concepción dualista aboga, por el contrario, por la diferenciación que en el derecho romano clásico se hacía entre ambos fenómenos. Esta teoría dualista perduró por mucho tiempo gracias al impulso que autores como Exner le dieron con la pretensión de aumentar las causales de responsabilidad, de un lado, y de restringir las causales de exoneración de la misma, por el otro. Según esta tesis, la fuerza mayor sí exonera de responsabilidad mientras que el caso fortuito no.

Es claro que no se puede decir *a priori* que un fenómeno constituye fuerza mayor o caso fortuito. En ese sentido, la Corte suprema ha afirmado que por norma general no es posible clasificar acontecimientos apreciados en abstracto como constitutivos *per se* como fuerza mayor:

“La cuestión del caso fortuito liberatorio o de fuerza mayor, al menos por norma general, *no admite ser solucionada mediante una simple clasificación mecánica de acontecimientos apreciados en abstracto* como si de algunos de ellos pudiera decirse que por sí mismos, debido a su naturaleza específica, siempre tienen tal condición, mientras que otros no. En cada evento es necesario estudiar las circunstancias que rodearon el hecho con el fin de establecer si, frente al deber de conducta que aparece insatisfecho, reúne las características que indica el artículo 1° de la ley 95 de 1890, tarea en veces dificultosa que una arraigada tradición jurisprudencial exige abordar con severidad”^{6}. (sin bastardilla en el original).

A) Caso fortuito y fuerza mayor en el Código Civil. Concepto legal

El artículo 64 del Código Civil, subrogado por la ley 95 de 1890 (art. 1º) trae la siguiente definición: “se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

Del texto antes transcrito se ve que el legislador asimila en sus efectos los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito. No obstante, algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia ha sostenido que existen diferencias entre los dos conceptos. En nuestro país, el debate se ha dado en el análisis de los textos legales. Así, por ejemplo, la conjunción “o” empleada en la expresión “fuerza mayor o caso fortuito” no es disyuntiva, o sea, que no denota diferencia ni separa, pero debe notarse que el Código de Comercio en su artículo 992 al referirse al contrato de transporte señala que “El caso fortuito que reúna las condiciones de la fuerza mayor se regirá por las reglas de esta”, lo que denota que no son conceptos que respondan a una noción unitaria^{7}.

El objetivo principal de los autores que sostienen la tesis dualista consiste en evitar que los vicios internos de la cosa o de la actividad peligrosa sean usados por los responsables, como causa extraña, y que logren liberarse al desvirtuar la presunción que pesa sobre ellos. La razón descansa en un sentido de equidad, ya que si al transportador, v. gr., se le permitiera invocar la falla mecánica no culposa como causa extraña, se le estaría aceptando una irresponsabilidad profesional y el riesgo que envuelve la actividad se descargaría en cabeza de la víctima, lo que sería inequitativo.

a) *Requisitos de la fuerza mayor y el caso fortuito.* Partiendo de la tesis unitaria o monista de la fuerza mayor y el caso fortuito, aceptada en nuestro medio, estas pueden definirse como “un hecho ajeno al marco del comportamiento del ofensor cuyas consecuencias no pudo este resistir, ya sea porque le eran imprevisibles o porque siendo previsibles le eran absolutamente irresistibles”^{8}.

El artículo 64 establece los requisitos fundamentales de la fuerza mayor o caso fortuito, a saber: la imprevisibilidad y la irresistibilidad. La versión anterior del artículo 64 definía la fuerza mayor o caso fortuito diciendo que es el imprevisto o lo que no es posible resistir. Con la conjunción “o”, que no separa, sino que denota equivalencia, se identifica en cierto modo la imprevisibilidad. Pero con la modificación introducida por la ley 95 de 1890, artículo 1º, la conjunción “o” por la preposición “a”, cambió el sentido del artículo. “Así, en lugar de «el imprevisto o que no es posible resistir», cambiada la conjunción por la preposición, surgieron con toda nitidez los dos caracteres de la fuerza mayor o caso fortuito, a saber: imprevisto e irresistible”^{9}.

a’) *Imprevisibilidad*. Prever significa ver con anticipación. Aplicado a la culpa supone conocer aquello que vendrá y precaverse de sus consecuencias, o sea, prevenir el riesgo, el daño o peligro. Guardarse de él y evitarlo^{10}. Por eso, cuando una persona no evita el daño evitable, se dice que no lo previó, ni lo previno, lo cual le impide alegarlo como causa exculpatoria o de liberación de responsabilidad. La culpa en este caso precede y contribuye a su advenimiento. La persona no ha empleado toda la inteligencia y pericia necesarias para evitar los efectos de la fuerza irresistible^{11}, o como se dice en otro fallo, que la previsibilidad de un evento se juzga “cuando en condiciones normales haya sido lo suficientemente probable para que ese agente, *atendido su papel específico en la actividad que origina el daño*, haya podido precaverse contra él”^{12}. (sin bastardilla el original).

b’) *Irresistibilidad*. Es la imposibilidad de resistir; el fenómeno debe ser insuperable, es decir, que cualquier persona en las mismas condiciones no lo hubiere podido superar. Entonces se dice que se debe tomar desde un punto de vista genérico, y no individualista, ya que no se debe ver a la persona, sino a todas las personas, si no sería ausencia de culpa. Ahora bien, si no se previó el accidente, pero se le puede resistir, no habrá caso fortuito.

Y si el accidente es irresistible, pero debió preverse, tampoco habrá caso fortuito o fuerza mayor que libere de responsabilidad^{13}.

De acuerdo con la Corte Suprema, que un hecho sea considerado irresistible para una persona es lo mismo que decir que ella estaba en una circunstancia tal que no pudo “evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente —sojuzgado por el suceso así sobrevenido— en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido”^{14}. Agrega la Corte que “si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito”^{15}.

c’) *Que sea externo al demandante*. Si hay coexistencia entre la culpa y el hecho alegado como fuerza mayor o caso fortuito, no opera la eximente de responsabilidad, porque el evento entonces no se considera externo al demandado; por ejemplo, si el conductor alega una falla mecánica como causa del accidente. En este caso, de ordinario hay culpa del conductor que tiene la obligación del buen mantenimiento del vehículo y, por lo mismo, los daños causados en el accidente no se pueden imputar a una causa extraña, de fuerza mayor o caso fortuito.

La exterioridad del hecho como requisito de la fuerza mayor es el más importante de sus presupuestos porque agrupa la irresistibilidad o la imprevisibilidad^{16}. Cuando los tratadistas manifiestan que ningún evento, en sí mismo constituye un caso fortuito, dan cuenta de que la imprevisibilidad y la irresistibilidad no pueden predicarse *a priori* de ningún fenómeno; sin embargo, citan innumerables ejemplos que pueden ser constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, volviendo así al mismo círculo confuso que no permite encontrar la solución definitiva. En este sentido, la Corte ha manifestado: “ *Que el mismo hecho, imprevisible e irresistible, no se encuentre ligado al agente, a su persona ni a su industria, de modo tal que ocurra al margen de una y otra con fuerza inevitable*”^{17}. (sin bastardilla el original).

De hecho, la imprevisibilidad y la irresistibilidad pueden estar presentes no solo en la causa, sino también en el efecto del hecho que causó el daño. Es relevante saber si esas dos características deben estar radicadas en la causa del fenómeno o en el efecto mismo, para considerar que hubo fuerza mayor.

2. HECHO EXCLUSIVO DE LA VÍCTIMA

Usualmente, a esta forma de romper el nexo causal se le denomina culpa exclusiva de la víctima, porque a ella pueden imputársele todas las consecuencias —daños— sufridas con el hecho dañoso. Si la víctima es la única causante del daño, no es justo que el presunto demandado corra con los gastos, ya que nadie se puede enriquecer por sus errores o hechos dañosos. En este caso, la imputación del hecho no debe hacerse al demandado, sino a la víctima. un sector de la doctrina denomina equivocadamente a esta causa extraña culpa exclusiva de la víctima, pero no conviene incluir el elemento culpa como requisito para que opere el rompimiento del nexo causal, toda vez que hay hipótesis en las que la víctima es incapaz de cometer delito o culpa (C. C., art. 2346: dementes e infantes) y pueden ser exclusivos causantes del daño sufrido por ellos. Por ejemplo, el demente que abruptamente se lanza contra un vehículo en marcha o un infante que en un juego infantil se expone al daño por un tercero, que no podía preverlo ni evitarlo.

Si la participación de la víctima no es exclusiva sino compartida con el demandado, entonces no hay propiamente rompimiento del nexo causal sino que opera el fenómeno de la reducción de la indemnización, al tenor del artículo 2357 del Código Civil.

3. EL HECHO EXCLUSIVO DE UN TERCERO

Para que el hecho de un tercero sea reconocido como causa extraña, debe asimilarse a la fuerza mayor o caso fortuito; entonces, debe ser imprevisible

e irresistible y externo. Es decir, se exige además que no haya ninguna relación de dependencia entre el presunto causante y el tercero, ni haber culpa del causante.

En 1943, la Corte adoptó estos criterios en el caso de un menor de edad que en una estación de trenes jugaba colgándose de los vagones . El menor se colgó de uno de los vagones de carga, relató un testigo, lo que dio pie a la Corte para estimar que el menor se expuso al peligro. Dijo en este caso la Corte: “cuando llegaba el tren a la esquina de la estación, el niño se soltó del carro en que venía y cayó entre la línea y el andén, y en esa forma se hirió en la cabeza y sufrió en una pierna un desgarramiento”. otros testigos no afirman que la víctima estuviera colgada del vagón, pero sí que estaba muy cerca de la línea del ferrocarril y al paso de este de alguna forma “lo agarró y lo metió debajo del vagón”. En cualquiera de las hipótesis de lo sucedido, la Corte juzgó que, “siempre recae la culpa sobre la víctima del accidente, que se expuso al peligro”^{18}.

El tercero debe ser persona distinta del causante, diferente de los que la ley determina como terceros dependientes, es decir, aquellos cuyos hechos no liberan a las personas que por ellos deban responder, como es el hijo y el padre, los alumnos y el rector de un colegio, entre otros.

En síntesis, puede decirse que los requisitos para que el hecho exclusivo de un tercero rompa el nexo causal son: 1º) que el hecho del tercero sea la única causa del daño; 2º) que haya certeza de que el daño es imputable a un tercero, así no esté plenamente identificado^{19}; 3º) que no haya vínculo de dependencia con el presunto causante; 4º) que no haya sido provocado por el ofensor presunto, y 5º) que sea irresistible e imprevisible para el causante.

PARTE OCTAVA

ESPECIES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Como ya se ha dicho, en el derecho nacional se estableció un sistema de responsabilidad civil extracontractual que parte del principio general de que todo el que cause un daño por delito o por culpa, está obligado a la reparación de los perjuicios (C. C., art. 2341) cualquiera sea la hipótesis que se presente. No obstante este principio general de responsabilidad, el Código Civil y el desarrollo de la jurisprudencia contemplan varios tipos o especies de responsabilidad civil extracontractual con características propias.

La existencia de este sistema mixto (un principio general y tipos especiales de responsabilidad) obedece a la fuerza de la tradición casuística romana que ha perdurado hasta nuestros días. En esta parte expondremos de modo detallado cada una de las especies de responsabilidad civil extracontractual.

En primer lugar, abordaremos la responsabilidad civil extracontractual por el hecho propio; dentro de esta clase nos detendremos en el análisis pormenorizado de la aplicación de esos principios en el caso de las personas jurídicas, con especial mención del régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades. La responsabilidad de las personas naturales se da por explicada a lo largo de esta obra una vez expuestos y estudiados los elementos esenciales de la responsabilidad civil y el factor culpa.

En segundo lugar, veremos el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno, sus requisitos y casos especiales. Haremos énfasis en el principio de

responsabilidad que contempla nuestro Código Civil por los daños causados por personas que están bajo subordinación o cuidado de otras.

En tercer lugar, abordaremos la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas como forma de responsabilidad objetiva, de origen jurisprudencial.

Una cuarta especie de responsabilidad civil extracontractual está constituida por el régimen de responsabilidad por daños causados por las cosas, tanto animadas (animales fieros o no) y las inanimadas (ruina de edificios y objetos caídos de los edificios).

CAPÍTULO PRIMERO

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO

La responsabilidad por el hecho propio es el fundamento de toda la responsabilidad. Los elementos esenciales de la responsabilidad son: conducta del agente, culpa o dolo en esa conducta, daño causado a un tercero y nexo causal entre la conducta culposa y el daño. Siempre que se den estos elementos, habrá lugar a deducir responsabilidad civil por el hecho propio.

La responsabilidad por el hecho propio está regulada por el artículo 2341 del Código Civil, pero comprende también, en concordancia con el artículo 2346 del Código Civil, la responsabilidad de las personas que tienen a su cuidado otras personas que son incapaces, dementes o menores de diez años de edad, caso en el cual la responsabilidad es directa por no haber tenido diligencia y cuidado respecto de las personas a su cargo.

Según el artículo 2342 del Código Civil está obligado a indemnizar el que hizo el daño y sus herederos. Como antaño la responsabilidad se deducía por los delitos, se llegó a discutir si los herederos estaban obligados. La tradición legal centenaria no pone en discusión el carácter hereditario de la obligación de reparar el daño, dada su naturaleza eminentemente civil y no penal.

Sección I.

—La responsabilidad solidaria

Si el delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una será solidariamente responsable de los perjuicios causados (art. 2344), salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355 del Código Civil.

Cuando hay varios responsables de un accidente, la obligación de resarcir los perjuicios es solidaria; ello quiere decir que esos perjuicios se pueden reclamar de uno cualquiera de los responsables, según lo preceptúa el artículo 2344 del Código Civil. En armonía con el artículo 1571 del Código Civil, el que realiza el pago se subroga en la acción contra los otros responsables.

Vistos los principios rectores de la responsabilidad por el hecho propio, en este punto conviene profundizar en el estatuto jurídico de la responsabilidad de los entes morales o personas jurídicas y la responsabilidad de los administradores de las sociedades.

1. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Las personas jurídicas son sujetos capaces de contraer obligaciones por los daños que causen a sus socios, a los acreedores o a terceros en general. Ya desde el siglo XIX, la Corte Suprema planteó que el título 34 del libro IV del Código Civil, sobre responsabilidad extracontractual, le es aplicable a las personas jurídicas y no solo a las naturales.

En una primera etapa, la jurisprudencia aplicó el artículo 2347 del Código Civil para fundar en él la responsabilidad de las personas jurídicas por los daños causados por sus empleados en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. Acudió pues, a una responsabilidad indirecta, por culpa *in vigilando* e *in eligendo*, pues la mala elección o vigilancia constituía el hecho culposo que le generaba responsabilidad, como en el caso de los padres, tutores o artesanos^{1}. Idéntica tesis se aplicó en el derecho público a la responsabilidad del Estado por actos de sus empleados. se consideraba que las personas morales no actuaban por sí mismas, sino por sus agentes, por lo que tenían una capacidad relativa^{2}. La aplicación

de esta tesis de la responsabilidad indirecta del 2347 del Código Civil trajo varias consecuencias significativas:

a) Las acciones prescriben en tres años, conforme al artículo 2358 del Código Civil.

b) El demandante se exonera si prueba diligencia y cuidado, al tenor del artículo 2347 del Código Civil.

c) La persona jurídica condenada al pago de los perjuicios por el hecho de su subalterno podía repetir contra el empleado, lo que generó discusiones sobre si era por el todo o por parte.

En una segunda etapa, la tesis de la responsabilidad indirecta de la persona jurídica se fue morigerando hasta el 21 de agosto de 1939, cuando la jurisprudencia hace la siguiente distinción: si la persona natural que había cometido el daño es órgano que representa legalmente a la persona jurídica, implica que la responsabilidad era directa, pero si era empleado que no representaba legalmente a la persona jurídica, la responsabilidad era por el hecho ajeno. Así surge la teoría del órgano, según la cual quien obra es la persona jurídica por sus agentes u órganos. En una jurisprudencia de entonces se lee: “habrá necesidad de tener en cuenta la índole propia de las personas morales para poder deducir consecuencias respecto al modo como comprometen su responsabilidad civil”. La persona física se obliga con responsabilidad directa cuando “obra personalmente, o cuando interviene expresamente con su voluntad en el acto que ejecuta el subordinado; la persona moral habrá de comprometer su responsabilidad directa cuando actúan su gerente o directivos u otros gestores suyos que tengan la representación especial de aquellos para obligarla, pues solamente entonces puede decirse que es la persona moral misma la que obra. En los demás casos ya no es ella misma la que actúa, sino sus agentes, del propio modo que obran los agentes o subordinados de una persona física”^{3}. (sin subrayar el original).

La doctrina de aquella época llegó afirmar que “considerar que la persona jurídica obra directamente es tan utópico como pensar que puede ser objeto de sanción penal”^{4}, y se calificaba como claramente inconducente y antijurídico^{5}.

A) La responsabilidad civil de la persona jurídica es siempre directa

En la tercera etapa, que constituye la jurisprudencia vigente, se afirma que la responsabilidad de la persona jurídica es siempre directa por el hecho de sus empleados, cualesquiera sean los cargos que ocupen, sean o no sus representantes legales. Esta tesis de la jurisprudencia se dio a partir del 30 de junio de 1962, cuando la Corte Suprema, en dos sentencias, una de la Sala de Casación y otra de la Sala de Negocios Generales, unificó para el derecho privado y para el público el régimen de responsabilidad de los entes morales como una responsabilidad directa. La doctrina de la Corte establece que el funcionario público o el empleado del ente privado no están bajo la dependencia o cuidado del ente moral como sí lo están los hijos menores o los pupilos, por lo que son inaplicables a la persona jurídica los criterios de la responsabilidad por el hecho ajeno. Así argumentó la Corte Suprema:

“De los vínculos entre la persona de derecho público o privado, que es ente jurídico con personalidad propia, con capacidad esencial y de ejercicio, de acuerdo con su constitución, y sus agentes, no puede decirse lo que predicen dichas disposiciones de los sujetos que se hallan ligados entre sí por los nexos antes referidos. No están los agentes bajo la «dependencia», ni tampoco al «cuidado» de la entidad moral, como sí se hallan el hijo, el pupilo, el alumno, el aprendiz, el sirviente, el empleado doméstico, en relación con sus padres, guardadores, directores de institutos de enseñanza, maestros y patronos, y si estas personas se descargan de la responsabilidad que les incumbe probando no haber podido evitar el daño con la «autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe», se ve claro

que ello es inaplicable a las personas jurídicas, y es, por tanto, improcedente instituir una responsabilidad y unas presunciones de culpa con base en deberes inexistentes [...] sin las dichas presunciones *ineligendo* e *in vigilando*, la responsabilidad indirecta no se sostiene, y la directa no las requiere. Por otra parte, la fusión vital entre la persona jurídica y sus agentes presenta tan peculiares caracteres que tampoco cuadra a ello una responsabilidad por los «hechos ajenos»”^{6}. (sin bastardilla el original).

A partir de entonces quedó claro que la responsabilidad de la persona jurídica era directa y que no tenía cabida ni sustento la aplicación de la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, porque la voluntad de la persona jurídica es la de sus órganos, las persona naturales, sin que haya dualidad de culpas^{7}. Entonces las personas jurídicas responden directamente por el hecho de sus agentes, tengan o no representación legal y estén en ejercicio o con ocasión de sus funciones^{8}. Pongamos por caso el del celador que mata un ladrón. Ese acto es en principio *ejercicio de su función de vigilancia*, así se hubiere excedido en el uso de la legítima defensa. Pero la conducta dañosa sería *con ocasión* si el vigilante ve que afuera de las instalaciones que debe cuidar roban un vehículo de un tercero que lo dejó en la vía pública, y entonces decide actuar y mata al ladrón.

De acuerdo con la sentencia de 1962, en ambos casos la persona jurídica es responsable directamente de los perjuicios y daños que haya causado ese celador. Este criterio de la jurisprudencia es ratificado en otras sentencias por la Corte Suprema en las que puntualiza que la responsabilidad directa de la persona jurídica por los hechos de sus subalternos se extiende a todos los actos realizados en ejercicio de sus funciones o a las que se hacen con ocasión de ellas. El aparte de la sentencia que recoge esta posición de la Corte Supremo dice así:

“La responsabilidad en que pueden incurrir es, por lo tanto, la que a toda persona con capacidad de obrar corresponde por sus propias acciones [...]” (“G. J.”, t. xcix, pág. 653, reiterada en cas. civ. de 28 octubre 1975), de

donde se sigue que cuando se demanda a una persona jurídica en acción indemnizatoria de daños causados por el hecho culposo de sus agentes cometido en ejercicio de sus funciones o con ocasión de estas, no se convoca a dicha entidad bajo el concepto de «tercero responsable»; sino a ella misma como inmediato responsable del resarcimiento debido, de suerte que en ese específico evento lo conducente es hacer actuar en el caso litigado, para darle a la controversia la solución que la ley ordena, la normatividad [sic] contenida en el artículo 2341 del Código Civil y no la prevista en los artículos 2347 y 2349 del mismo estatuto”^{9}. (sin bastardilla en el original).

Si se juzga con rigor esta sentencia, aparece una contradicción, pues la Corte Suprema nos habló de que existía una sola culpa; no obstante, el fallo tiene el mérito de mantener el principio de protección de la víctima por encima del formalismo que al ser aplicado podría llevar a la injusticia.

Las dificultades reales que enfrenta la teoría organicista para deducir responsabilidad directa de las personas jurídicas han llevado a los doctrinantes a proponer nuevas alternativas. JORGE SUESCÚN MELO sostiene que por esta razón, hoy se propone “instaurar un régimen de responsabilidad directa, pero objetiva de las personas jurídicas, aun en sistemas que consagran una responsabilidad subjetiva general, esto es basada en la culpa y en la valoración negativa de la conducta del obligado a reparar”^{10}. Argumenta Suescún Melo que es más realista concebir la responsabilidad del empresario como consecuencia del riesgo de la empresa, de su propia economía, por cuanto la empresa constituye una organización de hombres y de bienes en los que los segundos están sometidos a la actividad de los primeros.

Así las cosas, de acuerdo con Suescún Melo, es indiferente que exista o no culpa del empresario, pues este debe responder por el hecho de tener subordinados que actúan por y para él. Por esto se ha dicho que cumple papel preponderante para deducir responsabilidad de la empresa la utilidad

potencial que a favor del *dominus* de la actividad desempeñe el sujeto en desarrollo de la cual generó un daño en detrimento de un tercero^{11}. El adoptar esta tesis de responsabilidad objetiva, cambiaría el panorama de responsabilidad cuyas consecuencias serían: 1º) la prescripción ordinaria sería de cinco años; 2º) la culpa del empleado no se desvirtuaría con la simple prueba de diligencia y cuidado, pues se exigiría siempre probar una causa extraña, y 3º) no habría lugar a la acción de repetición de la persona jurídica contra el empleado o subordinado.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES

Si bien la responsabilidad civil de las personas jurídicas en general está sometida a los principios anteriores, es necesario referirnos al régimen de responsabilidad de los administradores u órganos de dirección, administración y control de las sociedades comerciales a la luz de la ley 222 de 1995 que reformó el régimen societario del Código de Comercio y que ha traído importantes cambios en el régimen de responsabilidad en el derecho colombiano^{12}.

Nótese que la responsabilidad de los administradores comprende tanto la responsabilidad civil contractual como la extracontractual^{13}. Algún sector de la doctrina ha indagado cuál es la naturaleza de la responsabilidad de los administradores. Algunos afirman que es contractual, porque tiene su fundamento en el contrato que el administrador tiene con la sociedad y de allí se derivan las obligaciones de diligencia y cuidado con la sociedad, los socios o los terceros. Pensamos que una cosa es el contrato, usualmente laboral, por medio del cual el administrador asume su cargo en la sociedad y otra, bien diferente, la naturaleza de la obligación violada al causar daños que puede ser contractual o extracontractual. Algunos daños causados por el administrador contra la sociedad pueden tener carácter contractual, pero otros pueden ser de naturaleza extracontractual. Igual ocurre con los socios o terceros, por lo que *a priori* no se puede definir la naturaleza de la

responsabilidad y habrá que juzgarla en cada caso concreto para determinar si se dan los elementos pertinentes.

A) Responsabilidad de los administradores de las sociedades civiles

Si bien la ley 222 de 1995 tiene por objeto reformar el Código de Comercio, es importante recordar que el artículo 100, *ibidem*, dispuso expresamente que las sociedades civiles están sujetas para todos los efectos a la legislación mercantil. Dice el citado artículo 100: “[...] cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil”. Lo que a nuestro juicio significa que a todo tipo de sociedad, mercantil o no, se le aplican los principios de responsabilidad que comentaremos, no por analogía, sino por expresa disposición legal^{14}.

B) Concepto de administrador

La ley 222 de 1995, artículo 22, define quién es administrador, y para ello utiliza un criterio funcional sin que interese la denominación específica que los estatutos le asignen. No obstante, el artículo define, si bien de modo no taxativo, quiénes son administradores de la sociedad así:

“Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones”.

De los diferentes administradores conviene recordar que el representante legal es toda persona que expresa la voluntad de la sociedad, sin interesar el nombre o denominación que se le dé: gerente, director general, presidente, etcétera.

El liquidador es el representante legal designado para las sociedades en proceso de liquidación y como tal está sujeto al mismo régimen de responsabilidad que el representante legal, aunque tengan un propósito diferente. El primero ha de buscar el desarrollo del objeto social; el

segundo, al tenor del artículo 221 del Código de Comercio, una vez “disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación y en consecuencia, no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación”.

La administración de un establecimiento de comercio y las sucursales (C. de Co., art. 263) se hace por medio de una persona denominada *factor* (C. de Co., art. 1332), que recibe un mandato para administrarlo. La ley 222 de 1995 ha incluido al factor como un administrador para los efectos de la responsabilidad por daños.

Los miembros de juntas directivas u órganos similares, cualquiera sea su denominación, para los efectos de la responsabilidad ilimitada por daños causados también son administradores de la sociedad.

C) Marco legal de responsabilidad de los administradores

Antes de analizar el régimen de responsabilidad de los administradores, conviene transcribir los artículos relevantes de la ley 222 de 1995 para tener un marco normativo amplio que nos permita hacer algunas críticas a los textos y a las interpretaciones que hacen frecuentemente los expertos del derecho comercial al explicar este régimen especial de responsabilidad de los administradores.

Artículo 200.—*Modificado.* Ley 222 de 1995, artículo 24. “Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

”No estarán sujetos a dicha responsabilidad quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

”En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

”De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos, el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

”Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

”Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos”.

“Artículo 201.—Las sanciones impuestas a los administradores por delitos, contravenciones u otras infracciones en que incurran no les darán acción alguna contra la sociedad”.

D) Responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores

El artículo 200 del Código de Comercio dispone expresamente que la responsabilidad es solidaria entre los diferentes administradores y tiene carácter ilimitado. La expresión es celebrada por los comercialistas que ven en este artículo avances significativos con respecto al régimen tradicional de la responsabilidad por los delitos y culpas del Código Civil (C. C., arts. 2341 a 2360). No obstante, en nuestro parecer la disposición no agrega nada nuevo al régimen general de responsabilidad del Código Civil, pues en principio toda responsabilidad civil por daños es solidaria (C. C., art. 2344) y al ser plena (C. C., arts. 2341 y 2356), tiene carácter de ilimitada.

E) Los administradores responden por dolo o culpa

El principio general de responsabilidad de los administradores es el dolo o culpa, reza el inciso 1º del artículo 200 del Código de Comercio.

Igualmente, nos parece que el texto nada agrega al régimen de responsabilidad del Código Civil (art. 2341), que dispone que toda persona que ha cometido delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización.

El establecer que los administradores responden “de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen” podría dar lugar a interpretaciones suspicaces en el sentido de que el estatuto comercial, por ser especial, determinó que los administradores no responden por los regímenes de responsabilidad objetiva como el ejercicio de actividades peligrosas. La aplicación de los artículos 1° y 2° del Código de Comercio podría dar pie a pensar que el asunto de la responsabilidad de los comerciantes al estar regulada en la ley 222 de 1995 es de aplicación preferencial frente a las normas civiles que solo tienen carácter supletivo al no existir norma comercial expresa o de aplicación analógica. Pensamos que no sería lógico excluir a los administradores del régimen de responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas u otro tipo de responsabilidades objetivas o sin culpa, pues ello significaría un retroceso en la responsabilidad del régimen comercial.

F) La responsabilidad por daños a la sociedad, a los socios y terceros

Quiso el legislador agrupar en tres clases las potenciales víctimas de la gestión culposa o dolosa de los administradores. En primer lugar, la sociedad como persona jurídica podría verse lesionada por la actuación de sus administradores y por ello se le concede acción social de reparación de perjuicios. Un segundo grupo lo constituyen los socios de la sociedad y en tercer lugar, toda persona que siendo perjudicada pueda probar que ha sufrido daño.

Los principios generales del derecho de la responsabilidad establecen que todo daño causado a cualquier persona que cumpla los presupuestos de los elementos esenciales de la responsabilidad civil ha de ser indemnizado

plenamente. Entonces, si bien la ley ofrece una interesante clasificación de las víctimas potenciales, tampoco dispone cosas nuevas o diferentes respecto del régimen de responsabilidad civil tradicional.

El inciso 2° del artículo 200 al señalar que “No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten”, introdujo un elemento novedoso en el régimen de responsabilidad aplicable a los administradores. En este caso, pensamos que no se llega a la misma solución al aplicar las viejas normas del Código Civil. Si una persona no ha tenido conocimiento de algo o se ha opuesto a actuar o a realizar una conducta, ello quiere decir que a esa persona no le es imputable el daño y que no hay culpa o dolo que le sea atribuible y que, por tanto, no será responsable por algo que no hizo.

G) Presunción de culpa de los administradores

Para los comercialistas, quizá uno de los elementos más significativos en la legislación es la presunción de culpa del administrador, *iuris tantum*, cuando existe incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos (C. de Co., art. 200, inc. 3°).

La doctrina anterior a la reforma de la ley 222 de 1995 afirmaba que el estatuto comercial no contenía ninguna novedad o regla especial al imponer a los administradores responsabilidad por los daños causados a la sociedad, a los socios o a terceros, a diferencia del sistema anglosajón en el que el administrador tiene una relación fiduciaria (*fiduciaryrelation*) en la que una parte deposita su fe o confianza en el juicio y consejo de otra, lo que exige que ninguna puede aprovecharse de su encargo en forma egoísta o negociar con el objeto del encargo para beneficio propio o para perjudicar a otro.

La doctrina anterior al año 1995 clamó por este cambio en el patrón de exigencia de la conducta de los administradores, y por eso se introdujo la disposición que dice: “En los casos de incumplimiento o extralimitación de

sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, *se presumirá la culpa del administrador*” (sin bastardilla el original). Como ejemplo de este sentir es ilustrativo el artículo publicado en 1986 por la doctora Marcela Castro de Cifuentes titulado “La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales: enfoques del derecho angloamericano y del derecho colombiano”^{15}. Dice la articulista: “Esta norma (C. de Co., art. 200) no consagra nada distinto del régimen general de responsabilidad en el derecho privado, que recae sobre un sujeto no calificado frente a terceros, y *no fija estándares superiores de conducta en cabeza de los administradores*” (sin bastardilla el original).

La obligación de indemnizar los daños causados por culpa lleva implícita la de actuar con diligencia y prudencia en el manejo de los asuntos propios de la sociedad, lo que sería equivalente al deber de cuidado, según el derecho angloamericano, con la diferencia de que ni nuestro ordenamiento positivo ni la jurisprudencia han definido qué significa en concreto esa obligación en cabeza de los administradores. ¿Debe exigírseles la diligencia de un buen padre de familia, según el derecho civil? ¿La del mandatario? Y más adelante la autora concluye:

“[...] el régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales, de acuerdo con nuestra ley positiva, no difiere sustancialmente de cualquier persona natural o jurídica. No existe la exigencia, tan clara y explícita del *common law*, de un nivel superior de comportamiento, que se traduzca en obligaciones concretas de cuidado y lealtad que se cumplan estrictamente bajo la mirada celosa de los tribunales”.

El clamor de la doctrina comercialista fue acogido en la reforma al Código de Comercio de 1995, que luego le permitió decir a uno de los miembros de la comisión redactora, el doctor Francisco Reyes Villamizar, que ya el Código de Comercio cambió el viejo arquetipo del *buen padre de*

familia por el del *buen hombre de negocios* que es más exigente que el modelo del derecho civil. Dice el autor:

“El *nuevo enfoque establece un modelo más exigente* desde el punto de vista profesional. Así las determinaciones que adopten los administradores de las compañías deben ser cumplidas con una particular diligencia que implica una forma de actuar propia de personas conocedoras de las técnicas de administración. Se trata, pues, de un patrón de conducta más estricto, que implica una evaluación seria e informada de las principales opciones de que dispone el administrador en el momento de tomar determinaciones”^{16}. (sin bastardilla en el original).

Debemos apartarnos de los defensores de la idea de que el buen padre de familia romano ha sido sustituido por un régimen de mayor exigencia que establece el buen hombre de negocios, por dos razones: a) la presunción de culpa que se intentó consagrar es inoperante y b) el buen padre de familia como patrón de comparación interpretado correctamente sirve para que a los administradores se les exija una “evaluación seria e informada de las principales opciones de que dispone [...] en el momento de tomar determinaciones” y que en su ordinaria actuación apliquen las “técnicas de administración”.

H) *Inoperancia de la presunción de culpa del administrador*

El inciso citado dispone: “En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador”, es decir, cuando se pruebe alguna de esas conductas (incumplimiento, extralimitación de funciones, violación de la ley) se “presumirá la culpa del administrador”. No obstante, esta interpretación no es del todo correcta, pues si se prueba que un administrador extralimitó funciones, violó la ley, etc., lo que ocurre simplemente es que se ha probado su culpa y no que esta se presume, por lo que en definitiva la mal llamada “presunción de culpa” no opera como tal.

No hay, a nuestro juicio, una presunción de culpa en contra del administrador, toda vez que la parte que quiera beneficiarse con la presunción debe, al tenor del Código de Procedimiento Civil, probar los hechos en que se funda la presunción, y es entonces cuando el administrador habrá incumplido o se habrá extralimitado en sus funciones. Así lo expresa el artículo 166 del Código General del Proceso: “*Presunciones establecidas por la ley.* Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”.

Otra crítica que se le puede hacer al artículo 200 del Código de Comercio se refiere a la parte que establece que “Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a eximir a los administradores de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos”.

La norma que pretende evitar la burla al carácter ilimitado de la responsabilidad con simple cláusula limitativa de responsabilidad, quedó redactada de forma tal que si bien no es posible absolver totalmente de responsabilidad a los administradores ni limitar su responsabilidad al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer los cargos, nada obsta para que se establezcan cláusulas que la limiten, v. gr., al doble de la caución, lo que en la práctica constituiría una sustracción al régimen exigente de responsabilidad de los administradores. El inciso 7° debió decir que tanto la exención o absolución de la responsabilidad como su limitación se entenderían por no escritas, pero al abrir la puerta a las limitaciones en las cuantías que superen las cauciones, hace inoperante la exigencia que intentó consagrar.

I) El buen padre de familia vs. el buen hombre de negocios

Subsiste igualmente duda acerca de si el patrón del buen *padre de familia* del derecho civil sea de exigencia inferior al del buen *hombre de negocios*, porque precisamente para valorar la culpa de un administrador usando los criterios del buen padre de familia no se entiende como el de un padre de familia en el sentido de un hombre casado, con hijos pequeños en la intimidad de su hogar. El concepto del buen padre de familia se tendrá en comparación con una persona promedio, prudente en el desarrollo de la misma actividad que realizaba el demandado.

Por ejemplo, en la responsabilidad médica, cuando se establece que el médico actuó con culpa, porque no obró como un buen padre de familia, nunca se ha querido decir que tal médico fue comparado con un padre que tenía una esposa y unos hijos, sino que se le compara con otro de su misma especialidad y experticia para saber si ese otro médico habría actuado de esa misma manera o habría evitado el daño. Lo mismo se aplicaría a un administrador que se compararía con otro administrador o con un buen hombre de negocios. Pensamos, en definitiva, que aquí no se da un cambio sustancial en el concepto del buen padre de familia como principio de comparación, sino que se produce un cambio de nombre y la exigencia para el administrador que se desea estaba ya contemplada en la naturaleza de la actividad que desempeña y en los deberes de buena fe, lealtad, diligencia y cuidado que acompañan a la actividad del administrador en el mundo de los negocios. El *pater familias* en el derecho romano no era solo el modelo de un buen esposo y padre, sino el gestor y responsable de los negocios y futuro económico del clan familiar a su cargo.

J) *Los deberes de los administradores*

La responsabilidad de los administradores tiene como fuente el incumplimiento de los denominados “deberes fiduciarios o de confianza de los administradores” que se sintetizan en:

a) *Deber de buena fe*. El administrador debe actuar con entera lealtad, con intención recta y positiva. El administrador debe obrar en lo que cree son los mejores intereses de la sociedad, debe actuar con “manos limpias y corazón puro”, como se dice en el mundo anglosajón, de modo que en el hipotético conflicto de intereses entre la sociedad y los intereses del administrador o de los socios o terceros, ha de preferir los de la sociedad.

b) *Deberes de diligencia y cuidado*. Estos deberes implican que los administradores no están para evitar riesgos, sino para asumirlos lealmente. Esto no es otra cosa que la aplicación del aforismo anglosajón *Business are Business*, es decir, el negocio de los negocios es el negocio, que implica siempre correr los riesgos propios de esa actividad.

c) *Deber de lealtad*. Se falta a él cuando no se actúa conforme a los mejores intereses de la sociedad y se viola generalmente en tres circunstancias típicas, no taxativas: 1º) usurpación de las operaciones de la sociedad, 2º) conflicto de intereses en perjuicio de la sociedad y 3º) remuneración excesiva de honorarios para los administradores.

El artículo 23 de la ley 222 de 1995 enumera unos deberes específicos de los administradores que desarrollan su responsabilidad como un hombre de negocios prudente que busca el mejor interés de la sociedad:

“Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de los asociados. En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

”1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.

”2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.

”3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.

”4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.

”5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada^{17}.

”6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.

”7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas”.

”En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas solo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad”^{18}.

K) *Acciones de responsabilidad*

Como ya dijimos, la responsabilidad de los socios puede ser por daños causados a la sociedad, a los socios o a terceros, circunstancia de la que se desprenden dos tipos de acciones: la acción individual que puede intentar todo aquel que haya resultado perjudicado por la conducta del administrador y la acción social que se establece en beneficio de la sociedad para demandar la indemnización de los perjuicios causados a esta.

L) *Responsabilidad de los administradores frente a los socios y a terceros*

La doctrina, al referirse a este tipo de responsabilidad de los administradores, admite que existe dificultad para encontrar casos en que se den daños exclusivos en cabeza de los socios y no haya perjuicios para la sociedad, pues unos y otros van de la mano. Los socios son instrumentos de deliberación para la formación de la voluntad colectiva al tenor del artículo 638 del Código de Comercio^{19}; los administradores son los instrumentos

de ejecución de dicha voluntad y de los mismos fines sociales, que se cumplen tanto con los actos de gestión como con los de representación de la persona jurídica^{20}.

M) *Responsabilidad de los administradores frente a la sociedad*

La acción social de responsabilidad se establece en favor de la persona jurídica que sufre el perjuicio directo en su patrimonio por la acción culposa o dolosa del administrador. En este caso, el titular es la sociedad. El artículo 25 de la ley 222 de 1995 reglamenta la acción social de responsabilidad, así:

“Acción social de responsabilidad. La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinticinco por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halla dividido el capital social.

”La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador”.

N) *Características de la acción social de responsabilidad*

Pueden señalarse las siguientes características de la acción social de responsabilidad:

- Exige la decisión del máximo órgano social, adoptada con el voto favorable de la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión.
- Puede adoptarse en cualquier reunión ordinaria, extraordinaria o especial.
- El llamamiento podrá ser hecho por uno o varios de los socios.

- La decisión adoptada implica la remoción del administrador.
- Si adoptada la determinación no se presenta la demanda dentro de los tres meses siguientes, podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso, los acreedores que representen el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, podrán ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos.
- La acción de responsabilidad no impide a los socios o acreedores que la presenten, ejercer acciones individuales.

O) *Prescripción de las acciones*

La responsabilidad de los administradores está sujeta a términos propios de prescripción específicos, previstos en la ley 222 de 1995 (art. 235): “Las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el libro segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en *cinco años*, salvo que en esta se haya señalado expresamente otra cosa”.

P) *Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones laborales*

Cuando el patrono incumple las obligaciones laborales en esta etapa, el trabajador tiene tres tipos de acciones para hacer valer sus derechos:

a) *Ante las autoridades administrativas del trabajo* (C. S. del T., art. 485), para que ejerza la llamada función policiva administrativa laboral y su vigilancia le corresponde al Ministerio de Trabajo. Las sanciones a las que se puede ver compelido son: 1) *conminación*, por medio de la cual se le urge al patrono para que cumpla sus obligaciones, y 2) *multas* (C. S. de T., art. 486).

b) *Ante los jueces laborales*. Se puede instaurar acción laboral ordinaria para dirimir el conflicto o proceso ejecutivo si se tiene título que preste mérito ejecutivo. El administrador puede dar pie a estas acciones de los trabajadores, y con ello causar daño a la sociedad, socios o terceros que

podrían buscar una acción de reparación por su culpa en el manejo equivocado de las relaciones laborales.

Especial atención debe tenerse con la eventual demanda de indemnización plena que instaure el trabajador por terminación unilateral de contrato de trabajo. Durante mucho tiempo se consideró que la indemnización por despido injusto prevista en el Código Sustantivo del Trabajo (art. 64, modificado por los arts. 8° del decr. 2351 de 1965 y 6° de la ley 50 de 1990) incluía la reparación del daño patrimonial como moral.

No obstante, la Corte Suprema en sentencia de 1996 rectifica esta posición y afirma que la indemnización por despido injusto no incluye los daños morales y que si el trabajador los reclama “deberá probarlos y determinarlos conforme al derecho común por cuanto ellos no se derivan necesariamente del vínculo contractual, porque no son de su esencia”^{21}. Consideró la Corte que resultaba propicia la ocasión para “rectificar la interpretación según la cual en materia laboral no es procedente reclamar la indemnización por los perjuicios morales que hayan podido generarse por razón de la terminación del contrato de trabajo, porque si bien es claro que el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo —tanto en su versión original, como en las modificaciones que a él se han introducido por virtud de lo dispuesto en el artículo 8° del decreto legislativo 2351 de 1965 (convertido en legislación permanente por virtud del artículo 3° de la ley 48 de 1968) y de manera más reciente mediante el artículo 6° de la ley 50 de 1990— enuncia la regla según la cual en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, indemnización que comprende el lucro cesante y el daño emergente, *de allí no se desprende la improcedencia de la condena por perjuicios morales*”^{22}.

Fundamenta la Corte su interpretación en que “si el derecho civil ha reconocido la posibilidad de que se lesione el patrimonio moral de las personas por razón de un incumplimiento contractual, no se ve entonces la

razón para que el derecho laboral le niegue a quien vive de la transmisión de su fuerza de trabajo esta posibilidad”^{23}. Una interpretación diferente le cerraría el paso a la posibilidad de que esta clase de daños ocurra y exonerar de consiguiente a quien los causa, constituiría una grave afrenta para el ser humano que trabaja y llevaría al absurdo de que esa misma persona sí tendría derecho a la reparación del daño moral “en tanto en cuanto actúa en desarrollo de contratos civiles o mercantiles”^{24}.

De lo anterior se desprende que el administrador que toma la decisión de terminar unilateralmente el contrato de un trabajador, eventualmente podría ver comprometida su responsabilidad civil por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que este pruebe en un proceso de responsabilidad, haciéndolo solidariamente responsable al tenor del ya citado artículo 200 del Código de Comercio.

c) *Acción de tutela* (cuando se vulnera el derecho fundamental al trabajo). El artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo establece que son solidariamente responsables de las obligaciones laborales que emanen del contrato de trabajo, las sociedades de personas y sus socios, hasta el límite del aporte (entendiéndose en el derecho laboral como sociedades de personas también a la sociedad de responsabilidad limitada^{25}, la en comandita simple y la colectiva); los administradores tienen una responsabilidad ilimitada por los daños que causen con su gestión, por dolo o culpa, a terceros, como sería el caso de los trabajadores (C. de Co., art. 200).

CAPÍTULO SEGUNDO

RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL HECHO AJENO

En el capítulo anterior vimos cómo se puede ser responsable de los actos propios, en los que, por culpa o dolo, se causa perjuicio a otros. El alcance de la responsabilidad personal no se limita a los propios actos, sino que se extiende, en ocasiones, a los actos de otras personas, que se encuentran bajo nuestra custodia o vigilancia, razón por la que nos hacemos solidariamente responsables de los daños causados por ellas.

Sección I.

—Concepto y fundamento

La responsabilidad por el hecho ajeno se conoce como responsabilidad indirecta o compleja, por oposición a la directa por el hecho propio o simple. Es el caso de los terceros civilmente responsables de los daños causados por personas que tienen bajo su cuidado y vigilancia. Su origen se remonta a los tiempos en que los parientes respondían de los delitos de los integrantes del grupo o clan familiar.

En el *Digesto*, enseña Paulo: “el habitante debe responder de su propia culpa y la de los suyos”^{1}. Los redactores del Código napoleónico a su vez tomaron esta noción de Pothier para quien constituye “una sanción a la falta de vigilancia por quienes tienen a su cargo el sagrado depósito de la autoridad”^{2}. Estos, los antecedentes de la responsabilidad por el hecho ajeno.

La responsabilidad por el hecho ajeno tiene como fundamento una culpa de la persona que responde (civilmente responsable), que consiste en no haber obrado con diligencia en la obligación de cuidado y vigilancia de la persona subordinada a su cargo y una culpa directa de la persona que infiere el daño (el directamente responsable).

Quiere la ley no solo que seamos cautelosos en nuestros propios actos, sino que, además, tengamos celo con respecto a la conducta de las personas que están bajo nuestra guarda y cuidado. Por ello, al civilmente responsable se le presume culpable de haber obrado con negligencia en la guarda y vigilancia de la persona a su cuidado que ha causado un daño a un tercero^{3}.

Sección II.

—Marco legal de la responsabilidad por el hecho de terceros

El marco legal de la responsabilidad por el hecho de terceros lo constituyen los artículos 2346, 2347, 2348 y 2349 del Código Civil. Antes de analizar el régimen jurídico colombiano, transcribiremos el texto de las normas correspondientes, con el fin de ofrecer el marco legal general que lo rige.

1. RESPONSABILIDAD POR INCAPACES BAJO CUIDADO

“Los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudiere imputárseles negligencia” (art. 2346).

Si bien en los casos regulados por esta norma se responde por un tercero (incapaz por demencia o menor de 10 años), no se ubica dentro de la

responsabilidad por el hecho ajeno. Es un caso de responsabilidad directa del artículo 2341 del Código Civil.

2. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO. PRINCIPIO GENERAL

“Toda persona es responsable no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

”Inciso 2°.—*Modificado*. Decr. 2820 de 1974, art. 65. Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

”Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.

Inciso 4°.—*Derogado*. Decr. 2820 de 1974, art. 70. (Establecía: “Así, el marido es responsable de la conducta de su mujer”).

”Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices, o dependientes, en el mismo caso.

”Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho” (art. 2347).

3. RESPONSABILIDAD POR LA MALA EDUCACIÓN DE LOS HIJOS

“Los padres serán siempre responsables del daño causado por las culpas o los delitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir” (art. 2348).

4. RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS POR EL HECHO DE SUS SUBALTERNOS

“Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión del servicio prestado por estos a aquellos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso, recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes” (art. 2349).

Sección III.

—Principio general de responsabilidad por el hecho ajeno

¿En el Código Civil existe un principio general de responsabilidad por el hecho ajeno o su reglamentación es taxativa y restrictiva a las hipótesis contempladas en el artículo 2347? Y de existir ese principio general de responsabilidad, ¿cuáles serían sus supuestos?

La doctrina y jurisprudencia colombianas han encontrado dificultades en la interpretación del artículo 2347 del Código Civil por inspirarse en autores franceses^{4}. La norma homóloga del Código Civil francés (art. 1384) trae una enumeración taxativa, restrictiva, a diferencia del nuestro que utiliza la expresión: “Así, los padres; así los directores de colegio [...]” consagrando inequívocamente con tales expresiones, un principio general de responsabilidad por el hecho ajeno^{5}.

Como responsabilidad por el hecho ajeno, nuestro estatuto civil incluye los casos de los padres por el hecho de sus hijos y la de los comitentes y patronos por el hecho de sus empleados y dependientes, etc. (C. C., arts. 2347; 2348 y 2349) que se someten a unas mismas reglas para determinar la responsabilidad del civilmente responsable por el hecho de las personas subordinadas o bajo cuidado de otro.

Otro argumento para apoyar la tesis del principio general de responsabilidad por el hecho ajeno en nuestro estatuto civil es que si se derogaran los numerales 2 al 4 del artículo 2347 del Código Civil que mencionan los ejemplos de relaciones de subordinación de los padres, los directores de colegios, artesanos, etc. toda la doctrina de la responsabilidad civil por el hecho ajeno quedaría en pie.

La Corte Suprema de Justicia se hace eco de esta tesis y para ella el adverbio que utiliza el articulado, además de la expresión “toda persona”, inequívocamente denota que los casos relacionados en los numerales son ilustrativos y no taxativos. La Corte dijo al respecto: “*la enunciación de los casos previstos en el artículo 2347 del Código Civil no es taxativa*, pues en ella se hace una simple enunciación de ejemplos. Esta posición se desprende de la norma en su primer inciso que hace referencia a «toda persona», como del adverbio «así» con que comienzan los incisos que siguen”^[6].

Al consagrar el artículo 2347 del Código Civil un principio general de responsabilidad por el hecho ajeno, basta que se presenten los elementos exigidos en la norma para que opere la presunción legal en favor de la víctima y en contra del civilmente responsable. Veamos cuáles son los elementos comunes a toda forma de responsabilidad indirecta o por el hecho ajeno.

Sección IV.

—Las reglas comunes

Todas las formas de responsabilidad por el hecho ajeno participan de unas reglas comunes que podemos sintetizar en las siguientes^[7]:

a) Responsabilidad civil directa del subordinado. (Conducta, culpa en los casos de responsabilidad subjetiva, daño y nexo entre la conducta y el

daño).

b) Obligación legal o contractual del civilmente responsable de cuidar al subordinado.

c) La acción dañosa del directamente responsable debe darse durante la vigencia de la relación de subordinación^{8}.

1. RESPONSABILIDAD CIVIL DIRECTA DEL SUBORDINADO

El Código Civil exige que el subordinado sea una persona capaz (art. 2346) para que opere la presunción de culpa en contra de la persona responsable del subordinado, pero esa presunción no solo opera cuando el subordinado es responsable por el hecho propio, es decir, cuando ha realizado una conducta culposa o dolosa y con ella ha causado un daño, sino también en todas las otras instituciones de la responsabilidad civil directa, como responsabilidad por las cosas animadas e inanimadas y por actividades peligrosas^{9}.

Por ejemplo: si un menor de edad capaz aquiliano (de 10 años o más), que habita en la casa de sus padres, rompe, por malicia o imprudencia, una ventana de la casa vecina, el perjudicado debe probar que el acto del menor es ilícito, que hay vínculo causal entre el hecho del menor y el daño de la ventana y, por último, que el directamente responsable es hijo de los demandados y se encontraba bajo su dependencia y cuidado cuando ocurrió el hecho dañoso.

Es decir, “el habitar la misma casa” es la expresión que significa que los padres e hijos mantienen esa relación de subordinación y que, por lo mismo, pueden comprometer su responsabilidad. Cuando esa relación de subordinación se rompe —en lo fáctico o en lo jurídico—, cesa la presunción de responsabilidad, así el estatus de padres e hijos siga vigente para otros aspectos como alimentos, patria potestad, etc.

La Corte ha expresado (sent. de 2005) claramente que uno de los requisitos de la responsabilidad por el hecho ajeno es la plena capacidad

aquiliana del subordinado en los siguientes términos:

“ *Responsabilidad que actúa en la medida en que se encuentre cabalmente definida o acreditada la responsabilidad civil del directamente responsable.* Se encuentra ese sistema consagrado en el artículo 2347 del Código Civil al establecer, como principio general, la regla de que toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. Y en tratándose de los padres, con la modificación introducida por el decreto 2820 de 1974, establece aquel artículo que estos son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. *Hijos menores que en concordancia con lo que se dispone en el artículo 2346 del Código Civil, deberán ser aquellos que tengan entre diez años y dieciocho años, edad en que termina el deber de cuidado, por la mayoría de edad alcanzada por el vigilado*^{10}. (sin bastardilla el original).

2. OBLIGACIÓN LEGAL O CONTRACTUAL DEL CIVILMENTE RESPONSABLE DE CUIDADO DEL SUBORDINADO

Por virtud de la ley o de un contrato, puede surgir la obligación de cuidado. Por ejemplo: los padres tienen la obligación legal de cuidar de sus hijos al tenor del artículo 262 del Código Civil que dispone: “Los padres o la persona encargada del cuidado personal de los hijos tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente”.

La obligación nacida del contrato se presenta en los casos de los directores de colegios, los maestros y los estudiantes y aprendices. Nótese que cuando el Código se refiere a artesanos y empresarios hemos de entender que se aplica esta responsabilidad a toda clase de personas naturales que tengan la calidad de patronos: comerciantes, industriales y, en general, a todas las que gobiernan, dirigen o mandan a otras, las cuales les están sujetas por vínculo legal o contractual, pero no se aplica ni al Estado, ni a las entidades de derecho público y sus empleados ni a las personas

jurídicas de derecho privado, cualquiera sea su naturaleza, a las cuales no les rige la responsabilidad por el hecho ajeno que se limita a las personas naturales, como lo han sostenido de modo reiterado nuestras jurisprudencia y doctrina.

El Código, al hablar de empresario, exige la existencia de una relación no necesariamente de carácter laboral entre el civil y el directamente responsable. En general, toda persona que tenga a otras bajo su dependencia responde de los daños causados por estas siempre y cuando hayan cometido una falta y exista la obligación jurídica de cuidado y vigilancia. En este sentido, la Corte ha expresado que “fuera de la relación causal que muestra la imputabilidad física, *ha de establecerse el vínculo de subordinación o imputabilidad jurídica*, pues si la razón de ser del reclamo es un daño, partiendo de tal dato es preciso llegar a verificarlo como causado por quien dependía del sujeto a quien se demanda, y en fin de cuentas por este último [...] lo ha venido sosteniendo la Corte de tiempo atrás y en la primera parte de estas consideraciones se vuelve a reiterar, que *esa relación de dependencia tiene como fuente mediata el vínculo suscitado por factores como el de vigilancia, control, cuidado o administración, que pueden surgir independientemente de la relación laboral como tal*”^{11}. (sin bastardilla el original).

Ese vínculo de origen legal o contractual otorga al superior (civilmente responsable) una *autoridad* que da cierta capacidad de gobernar la conducta del subordinado (directamente responsable) que tiene dos características principales:

a) *La autoridad es temporal*, en el sentido que se puede ejercer mientras subsista el vínculo: la relación padre e hijo menor, o la del tutor con su pupilo, o la del patrono con el empleado, porque ese vínculo puede extinguirse o solo operar en ciertas porciones de tiempo como en el caso del empleado frente al patrono mientras dure la jornada de trabajo, o la del alumno frente al colegio, mientras está bajo su cuidado.

b) *El objeto de la autoridad se circunscribe a la naturaleza del vínculo.* Esto significa que los poderes que confiere la autoridad y las obligaciones que le corresponden al superior han de enmarcarse dentro del giro ordinario de esa relación de autoridad. Por ejemplo, no tienen el mismo ámbito la autoridad del padre sobre el hijo menor que la del patrono sobre el empleado o la del colegio frente a ese mismo hijo. En cada caso hay que establecer la naturaleza de la autoridad y su ámbito propio que le delimita sus facultades y le prescribe sus obligaciones en el ejercicio de la autoridad^{12}.

Cuando el inciso final del artículo 2347 del Código Civil dice: “Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”, precisamente nos señala estas características del vínculo que venimos comentando.

El patrono tiene autoridad sobre el empleado, para que este haga su trabajo o tarea y aquella consiste precisamente en la subordinación en ese aspecto y no en otros. Piénsese, por ejemplo, que durante su jornada laboral el trabajador puede reñir con un tercero y que la autoridad que el patrono tiene sobre el empleado le confiere unas facultades y a este la obligación de obedecerle, pero no en este campo, de forma tal que el patrono no puede evitar que el trabajador riña con el tercero, y por eso el patrono podría invocar que no pudo impedir el hecho ejerciendo la autoridad y cuidado que su calidad respectiva (la de patrono) le confiere y prescribe.

Cosa diferente es que en el trabajo el empleado, por imprudencia, ponga en peligro en la operación misma de su labor la integridad física o bienes de terceros; en ese caso, el patrono sí tiene autoridad para ordenarle un comportamiento cauteloso en su actividad laboral para que no cause daños a terceros. Cuando el daño se produce, la ley presume que ha ocurrido, además de la responsabilidad del directamente responsable, por culpa del superior o civilmente responsable que no ejerció las facultades de cuidado y

vigilancia sobre el subordinado (directamente responsable), pudiendo haber evitado el daño, razón por la cual se presume su culpa y debe responder solidariamente por los daños causados.

Si observamos con atención, el artículo 2347 que establece el principio general de responsabilidad nos muestra que el fundamento de esa responsabilidad por el hecho de otra está basada en dos aspectos:

En primer lugar, que el superior tenga la obligación legal de velar por ese subordinado, porque la ley establece ese derecho-obligación o porque nace de un contrato, cualquiera sea su naturaleza. Así, por ejemplo, el hijo mientras habita en la casa de sus padres, el amo frente a su sirviente, el tutor por el pupilo, el artesano por el aprendiz, etc.

En segundo lugar, en el hecho fáctico de que una persona tiene cierto ascendiente sobre la conducta del subordinado de modo que puede gobernarla, dentro de ciertos límites, que razonablemente permiten suponer que si ejerce con diligencia y cuidado esa función, puede evitar los daños que ese subordinado puede realizar mientras está bajo subordinación.

De modo que si existe esa relación jurídica entre garante y subordinado y no se da *la relación fáctica* de poder real (ausencia de los padres o no encontrarse el aprendiz en ejercicio de su labor, etc.), se desvirtúa el vínculo y, por lo mismo, la responsabilidad indirecta del garante, no por haber probado diligencia y cuidado, como lo llama nuestra doctrina, sino porque “con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho” (art. 2347 *in fine*). El vínculo implica además de una autoridad sobre el subordinado una obligación de ejercerla de modo que gobernando al subordinado con la autoridad que se tiene se evite que este cometa daños a terceros. Sobre los alcances de la subordinación o dependencia, la Corte Suprema consideró:

“[...] debe hoy volverse a reiterar que esa relación de dependencia influyente para los efectos del artículo 2347 del Código Civil, es una noción de muy holgado espectro que no es dado reducir a ciertas modalidades de

contratación como podrían ser, por ejemplo, las que regula la legislación sustantiva del trabajo o, en el plano civil, el arrendamiento de servicios personales. Es por el contrario y para decirlo con apoyo en las enseñanzas de un afamado expositor (Louis Josserand, *Derecho civil*, t. II, vol. 1º, cap. II, num. 508), una situación jurídica genérica donde una persona, en un propio interés y conservando la autoridad suficiente para orientar la actividad, vigilarla y controlarla, le encarga a otra el ejercicio de una función, de una empresa o de una tarea cualquiera, así no exista entre ambas vínculo contractual alguno de trabajo, puesto que, se repite, a los efectos del artículo 2347 del Código Civil el concepto de «subordinación o dependencia» no supone necesariamente de [sic] una fuente de esa clase como lo entendió con acierto el juzgador de segunda instancia en el fallo cuya casación aquí se persigue, y tampoco hace desaparecer la responsabilidad instituida en el precepto tantas veces mencionado, el que la designación del encargado la haya efectuado un tercero distinto al principal. *Lo que en verdad importa es, entonces, que para obrar el autor material del daño haya dependido de una autorización del empresario civilmente responsable, luego es claro que la «dependencia» por la que se indaga habrá de resultar de una virtual potestad de control y dirección sobre la conducta de otro, independientemente de que esa labor origen del evento dañoso tenga o no propensión de continuidad y sin que, de igual forma, sea necesaria la existencia de retribución para quien presta el servicio”*^{13}. (sin bastardilla el original).

3. LA ACCIÓN DAÑOSA DEBE PRESENTARSE DURANTE LA VIGENCIA DE LA SUBORDINACIÓN

No todo daño que cause una persona que esté subordinada o al cuidado de otra compromete la responsabilidad del superior. Para que opere la presunción de culpa en contra del superior, la acción dañosa ha de causarse mientras esté vigente la relación de subordinación o cuidado.

La presunción en contra del civilmente responsable se funda en que precisamente en el giro ordinario de esa relación (padres-hijos menores; tutores-pupilos; patronos-empleados, etc.) se pueden causar daños a terceros por mala gestión o incumplimiento del deber-facultad de cuidado del subordinado y es lógico inferir que los daños producidos mientras está vigente esa relación se puedan atribuir al civilmente responsable por la omisión del cuidado debido. Por ejemplo, los padres con su calidad y autoridad frente al hijo pueden ordenar determinadas conductas para evitar que causen daños a terceros como no jugar en lugares donde puedan romper vidrios de los vecinos, evitar riñas entre los menores que causen lesiones, etc. En el mismo sentido, el patrono tiene un ámbito de gobierno de la conducta del empleado, propio de la naturaleza del vínculo, como realizar el trabajo de modo que no cause daño a terceros en su persona o propiedad, o perturbaciones de vecindad.

La acción del subordinado o directamente responsable se debe dar durante la vigencia de la relación de subordinación y no que el daño se produzca durante la vigencia del vínculo. Es posible, v. gr., que el daño surja tiempo después de que cesó la relación de subordinación, pero como consecuencia de la conducta del subordinado ocurrida mientras estaba bajo el cuidado del civilmente responsable; en este caso, el superior está civilmente obligado a indemnizar a la víctima, porque el subordinado realizó la acción dañosa durante la vigencia del vínculo entre ambos y, por lo tanto, existía para el superior el deber de cuidado sobre el directamente responsable para evitar que con su acción causará daños a terceros.

Lo anterior nos lleva a concluir que esta es la clave para resolver toda esta alambicada casuística que se suele plantear en los manuales y tratados de responsabilidad por el hecho ajeno, sin necesidad de abordar todas las hipótesis posibles^{14}. Ciertamente, las variadas hipótesis que se suelen estudiar pueden llevar a confusión: si los padres están viajando, si están divorciados, o separados de hecho, si el hijo menor no habita en casa con

sus padres, si el menor está afuera con permiso de sus padres, si el padre o madre abandonó el hogar, si es legítima esa ausencia del padre, si el alumno causó el daño en el colegio o durante la ruta de transporte, etc., todas esas hipótesis, insistimos, se resuelven considerando que en Colombia existe un principio general de responsabilidad por el hecho ajeno que nos exime de soluciones casuísticas que se deban interpretar extensiva o restrictivamente, según los intereses de una u otra parte en controversia.

Martínez Rave opta por el análisis casuístico y afirma que la lista que trae nuestro Código es importante, porque “aquellos que figuran en ella se presumen culpables. Respecto de aquellos que no están en la lista, debe probarse su dependencia, su subordinación o su obligación de cuidado, para generar responsabilidad para el tercero. La diferencia es simple, pero de fundamental importancia en el aspecto procesal, probatorio”^{15}.

Otros autores fundan la responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos menores en la patria potestad que les confiere derechos y les impone obligaciones. Así lo describe Martínez Rave: “por lo tanto, la titularidad de la patria potestad es suficiente para solucionar los diferentes problemas que se pueden presentar cuando los padres se separan de hecho o de derecho. En principio, son responsables ambos. Pero si se separan y uno de los dos asume la patria potestad del hijo menor, junto con los derechos asume, igualmente, las obligaciones indemnizatorias correspondientes, si estas se causaren”^{16}.

Insistimos que no es asunto de ejercer o no la patria potestad. Un padre que ha perdido la patria potestad de sus hijos puede estar incurso en la presunción de culpa del artículo 2347 del Código Civil si, v. gr., su hijo está de visita en su casa durante unas vacaciones o un fin de semana. No es la patria potestad que ha perdido judicialmente, sino el hecho de que el menor esté bajo su tutela y cuidado durante ese tiempo por lo que el padre tiene autoridad para gobernar la conducta del menor, que le está sometido, así sea temporalmente. En este sentido, se puede leer en Tamayo Jaramillo, quien

al comentar lo que sobre esta cuestión dice el profesor francés Philippe le Torneau, sostiene lo siguiente: “Sin embargo, esta doctrina ha recibido algunos correctivos [la de exigir que habiten realmente en la misma casa] y en la actualidad doctrina y jurisprudencia han aceptado la teoría según la cual *basta que el padre, de hecho tenga la posibilidad de ejercer derechos y obligaciones de vigilancia que la ley le concede sobre el hijo menor*”^{17}. (sin bastardilla el original).

Si se acepta esta tesis, es innecesaria la extensa casuística que se estudia en los tratados sobre el tema: si el padre estaba divorciado, si aun divorciado visitaba a su hijo, si hay separación de hecho, si es cónyuge culpable o inocente, si el hijo vive fuera por razones de estudio, si el daño se produce en un viaje del menor, etc.), casos que se resuelven sencillamente, si hacemos las siguientes preguntas: 1º) ¿existe vínculo legal o contractual de cuidado? Si la respuesta es afirmativa, como en el caso de los padres sobre los hijos menores, ha de preguntarse por el aspecto material o real de la subordinación. 2º) ¿Tenía el superior autoridad o poder sobre el subordinado para orientar su comportamiento en el caso concreto y evitar el daño? Si la respuesta es afirmativa, surge la presunción de culpa en contra del civilmente responsable.

Sección V.

—¿Se desvirtúa la presunción probando prudencia y diligencia?

Hemos señalado que el párrafo final del artículo 2347 del Código Civil establece que “cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, *no hubieren podido impedir el hecho*”. Sobre el modo de desvirtuar la presunción que pesa en contra del civilmente responsable, Javier Tamayo

Jaramillo sostiene que caben dos interpretaciones de lo establecido en el citado párrafo: que se pruebe causa extraña o ausencia de culpa. veamos:

“Pero, ¿qué significa «no poder impedir el hecho»? Al respecto cabrían *dos interpretaciones* posibles: o que la presunción solo se desvirtúa mediante la prueba de una *causa extraña*, puesto que la frase utilizada por la norma comentada se estaría refiriendo a una imposibilidad o irresistibilidad, elemento constitutivo de la causa extraña, o se podría interpretar en el sentido de que el civilmente responsable solo está obligado a demostrar *ausencia de culpa, es decir diligencia y cuidado, que en este caso concreto* consistiría en la prueba de una buena diligencia. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se orientan por esta última solución que nos parece la adecuada, a la luz de la legislación vigente, si bien consideramos oportuno hacer sobre ella algunas precisiones”^{18}.

Más adelante, este autor precisa que no basta probar que en líneas generales el civilmente responsable ejerció una buena vigilancia sobre el directamente responsable. Para exonerarse de responsabilidad, se debe establecer que en la situación concreta del daño, el civilmente responsable había ejercido una buena vigilancia, y, que pese a ello, no pudo impedir el comportamiento dañoso del directamente responsable^{19}.

La tesis de Tamayo Jaramillo tiene sustento en una sentencia de la Corte Suprema en que se lee lo que sigue: “La labor de quien deba acreditar la observancia de ese deber jurídico concreto de vigilancia no consiste en demostrar ser un «buen padre de familia», sino en *haber cumplido ese deber en el momento* en que el evento dañoso acaece. O en no haber podido cumplir, a pesar de la autoridad de que goza”^{20}.

Compartimos la tesis de Javier Tamayo Jaramillo, pues el juicio sobre la capacidad de impedir o no el hecho con el ejercicio de la autoridad que la ley o el contrato confieren sobre el subordinado debe analizarse en el caso concreto y no basta la prueba genérica de haber obrado bien. En nuestra opinión “no haber podido impedir el hecho” de que trata el inciso final del

artículo 2347 del Código Civil, comprende tres posibilidades que pueden ser invocadas como defensa por el presunto civilmente responsable:

1º) Que se desvirtúe la obligación legal o contractual del civilmente responsable de cuidar al subordinado (pues precisamente no era obligación suya cuidar ese comportamiento del subordinado que resultó dañoso, como sería el caso del padre divorciado que no tiene custodia sobre el hijo).

2º) Que la acción dañosa del directamente responsable no se dio durante la vigencia de la relación de subordinación (el daño causado por el alumno se presentó luego que saliera del colegio o el del empleado una vez este se encontraba fuera de la empresa o concluida la jornada de trabajo, etc.).

3º) Vigente el vínculo de subordinación cuando el subordinado causó el daño, la conducta dañosa del subordinado no entra en la esfera de competencia del civilmente responsable. Es decir que el ejercicio de la autoridad sobre el subordinado no tenía la eficacia o competencia para dirigir la conducta de este y evitar el daño causado al tercero. A un trabajador le puedo decir que ponga equipos o materiales en determinado sitio o que los conduzca o transporte a determinada velocidad o con determinados cuidados, pero la autoridad sobre el trabajador no es idónea para evitar que este trabaje con otra persona, hurte objetos ajenos o que injurie a un transeúnte. Un profesor, en cambio sí puede y debe, en ejercicio de su potestad disciplinaria, delegada por los padres durante el tiempo que el estudiante está bajo su tutela, evitar que este lesione, injurie o pelee con sus compañeros o que cause destrozos a sus bienes o a las instituciones.

A las defensas señaladas debemos agregar que siguen vigentes, además, los demás medios de defensa propios de la responsabilidad civil: ausencia de culpa del directamente responsable, inexistencia del daño, o ruptura del nexo causal entre la conducta del directamente responsable y el daño.

Sección VI.

—Relatividad de la presunción de culpa

En la responsabilidad por el hecho ajeno se presume la culpa del civilmente responsable y si a este le correspondiere efectivamente pagar la indemnización a la víctima, queda con el derecho de repetir contra el directamente responsable. La acción de repetición la prevé el artículo 2352: “Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de estas, si los hubiere, y si el que causó el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de cometer delito o culpa, según el artículo 2346”. La doctrina y la jurisprudencia admiten que para que prospere la acción de repetición, es necesario que el daño se deba exclusivamente a culpa de su autor, pues si se debe a culpa del autor y del indirectamente responsable, este no puede repetir por la totalidad, sino en proporción a la culpa en los hechos generadores del daño.

¿Puede el directamente responsable oponer a la acción de repetición promovida en su contra por el civilmente responsable, la presunción de culpa que pesa sobre él? No puede hacerlo, porque la presunción de culpa no es *erga omnes*. Únicamente opera en favor de la víctima, por el principio de la relatividad de dicha presunción, y no frente a otras personas. La solución contraria se alzaría contra la lógica y sería un atentado a la equidad y a la justicia que rigen la interpretación de las instituciones de la responsabilidad civil.

Sección VII.

—La responsabilidad por el hecho ajeno, ¿es directa o indirecta?

Una corriente doctrinal sostiene que es indirecta en tanto que otra afirma que es directa.

La primera sostiene que la función del civilmente responsable es de garantía y la segunda que este ha cometido una culpa que consiste en la falta o descuido en la vigilancia debida del directamente responsable que estaba bajo su cuidado.

Que el fundamento de la responsabilidad por el hecho ajeno sea la culpa de la persona responsable del causante del daño o la culpa por haber omitido la vigilancia y cuidados debidos, es cuestión que ha generado muchas discusiones. Si tenemos una culpa, como sostiene la teoría de la responsabilidad directa, tendríamos todos los elementos de la responsabilidad: una conducta culposa (no haber cuidado en debida forma al subordinado), el daño y el nexo causal. Si bien el civilmente responsable puede demostrar ausencia de culpa para exonerarse, esto también lo puede hacer el demandado en la responsabilidad por el hecho propio. En este sentido, Tamayo Jaramillo sostiene:

“Bien vistas las cosas, pese a que el daño en forma física es causado por un tercero, lo cierto del caso es que en la responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno, el legislador *sanciona también el comportamiento presuntamente culposos del civilmente responsable*, lo que finalmente desemboca en una responsabilidad por un hecho personal de naturaleza omisiva. En ambas responsabilidades, pues, el comportamiento activo u omisivo del demandado, es el fundamento de la responsabilidad. *Lo que la torna en directa o en indirecta, es el hecho de que el daño sea causado o no en forma personal por el demandado*”^[21]. (sin bastardilla el original).

Una segunda corriente sostiene que la responsabilidad por el hecho ajeno es indirecta, pues tiene una función de garantía. Se basa en el hecho de que la institución lo que establece en favor de la víctima es la posibilidad de reclamar los daños causados por una persona que está en relación de subordinación con otra y con tal acción lo que se pretende es garantizar el pago de la indemnización, porque de ordinario el subordinado es insolvente.

Si el fundamento de la responsabilidad del civilmente responsable fuera la culpa *in vigilando o in eligendo*, sería un tipo de responsabilidad con culpa directa y solidaria. En este sentido, Martínez Rave apunta un argumento relevante: “La persona encargada de la vigilancia o cuidado garantiza que los daños ocasionados por quien debe cuidar, o vigilar, serán indemnizados, y por eso responde con su propio patrimonio, así pueda repetir en contra del verdadero causante del daño”^{22}. Precisamente ese poder repetir contra el directamente responsable (C. C., art. 2352) explica que la responsabilidad por el hecho ajeno tiene carácter de garantía y es indirecta.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido una tesis ecléctica que compartimos: la responsabilidad por el hecho ajeno es una responsabilidad directa en cuanto exige culpa del civilmente responsable, y a su vez es de garantía.

La tesis de la Corte Suprema establece que la responsabilidad por el hecho ajeno es una responsabilidad *directa*, pues “ese denominado «indirectamente responsable» por el hecho de otro *responde en realidad por una falta suya*, propia y distinta de la del vigilado o educando”^{23}. Pero esa responsabilidad *a su vez cumple una función de garantía* para las víctimas de ser indemnizados por la frecuente insolvencia del directamente responsable. Así dijo la Corte: “La responsabilidad civil por el hecho ajeno se erige entonces a consecuencia de haber faltado el llamado por ley a responder, al deber jurídico concreto de vigilar, elegir y educar; lo que en el fondo constituye una garantía que ofrece la ley a los damnificados”^{24}.

La Corte funda su doctrina ecléctica (directa y de garantía) en dos razones:

a) La necesidad de garantizar la indemnización a la víctima por las personas que, por razón de su autoridad tienen el deber de vigilancia sobre los actos de otros que por su debilidad física o patrimonial no están en capacidad de responder íntegramente por los daños que ocasionan.

b) La exigencia de encontrar responsable del daño a quien se considera que ha permitido o tolerado que la persona que está bajo su cuidado actúe con torpeza o con culpa en el comercio jurídico.^{25}.

Sección VIII.

—Responsabilidad de los padres por la mala educación

El artículo 2348 del Código Civil prevé una circunstancia diferente de la del artículo 2347 al disponer: “Los padres serán siempre responsables del daño causado por las culpas o los delitos cometidos por sus hijos menores, y que *conocidamente provengan de mala educación o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir*”.

En sentir de Tamayo Jaramillo, la ley colombiana solo presume la culpa en la vigilancia (C. C., art. 2347).^{26} Sin embargo, hay autores que sostienen que en los casos de mala educación el texto legal contempla una presunción legal, como es el caso del eximio tratadista Arturo Alessandri Rodríguez. No obstante, Tamayo Jaramillo hace una interpretación ajustada al texto y desvirtúa que la responsabilidad de los padres por mala educación sea presunta, pues si hay que probar la mala educación, allí se ha probado la culpa y no opera ninguna forma de presunción.^{27}

Puede afirmarse que las características de la responsabilidad por la mala educación de los hijos son.^{28}:

1º) Probar la mala educación de los padres. No se extiende a otros parientes o eventuales responsables del menor.

2º) El hijo debe ser menor de edad.

3º) No es necesario que el hijo esté bajo la guarda o cuidado de los padres.

4º) Como toda forma de responsabilidad es acumulable con otras clases, como el ejercicio de actividades peligrosas, o el hecho ajeno de terceros

(colegios, tutores, etc.).

Sección IX.

—Acumulación de acciones y de presunciones

El damnificado puede en un momento determinado demandar solidariamente la totalidad del daño, al directamente responsable como al civilmente responsable, sobre la base de dos acciones: responsabilidad directa con culpa probada (C. C., art. 2341) y la responsabilidad por el hecho ajeno del artículo 2347 del Código Civil. Al directamente responsable podrá demandarlo sobre la base de la responsabilidad directa, e incluso por el ejercicio de actividades peligrosas, siempre que el agente ejerza el control y manejo de la actividad peligrosa con la que se causó el daño. No solo se puede acumular acciones, como acabamos de anotar, sino que además se pueden acumular presunciones. Para probar la culpa del directamente responsable, puede valerse de la presunción de responsabilidad que se da cuando el agente ejerce una actividad peligrosa, y así de paso se beneficia con la presunción en contra del civilmente responsable.

CAPÍTULO TERCERO

ACTIVIDADES PELIGROSAS

Sección I.

—Desarrollo histórico

La responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas como especie autónoma de los diferentes tipos de responsabilidad constituye uno de los cambios más significativos de este campo del derecho en los últimos cien años. Según un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia, con él se quiebra el sistema tradicional de que no hay responsabilidad sin culpa.

La búsqueda de una forma de responsabilidad civil sin culpa tiene su antecedente en el entorno político e intelectual francés del siglo XIX, que en respuesta a los profundos cambios sociales y al auge de la revolución industrial, impulsaron un rompimiento en la hermenéutica jurídica hasta entonces aceptada para brindarle protección a las víctimas de los accidentes de trabajo, con lo cual se dio una nueva interpretación a los textos del Código Civil que imponían una aparente barrera a la luz de la exégesis clásica.

La concepción racionalista del *Code Civile* francés llevó a pensar que la palabra era la expresión unívoca del concepto jurídico. Bastaba entonces advertir al intérprete la prohibición de apartarse del tenor literal de la ley a pretexto de consultar su espíritu cuando no tenga expresiones oscuras. Pero esta concepción positivista del derecho es rápidamente superada por la realidad de finales del siglo XIX. El Código de Napoleón y sus intérpretes cayeron en lo que Josserand llamó el fetichismo de la exégesis, pretendiendo que el texto del legislador era infalible, sabio y omnipotente^[1].

El Código napoleónico rechazó las corrientes enciclopedistas y consagró criterios de corte canonista fundados en la culpa. Particular importancia tuvo el texto del artículo 1384, en el que sentó un principio de responsabilidad por el hecho de las cosas que tengamos a nuestra guarda.

En el auge de la revolución industrial, la máquina hace su irrupción definitiva en la sociedad y consecuentemente el aumento de los accidentes provenientes del contacto con las cosas se incrementa de modo alarmante, casos en los que la culpa del propietario no es clara. Esto lleva a que las víctimas de accidentes de trabajo, accidentes de tránsito, etc., tuvieran en los tribunales grandes dificultades para probar la culpa del propietario de la “cosa”, y por ende la obligación de reparar se hacía, en la práctica, inoperante.

Josserand, en unas célebres conferencias ofrecidas en las facultades de derecho de Lisboa, Coimbra, Belgrado, Bucarest y Bruselas, expuso la orientación que vendría a tomar la jurisprudencia para superar esta aporía:

“Ante una mayor inseguridad material hay que darle a la víctima una mayor seguridad jurídica”, y para ello se deben explorar nuevas formas de responsabilidad donde las víctimas no tengan que probar una culpa del propietario de la cosa que al crear un riesgo ha causado el daño. Josserand propone: “ya que corremos serios riesgos de accidentes, tengamos por lo menos la certidumbre de obtener, llegado el caso, la reparación, nosotros mismos si sobrevivimos al penoso percance, o nuestros herederos si nuestro destino ha de quedar sellado”^[2].

Las anteriores y otras razones llevan a la jurisprudencia a buscar medios jurídicos para resarcir a esas víctimas que no encontraban en las instituciones tradicionales de la responsabilidad respuesta a las nuevas exigencias y complejidades de la sociedad industrializada. La jurisprudencia francesa desarrolló la teoría con ocasión de dos famosos casos: el primero fue el caso *Teffaine* (1896) en el que un empleado fue herido por la explosión del remolcador de una caldera. En este caso, se condenó al guardián de la cosa sin que se hubiese demostrado la culpa, pero sí el vicio de la cosa. En el

segundo caso, la Corte de Casación estableció que la menor Lise Jand'heur fue herida por un camión de la empresa demandada. Su madre demandó al propietario, pero no probó el vicio de la cosa, aunque sí ofreció la prueba de la culpa. Las dos sentencias llegaron a la Corte de Casación que adoptó en 1930 la solución propuesta anteriormente por Laurent, de asignar al artículo 1384, párrafo primero, un ámbito propio que permitiera fundar sobre él todos los casos causados por el hecho de una cosa.

La jurisprudencia, en especial la francesa, bajo las inspiraciones de los postulados propuestos por Josserand y Laurent, dio una nueva interpretación al artículo 1384 del Código Civil francés que establece: “Uno es responsable de las cosas que tiene bajo su guarda”, que por mucho tiempo se interpretó a la luz de la responsabilidad con culpa probada. La nueva lectura del texto, el análisis empírico dialéctico y la confrontación con la nueva sociedad tecnológica que se abría paso dieron pie para que se viera en ese aparte del texto transcrito la norma jurídica que daba el sólido respaldo a las teorías que se podían apartar del concepto tradicional de la culpa probada. Para superar las dificultades que la interpretación tradicional conllevaba, se idearon dos caminos.

1. LA TEORÍA DEL RIESGO

Se denomina también de responsabilidad objetiva, pues elimina de los presupuestos o requisitos para que surja la obligación de reparar los perjuicios, el elemento culpa. Así entonces, toda actividad que crea un riesgo debe estar a cargo del sujeto que lo origina.

Saleilles y Louis Josserand son los mejores exponentes de la teoría del riesgo. Parten del principio de que siempre que exista una culpa que cause un daño se deben reparar los perjuicios causados. Tal es el principio general de la responsabilidad. Pero el principio general permite que en ciertos casos pueda haber obligación de reparar un daño así no haya culpa. Es suficiente que haya sido creado un riesgo anormal para que causado el daño exista obligación de indemnizar a la víctima. El autor del daño se hace responsable

de la reparación de los perjuicios, porque creó el riesgo que antes no existía. Siempre que se cause un accidente se dan pérdidas económicas y extrapatrimoniales. ¿Por qué han de ser la víctima o sus sucesores quienes carguen con todos los daños? Si el autor del accidente no tiene culpa, tampoco la víctima, entonces ¿por qué hacer recaer todo el peso del accidente en la víctima? Para buscar una salida a este problema, se desarrolló la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva y la de las presunciones de culpabilidad^{3}.

Pero la teoría del riesgo en su forma más ortodoxa no prosperó por las dificultades insuperables del elemento culpa como fundante de toda forma de responsabilidad civil y porque una aplicación a ultranza como lo pretendieron sus más férreos defensores implicaba invertir el desbalance entre autor del daño y víctima, rompiendo el ideal de justicia, núcleo central de derecho de la responsabilidad civil, pues se hacía vida el aforismo romano *Summum ius, summa iniuria* contra los empresarios o propietarios de máquinas y equipos sobre los que recaía toda responsabilidad.

Colin y Capitant, Marcel Planiol y Georges Ripert y luego los hermanos Mazeaud son los más eximios exponentes de la tesis contraria a la teoría del riesgo. Entre los argumentos más significativos resumimos los siguientes:

1º) La responsabilidad objetiva es contraria a las intenciones de los redactores del Código de Napoleón que claramente fundamentó toda responsabilidad en la culpa.

2º) *In extremis*, la responsabilidad objetiva es contraria a la equidad. Hacer responsable al que actúa por la sola razón de su conducta es consagrar la regla de la simple causalidad material. Así, la tesis de que *quien rompe paga*, implicaría una concepción materialista del derecho que es inexacta de raíz, porque, eliminaría a la persona y regularía únicamente patrimonios, pero el derecho está hecho para la persona y el patrimonio existe por la persona. Aunque es de reconocer que los defensores de la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva invocan la moral y la equidad como fundamento de sus argumentos, y es así como la teoría del riesgo sí logró un importante lugar

en la legislación laboral en protección de los trabajadores por accidentes laborales^{4}.

3º) Aceptar la teoría del riesgo o responsabilidad objetiva, con abandono de la culpa, es para sus detractores una forma de poner en peligro los fundamentos mismos de la responsabilidad civil. Al no ser necesaria la culpa como fundamento, el principio de que sin culpa no hay responsabilidad, que dominó por siglos el derecho de la responsabilidad, perdía su validez, o por lo menos abrió la puerta a excepciones que requerían de un fundamento por fuera de la culpa. Los Mazeaud resumen el problema del siguiente modo:

“Este problema domina toda la materia de la responsabilidad civil; porque es el fundamento mismo de la responsabilidad civil la que está en juego; según se adopte una u otra tesis (riesgo o culpa), el fundamento será en efecto, muy diferente. ¿Por qué se está obligado a reparar los daños que se causan? ¿Es simplemente porque se obra y hay que establecer entonces el principio de que, por implicar toda actividad riesgos de daños, el que por actuar, ha concretado esos riesgos, debe soportarlos? Por el contrario, ¿se es responsable porque se ha obrado mal; es decir, porque uno se ha comportado de modo distinto a lo que hubiera hecho un hombre razonable?”^{5}.

4º) Finalmente, los opositores a la teoría del riesgo encuentran dificultades de orden filosófico para su aceptación incondicional. No hay que olvidar que en el fondo de la discusión del tema subyacen posturas filosóficas opuestas. Los Mazeaud las describen magistralmente así:

“En primer término, hay que citar las tendencias de orden filosófico que proceden sin duda, a través de grandes deformaciones, del positivismo y del materialismo histórico. Algunos juristas se empeñan en no encontrar en los conflictos de derecho sino patrimonios en presencia; quieren eliminar la persona que piensa, la persona que posee un alma y una conciencia. Es preciso, escriben, «materializar el derecho civil». Arrojar por la borda el lado psicológico del derecho. Pero, si el derecho no rigiera sino cosas, los patrimonios, ¿cómo se va a plantear el problema de la responsabilidad? ¿Cabe exigir, para obligar a un patrimonio a reparar un daño sufrido por otro

patrimonio, que el primero haya cometido culpa? Esto no tendría sentido alguno. Un patrimonio, un conjunto de cosas materiales, no incurre en culpa; no puede transgredir una regla de conducta, obrar bien o mal. Suprimir la persona, es suprimir la culpa.

“El positivismo ejerció además, desde otro punto de vista, una influencia preponderante en nuestra esfera. Es sabido que, en derecho penal, la escuela italiana se esfuerza por hacer que penetre la idea de que es vana toda investigación de la intención; hay que considerar el acto en sí mismo y medir la pena por el peligro que le hace correr a la sociedad ese hecho; la responsabilidad penal es independiente de la culpa. Si esa teoría no ha podido triunfar en el ámbito penal, no es dudoso que tuvo en la esfera civil una repercusión considerable; fueron numerosos los que no quisieron llegar hasta negar la necesidad de la culpa en el terreno penal; pero que no vacilaron en hacerlo en la esfera de la responsabilidad civil”^[6].

En contra de la teoría del riesgo, Planiol y Ripert con cierta ironía terciaron en el debate sobre la fundamentación de las formas de responsabilidad objetiva así:

“La nueva idea ha sido sostenida en numerosas tesis de doctorado; seduce a los jóvenes, porque presenta el problema de la responsabilidad con un aparente rigor científico, apelando a la vez, a la idea de solidaridad social. Pero la jurisprudencia francesa nunca la ha admitido y la más moderna doctrina le es menos favorable. Por otra parte, la teoría del riesgo nunca ha podido sostenerse sino con reservas, y solo en casos particulares. La idea de causalidad, por sí misma, no puede constituir un principio general de responsabilidad. En ciertos casos puede existir obligación legal de reparación sin que haya culpa, pero entonces esta obligación no se basa ya en la idea de responsabilidad”^[7].

Los opositores de esta teoría hacen severas críticas y, en especial, aducen en su contra que no siempre que alguien crea un riesgo a los demás obtiene para sí un provecho. Ante la crítica, la tesis se moderó, limitándose al riesgo

creado, según el cual todo el que crea un riesgo independientemente de su provecho, debe reparar los daños que surgían de esa actividad peligrosa.

2. TEORÍA DE LAS PRESUNCIONES DE CULPABILIDAD

Para superar las críticas contra la teoría de la responsabilidad objetiva por riesgo de las cosas en la doctrina francesa, que pretendía borrar de la estructura de la responsabilidad civil toda idea de culpa, surgió entonces una teoría conciliadora o moderada que se conoce como teoría de las presunciones de culpabilidad, que sin abandonar la culpa como fundamento de la responsabilidad civil intenta dar solución a los problemas que las víctimas encontraban en hacer valer ante la justicia su derecho a ser indemnizadas cuando el daño provenía de actividades riesgosas.

Con el tiempo, la tesis de la presunción legal de culpa en las actividades riesgosas se hizo más exigente y evolucionó a un concepto de presunción de culpa que no admitía prueba en contrario —presunción de derecho—, que la desvirtuara, y se habló entonces de *presunción de responsabilidad*. De esta manera, en la presunción de responsabilidad, la culpa está presente como elemento fundante, pero al demandado solo le queda como medio de defensa la prueba de una causa extraña; entendiendo por tal, la fuerza mayor o caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero. Solo acreditando una de esas hipótesis, podrá el guardián de la cosa riesgosa eximirse de la obligación de reparar los daños. Puede afirmarse que en Colombia la jurisprudencia ha adoptado esta tesis de la presunción de responsabilidad y no la teoría del riesgo en su sentido puro.

3. TEORÍA DE LA FALTA EN LA GUARDA

Elaborada por los Mazeaud con el fin de evitar los problemas de la responsabilidad objetiva pura, propone que la teoría del riesgo se modere conservando la culpa como fundamento último de la responsabilidad. Los mismos autores explican que quien crea un riesgo tiene obligación legal de

impedir que la cosa cause un daño. En consecuencia, cada vez que haya un daño causado por la cosa se ha incumplido la obligación legal de la guarda. La obligación consiste verdaderamente en guardar la cosa, es decir en impedir por todos los medios que la cosa escape al control material del guardián. Si se escapa entonces se puede predicar que este ha fallado a su obligación y ha cometido una culpa^{8}.

Este debate nos reafirma en la postura desarrollada en el capítulo dedicado a la culpa en la que afirmamos que el debate sobre el fundamento de la responsabilidad civil está mal planteado. Si se distinguieran los conceptos de título jurídico y fundamento, se aceptaría que la responsabilidad civil puede ser con culpa y objetiva, sin reñir con el fundamento de la obligación de reparar, que está en la libertad.

4. LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS EN COLOMBIA. RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA FRANCESA

Nuestro Código Civil, que es heredero del espíritu del código napoleónico, funda la responsabilidad civil en el concepto de culpa. Pero los conflictos sociales y políticos ocurridos en Francia, Rusia y Europa también tuvieron eco en Colombia. La idea de proteger a la víctima de los accidentes, en particular de los accidentes de tránsito y, en especial, a los trabajadores de las fábricas encuentra dificultades por la complejidad de probar la culpa del demandado. Nuestros juristas estudian la tesis de Josserand, pero el texto legal difiere y, por lo mismo, no es posible trasplantar la doctrina jurídica desarrollada en Francia, pues el rigor metodológico de la elaboración de los conceptos en derecho lo impiden, pues no se pueden imponer las ideas políticas del juez o del doctrinante en desmedro del rigor de la hermenéutica jurídica^{9}.

A mediados de la década del treinta, cuando en Colombia arreciaban las corrientes socialistas y el partido conservador había perdido su hegemonía, el jurista Eduardo Zuleta Ángel propuso una nueva interpretación del artículo 2356 del Código Civil para dar cabida a las teorías de presunción de

responsabilidad, y propiciar así un avance en el concepto de responsabilidad civil.

La elaboración conceptual de la responsabilidad por actividades peligrosas como adaptación de la teoría francesa de la presunción responsabilidad por las cosas propuesta por Zuleta Ángel, puede sintetizarse así:

El Código Civil colombiano en su artículo 2341 establece el principio general y clásico de responsabilidad con culpa. Es decir, no hay responsabilidad sin culpa. Dispone el artículo 2341: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

Este artículo, ya lo hemos dicho, contempla todas las hipótesis posibles de responsabilidad con culpa. Más adelante, el artículo 2356 establece un caso especial. Dice así el artículo:

“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta.

“Son especialmente obligados a esta reparación:

“1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego;

“2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en la calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche;

“3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino”.

Si bien el artículo 2356 del Código Civil menciona el requerimiento de la culpa para la responsabilidad civil, a renglón seguido señala que “Son especialmente obligados a esta reparación” y el legislador enuncia unas hipótesis en las que esa obligación especial de reparar se da. Eduardo Zuleta Ángel propone una nueva interpretación de esta frase para dar lugar a la responsabilidad por actividades peligrosas. Dice Zuleta Ángel: “Me parece indiscutible que el texto señalado con el número 2356 establece una

presunción de responsabilidad”^{10}. Ya que si el artículo 2341 establecía el principio general de responsabilidad por culpa, el artículo 2356 nada agregaría a lo establecido en aquel. Por fuerza de la lógica interpretativa, si el legislador incluyó este artículo después del principio general es porque debe tener un sentido de caso especial, de excepción a la regla general, pues de lo contrario sería repetitivo e inócuo. Así las cosas se precisaba, en concepto de Zuleta Ángel, una interpretación que le diera fuerza y vida al artículo 2356 diferente de lo establecido en el 2341 y no era otra que la de permitir que en ciertos casos, como los señalados en los numerales del artículo 2356, el demandante no debía probar una responsabilidad con culpa, sino que la responsabilidad en el caso de esas actividades como disparar un arma de fuego por lugar transitado, etc., son de naturaleza peligrosa y, en tales casos, la responsabilidad es objetiva, sin culpa, en el entendido que el artículo señala que “son especialmente responsables”^{11}.

Esta interpretación del artículo 2356 hace que la norma tenga un sentido diferente de lo que ya el artículo 2341 había señalado. Con la nueva exégesis los artículos 2341 y 2356 tienen, entonces, un sentido complementario y no repetitivo: el primero funda la responsabilidad con culpa, el segundo, la responsabilidad sin culpa u objetiva.

El argumento final de Zuleta Ángel es de este tenor:

“En cambio, de acuerdo con nuestra interpretación, el artículo 2356 aparece como un precepto distinto de aquel y de enorme utilidad, comoquiera que en ciertos casos relevaría a la víctima del *onus probando*[...] Entre ambas interpretaciones no parece dudosa la elección. No solo es racional suponer que las leyes se dictan con algún objeto, sino que *todo aconseja, en la duda, preferir la interpretación más útil y conveniente para el interés social, sobre todo en una materia como esta, en que hay ventaja manifiesta en ampliar el ámbito de la responsabilidad*”^{12}.

5. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

En el ámbito académico y en la jurisprudencia se discute si al crear la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas nuestra jurisprudencia adoptó la teoría del riesgo en su sentido más puro como forma de responsabilidad objetiva con ausencia de la culpa, como su fundamento, o sí, por el contrario, adoptó la forma de presunciones de culpa y de responsabilidad. Como lo vimos, Zuleta Ángel expresamente declaró que el artículo 2356 en su sentir contenía una presunción de responsabilidad; en este mismo sentido Mantilla Espinosa y Pizarro Wilson han dicho que en Colombia, la Corte Suprema de Justicia, a partir de la famosa sentencia del caso del “Joven Arnulfo”, ha sostenido que en el régimen de responsabilidad fundado en la interpretación del texto de dicho artículo, sólo se puede exonerar de culpa, probando el acaecimiento de una causa extraña, con lo cual se excluye la prueba de ausencia de culpa por parte del agente^{13}.

No obstante, el lenguaje de las sentencias en ocasiones da la idea de que la jurisprudencia se inclina por las formas de responsabilidad objetiva y en otras por la responsabilidad presunta. Lo cierto es que la expresión *responsabilidad objetiva* es de frecuente uso en el lenguaje jurídico y académico con significados ambiguos: unas veces significa presunción de responsabilidad que implica una culpa de fundamento, que solo admite como defensa la prueba de una *causa* extraña, lo que equivale a decir que en sentido estricto no es responsabilidad objetiva, pero tiene los mismos efectos prácticos. En otras ocasiones se utiliza para expresar que hay responsabilidad *sin culpa* y, en otras, responsabilidad presunta, con presunción de derecho.

En cualquiera de las hipótesis lo cierto y unánime en el derecho colombiano es que hay una forma de responsabilidad llamada responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, en las que no se debate sobre la culpa para indagar la obligación de reparar el daño y solo se admite la causa extraña como medio de defensa. una vez precisado esto estamos en condiciones de abordar la evolución de la jurisprudencia en el tema.

Es sentencia común en la doctrina colombiana que el concepto de actividad peligrosa comienza a partir de los años treinta (sents. 30 noviembre

1935, 14 marzo de 1938 —accidente del joven Arnulfo— y 31 mayo del mismo año), cuando la Corte Suprema de Justicia empezó a precisar el alcance del artículo 2356 del Código Civil y a elaborar en el medio colombiano la teoría de las actividades peligrosas.

Sin embargo, en nuestra investigación encontramos que la jurisprudencia colombiana venía abordando el tema y dando avances significativos desde antes. Así por ejemplo, el tribunal de Cartagena es pionero en Colombia y aplica en 1918 la teoría del riesgo creado (cfr. casación de 28 septiembre 1918, “G. J.”, núm. 1394, pág. 62) y la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema habla de la presunción de responsabilidad por riesgo creado (sent. 12 diciembre 1929, “G. J.”, núm. 1857, pág. 360).^{14}.

La Corte Suprema de Justicia retoma esa línea jurisprudencial al final de la década de los treinta y en varios fallos adopta la tesis francesa de Josserand. Así, el 21 de febrero de 1938 (“G. J.”, núm. 1932, pág. 58) acoge expresamente la doctrina francesa. La Corte afirma que “el progreso de las ideas revalúa hoy el dogma antiguo de que no hay responsabilidad sin culpa demostrada”.^{15} Luego el 14 de marzo de 1938, adaptando la teoría del riesgo francés, la Corte interpreta el artículo 2356 del Código Civil diciendo que este exige “tan solo que el daño *pueda imputarse*”.^{16} Es su única exigencia como base, causa o fuente de la obligación que enseguida pasa a imponer. Y concluye dando paso a la responsabilidad por ejercicio de actividades peligrosas: “un depósito de sustancias inflamables, una fábrica de explosivos, así como el ferrocarril o un automóvil, por ejemplo, llevan consigo o tienen de suyo extraordinaria peligrosidad, de que generalmente los particulares no pueden escapar con su sola prudencia. De ahí que los daños de esa clase se presuman, en esa teoría, causados por el agente respectivo, como sería en estos ejemplos, el autista, el maquinista, la empresa ferroviaria, etc. *Y de ahí también que tal agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo otras veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor, o intervención de un elemento extraño*”.^{17} (sin bastardilla el original).

La aceptación de la responsabilidad objetiva, como hemos tenido oportunidad de decirlo en otros pasajes de este libro, se hace, en sentir de los magistrados “sin interpretación forzada ni descaminada”^{18}. Y “en aras de una humanización del derecho que ha encontrado tropiezos con la rigidez de los textos legales”^{19}.

El 18 de mayo de 1938, en un caso en el que una locomotora causó con sus chispas un incendio, reiteró la Corte su tesis al afirmar que “*hay que presumir la culpa del autor del daño, lo que le impone la obligación de destruir esa presunción demostrando la existencia de alguno de estos tres factores exculpativos: caso fortuito, fuerza mayor, intervención de elementos extraños*”^{20}. (sin bastardilla el original).

De esta manera, la Corte ha sostenido en forma reiterada la doctrina de que conforme a lo dispuesto por el artículo 2356 del Código Civil, “existe una *presunción de responsabilidad* en contra del agente respectivo, en los casos de daños causados por ciertas actividades que implican peligros, inevitablemente anexos a ellas, responsabilidad por la cual no se exonera de la indemnización, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elementos extraños”^{21}.

No obstante que puede decirse que la jurisprudencia sobre responsabilidad por actividades peligrosas es constante, en 1940 una sentencia de la Corte sostuvo una tesis que intentó volver atrás en la responsabilidad objetiva por actividades peligrosas^{22}. El máximo tribunal en esa sentencia afirmó que en “los famosos fallos de 1938 y 1939 comentados”, la Corte Suprema no estableció en nuestro derecho la responsabilidad objetiva. El texto pertinente dice:

“El fallador de segunda instancia confunde la teoría de la presunción de la culpabilidad a que da lugar el artículo 2356 citado, con la teoría del riesgo creado [...] como en varios fallos en que la Corte ha estudiado y aplicado la teoría de la culpa ante la luz de los artículos 2341 y 2356, entre otros los de fechas de 14 de marzo de 1938 [...], se ha hablado del riesgo, es del caso de hacer a este respecto la aclaración correspondiente, como también reiterar el

concepto sobre los elementos que dan base y fundamento a la doctrina que ha sentado, en los fallos ya mencionados, y en algunos otros respecto al artículo 2356 [...] Esta Corte tampoco ha aceptado, ni podría aceptar, la teoría del riesgo, porque no hay texto legal que la consagre, ni jurisprudencialmente podría llegarse a ella [...] Cuando la Corte ha hablado del riesgo en los fallos ya mencionados, *no lo ha entendido en el concepto que este vocablo tiene en el sentido de la responsabilidad objetiva, lo cual es claro y obvio, si se considera que en tales fallos se ha partido de la doctrina de la presunción de culpabilidad, que por lo ya dicho es opuesta y contraria a la del riesgo creado*”^{23}. (cursivas nuestras).

El debate teórico sobre si en Colombia se ha adoptado con propiedad la teoría del riesgo, en su sentido estricto de una responsabilidad objetiva, ha quedado en suspenso por la fuerza de la aplicación práctica de las formas de responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas. Son elocuentes en este sentido las palabras de Tamayo Jaramillo: “Aunque en forma reiterada la jurisprudencia y la doctrina nacionales hayan condenado la teoría del riesgo como fundamento de la responsabilidad por actividades peligrosas, lo cierto es que ella, así haya sido por vía doctrinal y filosófica, ha sido inspiradora de nuestra jurisprudencia”^{24}. Así, en el trasfondo se pueda demostrar que el fundamento es una culpa probada consistente en crear más peligro del que normalmente están en capacidad de soportar los demás^{25}.

Sección II.

—Definición de actividad peligrosa

Adoptamos la definición de actividad peligrosa que propone Tamayo Jaramillo y que es de general aceptación en la doctrina y la jurisprudencia:

“Peligrosa es toda actividad que, una vez desplegada, su estructura o comportamiento generan más probabilidades de daño de las que normalmente

está en capacidad de soportar por sí solo un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge, porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos”^{26}.

Expliquemos a continuación la explicación de la definición:

1. ACTIVIDAD PELIGROSA, CON COSAS O SIN ELLAS

En este aspecto concreto se diferencian el derecho francés y el colombiano. En Francia, la responsabilidad se deduce por las cosas que están sometidas a guarda. En Colombia, el artículo 2356 del Código Civil^{27} se aplica a toda persona que ejerce una actividad peligrosa, con cosas o sin ellas.

Por lo anterior, no se puede confundir el concepto de actividad peligrosa en el derecho colombiano, con un objeto o cosa peligrosa. Nuestra Corte y la doctrina, analógicamente, han calificado como actividades peligrosas: “las labores que conllevan al empleo de máquinas o la generación, utilización, distribución o almacenamiento de energías. En ese orden, ha señalado como actividades peligrosas, entre otras, la conducción de vehículos automotores terrestres, la aviación, la construcción de un edificio, la utilización de elevadores de carga, la conducción de ganado frente a los peatones, fumigaciones aéreas, utilización de explosivos, los gases residuales de las fábricas, las chimeneas de instalaciones industriales, etc.”. (Pueden consultarse las sents. de 14 marzo 1938, 3 mayo 1965, 27 abril 1990, 30 abril 1976, 4 septiembre 1962, 1º octubre 1963 y 22 febrero 1995)^{28}.

2. PELIGROSIDAD EN LA ESTRUCTURA Y EN EL COMPORTAMIENTO

Hay peligrosidad en la estructura cuando generalmente la “cosa” tiene un dinamismo propio y conserva la posibilidad de dañar, dada su ubicación, construcción, materiales empleados, etc. Por ejemplo, una pipeta que contiene gas. Por el contrario, la peligrosidad en el comportamiento surge del

uso o empleo que se le da, independiente de si tiene o no dinamismo. Tal el caso que resulta del artículo 2356 del Código Civil: las losas que cubren una acequia o cañería no son peligrosas en sí mismas, pero si son removidas, pueden serlo.

Con frecuencia, una actividad es peligrosa tanto en su estructura como en su comportamiento. V. gr., si con un vehículo se atropella a un peatón, el daño causado surge de la peligrosidad en el comportamiento; pero si los perjuicios son causa de un volcamiento y se produce una explosión del vehículo, esos daños son causados tanto por la peligrosidad en la estructura, como en el comportamiento^{293}.

La distinción de las dos clases de peligrosidad surgió a raíz de ciertos casos en que la jurisprudencia encontró que había personas responsables por el peligro potencial de la estructura de ciertas cosas, y otras que lo eran por el manejo o comportamiento que con ellas se tenía y, para poder encontrar el verdadero responsable, se precisaba determinar cuál peligro fue el causante del daño.

3. SUPUESTOS DE LA ACTIVIDAD PELIGROSA

La Corte Suprema, para evitar que se diera una interpretación caprichosa y ligera del concepto de actividad, tomó de la doctrina los supuestos que deben tenerse en cuenta para que una actividad pueda considerarse peligrosa. Como al ejercerse cualquier actividad humana se puede generar peligro o riesgo para los demás, una interpretación ligera o caprichosa del artículo 2356, haría de este la regla general de responsabilidad y para evitarlo, la Corte ha precisado que el carácter peligroso de la actividad no puede quedar al capricho o voluntad del intérprete, sino que debe estar sujeto a criterios objetivos, no absolutos, teniendo en cuenta “la naturaleza propia de las cosas y las circunstancias en que aquella se realiza y [...] el comportamiento de la persona que ejecuta o se beneficia de aquella actividad, en relación con las precauciones adoptadas para evitar que la cosa potencialmente peligrosa

cause efectivamente un daño según pautas propuestas por un autor nacional”^{30}.

En consecuencia, la Corte ha establecido como criterio fundamental que “*la peligrosidad es una cuestión de hecho*”^{31}. (bastardilla nuestra) que debe ser examinada con apoyo en criterios objetivos en cada caso concreto, salvo que se esté en presencia de una anticipada calificación legal.

En adición, la Corte ha entendido que la peligrosidad también se puede predicar tanto de las cosas que se ponen en movimiento como de las inertes: “las cosas inertes, pueden ser puestas circunstancialmente por el hombre en situación de riesgo inminente para terceros y, por lo mismo, ocasionarles perjuicios a pesar de hallarse en reposo, como si una edificación destinada al recaudo de tasas por peaje es colocada en medio de la calzada de una carretera de intenso tránsito en parajes rurales y es atropellada por un vehículo, debido a la ausencia de advertencias necesarias” (sent. 22 febrero 1995)”^{32}.

Javier Tamayo Jaramillo, el autor a quien hace referencia la Corte en el fallo citado, resume los supuestos que se deben dar para estar ante un daño causado por el ejercicio de actividades peligrosas:

- a) *Una actividad peligrosa*. Es tal cuando en un trabajo se emplean cosas, energías o actividades con alto riesgo de generar daños a terceros, como las que se relacionan con vehículos, ferrocarriles, energías eléctrica, atómica, etc.
- b) El daño debe provenir del peligro inherente a la actividad peligrosa.
- c) Que el agente sea responsable (guardián) del manejo de la actividad peligrosa.
- d) La víctima debe ser extraña a la causa del daño.
- e) Que el daño sea causado por la actividad peligrosa.

Es necesario que el daño surja de una actividad calificada como peligrosa. Ello implica que no todos los daños producidos por una unidad de explotación dan derecho a invocar la institución de la actividad peligrosa. Así, en una empresa donde se ejercen actividades peligrosas no todos los

daños causados dentro de ella dan lugar a este tipo de responsabilidad objetiva. En tal sentido se ha pronunciado nuestra Corte Suprema de Justicia:

“El precisar que *el daño debe ser causado por el ejercicio de la actividad peligrosa* nos lleva a aclarar que no puede confundirse la causalidad con la concomitancia de la actividad peligrosa y el daño. Si por ejemplo Pedro conduce su vehículo por la calle y en ese mismo sitio aparece luego muerto Juan, no podría afirmarse que Pedro arrolló a Juan, sería, ni más ni menos que la consagración del célebre sofisma «*Post hoc ergo propter hoc*». Después de esto, luego por este vínculo de causalidad entre la actividad peligrosa y su responsable: *es necesario que la demanda se dirija contra el verdadero guardián, contra quien tiene la dirección, control y manejo de la actividad peligrosa*. Establecido quién es el director de esta, se tendrá probado el vínculo de causalidad entre el agente y la actividad generadora del daño”^{33}.

En aplicación de estos criterios, la jurisprudencia ha reconocido un variado número de actividades que son consideradas peligrosas. Además de la conducción de vehículos de transporte como automotores, barcos, aviones, locomotoras, bicicletas, etc., se ha sostenido que un puente o una carretera pueden ser peligrosos, pero con un criterio objetivo. En ese sentido, la Corte afirmó en 1962:

“El predicar la peligrosidad de la carretera y del puente, en el lugar del accidente, constituye un juicio o un concepto, que debe establecerse en el proceso mediante la presentación de una prueba adecuada a la naturaleza del extremo cuestionado; y es así, como el elemento de peligrosidad no puede ser meramente subjetivo, según la opinión del testigo, sino que deben probarse determinados elementos objetivos de los cuales, en virtud de principios técnicos, pueda atribuirse aquella modalidad a la carretera y al puente.

”En este orden de ideas, si se trata de probar la peligrosidad de una curva en una carretera o de un puente, debe acudirse, no a la prueba testimonial, sino a la pericial, para que los expertos establezcan la falta de determinados requisitos técnicos que haga peligroso el tránsito”^{34}.

En otra ocasión, la Corte afirmó que la conducción de ganado no constituye actividad peligrosa respecto de los automotores, pero sí puede serlo frente a los peatones^{35}. Para la jurisprudencia, la generación, transformación, transmisión y distribución de energía eléctrica constituyen actividades peligrosas, lo mismo que el transporte de petróleo por los oleoductos^{36}.

La construcción de edificios es actividad peligrosa. La jurisprudencia de la Corte, de vieja data ha señalado que la construcción de edificios es una actividad peligrosa, y que siendo posible que con ella se causen daños en los predios vecinos, no ha titubeado en atribuirle responsabilidad al propietario de la obra, en el entendido que este bien puede ser la persona que en su predio toma la iniciativa de la construcción, como el que lo hace en procura de satisfacer intereses legítimos, no obstante el peligro que esa actividad entraña para otros^{37}.

4. EL GUARDIÁN ES LA PERSONA RESPONSABLE POR LA ACTIVIDAD PELIGROSA

Los guardianes de una actividad peligrosa son responsables de ella, y por tanto están obligados a responder civilmente de los daños causados. No obstante, de manera empírica se sabe que por la naturaleza misma de la industria y de la técnica, en ellas intervienen muchas personas que tienen algún vínculo jurídico o de hecho. Así, por ejemplo, en la construcción de una carretera intervienen sus propietarios, los ingenieros de suelos, calculistas, interventores, etc., que a su vez actúan por medio de sus dependientes. En el transporte, actividad peligrosa por excelencia, intervienen el propietario del vehículo, en veces las empresas transportadoras, los conductores, etc. Todos tienen mayor o menor influencia en el comportamiento de la actividad peligrosa, lo que dificulta determinar el verdadero responsable o guardián^{38}.

Los antecedentes de la jurisprudencia francesa se apoyan en el artículo 1384, del que ha surgido el concepto de guardián de la actividad, entendiendo

por tal el que tiene un poder intelectual de uso, dirección y control de la misma. Es de anotar que la doctrina francesa habla de guardián de la cosa, pero en estricto sentido, en Colombia, las actividades peligrosas pueden ser con cosas o sin ellas, como lo mencionamos anteriormente. No obstante, este concepto galo es aplicado en nuestro derecho.

Se presume al propietario como guardián, y por lo general la víctima de un accidente vincula como demandado a quien figura como propietario de la actividad peligrosa o de la cosa por medio de la cual se ejerce dicha actividad^{39}.

Esto es explicable si se tiene en cuenta que la propiedad plena indica las facultades de gozar, usar y disponer de la cosa. Sin embargo, es necesario repetir que la responsabilidad civil aquiliana aparece más fundamentada en situaciones de hecho que en situaciones jurídicas abstractas. De allí que podemos decir, con la jurisprudencia y la doctrina, que es normal que el propietario sea quien tenga la dirección y manejo de la cosa, sin perjuicio de que esta presunción sea desvirtuada en el proceso por los medios ordinarios.

En este sentido, Jorge Santos Ballesteros señala: *“Esta obligación de custodia recae en principio contra el propietario de la cosa, por cuanto en situación normal el propietario es quien tiene el uso de una cosa que le pertenece*^{40}*”. Propietario es la persona que tiene el poder de dar órdenes relativas a las cosas, un poder de mando sobre la cosa; es, en otros términos, el guardián de la cosa*^{41}*. En este mismo sentido, la Corte señaló en 1997: “ [...] el responsable por el hecho de las cosas inanimadas es su guardián, o sea, quien tiene sobre ellas poder de mando, dirección y control independientes. Y no es cierto que el carácter de propietario implique necesaria e ineludiblemente el de guardián, pero si lo hace presumir como simple atributo del dominio, mientras no se pruebe lo contrario. De manera que si a determinada persona se le prueba ser dueña o empresaria del objeto con el cual se ocasionó el perjuicio en desarrollo de una actividad peligrosa, tal persona queda cobijada por la presunción de ser guardián de dicho objeto —*

que desde luego admite prueba en contrario—”^{42}. (sin bastardilla en original).

La presunción de ser guardián puede desvanecerla el propietario “si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, como el de arrendamiento, el de comodato, etc., o que fue despojado inculpablemente de la misma, como en el caso de haberle sido robada o hurtada”^{43}. Caso muy frecuente en los vehículos que son objeto de un contrato de *leasing*: como propietario sigue figurando la entidad de *leasing*, pero no cabe duda de que después de la entrega quien realmente tiene el control del vehículo, y por tanto es guardián, es el beneficiario del *leasing*, que usa el vehículo, y quien sin la titularidad del dominio sobre el vehículo, debe responder por los daños causados con él.

5. EL CONDUCTOR DEPENDIENTE NO ES RESPONSABLE DE LA ACTIVIDAD PELIGROSA

Es doctrina constante de la jurisprudencia que el conductor dependiente no es en principio responsable de la actividad peligrosa. Mientras el trabajador o el dependiente no sea el propietario de los instrumentos con los cuales se ejerce la actividad peligrosa, solo el patrono puede ser considerado responsable, así el trabajador ostente materialmente la cosa por medio de la cual se ejerce la actividad peligrosa^{44}.

El conductor de un vehículo no es responsable de la actividad peligrosa, ya que el poder intelectual, de uso, de dirección y control corre por cuenta del patrono. Es el dueño quien ordena los horarios, rutas, mantenimiento y en definitiva quien decide poner en circulación el vehículo, creando un riesgo a los demás y, por tanto, sobre él debe recaer toda la responsabilidad del ejercicio de la actividad peligrosa (sin excluir la responsabilidad por el hecho ajeno). Al conductor solo se le puede deducir responsabilidad civil en la medida en que se le acredite haber cometido una culpa (C. C., art. 2341). Santos Ballesteros precisa: “Así mismo son numerosos los casos de personas que a pesar de tener la cosa no responden de ella, como los encargados que

tienen en su poder una cosa que les ha entregado su comitente para el ejercicio de sus funciones y otros tenedores que no pueden comportarse de manera independiente en relación con la cosa que se les ha entregado. Como ejemplo de esta última situación se cita el de la persona que usa una cosa con la autorización del propietario cuando este se reserva el poder de mando, dirección y control sobre la cosa, el del encargado en la misma circunstancia”^{45}.

De la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se pueden extraer, a modo de conclusión, quiénes son responsables o guardianes de las actividades peligrosas en nuestro derecho:

a) El propietario si no se ha desprendido voluntariamente de la tenencia o si, contra su voluntad y sin mediar culpa alguna de su parte, la perdió; los poseedores materiales;

b) Los tenedores legítimos de la cosa con la facultad de uso y goce, como arrendatarios, comodatarios, administradores, acreedores con tenencia anticrética, acreedores pignoratícios en el supuesto de prenda manual; usufructuarios, mandatarios y depositarios, también los detentadores ilegítimos y viciosos, usurpadores en general, sin consideración a la ilicitud de su actuar.

c) Por último, la jurisprudencia ha extendido la condición de guardián a todo aquel que obtiene provecho de todo o parte del bien mediante el cual se realizan actividades caracterizadas por su peligrosidad, como las empresas de transportes, quienes al prestar dicho servicio bajo su control y responsabilidad, son con el propietario del vehículo solidariamente responsables de la actividad peligrosa^{46}.

6. LOS PASAJEROS NO EJERCEN UNA ACTIVIDAD PELIGROSA

Cuando estudiamos el tema de la prohibición de opción, indicamos que en la responsabilidad civil se prohíbe crear formas híbridas de responsabilidad, mezclando principios de la responsabilidad civil contractual con los de la responsabilidad extracontractual^{47}. En aplicación de esta prohibición, la

Corte ha sostenido que si el conductor de un vehículo se accidenta y lesiona a un pasajero que transporta en desarrollo de un contrato, aquel no puede alegar frente al pasajero que este también ejercía una actividad peligrosa por subirse al vehículo y aplicar la denominada neutralización de actividades peligrosas. Invocar la neutralización de actividades peligrosas (típica institución de la responsabilidad extracontractual) en una relación de tipo contractual, como es la del transporte de pasajeros, supone mezclar instituciones de la responsabilidad contractual con la aquiliana, creando un régimen híbrido de los dos tipos de responsabilidad. Además, de no poderse mezclar los dos tipos de responsabilidad, no podría decirse que el pasajero contribuye a la creación del riesgo que desencadena el accidente en el que él sufre el daño. En este sentido, la Corte ha manifestado:

“En estricto, no cabe hablar de colisión de actividades peligrosas y, en tal virtud, la víctima puede utilizar a su favor —como bien lo ha predicado la doctrina— las presunciones del artículo 2356 del Código Civil”. Por el contrario, su conducta, “en relación con el automotor que lo transporta, de ordinario es típicamente pasiva y, por tanto, incapaz de generar un riesgo de cara a la conducción material de aquel”^{48}.

Aunque compartimos el fondo de esta tesis de la jurisprudencia, pensamos que ella admite una moderación, pues hay casos en que el pasajero asume el riesgo de la actividad peligrosa y debería tenerse en cuenta para reducir la indemnización, como cuando los pasajeros a sabiendas aceptan viajar con un conductor embriagado o temerario. Si bien ellos tienen una actitud pasiva en el ejercicio de la actividad peligrosa, el conocimiento previo de que el conductor hará un manejo temerario de la actividad peligrosa pone a la víctima dentro del marco del artículo 2357 del Código Civil, que dispone reducir la indemnización por la participación de la víctima en el resultado dañoso.

Sección III.

—El daño causado en concurrencia de actividades peligrosas

Para aplicar a esta especie de responsabilidad civil el carácter peligroso de una actividad, no puede tomarse con criterio absoluto, sino que ha de considerarse la naturaleza propia del acto y las precisas circunstancias en que se realizó. Precisamente una de las circunstancias en que se realizan las actividades peligrosas puede enmarcarse en la denominada colisión de actividades peligrosas o daños causados en concurrencia de actividades peligrosas.

En una aplicación rigurosa, los involucrados en los daños recíprocos causados en ejercicio de actividades peligrosas, podrían aprovechar la presunción de responsabilidad para lograr que su daño sea reparado; pero como el demandado también podría alegar que el demandante ejercía una actividad peligrosa, el verdadero responsable sería él. Este fenómeno da lugar a neutralizar la responsabilidad objetiva de ambas partes por el ejercicio de la actividad peligrosa, y en tal caso el juez debe indagar para descubrir quién incurrió en alguna culpa y deducir la responsabilidad a esa parte y absolver al otro, sin olvidar que si existe concurrencia de culpas, debe aplicarse el artículo 2357 del Código Civil, que establece la reducción del monto indemnizable^{49}.

En fallo de 2007, la Corte, al reiterar el principio de la neutralización de las presunciones en contra de quienes ejercen simultáneamente actividades peligrosas enfatizó que tal neutralización no opera automáticamente. Para que proceda la neutralización de actividades peligrosas, sostiene la Corte, es necesario “que el juez advierta, previamente, que en las específicas circunstancias en las que se produjo el accidente, existía cierta equivalencia en la potencialidad dañina de ambas [actividades peligrosas], pues de no darse esa correspondencia, gravitaría siempre a favor de la víctima la presunción de que el demandado fue el responsable del perjuicio cuya reparación demandaba”^{50}.

Sección IV.

—Responsabilidad en caso de accidentes de tránsito

Los daños causados con automotores superan con mucho los daños causados por actividades peligrosas y, por lo mismo, su regulación y estudio sugiere una particular atención.

Al presentar el informe mundial sobre prevención de los traumatismos causados por el tránsito (2004) elaborado por la OMS, Marcel Haegi, presidente de la Federación Europea de Víctimas de Accidentes de Tráfico, expresó su profunda preocupación por los daños y efectos que este fenómeno causa anualmente en el mundo. Los daños por accidentes de tránsito se traducen en millones de víctimas mortales o gravemente discapacitadas y en supervivientes a menudo olvidados. Son incommensurables los efectos psicológicos, sociales y económicos de esos accidentes en todo el mundo.

Por su profundo impacto social, en muchos países el estudio de los accidentes de tránsito se ha convertido en una subespecialidad de la responsabilidad civil y en tema recurrente de salud pública. Y es que las cifras son preocupantes. Un año después de que se inventara el automóvil de combustión interna (en 1885 por Karl Benz), la literatura especializada reportó el primer accidente de tránsito en el que participó un vehículo de motor. El caso sucedió en Nueva York, el 30 de mayo de 1896 cuando un vehículo atropelló a un ciclista. Meses después se registró la muerte de un peatón, causada por un vehículo de motor el 17 de agosto de ese año en Londres. Un siglo después, las cifras se han elevado astronómicamente.

Se estima que en 2002 murieron 1,18 millones de personas por causa de choques ocurridos en la vía pública, lo que significa una media de 3242 fallecimientos diarios. La cifra representa el 2,1 por ciento de las defunciones en el mundo, lo que convierte a las lesiones causadas por el tránsito en la undécima causa de muerte. Además de las defunciones, se estima que cada año entre 20 y 50 millones de personas resultan heridas en accidentes de tránsito^{51}.

Las proyecciones indican que sin un renovado compromiso con la prevención, estas cifras aumentarán en torno al 65 por ciento en los próximos veinte años. Los traumatismos causados por el tránsito constituyen un problema creciente de salud pública que afecta de forma desproporcionada a los grupos vulnerables de usuarios de la vía pública, en particular a los pobres. Más de la mitad de las personas fallecidas por causa de choques en la vía pública son adultos jóvenes de edades comprendidas entre los 15 y los 44 años, y muchas eran el sostén de sus familias. Además, los traumatismos causados por el tránsito representan, en los países de ingresos bajos y medios, un costo que se calcula entre el 1 y el 2 por ciento de su PIB, porcentaje superior al volumen total de la ayuda para el desarrollo recibida por esos países. El costo mundial se estima en US\$ 518.000 millones anuales, de los cuales US\$ 65.000 millones corresponden a los países de ingresos bajos y medianos⁽⁵²⁾.

Las investigaciones de la OMS, presentadas en el informe mundial sobre prevención de los traumatismos causados por el tránsito, indican que las causas del accidente de tránsito no pueden atribuirse a la simple “actividad peligrosa” o a la culpa de quien la ejerce. Los estudios recomiendan comprender el fenómeno del accidente de tránsito desde una perspectiva sistémica para entender sus causas y lograr una prevención eficaz. En el marco del enfoque sistémico, según el citado informe de la OMS, es preciso examinar una serie de factores que afectan la probabilidad de sufrir lesiones causadas por el tránsito. Los diversos tipos de riesgos relacionados con ellas y los factores que influyen en estos riesgos son:

“En cuanto a la exposición al riesgo, entre los determinantes figuran factores económicos y demográficos, el nivel de motorización, los modos de desplazamiento, el volumen de trayectos innecesarios, y las prácticas de planificación del uso de las tierras.

”En lo que se refiere a la incidencia de choques, los factores de riesgo son la velocidad excesiva, la conducción bajo los efectos del alcohol, los vehículos inseguros, el diseño de vías poco seguras, y la falta de una

aplicación eficaz de la legislación y la reglamentación en materia de seguridad relacionada con dichos factores.

”Por lo que respecta a la gravedad de los traumatismos, los factores de riesgo son la no utilización de cinturones de seguridad, ni de asientos de seguridad para niños, ni de cascos, la falta en los vehículos de dispositivos de protección de los peatones para los casos de atropello; bordes de las carreteras inadecuados para la protección en caso de choque; y factores de tolerancia humana.

”Respecto de la evolución de los traumatismos después del choque, los factores de riesgo comprenden los retrasos en la detección del siniestro y en la aplicación de medidas para el salvamento de vidas y la prestación de asistencia psicológica; la falta de servicios de urgencias en el lugar del incidente y de transporte a un servicio sanitario o el retraso en suministrarlos; y la dispensación de cuidados postraumáticos y rehabilitación y la calidad de los mismos.

”La seguridad en la carretera es una responsabilidad compartida. La reducción del riesgo en los sistemas de tránsito del mundo requiere el compromiso y la adopción de decisiones fundamentadas por el gobierno, el sector industrial, las organizaciones no gubernamentales y los organismos internacionales, así como la participación de profesionales de muchas disciplinas diferentes, como ingenieros viales, diseñadores de vehículos motorizados, funcionarios encargados de la aplicación de la ley y personal sanitario, así como de grupos comunitarios”^{53}.

En Colombia las cifras no son alentadoras. De acuerdo con la investigación realizada por Ricardo Gaviria Fajardo, en 2007 hubo un total de 4.363 víctimas mortales cubiertas por el SOAT, lo que significa que se registraron 10,4 muertes por cada 100 mil habitantes del país, de acuerdo con un estudio realizado por la Cámara Técnica del SOAT, de la Federación de Aseguradores Colombianos, Fasecolda^{54}.

La tabla que reproducimos en la página siguiente, muestra la evolución estadística de los accidentes viales nacionales desde 1986 a 2007, en términos

de muertes y lesiones a personas.

REGISTRO HISTÓRICO 1986 - 2007

Año	(*) Accidentes	(**) Muertos	Heridos	
			Graves	(*) Leves
1986	64.289	3.535*	13.449*	N.D.
1987	91.723	3.833*	15.008*	N.D.
1988	117.933	5.039*	19.772*	N.D.
1989	108.506	4.032*	18.085*	N.D.
1990	122.112	3.704*	16.086*	N.D.
1991	111.462	4.119	18.182	N.D.
1992	130.304	4.620	21.280	N.D.
1993	149.940	5.628	33.083	N.D.
1994	164.202	6.989	45.940	N.D.
1995	179.820	7.874	52.547	N.D.
1996	187.966	7.445	50.360	N.D.
1997	195.442	7.607	49.312	N.D.
1998	206.283	7.595	52.965	N.D.
1999	220.225	7.026	52.346	N.D.
2000	231.974	6.551	51.458	N.D.
2001	239.838	6.346	47.148	N.D.
2002	189.933	6.063	42.837	N.D.
2003	209.904	5.632	36.743	65.214
2004	229.184	5.483	35.914	77.665
2005***	154.622	5.418	37.669	69.357
2006***	186.362	5.408	34.889	59.433
2007***	181.076	5.409	38.727	67.705

(*) Datos proyectados.

(**) Muertos totales directos e indirectos.

(***) Estadística de mortalidad de víctimas con fecha de muerte menor a 30 días de sucedido el accidente.

Metodología: Organización Mundial de la Salud-OMS

Los datos de accidentes entre 1993 y 2001 corresponden a una proyección basada en una serie histórica llevada por el INTRA hasta 1992.

N.D. información no disponible.

Fuentes: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses; lo relacionado con víctimas.

INTRA: Accidentes hasta 1992 y organismos de tránsito.

El Fondo de Prevención Vial registró en el año de 1999, 220.225 accidentes de tránsito, cifra superior en 6,8 por ciento a la de 1998. En total perecieron 7.026 personas. En promedio en Colombia se produce un accidente de tránsito cada 2,4 minutos, y por esta causa muere una persona cada 75 minutos y cada 10 minutos hay un herido. Para 2001 las cifras son similares, con un ligero aumento. En ese año los accidentes de tránsito se convirtieron en la segunda causa de muertes violentas en Colombia, con 239.838 accidentes que dejaron 6.346 personas muertas y 47.148 heridas. En 2005 hubo una ligera disminución en los accidentes reportados: 185.697 con 5.418 muertos y 37.669 heridos. El último dato recogido por las autoridades corresponde a 2007, año en el que murieron 5.409 personas, a pesar de una leve disminución en el número de accidentes reportados como lo indica la tabla.

Las causas reportadas de los accidentes de tránsito según el Fondo de Prevención Vial demuestran que los accidentes en su inmensa mayoría tienen acreditada una culpa por parte de los involucrados, pues solo un 8,3 por ciento tiene causas desconocidas; el 91.7 por ciento ocurren por culpa del conductor. Las causas discriminadas aparecen en la siguiente tabla:

CAUSA	PORCENTAJE
Impericia en el manejo	19,5
Sin establecer	8,3
No mantener distancia de seguridad	8,2
Distraerse	7,4
Exceso de velocidad	4,9
Superficie húmeda	4,8
Adelantar invadiendo vía	3,0
Embriaguez o droga	2,8
Girar bruscamente	2,7
Falta de precaución por niebla, lluvia o humo	2,7

Transitar en contravía	2,2
Frenar bruscamente	2,2
Adelantar en curva	1,9
Adelantar en zona prohibida	1,8
Otra causa del conductor	1,8
Fallas en los frenos	1,8
Embriaguez aparente	1,6
Sueño por cansancio	1,6
Animales en la vía	1,5
Fallas en las llantas	1,4
Superficie lisa	1,2
Reverso imprudente	1,0
No respetar prelación	0,9
Desobedecer señales	0,9
Transitar por fuera del carril	0,8

Las estadísticas del informe mundial sobre prevención de traumatismos causados por el tránsito, que constituyen un enfoque sistémico de los factores de accidentalidad en el tránsito y las causas de accidente, nos llevan a preguntarnos acerca de la utilidad real de la figura de la responsabilidad objetiva por el ejercicio de actividades peligrosas en el caso de accidentes de tránsito, cuando las investigaciones muestran que la culpa está presente en la mayoría de los accidentes y que la peligrosidad no puede atribuirse solamente a la máquina y a su guardián, sino a otros factores externos.

1. CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRÁNSITO

El Código Nacional de Tránsito define el accidente de tránsito como todo “evento generalmente involuntario, generado al menos por un vehículo en movimiento, que causa daños a personas y bienes involucrados en él e igualmente afecta la normal circulación de los vehículos que se movilizan por la vía o vías comprendidas en el lugar o dentro de la zona de influencia del hecho”.

En concepto del Ministerio de Salud de 25 abril de 2000, se establecieron los elementos necesarios para determinar si un accidente puede catalogarse como accidente de tránsito y aunque se fundamentaba en el texto del Código Nacional de Tránsito anterior, sus criterios siguen siendo válidos para el texto vigente ya señalado.

- Que haya intervenido un automotor^{55}.
- El vehículo debe encontrarse en una vía pública o privada con acceso al público.
- La vía debe estar destinada al tránsito de vehículos, personas o animales.
- El accidente debe ocurrir a causa de la circulación o tránsito del vehículo o de la violación de un precepto legal o reglamentario de tránsito.
- Debe haber causado daño en la integridad física de las personas y bienes.

2. DAÑOS CORPORALES A LAS VÍCTIMAS EN ACCIDENTES DE TRÁNSITO

Las víctimas por accidente de tránsito son un verdadero problema de salud pública que afecta a toda la sociedad. Por sus dimensiones, el tema escapa del ámbito limitado de la responsabilidad civil y ha pasado al del aseguramiento obligatorio como medio eficaz para atender a las víctimas de los accidentes. Esta tendencia mundial ha sido adoptada en Colombia mediante el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, SOAT.

El SOAT es un seguro de tipo social cuya función es garantizar los recursos necesarios que permitan brindar la atención médica requerida por todas las personas que resulten lesionadas únicamente en accidentes de tránsito, con exclusión de cualquier otro tipo de accidente. En consecuencia, el SOAT asume los gastos de atención médica, quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria, incapacidad permanente y los de transporte en que se incurra para atender a las víctimas de accidentes de tránsito.^{56}.

Se dice que la ley 33 de 1986 debe considerarse el origen del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, SOAT; pero, en realidad, este solo entró a operar cuando en abril de 1988, la Superintendencia Bancaria autorizó la nota técnica y la tarifa para ese seguro. Luego se han dictado normas complementarias y reformatorias entre las que destacan el decreto 1032 de 1991 de Ministerio de Hacienda que fue incorporado en el Estatuto financiero (ley 795 de 2003), la ley 100 de 1993 y la ley 769 de 2002.^{57}.

Conviene resaltar que para el caso del SOAT no se tiene en cuenta la posible culpa de los conductores y propietarios, ni se hacen estimaciones de riesgo fundadas en la responsabilidad de un conductor.

El decreto 1032 de 1991 que estableció el seguro automovilario obligatorio dispone las siguientes definiciones:

Víctima: la persona que ha sufrido daño en su integridad física como consecuencia directa de un accidente de tránsito.

Servicios médicos quirúrgicos: servicios destinados a lograr la estabilización del paciente, el tratamiento de las patologías resultantes de manera directa del accidente de tránsito y a la rehabilitación de las secuelas producidas.

Incapacidad permanente: es la pérdida no recuperable mediante actividades de rehabilitación, de la función de una parte del cuerpo que disminuye la potencialidad del individuo para desempeñarse laboralmente.

Beneficiarios: la persona natural o jurídica que acredite su derecho ante el asegurador, para obtener el pago de la indemnización. De acuerdo con las coberturas de esta póliza, son beneficiarios: para la cobertura de gastos médicos, la IPS habilitada que hubiere prestado los servicios médicos; para la cobertura de incapacidad permanente, la víctima que hubiere perdido de manera no recuperable la función de una o varias partes del cuerpo que disminuyan su potencialidad para desempeñarse laboralmente; para la cobertura de muerte, las personas señaladas en el artículo 1142 del Código de Comercio. A falta de cónyuge, cuando corresponda a este la indemnización, se tendrá como tal el compañero o compañera permanente que acredite dicha calidad; para la cobertura de gastos de transporte, la persona natural o jurídica que demuestre haber realizado el transporte. Finalmente, para la cobertura de gastos funerarios, la persona natural que demuestre haber realizado la erogación pertinente para cubrir estos gastos.

3. EL SEGURO OBLIGATORIO SOAT

Para poder transitar en el territorio nacional, de acuerdo con el artículo 42 del Código Nacional de Tránsito, todos los vehículos deben estar amparados por un seguro obligatorio vigente. El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, SOAT, se rige por la ley 45 de 1990, artículos 93 y 94; el decreto 633 de 1993, artículos 191 y 22; la ley 100 de 1993, artículos 218 y ss.

Se pueden señalar las siguientes funciones del SOAT:

Cubrir la muerte o los daños físicos ocasionados a las personas, los gastos que se deben sufragar por atención médica, quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria, incapacidad permanente, los gastos funerarios y los ocasionados por el transporte de víctimas a las entidades del sector salud.

La atención a las víctimas de los accidentes de tránsito, incluso las de los causados por vehículos no asegurados o no identificados, entre ellos al

conductor del vehículo.

Contribuir al fortalecimiento de la infraestructura de urgencias del sistema nacional de salud.

La profundización y difusión del seguro mediante la operación del sistema de seguro obligatorio de accidentes de tránsito por entidades aseguradoras que atiendan de manera responsable y oportuna sus obligaciones.

Los establecimientos hospitalarios o clínicos que hayan prestado los servicios de salud correspondientes a las víctimas de accidentes de tránsito o las personas que hayan indemnizado dichos gastos, serán titulares de la acción para presentar la correspondiente reclamación a las entidades aseguradoras.

Presentada la reclamación, probando su pretensión, la entidad aseguradora pagará la indemnización dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho; el asegurador reconocerá y pagará al beneficiario o asegurado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa de interés prevista para este caso.

Cuando exista concurrencia de vehículos, cada entidad aseguradora pagará lo correspondiente a los importes de las indemnizaciones de los ocupantes del otro automóvil. Cuando se trata de un tercero, este podrá reclamar a cualquiera de las dos entidades aseguradoras, que estarán obligadas al pago total de la indemnización.

El fondo de seguro obligatorio de accidentes de tránsito se ha creado con el fin de indemnizar a las víctimas de accidentes de tránsito en los que el infractor es un vehículo no identificado o no asegurado.

A) Cubrimiento del seguro

Los siguientes son los riesgos que cubre este seguro:

a) Daños corporales a las víctimas, conductor, pasajero o peatones que deriven en lesiones o muerte de la persona a consecuencia del accidente de tránsito. En consecuencia, no cubre daños a terceras personas, ni daños

morales ni materiales a cosas de ninguna clase diferentes de los expresamente señalados en el artículo 193 del decreto 1032 de 1991.

Si en el accidente de tránsito hay varios vehículos involucrados, conforme lo establecen las normas vigentes, los ocupantes de cada vehículo deben ser atendidos con cargo a la póliza de cada vehículo. En caso de existir terceros no ocupantes, cualquiera de las compañías se hace responsable de las indemnizaciones sin perjuicio de realizar recobros posteriores por dicha víctima. En caso de atropellamiento, se utiliza la póliza de vehículo involucrado.

b) Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios por lesiones con un límite máximo de hasta 500 veces el salario mínimo legal diario vigente en el momento del accidente^{58}.

c) incapacidad permanente, hasta el límite de 600 veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente^{59}.

d) Beneficiarios del seguro en caso de muerte.

e) En caso de muerte de la víctima como consecuencia del accidente de tránsito, serán beneficiarios de las indemnizaciones por muerte las personas que indice el artículo 1142 del Código de Comercio (ley 100 de 1993, art. 244).

La muerte, para los efectos de la ley, ha de ocurrir dentro del año siguiente a la fecha del accidente. En caso de exceder este término, se pierde el derecho a la indemnización correspondiente, que es de 600 veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente.

El seguro se pagará a los beneficiarios, entendiendo por tal la persona natural o jurídica que acredite su derecho ante el asegurador, para obtener el pago de la indemnización. En todo caso, a falta de cónyuge, cuando a este corresponda la indemnización, se tendrá como tal el compañero o compañera permanente, que acredite dicha calidad, de conformidad con la reglamentación que para el efecto señale el gobierno nacional. La indemnización por gastos funerarios se pagará a quien demuestre haber realizado las correspondientes erogaciones.

f) Gastos funerarios, si la muerte ocurre como consecuencia del accidente. El límite que se cubre es hasta el equivalente de 150 veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente.

g) Gastos de transporte y movilización de las víctimas a los centros hospitalarios o clínicas hasta 10 veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente.

B) *La no acumulación de indemnización pagada por el SOAT*

La no acumulación de lo recibido por el SOAT con acciones civiles posteriores está expresamente regulada por la ley 100 de 1993, cuyo artículo 244 establece:

“Las sumas pagadas por concepto de los amparos de carácter indemnizatorio de las pólizas que se emitan en desarrollo de este capítulo se entienden prioritarias e imputables a la indemnización que por mayor valor pueda resultar a cargo del responsable del accidente”.

En otras palabras, la víctima del accidente o sus beneficiarios no pueden acumular lo recibido por el seguro y la indemnización que debe cubrir el civilmente responsable. Como el seguro obligatorio solo cubre una parte de los perjuicios, la víctima o sus herederos en el caso de fallecimiento pueden adelantar los procesos judiciales pertinentes para obtener la plena indemnización (decr. 1032 de 1991, art. 194)^{60}: “El pago efectuado por la entidad aseguradora que haya asumido los riesgos previstos en el presente capítulo, en relación con el automotor causante de daños corporales a las personas en accidentes de tránsito, no impedirá a la víctima o a sus derechohabientes acudir a los órganos jurisdiccionales competentes para reclamar del responsable las indemnizaciones a que crean tener derecho conforme a las normas legales”.

A las víctimas del accidente de tránsito no les serán oponibles los vicios derivados del contrato de seguro o el incumplimiento por parte del tomador del mismo.

En caso que exista dolo o culpa grave del tomador del seguro, la compañía aseguradora podrá repetir contra este los gastos derivados del pago de los perjuicios por parte ella.

C) Reclamación de la indemnización cubierta por el SOAT

El gobierno nacional expidió el decreto 3990 de 2007 y dispuso los procedimientos y las condiciones para la reclamación de cada cobertura del SOAT, a fin de conjurar algunos inconvenientes que se estaban presentando entre los prestadores de los servicios y los pagadores de los mismos.

En primer lugar, el decreto hace algunas definiciones importantes. Por ejemplo, el decreto define el concepto de accidente de tránsito, beneficiario, servicios médico quirúrgicos, entre otros.

El decreto también define quién es el beneficiario, que puede ser de tres clases: las IPS habilitadas para la cobertura de gastos médicos. A estas se les reconocen los servicios que hubieren prestado, como servicios médicos de urgencias, hospitalización, suministro de material médicoquirúrgico, osteosíntesis, órtesis y prótesis, suministro de medicamentos, tratamientos y procedimientos quirúrgicos, servicios de diagnóstico y servicios de rehabilitación^{61}.

Las víctimas con discapacidad para la cobertura de incapacidad permanente. La víctima que hubiere perdido de manera no recuperable la función de una o varias partes del cuerpo que disminuyan la potencialidad del individuo para desempeñarse laboralmente, calificada como tal de conformidad con las normas vigentes sobre la materia.

Para la cobertura de muerte, las personas señaladas en el artículo 1142 del Código de Comercio. A falta de cónyuge, en los casos que corresponda a este la indemnización, se tendrá como tal el compañero o compañera permanente que acredite dicha calidad. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, la indemnización se distribuirá entre los herederos. Para la cobertura de gastos de transporte, la persona natural o jurídica que demuestre haber realizado el transporte. Finalmente, para la cobertura de gastos

funerarios, la persona natural que demuestre haber realizado la erogación pertinente para cubrir estos gastos con cargo a su patrimonio, hasta por el monto que acredite haber sufragado con cargo a su propio patrimonio o al de un tercero y en el valor que no le haya sido reconocido por otro mecanismo^{62}.

El decreto 3990 de 2007 se refiere a las coberturas definidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Por ejemplo, para la cobertura de gastos funerarios, si la persona fallecida estuviere afiliada al Sistema de Seguridad Social Integral, los gastos funerarios correrán por cuenta de la Administradora del Sistema General de Pensiones o de la Administradora del Sistema General de Riesgos Profesionales, entidades que podrán repetir contra el SOAT en los casos en que el accidente de tránsito esté cubierto por dicha póliza

D) Documentación necesaria para la reclamación

El decreto 3990 de 2007 precisa los documentos que deben presentar las personas que acrediten su condición de beneficiario, dependiendo de la cobertura que se afecte, así:

a) *Servicios médico-quirúrgicos*. Las siguientes:

a') Original del certificado de atención médica de acuerdo con el formato que adopte el Ministerio de la Protección Social, que debe incluir cuando menos los nombres y documento de identificación tanto de la víctima como del médico tratante, fecha de nacimiento de la víctima, fecha y hora de atención, y descripción de los hallazgos clínicos por medio de los cuales el médico que atendió la urgencia dedujo que la causa de los daños sufridos por la persona fue un accidente de tránsito, un evento catastrófico o terrorista. Esta constancia debe estar suscrita por el médico tratante y, para los accidentes de tránsito, se acompañará de certificación expedida por la autoridad de tránsito o policía competente o en su defecto fotocopia del croquis del accidente, expedida por la autoridad de tránsito o la

correspondiente denuncia de la ocurrencia del evento ante las autoridades competentes.

b') Copia de la denuncia penal de ocurrencia del accidente de tránsito presentada por cualquier persona ante la autoridad competente, cuando el hecho haya sido ocasionado voluntariamente o por manipulación criminal y sea posible la identificación del responsable.

c') Original de la factura emitida por la IPS en que consten los servicios prestados, y en la cual se discriminen los conceptos cobrados y la tarifa de conformidad con la prevista en el decreto 2423 de 1996 o en las normas que lo sustituyan o modifiquen. La factura incluirá los servicios prestados por otra IPS, en virtud de la utilización de los esquemas de referencia y contrarreferencia, los cuales se soportarán con la constancia de su pago por parte de la IPS que está facturando a la aseguradora o a la subcuenta ECAT de Fosyga. Tratándose de la cobertura adicional por cuenta de la Subcuenta ECAT de Fosyga, para víctimas politraumatizadas o que requieran servicios de rehabilitación, la factura será fotocopia auténtica y se acompañará de certificación sobre el agotamiento de la cobertura del SOAT.

b) *Indemnización por incapacidad permanente.* Las siguientes:

a') original o fotocopia auténtica del certificado de atención médica de acuerdo con el formato que para el efecto adopte el Ministerio de la Protección Social.

b') original del dictamen sobre la incapacidad permanente, expedido por las entidades autorizadas para ello de conformidad con la ley.

c) *Indemnización por muerte.* Las siguientes:

a') original del certificado de defunción expedido por notario y el acta de levantamiento de cadáver cuando la muerte se haya producido en el lugar del accidente o del hecho terrorista o catastrófico;

b') Si la víctima hubiere sido atendida antes de su deceso, certificado de atención médica de acuerdo con el formato que para el efecto adopte el Ministerio de la Protección Social.

c') Certificación de la Fiscalía en la cual curse el proceso de muerte por accidente de tránsito, si fuere el caso;

d') Prueba de la condición de beneficiario; que puede darse mediante el original de los registros civiles de matrimonio o de nacimiento, según corresponda, respecto del cónyuge, los hijos o los padres de la víctima, o prueba de la condición de compañera o compañero permanente, para acreditar la unión marital de hecho.

d) *Indemnización por gastos funerarios*. Los siguientes:

a') original del certificado de defunción expedido por el notario y el acta de levantamiento del cadáver cuando el deceso hubiere ocurrido en el lugar del accidente;

b') original o fotocopia auténtica del certificado expedido por la autoridad de tránsito o policía competente o en su defecto fotocopia del croquis del accidente, expedida por la autoridad de tránsito;

c') Factura original debidamente cancelada, expedida por la entidad que prestó los servicios funerarios y copia del contrato de prestación de servicios funerarios;

d') En caso de que la víctima hubiere sido atendida antes de su deceso, el certificado de atención médica.

e) *Gastos por concepto de transporte de víctimas*. Los siguientes:

a') Constancia del transporte y movilización de las víctimas resultantes del accidente de tránsito, evento catastrófico o terrorista, expedida por la IPS que atendió a la víctima, según formato adoptado por el Ministerio de la Protección Social, en la cual debe constar expresamente la hora en la cual fue recibida la víctima del accidente o evento, el lugar en que manifiesta haber sido recogida y la dirección de la IPS que la admitió; dicha certificación estará suscrita por la persona designada por la entidad hospitalaria para el trámite de admisiones.

b') Cuando se trate de transporte realizado por ambulancias, solo se reconocerá a las entidades habilitadas para prestar estos servicios; dichas

entidades podrán presentar reclamaciones de manera acumulada, por períodos mensuales, de conformidad con los formatos adoptados para este fin”^{63}.

El decreto 3990 de 2007 dispone que las compañías de seguros cuentan con el plazo previsto en el Código de Comercio (el mes siguiente a la acreditación de su derecho) para pagar las cuentas presentadas o poner en conocimiento de las IPS las objeciones a que haya lugar. Las IPS, por su parte, deben atender las objeciones dentro del mes siguiente, y soportarán su pretensión. La aseguradora tendrá quince días para cancelar el saldo restante o notificar a la IPS que se mantienen los motivos de la objeción. Si la IPS no desvirtúa las objeciones en el plazo establecido, se entiende que las acepta y desiste de su reclamación, sin perjuicio de las acciones judiciales a las que hubiere lugar^{64}.

CAPITULO CUARTO

RESPONSABILIDAD POR LAS COSAS

Sección I.

—Hecho del hombre o hecho de las cosas

Es necesario precisar que la responsabilidad que se enmarca dentro de la denominada responsabilidad por las cosas es siempre una responsabilidad personal. Se dice que el hecho acontece por las cosas animadas o cosas inanimadas, pero es claro que la responsabilidad emerge del dominio o la tenencia que la persona responsable ejerce sobre ellas, gracias al cual tienen la potestad y la correspondiente obligación de cuidarlos para evitar que dañe a terceros. Los Mazeaud al explicar que la responsabilidad por las cosas es una responsabilidad del hombre escriben: “Hablando con propiedad no hay «hecho de una cosa», al menos cuando se trata de una cosa inanimada. Como ha escrito con toda precisión Ripert, una cosa inanimada «no es nunca sino el instrumento del perjuicio: no podría ser la causa del mismo. Tras el hecho de la cosa, se encuentra siempre el hecho del hombre»”^[1].

En la antigua Roma ya se encuentran antecedentes en los que el pretor obligaba al propietario de una cosa a responder por los daños causados a terceros por la “acción de la cosa”. Así, durante siglos han sido clásicos los tipos de responsabilidad por los daños causados por animales que están sometidos al imperio del hombre, o los daños causados por la ruina de los edificios o por la caída de objetos. En todos estos casos, de ordinario hay

una culpa de la persona que tiene a su cuidado la cosa, animada o no, al no vigilarla para evitar los daños que puede causar.

En Colombia, la responsabilidad por las cosas es diferente de la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas. Las cosas por las que debemos responder son animadas, como los animales, fieros o no, o inanimadas, como la ruina de edificios o los daños por caída de objetos de las edificaciones. Contrario al sistema francés en donde la jurisprudencia, empujada por necesidades prácticas, interpreta que el artículo 1384, parágrafo 1º, establece un principio general de responsabilidad por las cosas, nuestro derecho no tiene un principio general de responsabilidad por las cosas. Solo se dan los casos contemplados taxativamente en nuestro Código Civil.

Sección II.

—Responsabilidad civil por el hecho de los animales

Los precedentes del derecho romano y de las *Siete Partidas* tienen clara influencia en la regulación que nuestro sistema trae sobre este tipo de responsabilidad^{2}. La detallada casuística contenida en estos remotos antecedentes se explica por el carácter agrícola de las economías de aquellos tiempos. Los animales fueron para Roma lo que hoy son los automotores para nosotros.

Como dijimos en el capítulo sobre la historia de la responsabilidad civil, para las sociedades más primitivas los animales como seres vivientes son capaces, autónomamente, de causar daños a personas y bienes, por lo que se obligó a sus propietarios y cuidadores a responder por los daños causados por los animales bajo su guarda. Así entonces se lee en el *Digesto*: “porque un animal no pudo obrar con culpa, pues carece de razón”^{3}.

El artículo 687 del Código Civil define las diferentes clases de animales y los clasifica en bravíos o salvajes, domésticos, domesticados; pero para efectos de la responsabilidad civil, existe una clasificación diferente en la que interesa si el animal es fiero o no, sin importar si son domésticos, domesticados o salvajes.

Nuestro Código Civil consagra en sus artículos 2353 y 2354 un régimen jurídico especial sobre responsabilidad por los daños causados por los animales. Ese régimen lo integran tres tipos de responsabilidad:

Responsabilidad por los daños causados por todo tipo de animal, excepto los fieros, atribuible a culpa en la vigilancia.

Responsabilidad por daños causados por animales fieros que no reportan utilidad al predio, en que se consagra una responsabilidad objetiva o sin culpa.

Responsabilidad por daños causados por animales fieros, que sí reportan utilidad a un predio, pero cuya tenencia puede considerarse actividad peligrosa, en cuyo caso la responsabilidad es objetiva al tenor de la interpretación que nuestra jurisprudencia hace del artículo 2356 del Código Civil⁽⁴⁾.

1. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE UN ANIMAL NO FIERO

Regula esta responsabilidad el artículo 2353 del Código Civil, cuyo tenor literal expresa:

“El dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aun después que se haya soltado o extraviado, salvo que la soltura, extravío o daño no pueda imputarse a culpa del dueño o del dependiente, encargado de la guarda o servicio del animal.

”Lo que se dice del dueño se aplica a toda persona que se sirva de un animal ajeno, salva su acción contra el dueño si el daño ha sobrevenido por una calidad o vicio del animal, que el dueño, con mediano cuidado o prudencia, debió conocer o prever y de que no le dio conocimiento”.

El Código Civil recoge la tradición romana de la responsabilidad por los daños causados por animales, suprimiendo únicamente los criterios de reparación. En el derecho romano se sancionaba con multas en favor de la víctima en caso de que el daño hubiese sido causado por un animal fiero. La multa era del doble del valor de la cosa dañada cuando el daño recaía sobre bienes. En caso de lesiones o muerte de personas, las sanciones eran más onerosas. Tampoco sobrevivió en nuestro derecho la denominada acción noxal que establecía la facultad que tenía el dueño de los animales causantes de los daños —cuando el daño era causado sin *iniuria*— de entregar los animales en pago de los perjuicios causados o pagar en dinero la correspondiente reparación^[5].

Los elementos que estructuran la responsabilidad por daños causados por animales, atribuible a culpa en su guarda o cuidado, se pueden inferir del artículo 2353 del Código Civil.

El responsable es el dueño del animal o toda aquella persona que se sirva de él, que tiene acción de repetición contra el dueño cuando ese daño proviene de la calidad o vicio que el dueño con mediano cuidado o prudencia, debió conocer o prever y del que no le advirtió^[6].

La expresión exigida en el Código Civil (“con mediano cuidado o prudencia”) podría interpretarse como la consagración de una forma de culpa leve. No sobra recordar que en la responsabilidad extracontractual no existe la gradación de culpas. La culpa aquí referida solo se aplica entre dueños y quien se sirve del animal y no entre el condenado a pagar los perjuicios y la víctima, pues esta puede impetrar su indemnización con cualquier tipo de culpa, fiel al principio *in Lex Aquilia culpa levesima veniet*.

El fundamento de esta responsabilidad está en la culpa *in vigilando* en la que incurre el propietario o quien se sirve del animal. Martínez Rave sostiene que este artículo consagra una forma de responsabilidad objetiva cuando los daños cometidos por el animal no tienen relación con el

extravío. En caso de que el daño se produzca durante el extravío, la responsabilidad sí es con culpa, pero presunta, en favor del perjudicado por el daño del animal y en contra del propietario. La tesis de Maertínez Rave es expresada de la siguiente manera:

“[...] existe presunción de responsabilidad cuando los daños cometidos por el animal doméstico no tienen relación con la soltura o extravío. El dueño o propietario solo puede destruirla probando ruptura del nexo causal como fuerza mayor, o caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima”^[7].

La tesis de la responsabilidad objetiva que propugna Martínez Rave encuentra sustento en la doctrina española, concretamente en el artículo 1905 del Código Civil que dispone que el poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, así se escape o extravíe. Esta responsabilidad solo cesará en el caso de que el daño provenga de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiere sufrido. Como puede observarse, el artículo del Código Civil español únicamente admite la causa extraña como eximente de responsabilidad, a diferencia del nuestro que habla de la culpa del dueño. Esta diferencia permitió a la doctrina española afirmar que el legislador se apartó del principio general de la responsabilidad civil con culpa y consagró en el artículo 1905 del Código Civil una responsabilidad objetiva^[8].

La interpretación según la cual el artículo 2353 del Código Civil consagra un tipo de responsabilidad objetiva, fue aceptada por la Corte Suprema de Justicia en una sentencia de 1976 al fallar un caso en el que un ganado perteneciente al demandado y que pastaba en su finca destruyó una sementera de maíz que tenía plantada el demandante en su hacienda, ubicada cerca de la del demandado. El demandado alegó en su defensa que su ganado había pasado a la finca vecina por culpa del demandante quien no tenía una cerca que impidiese el paso. omisión que, en concepto del demandado constituye culpa, porque en ella se expuso imprudentemente a que entrara el ganado que causó los daños. La Corte acogió los argumentos

de la defensa y reiteró la posición de la doctrina mayoritaria de que el artículo 2353 del Código Civil consagra una presunción de culpabilidad en la que el caso fortuito o la fuerza mayor son factores eximentes de tal responsabilidad conjuntamente con la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero. Cuando no hay culpa exclusiva de la víctima, pero esta se ha expuesto imprudentemente al daño, opera la reducción de la indemnización. En la sentencia, la Corte concluye que al artículo 2353 del Código Civil debe dársele una interpretación en la que cabe destacar lo siguiente:

“a) Los daños causados por un animal, «aun después que se haya soltado o extraviado», comportan *una presunción de culpabilidad* para su dueño o para la persona que de él se sirve;

”b) La referida presunción únicamente releva a quien la invoca del deber de probar la culpa del dueño o guardián del animal, porque el daño y la relación de causalidad con el hecho perjudicial debe probarlos en todo caso;

”c) *Dichos dueño o guardián no pueden exonerarse de la referida presunción de culpabilidad limitándose a afirmar o a demostrar ausencia de culpa* de su parte en la ocurrencia del daño, y

”d) Tal exoneración o reducción [...] de la obligación de resarcir el perjuicio, según el claro texto del artículo 2353, solo tiene cabida en forma total, si el dueño o el guardián demuestran plenamente un hecho positivo y concreto *consistente en que el daño causado por el animal obedece a fuerza mayor o caso fortuito o culpa exclusiva de un tercero* y en forma parcial, cuando también medió culpa de la propia víctima o de un tercero y en proporción a la influencia determinante que estos hayan tenido en la ocurrencia del daño (C. C., art. 2357)”^[9]. (sin bastardilla el original).

Sobre esta interpretación hemos de sentar nuestra respetuosa discrepancia, pues la hermenéutica jurídica nos obliga en primer lugar a no desatender el tenor literal so pretexto de buscar el espíritu de la norma. La sentencia citada precisamente lo que hace es desatender el texto literal al darle un sentido de responsabilidad objetiva a la norma, cuando su texto

inequívocamente exige la culpa como elemento fundante de la responsabilidad del propietario de un animal que causa un daño. El citado artículo exige que medie culpa tanto en el caso del daño sin extravío del animal como cuando este se ha extraviado, pues de no darse culpa en el extravío o en el daño se exonera de responsabilidad, tal como lo dice el texto: “salvo que la soltura, *extravío* o *daño* no pueda imputarse a culpa del dueño”. Dicho de otra manera, habrá responsabilidad del dueño del animal que causa daño durante su extravío que en principio se presume ocurre por culpa de su tenedor. presunción de culpa que admite prueba en contrario, es decir, que se acredite que la soltura o extravío no puede imputarse a conducta culposa del dueño, caso en el cual, por ausencia de culpa, se exonera de toda responsabilidad.

Es criticable igualmente que Martínez Rave se refiera a animales domésticos, pues el artículo menciona todo animal que cause daño, sea doméstico, domesticado e incluso bravío o salvaje que esté bajo la tenencia de una persona y cause daño. El artículo 2353 del Código Civil se refiere únicamente a animales no fieros o que siendo fieros no han causado el daño en razón de su instinto feroz.

2. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LOS ANIMALES FIEROS

El texto que consagra esta responsabilidad es el artículo 2354 del Código Civil, que dispone:

“El daño causado por un animal fiero que no reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que le fue imposible evitar el daño, no será oído”.

Un animal fiero no es lo mismo que un animal salvaje o bravío, pues hay muchos animales que siendo salvajes son mansos. por el contrario, hay animales que siendo domésticos, que reconocen el imperio del hombre, conservan una agresividad instintiva que los puede llevar a atacar a las personas o a las cosas.

En cuanto al daño, este debe ser causado por el animal fiero y en razón de su fiereza. Si un tigre huye de sus dueños y al atravesar un sembrado con sus pisadas lo destruye, ese daño no es imputable a los dueños del animal con fundamento en el artículo 2354 (animal fiero), sino en el artículo 2353 del Código Civil.

Cuando el animal fiero sí reporta utilidad para el servicio del predio y el daño lo causa no en razón de ese servicio o utilidad, sino en circunstancias diferentes, se debe aplicar la norma antes citada (C. C., art. 2354). Por ejemplo: si Enrique es mordido por un perro bravo que se emplea en una finca para la vigilancia, pero el ataque ocurre porque el animal abandonó el predio y no porque Enrique ingresara como intruso, podría en este caso invocarse el artículo 2354 del Código Civil e incluso el 2356, sobre actividades peligrosas.

Algunos ven en el artículo 2354 del Código Civil una clara consagración legislativa de la teoría del riesgo. Consideran que es una responsabilidad objetiva, fundados en que la norma (*“No será oído si alegare no haber podido impedir el hecho”*) excluye toda idea de culpa. No obstante, Tamayo Jaramillo considera que el tener un animal fiero del que no se reporta utilidad alguna constituye de por sí una negligencia, una culpa^{10}. Apoya su tesis en la jurisprudencia de la Corte Suprema que en 1989, en ejercicio del control constitucional de las leyes, dijo que el artículo 2354 del Código Civil al manifestar que el tenedor del animal fiero no será oído había que entenderlo como una “presunción de derecho o *iuris et de iure* por lo que la experiencia indica es ilícito de por sí”^{11}. La Corte Suprema saliendo al paso de la tesis de que este artículo consagró una responsabilidad objetiva, enfatiza: “Esta responsabilidad, como en general la de los demás casos que contempla el citado artículo del Código Civil *se cimienta en la culpa del tenedor, y a pesar de que se aproxima o penetra de cierto modo en la esfera de la responsabilidad objetiva, no logra adquirir la naturaleza de esta en*

vista de que la culpa presunta que consagra el canon aludido, es su fundamento”^{12}. (sin bastardilla el original).

El animal fiero que no reporta utilidad al predio cabe perfectamente dentro del concepto de responsabilidad por actividades peligrosas, pues como lo señala la Corte Suprema en la sentencia citada, “la responsabilidad que sanciona el artículo 2354 del Código Civil fluye también del especial peligro que constituye la tenencia del animal fiero [...] ya que como ser vivo, obra a impulsos propios y está en aptitud permanente de causar daño; por tanto, la responsabilidad de quien lo tiene se puede enmarcar dentro del espíritu del artículo 2356 del Código Civil”^{13}.

En este punto, Martínez Rave sostiene: “Creemos que la presunción que esta norma establece no se refiere a todos los elementos de la responsabilidad, sino exclusivamente al factor subjetivo, a lo que llamamos la culpa. porque es imposible creer que la ley impida al demandado demostrar que el hecho no existió, o que no existió el nexo de causalidad entre el hecho (intervención del animal) y el resultado dañoso. por eso, la consideramos una presunción de culpa de derecho que no admite prueba en contrario, a diferencia de las presunciones legales que sí la admiten”^{14}. En este caso, compartimos la interpretación de Martínez Rave.

A) Régimen legal de perros potencialmente peligrosos en Colombia

El auge de accidentes que involucran perros bravos llevó al legislador colombiano a expedir la ley 746 de 2002 que regula la tenencia de ejemplares caninos en zonas urbanas y rurales del territorio nacional, con el fin de proteger la integridad de las personas, la salubridad pública y el bienestar del propio ejemplar canino. Además, la ley establece sanciones para quienes dejen las deposiciones de sus animales en la calle.

a) *Obligación de recolección de las deposiciones.* La ley señala que quien no recoja los excrementos, tendrá como sanción, impuesta por la autoridad municipal, multa de cinco salarios mínimos diarios legales

vigentes o sanción de uno a cinco fines de semana de trabajo comunitario consistente “en limpieza de los lugares que la alcaldía municipal defina”.

b) *Obligaciones con los perros potencialmente peligrosos.* La ley impone obligaciones a quien posee perros definidos en ella como potencialmente peligrosos. Su omisión constituirá una culpa clara que comprometerá la responsabilidad civil, sin perjuicio de las sanciones administrativas correspondientes.

Preceptúa la ley que los perros deberán ir sujetos por medio de trailla y provistos de bozal si es el caso específico de perros potencialmente peligrosos, según las definiciones dadas por la ley; “en los conjuntos cerrados, edificios con régimen de propiedad horizontal podrá prohibirse la permanencia de ejemplares caninos potencialmente peligrosos a solicitud de cualquiera de los copropietarios o residentes, por decisión mayoritaria de las asambleas o de las juntas directivas de la copropiedad”.

Se considerarán perros potencialmente peligrosos aquellos que presenten una o más de las siguientes características:

a) Perros que han tenido episodios de agresiones a personas u otros perros.

b) Perros que han sido adiestrados para el ataque y la defensa.

c) Perros que pertenecen a una de las siguientes razas o a sus cruces o híbridos: American Staffordshire Terrier, Bullmastiff, Dóberman, Dogo Argentino, Dogo de Burdeos, Fila Brasileiro, Mastín Napolitano, Pit Bull Terrier, American Pit Bull Terrier, De presa canario, Rottweiler, Tosa Japonés.

El propietario de un perro potencialmente peligroso asume la posición de garante de los riesgos que se puedan ocasionar por la sola tenencia de estos animales y por los perjuicios y las molestias que ocasione a las personas, a las cosas, a las vías y espacios públicos y al medio natural en general.

Los propietarios deben registrar los animales potencialmente peligrosos, y para ello deben aportar póliza de responsabilidad civil extracontractual

que cubra la indemnización de los perjuicios patrimoniales.

Si un perro potencialmente peligroso ataca a otra mascota, el propietario será acreedor a una multa, pero si el perro ataca a una persona infligiéndole lesiones permanentes, se procede al decomiso y sacrificio del animal.

Caso de perros potencialmente peligrosos. La Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el sentido y alcance de la ley 746 de 2002 en el caso de un menor que fue atacado por un perro Rotweiler incluido dentro de las razas potencialmente peligrosas. El menor sufrió daños graves en su cuerpo. El dictamen de Medicina Legal determinó que como consecuencia del ataque el niño perdió el 60 por ciento de su cabello, recibió múltiples heridas profundas en su cara, brazo y antebrazo derecho con deformidad del mismo, imposibilidad de mover los dedos y fractura del húmero derecho.

El menor, hijo de una empleada doméstica, fue atacado por el perro de la casa mientras jugaba. El perro era propiedad del administrador de la finca, pero la demanda se instauró contra la propietaria del predio, quien alegó que no era responsable de los daños causados por el animal, teniendo en cuenta que no le pertenecía ni era su guardiana, aunque existiera una relación laboral entre la demandada y el administrado de la finca, propietario del perro. La sentencia del tribunal, avalada por la Corte, advierte que aunque se demostró que el perro no era propiedad de la dueña del predio, el hecho de estar allí la hace responsable por los actos violentos que cometiera el animal y por lo mismo la condenó al pago de ochenta millones de pesos como perjuicios al menor y sus parientes.

Sección III.

—Responsabilidad por las cosas inanimadas

Cosas inanimadas son aquellas “que no están dotadas de vida propia, cualquier cosa distinta de un animal”^{15}. En Colombia, solo se regulan la ruina de edificios y los objetos que caen de estos. Cualquier otro daño en el que participen cosas, como aviones, etc. Ha de regirse por los principios generales de responsabilidad de hecho propio o actividad peligrosa, según el caso.

1. RUINA DE EDIFICIOS

Inicialmente se consideró que por “edificio” debe entenderse toda pared y toda construcción susceptible de derrumbamiento y de causar daño a edificaciones vecinas o personas. La doctrina francesa sostuvo que «son edificios las construcciones que el hombre realiza con un conjunto de materiales que superan el nivel del suelo y que forman cuerpo con este, constituyendo inmuebles por naturaleza»^{16}. Pero hoy el concepto es mucho más amplio y comprende “edificaciones subterráneas y estaciones submarinas y espaciales”^{17}. Los daños causados en accidentes que involucren la ruina de edificios pueden enmarcarse dentro de varios tipos de responsabilidad aquiliana^{18}:

a) El primero es el de las actividades peligrosas, enmarcadas dentro del artículo 2356 del Código Civil, ya que la construcción y la demolición de edificios son actividades peligrosas. pero la ruina propiamente dicha, que difiere de la labor de construcción o de demolición, no implica de por sí actividad peligrosa por lo que los artículos 2350 y 2351 del Código Civil conservan su vigencia para las hipótesis allí contempladas^{19}.

b) La ruina de edificios por haber omitido las reparaciones necesarias. La responsabilidad extracontractual por los daños causados por ruina de edificios acaecida como consecuencia de haber omitido las reparaciones necesarias o por cualquier otra clase de culpa está reglada en el artículo 2350 del Código Civil: “El dueño de un edificio es responsable de los daños

que cause su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia”.

Esta responsabilidad aquiliana es subjetiva y aplicable al dueño del inmueble y exige comprobar una culpa consistente en no hacer las reparaciones necesarias o en cualquier otra clase de culpa. En sentido contrario, Arturo Valencia Zea afirma que en la ruina de edificios el legislador consagró una forma de responsabilidad objetiva. El citado autor expone así sus argumentos:

“La responsabilidad a que se refiere el artículo 2350 es *objetiva* [sin bastardilla el original], es decir, que se funda en el riesgo o grave peligro que se crea para los demás, por no construir correctamente un edificio o por haber omitido las reparaciones necesarias. La noción de culpa se halla totalmente excluida, debido a que el dueño no puede exonerarse de responsabilidad demostrando la ausencia de culpa; tan solo se le permite, lo mismo que en cualquier caso de responsabilidad objetiva o por riesgo, probar que el daño no es imputable a la ruina del edificio, sino a un caso de fuerza mayor, como un rayo, una avenida o inundación, o un terremoto (art. 2350, párag. 2º). No debe perderse de vista que una cosa es probar la ausencia de culpa y otra diferente probar que el daño no es imputable a determinado hecho. Cuando el daño no es imputable, no se está destruyendo la culpa, sino la imputabilidad a un hecho, así como el nexo de causalidad entre ese hecho y un determinado daño. Así, cuando un edificio se derrumba en razón de un terremoto o un incendio, el dueño bien puede decir: los daños que hayan sufrido los propietarios vecinos o los transeúntes no son imputables a la ruina del edificio, sino al terremoto o al incendio, o, lo que es lo mismo, la causa se encuentra en el terremoto y no en la ruina. La responsabilidad por riesgo del artículo 2350 recae directamente sobre el dueño del edificio, y no sobre su administrador. Es el dueño el que debe hacer oportunamente las reparaciones necesarias de los edificios, y no el arrendatario o el administrador”.

No obstante la autoridad académica de Valencia Zea, pienso que incurre en error. El artículo 2350 del Código Civil es claro al fundamentar esa obligación de indemnizar por las reparaciones necesarias —culpa— o faltar a la diligencia propia de un buen padre de familia. Para nosotros, es claro que el legislador estableció una responsabilidad con culpa.

En primer lugar, porque Andrés Bello al redactar el articulado de la responsabilidad no podía estar pensando en responsabilidades de tipo objetivo o sin culpa, pues a mediados del siglo XIX esta posibilidad no estaba en el contexto del derecho de su tiempo. En segundo lugar, porque todo el régimen de la responsabilidad civil expresamente fue estructurado dentro de la concepción clásica de que no hay responsabilidad sin culpa. En tercer lugar, porque para poder derivar una interpretación del artículo 2350 del Código Civil, que sugiere una forma de responsabilidad objetiva o sin culpa, se ha de forzar el texto literal del artículo, lo que riñe con los principios de hermenéutica contemplados en el artículo 27 del Código Civil establece:

“Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Es comprensible e incluso plausible que la doctrina busque nuevos desarrollos y miradas de la responsabilidad civil, pero rechazamos el afán de “objetivizar la responsabilidad civil a toda costa”. La responsabilidad civil en Colombia se apoya en la culpa y las formas de responsabilidad objetiva, si es que realmente las hay, son de carácter excepcional.

La Corte respalda nuestra posición en una sentencia de 1987 en la que analizando la interpretación que se debe dar a los artículos que se refieren a la responsabilidad por las cosas, dijo: “Si nuestro Código Civil, siguiendo la tradición latina, tomó de sus modelos la institución de la responsabilidad subjetiva, con ese criterio han de interpretarse todos los preceptos de dicha

obra que tocan con la materia”^{20}. Y luego de transcribir cada una de las normas (2350, 2351, 2360), la Corte concluye: “*Deséchese por lo tanto la idea de que alguna de tales disposiciones legales establezca lo que se ha dado en llamar “responsabilidad objetiva”, esto es, obligación de indemnizar por daño causado sin culpa del agente*”^{21}. (sin bastardilla el original).

No obstante que la Corte ha dicho con claridad que la culpa es el fundamento de la responsabilidad civil regulada en el artículo 2350 del Código Civil, la norma no ha escapado de algunas dificultades de interpretación en algunos fallos. Así, por ejemplo, en dos sentencias de nuestra Corte Suprema de Justicia al examinar el tema ha sostenido que es una responsabilidad con culpa, pero en unos casos ha afirmado que esa culpa es presunta y en otra que debe ser probada. veámoslas:

“Si se estudia con cuidado el artículo 2350 del Código Civil, fácilmente se pondrá de manifiesto que, en caso de daños causados por la ruina total o parcial de una edificación o de cualquier otra obra semejante, *se presume la culpa del propietario* (sin bastardilla el original), por estas razones:

”Al decir que el siniestro ocurra porque el propietario ha «omitido las reparaciones necesarias» o bien «por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia», si la prueba de tales circunstancias hubiese de darla el actor, se estaría, en la práctica, exigiéndole la prueba de un hecho que entraña una negación indefinida, imposible de establecer, pues tan imposible es probar que Pedro jamás ha estado en Medellín, como demostrar que el propietario nunca ha reparado su edificio o que ha faltado a su cuidado como buen padre de familia.

”En el segundo inciso, la disposición legal establece que las causas que debe demostrar el dueño del edificio, para liberarse de la responsabilidad por los daños ocasionados por la ruina, total o parcial, las cuales hace consistir en el caso fortuito, enumerando, en vía de ejemplo, avenida, terremoto, rayo, es decir, no basta la ausencia de culpa del propietario, sino

que debe demostrar el caso fortuito o la fuerza mayor, sin descartar la culpa de la víctima o el hecho de un tercero, como sería la demolición o ruina provocada por la explosión de una bomba arrojada por un extraño;

”En el curso regular de los sucesos, en el caso contemplado por el artículo 2350 del Código Civil, la ruina de un edificio, el desprendimiento de una puerta, cornisa, etc., no ocurre sino por el mal estado o deterioro de la cosa, que ha llegado a una situación de inestabilidad o desequilibrio, para que las leyes físicas naturales operen en el sentido de provocar su caída, como una necesaria consecuencia de la gravitación; *de manera, pues, que la presunción del artículo 2350 del Código Civil encuentra una justa y evidente explicación en las leyes físicas*, porque, si la edificación y sus partes están dentro de la norma del plano de sustentación, no ocurriría el siniestro; de ahí que el propietario tenga la obligación permanente de velar por la conservación del inmueble, para evitar todo daño a terceros.

”Dentro de las leyes de la equidad, todo daño debe ser reparado por quien, por acto u omisión, lo ha causado a un tercero, que no tenía medio alguno de evitarlo, ni el deber de prevenirlo, como la lesión o muerte ocasionada por la caída de un edificio o de alguna de sus partes accesorias, como puertas, cornisas, torres, áticos, etc., y

”Las acciones consagradas por los artículos 988 y siguientes del Código Civil, para prevenir la ruina de un edificio, están atribuidas a los vecinos, pero no a quienes transitan por la acera, es decir, a los transeúntes que no pueden ejercitarlas ni exigirseles que conozcan el mal estado de una edificación o construcción, para que pongan los remedios indicados en el citado artículo 988 del Código Civil” (C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 9 octubre 1963).

No obstante esta sentencia de 1963 en que se afirma que la culpa del propietario de edificio arruinado que causó el daño es culpa presunta, la Corte en sentencia de 1972 da a entender que en la responsabilidad por

ruina de edificio del artículo 2350 del Código Civil no hay presunción de culpa.

“Ahora bien, el daño puede causarse no solamente mientras se ejerce la actividad peligrosa del edificar, pues también es posible que ocurra, como lo prevén los artículos 2350 y 2351 del Código Civil, por «ruina del edificio», la que acaece independientemente del desarrollo de la actividad peligrosa. En el evento contemplado en la primera disposición, el responsable de los daños será el dueño de la edificación que cae, si se prueba, además, que su ruina ocurrió por haber omitido él las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia. *No hay, pues, en este caso presunción de culpa* como tampoco la hay cuando «el daño causado por la ruina de un edificio proviene de un vicio de su construcción», hipótesis en la cual, como lo dispone el artículo 2351 citado, el obligado a la indemnización es el constructor. Sin embargo, los dos preceptos apuntados solo pueden aplicarse cuando los daños son causados por la ruina de un edificio, vale decir por su caída, mas no por haber sido demolido voluntariamente o cuando el daño *se generó durante su construcción* y a causa de la misma, casos en los cuales *la norma aplicable es la del 2356 ibidem*, cual antes se expresó, pues las actividades dirigidas tanto a demoler edificios como a construirlos, son de las llamadas «peligrosas». (C. S. de J., cas. civ., sent. 27 abril 1972).

Otro sector importante de la doctrina reconoce que la responsabilidad por la ruina de edificios es una responsabilidad con culpa. Así Enneccerus, sostiene que para establecer la responsabilidad en estos casos es suficiente el derrumbamiento, el daño y el nexo causal, y que el propietario puede exonerarse si demuestra que ha realizado las reparaciones necesarias o que el daño procede de vicio de la construcción^{22}.

La exoneración prevista en el inciso 2º por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto es relativa toda vez que la legislación (ley 400 de 1997) exige la construcción con ciertas especificaciones sismo resistentes, de

modo que si no se cumplen en desacato de la norma, se configuraría una culpa que no se exoneraría por el sismo o caso fortuito.

Para Tamayo Jaramillo, la responsabilidad del dueño del edificio que causa daños por su ruina es ordinariamente una responsabilidad con culpa, en la que se debe probar la ausencia de reparaciones necesarias, o cualquier otra culpa capaz de originar el daño, a menos de que se trate de ruina causada por actividades peligrosas^{23}.

A) Concepto de ruina

En concepto de Alessandri Rodríguez, se presenta “ruina cuando los materiales que forman el edificio han desempeñado un papel activo en la producción del daño o cuando se han desplazado de lugar”, por lo tanto es “es esencial que el daño provenga de la caída de los materiales incorporados al edificio, de los materiales que lo conforman o constituyen”^{24}.

En la doctrina española, las profesoras Esther Vilalta y Rosa M. Méndez señalan que el concepto de ruina no implica necesariamente que sea total de la edificación. Ruina es un concepto funcional, más amplio que “alcanza o bien a toda la construcción o bien a parte o a elementos de la misma que excedan de las imperfecciones corrientes”^{25}.

a) *Ruina por vicio de la construcción*. El artículo 2351 ordena que si la ruina acaece por vicio de la construcción, la responsabilidad es del constructor y no del propietario, para lo cual debe sujetarse a las reglas del artículo 2060 del Código Civil. El texto de la norma dispone:

“Si el daño causado por la ruina de un edificio proviniera de un vicio de construcción, tendrá lugar la responsabilidad prescrita en la regla 3ª del artículo 2060”.

De aquí se desprende que si bien la responsabilidad del artículo 2351 del Código Civil está dentro del título XXXIV que reglamenta la responsabilidad aquiliana, al remitirnos expresamente al artículo 2060, el

cual se encuentra dentro del título viii denominado “De los contratos para la confección de una obra material”, es claro que estamos, respecto de la garantía decenal prevista en el artículo 2060 numeral 3 del Código Civil, ante una responsabilidad civil contractual, que establecen las normas generales que reglamentan el contrato de obra material. La responsabilidad contractual se consagra en el artículo 2060 del Código Civil como sigue:

“Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario, que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan, además, a las reglas siguientes: Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o en parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicios de la construcción o por vicios del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario, sino en conformidad al artículo 2041, inciso final”. (Se debió citar el art. 2057). Esta es la responsabilidad del *constructor*^{26} o *empresario* en razón de su calidad de tal^{27}.

Esta responsabilidad hace referencia al dueño del inmueble y a su reclamación ante el empresario o constructor, porque respecto de terceros ajenos al inmueble siempre será una responsabilidad aquiliana que puede ser de varios tipos:

a) Por actividades peligrosas (C. C., art. 2356), cuando el daño se produce durante la construcción o demolición de la obra.

b) Por la responsabilidad civil que genera la ruina del edificio, según los artículos 2350 y 2351 cuando la responsabilidad recae sobre los propietarios o dueños de la obra, por haber omitido las reparaciones necesarias o haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia, o sea, haber omitido los deberes y obligaciones relacionados con la adecuada conservación de la obra.

Por tanto, el constructor responde contractual o extracontractualmente, según sea la víctima del daño. La garantía decenal de que habla la ley se contabiliza a partir de la entrega de la obra. Quiere decir lo anterior que el término de diez años, establecido en la norma, corre a partir del momento de la entrega de la obra al dueño o propietario, y corre ininterrumpidamente. Este término es el más trascendente en el campo de la responsabilidad civil para quienes han intervenido en la ejecución de la obra, por las consecuencias jurídicas que trae el artículo 2060 de nuestro ordenamiento civil.

César Gómez Estrada considera que el texto del artículo consagra una presunción de culpa contra el constructor al exigirle una garantía por la estabilidad de la obra, haciendo derivar los daños causados de los materiales por él suministrados, de modo que exime al dueño de la obra el probar la culpa del constructor. Por el contrario, al constructor le corresponde probar hechos que desvirtúen la presunción mencionada, para poder liberarse de responsabilidad. Pero cuando el daño se atribuye a defectos del suelo, en tal caso sí le corresponde al dueño demostrar que el constructor ha debido conocer esos defectos en razón de su experiencia en el oficio de la construcción^{28}.

2. OBJETOS QUE CAEN DE EDIFICIOS

El *Digesto* de Justiniano enseña que una de las fuentes de la obligación por el cuasidelito es: a) el inquilino que permite derramar o arrojar alguna cosa de modo que perjudique a aquel que en una parte por debajo de la cual se acostumbra comúnmente a pasar, tiene colocada o suspendida una cosa que si cayere, podría dañar a alguno^{29}.

La razón de tal prescripción la plasma el *Digesto* que dispone que es de utilidad pública poder transitar por las calles sin miedo ni peligro. El *Digesto* equipara las cosas colgadas que caen como si fueran vertidas o arrojadas^{30}.

Estos principios pasaron a la legislación de las *Siete Partidas* (leyes 25 y 26 del título XV de la partida 7a) de donde los recoge a su vez nuestro Código Civil. Por su parte nuestro Código (art. 2355) la reglamenta de la siguiente manera:

“El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable esta sola”.

Las cosas que caen del edificio difieren de las partes que lo integran, pues de ser así, no se aplicaría este artículo comentado, sino el artículo 2350 sobre ruina.

Expresamente el legislador quiso romper el principio general sentado en el artículo 2344 sobre la solidaridad y estableció para este caso una obligación conjunta, pero no por partes iguales, sino en proporción al área habitada. También debe subrayarse que la responsabilidad no es del propietario, sino del que habita el edificio.

Esta norma contiene un régimen similar al que trae el *Digesto*: “Si varios habitaron en la misma habitación de donde se arrojó algo, se dará esta acción contra cualquiera de ellos, dado que realmente es imposible saber quién la haya arrojado o vertido, y ciertamente por el todo. Pero si se hubiere demandado contra uno, los demás quedaron liberados”^{31}. El derecho romano establecía la solidaridad, pero Don Andrés Bello optó por la obligación divisible.

Martínez Rave observa en esta norma la consagración de una forma de responsabilidad objetiva. En la interpretación de Martínez Rave, el “perjudicado no tiene que acreditar culpa o factor subjetivo de los habitantes del lugar de donde se arroja la cosa”^{32}. No obstante, pensamos que el texto del artículo 2355 del Código Civil consagra una responsabilidad con culpa presunta al decir que cesa la obligación conjunta

si se prueba que “el hecho se debe a culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ella sola”.

De estos textos se desprende que la obligación conjunta nace del supuesto o presunción de que todos los habitantes del edificio han cometido culpa al arrojar el objeto. La presunción se desvirtúa cuando se prueba que fue culpa de uno solo de los habitantes plenamente identificado.

Adicionalmente, lo señalamos atrás, la Corte ha interpretado que todas las disposiciones sobre daños por ruina de edificios y objetos que caen de ellos son responsabilidades de tipo subjetivo^{33}.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, t. i, Santiago de Chile, Edit. Conosur, 1983.
- ALPA, GUIDO: *Nuevo tratado de la responsabilidad civil* (trad. y notas de Leysser L. León), Lima, Ara Editores, 2006.
- ALTERINI, ATILIO ANÍBAL y LÓPEZ CABANA, ROBERTO: *Temas deresponsabilidadcivil*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, 1995.
- ÁLVAREZ CORREA, EDUARDO: *Obligaciones I*, Bogotá, Uniandes, 1978.
- ANGARITA GÓMEZ, JORGE: *Derecho civil*, Parte general, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1974.
- ARIZA VESGA, RAFAEL ALBERTO: “El uso del principio de equidad para la cuantificación del daño material dentro de sentencias por responsabilidad civil”, en *Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civilydel Estado*, núm. 18, Medellín, mayo 2005.
- BARRERA TAPIAS, CARLOS DARÍO y SANTOS BALLESTEROS, Jorge: *El dañojustificado*, Santa Fe de Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección seminarios núm. 2, 1997.
- BECERRA LEÓN, HENRI ALBERTO: “La valoración del daño en los procesos de responsabilidad civil”, en *Revista Nueva Epoca*, Bogotá, Corporación Universidad Libre, Facultad de Derecho, núm. 25, año xi, diciembre, 2005.

- BELLI, MELBIVIN y WILKINSON, ALLEN P.: *Every body's guide to the law*, New York, Harper & Row Publishers, 1987.
- BELLO, ANDRÉS: *Código Civil de la República de Chile*, t. iii, con introducción y notas de Pedro Lira Urquieta, Caracas, Año Bicentenario de Andrés Bello, 1981.
- BELLO JANEIRO, Domingo *et al.*: *Tratado de responsabilidad médica, responsabilidad civil, penal y hospitalaria* (dirigido por Marcelo J. López Mesa), Buenos Aires, Legis, 2007.
- BORRELL MACIA, Antonio: *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*. Estudio del artículo 1902 del Código Civil y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910 del propio cuerpo legal, 2ª ed., Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1958.
- BUITRAGO DUQUE, JESÚS ALBERTO: *El daño punitivo en la responsabilidad civil. Hacia una evolución conceptual de las finalidades de la responsabilidad civil*, Pereira, 2007.
- BURK: "The Trouble with Trespass" (2000) 4 Journal Small & Emerging Business Law 27, 49.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE: *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- CAMARGO, PEDRO PABLO: *Las acciones populares y de grupo*, Santa Fe de Bogotá, Ed. Leyer, 1999.
- CARBONNIER, JEAN: *Droit civil*, vol. ii, Paris, Themis, 1959.
- CARNELUTTI, FRANCESCO: *Cómo nace el derecho*, Monografías Jurídicas núm. 54, Bogotá, Edit. Temis, 2000.
- CARRARA, FRANCESCO: *Programa de derecho criminal*, t. i, Bogotá, Edit. Temis, 1988.
- CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ MARÍA: "Los conceptos básicos de la responsabilidad civil en el Diccionario de Autoridades de la Real

- Academia Española”, en *Estudios de responsabilidad civil en Homenaje al profesor Roberto López Cabana* (coord. Ricardo de Ángel Yáguez y Mariano Yzquierdo Tolsada), Madrid, Dykinson S. L., 2001.
- CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA: “La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales: enfoques del derecho angloamericano y del derecho colombiano”, en *Revista de derecho privado*, núm. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1986.
- CAVAZOS, EDWARD A. y MORIN, GAVINO: *CyberspaceandtheLaw: YourRightsand Duties in the On-Line World*, 1994.
- COLOMBO, LEONARDO A.: *Culpa aquiliana. Cuasidelitos*, t. i, 3a ed., Buenos Aires, Editorial La Ley, 1965.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Informe: *Sentencias y conciliaciones en las entidades del sector defensa, justicia y seguridad: ¿el estado condenado?*, 2003.
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- CORTÉS, ÉDGAR: *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- CUÉLLAR GUTIÉRREZ, HUMBERTO: *Responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1983.
- D’AGOSTINO, FRANCESCO: *Filosofía del derecho* (trad. castellana de José Rodríguez Iturbe), Bogotá, Edit. Temis-Universidad de La Sabana, 2007.
- D’ORS, ÁLVARO: *Derecho privado romano*, Pamplona, Eunsa, 1981.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO: *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas y Universidad Deusto, 1993.
- DE AQUINO, SANTO TOMÁS: *Suma teológica*, II-II, q 62.

- DE CUPIS, ADRIANO: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil* (trad. de la 2a ed. italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrios), Barcelona, 1970.
- DE LORENZO, MIGUEL FEDERICO: *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, LUIS: *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.
- DWORKIN, RONALD: *El imperio de la justicia*, 2ª ed., Barcelona, Gedisa, 1993.
- ELSTER, JON: *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica* (trad. de Ezquiel Zaidenweg), Buenos Aires, Katz Editores, 2007.
- EMILIANI ROMÁN, Raimundo: *La responsabilidad delictual en el Código Civil colombiano*, Bogotá, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Serie Major-5, 1994.
- EUDISTAS, Pp.: *Elementos de gramática latina*, Cartagena, Ediciones Mogollón, 1926.
- FERNÁNDEZ, AURELIO: *Compendio de teología moral*, Madrid, Ediciones Palabra, 1995.
- Teología moral III. Moral social económica y política*, Burgos-España, Ediciones Aldelcoa, 1993.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, PILAR: *Treinta lecciones de iniciación filosófica*, 4ª ed., Bogotá, Universidad de La Sabana, 2006.
- FERNÁNDEZ MADERO, JAIME: *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Ley, 2002.
- FERNÁNDEZ MUÑOZ, MÓNICA LUCÍA: “La culpa en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno”, en revista *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, Universidad del Rosario, enero-junio 2003.

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS: “Daño al proyecto de vida”, en *Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado*, núm. 6, mayo 1999.
- FISCHER, HANS A.: *Los daños civiles y su reparación* (trad. de W. Roces), vol. v, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Serie B, 1928.
- FLÓREZ MORENO, GONZALO: “Un sorpresivo viraje de la Corte Suprema”, en *Ambito Jurídico*, Legis, año ix, núm. 198 del 3 al 23 de abril 2005.
- GALGANO, FRANCESCO: *El negocio jurídico* (trad. de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albertosa), Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO: *Curso de derecho administrativo*, t. ii, Madrid, Civitas, 1996.
- GARCÍA MUÑOZ, OLIVER: “Responsabilidad en el contrato de obra y daños morales, Comentario a la STS, 1a, 31.10.2002”, en *Revista InDret*, Barcelona, Facultad de Derecho Universidad Pompeu Fabra, 2003.
- GHERSI, CARLOS ALBERTO: *Modernos conceptos de responsabilidad civil*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1995.
- GIBSON, WILLIAM: *Burning Chrome*, Omni (1995) 72.
- GIL BOTERO, ENRIQUE: *Temas de responsabilidad civil extracontractual del Estado*, 3a ed., Medellín, Librería Jurídica Comlibros, 2006.
- GÓMEZ ESTRADA, CÉSAR: *De los principales contratos civiles*, 2ª ed., Medellín, Pama Editores, 1987.
- GUAL ACOSTA, JOSÉ MANUEL: *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, Bogotá, Biblioteca de tesis doctorales 3, Gustavo Ibañez, 2008.

- “validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad contractual”, en *Revista Advocatus*, núm. 8, Universidad de Lima, 2003.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ y ARMARIO, FAUSTINO: *Diccionario de derecho romano*, 2ª ed., Madrid, Edit. Reus, 1976.
- HART: “Responsibility and Retribution *postscript*, A punishment and Responsibility”, ver en *the Philosophy of law*, Oxford, Clarendon Press, 1970.
- HEINECCIO, J.: *Elementos de derecho romano* (trad. por J. A. S.), Madrid, Ed. Aguado, 1836.
- HEREDIA GÓMEZ, FABIO HERNÁN: “La garantía decenal de inmuebles”, artículo publicado en <http://www.ircecali.com/www.ircecali.com>.
- HERNÁNDEZ PEÑALOSA, GUILLERMO: *El derecho en indias y en su metrópoli*, Bogotá, Edit. Temis, 1969.
- HERNÁNDEZ RAMÍREZ, JOSÉ LUIS: *La responsabilidad civil, el daño moral y el daño a la persona en el derecho civil mexicano*, México, Universidad de Guadalajara, 2004.
- HERVADA, JAVIER: *Introducción crítica al derecho natural*, Bogotá, Edit. Temis- Instituto de Humanidades de la Universidad de La Sabana, 2000.
- *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 3a ed., Pamplona, Eunsa, 2000.
- HOYOS DUQUE, RICARDO: “La acción de tutela e indemnización de perjuicios”, en *Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado*, núm. 1, Medellín, mayo 1995.
- HUNTER, DAN: “Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons” (2003) 91 *California Law Review* 439.
- JARAMILLO, CARLOS IGNACIO: *Responsabilidad civil médica, la relación médico- paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Bogotá,

- Pontificia Universidad Javeriana, Colección de ensayos, 2007.
- JOSSERAND, LOUIS: *El abuso de los derechos y otros ensayos*, Bogotá, Edit. Temis, 1982.
- KELIN, SABRA-ANNE: "State Regulation of Unsolicited Commercial e-Mail"(2001) 16 Berkeley Technology Law Journal 435, 435-436.
- KOENIG, THOMAS H.: "Book Review Essay in Defense of Tort Law" (2002)1 High Technology Law Program Suffolk University Law School, 1, 1.
- LAWSON, F. H.; ANTON, AMOS E. y NEVILLE BROWN, L.: *Introduction to French Law*, 1967.
- LE TORUNEAU, PHILIPPE: *La responsabilidad civil* (trad. de Javier Tamayo Jaramillo), Bogotá, Legis, 2004.
- LIMPNES, JEAN: *Territorial Expansion of the Code in The Code Napoleon and the common law world*, Bernard schwartz ed, 1975.
- LOPERA MONTAÑO, LUIS G.: *Responsabilidad civil extracontractual*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional, Bogotá, Ed. Ferrini, 1938.
- LÓPEZ MEZA, MARCELO: *Balance y perspectiva de la responsabilidad civil en el derecho moderno*. Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo xxi, Colección Jornadas núm. 1, Bogotá, Pontificia universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, 2009.
- LORENZETTI, RICARDO LUIS: *Razonamiento judicial*. Fundamentos de derecho privado, Lima, Edit. Jurídica Grijley, 2006.
- LUNTZ, HAROLD: *Assessment of damages for personal injury and death*, 4th ed., 2002.
- MALAVET, PEDRO A.: "Critical Encounters With Culture, In North-South Frameworks" (2003) 1, en *Florida Law Review*, 55, 55.

- MARIÑO CAMACHO, LUIS EDUARDO: *Manual práctico de indemnización de perjuicios*. Indexación, 3a ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2005.
- MARTÍNEZ, CAROLINA y GUZMÁN USECHE, JESSICA ALEXANDRA: “Análisis jurisprudencial: la fuerza mayor y caso fortuito como eximente de responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas al tenor de la Corte suprema de Justicia de Colombia 1994-2005”, en *Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado*, núm. 21, mayo, 2007.
- MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO: “La indemnización de perjuicios en la acción de tutela”, en *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, núm. 5, julio, 1998.
- *Responsabilidad civil extracontractual*, 10a ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1998.
- MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, LÉON y TUNC, ANDRÉ: *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual* (trad. 5a ed., por Luis AlcaláZamora y Castillo), t. 1-I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- MAZEAUD, TUNC, CHABBAS: *Traité de la responsabilité civile, delictuelle et contractuelle*, t. II, Paris, Edit. Montchrestien, 1970.
- MCHUGH, M H: “Thejudicial Method” (1999) 73 *The Australian LawJournal*, 42.
- MERRYMAN y MCMIROW, CLARCK: “Borrowing private law in Latin America: Andres Bello’s use of the Code Napoleon in drafting the chilean Civil Code”, en *Louisiana Law Review*, 61 291,302, 2001
- MERRYMAN; HENRY, JOHN y DAVIS, CLARK: *Comparative Law: Western European and Latin America Legal Systems. Cases and materials*, Indianapolis, New York, Charlottesville, Virginia, The Bobbs-Merrill Company Inc. Publishers, 1978.

MILANI, ADAM: “A Symposium the Internet: Place, Property, or Thing- All or None of the Above, Morning Session”, en *Mercer Law Review* (2004) 55.

MONTOYA GÓMEZ, MARIO: *La responsabilidad extracontractual*, Bogotá, Edit. Temis, 1977.

MORA RESTREPO, GABRIEL: *Ciencia jurídica y arte del derecho*. Estudio sobre el oficio del jurista, Bogotá, Ediciones Universidad de La Sabana y Gustavo Ibáñez, 2005.

– “Moral, derecho y razonabilidad práctica”, en *Hacia una comprensión humanadel derecho*, estudios en homenaje a Roberto Suárez Franco, Hernán Olano García y Jorge Oviedo Albán coordinadores, Bogotá, Edit. Temis, 2006.

MOSSET ITURRASPE, JORGE: *Responsabilidad por daños*. El daño moral, t. v, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998.

NAVIA ARROYO, FELIPE: *Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?*, Bogotá, Ensayos de Derecho Privado núm. 4, Universidad Externado de Colombia, 2000.

NEIRA ARCHILA, LUIS CARLOS: *Los administradores de las sociedades*, t. i, Estudios de Derecho Económico, Bogotá, Instituciones de Derecho Comercial, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

ORTIZ MÁRQUEZ, JULIO: *Comentario a las instituciones de Gayo*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1985.

OVIEDO ALBÁN, JORGE: *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual*. Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo xxi, Colección Jornadas núm. 1, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, 2008.

PARRA GUZMÁN, MARIO FERNANDO: *Carga de la prueba en la responsabilidad médica*, Bogotá, Eediciones Doctrina y Ley, 2004.

- PEIRANO FACIO, JORGE: *Responsabilidad extracontractual*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2004.
- PENAGOS, GUSTAVO: *El daño antijurídico*, Bogotá, Librería Doctrina y Ley, 1997.
- PÉREZ, LUIS CARLOS: *Tratado de derecho penal*, t. ii, Bogotá, Edit. Temis, 1967.
- PÉREZ SALAS, DIEGO OMAR: *La responsabilidad civil por riesgo entre particulares*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2007.
- PETIT, EUGENE: *Tratado elemental de derecho romano*, 9a ed., Buenos Aires, Abogados Asociados Editores, 1924.
- PLANIOL, MARCEL Y RIPERT, GEORGES: *Biblioteca clásicos del derecho*, vol. 8, México, Impresora Castillo Hnos., 1997.
- Tratado práctico de derecho civil francés* (trad. de Mario Díaz Cruz), t. iv, La Habana, Ed. Cultural, 1946.
- POTTS, DAVID: "Important Elements of the Internet Applicable to Cyber Libel, Impact of Distinctive Features of the Internet on Cyberlibel", en <http://www.-cyberlibel.com/elements.html>, at 1th August 2003.
- PRECIADO AGUDELO, DARÍO: *Indemnización de perjuicios (jurisprudencia recopilada responsabilidad civil contractual y extracontractual)*, ts. I y II, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 1988.
- PROCIDA MIRABELLI, Di Lauro Antonio: *La riparazione dei danni alla persona*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 1993.
- RADBRUCH, GUSTAV: *Relativismo y derecho*, Monografías Jurídicas núm. 82 (trad. de Luis Villar Borda), Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1999.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario Esencial de la Lengua Española*, Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 2006.

- REY FORERO, EDUARDO: *Temas médico jurídicos*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Universidad de La Sabana, 1997.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO: *La reforma al régimen de sociedades y concursos*, 2a ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1999.
- RHEINGOLD, HOWARD: *The Virtual Community: Homesteading on the Electronic Frontier* (1993) 5.
- RHEINSTEIN, MAX: "Common Law and Civil Law: An Elementary Comparison" (1952-3) 22, en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1, 96, 2001.
- ROA GÓMEZ, HÉCTOR: *Jurisprudencia civil de la Corte Suprema de Justicia*, t. i, Bogotá, Ed. Arte y Artistas, 1970.
- ROSA CORDOBERA, LIDIA M.: *Los daños colectivos y la reparación*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1993.
- ROSSI MARSELLA, BLAS E.: *La Lex Aquilia y la responsabilidad en el derecho romano y su proyección en el derecho uruguayo*, Uruguay, Ed. Facultad de Derecho Universidad de Montevideo, 1951.
- ROXIN, CLAUS: *Derecho penal. Parte general* (trad. de D. Luzón, M. Díaz y J. Vicente), Madrid, Civitas, 1977.
- ROZO SORDINI, PAOLO EMANUELE: *El daño biológico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- RUIZ TORRES, GUSTAVO: "Responsabilidad extracontractual, temas legales y de derecho", en *Revista Legal*, 20 de noviembre de 2002, <http://www.Astrolabio.ne/legal> 18 Junio 2003.
- RUSTAD, MICHAEL L., KOENIG, THOMAS H.: "Cybertorts and Legal Lag: An Empirical Análisis", en *Southern California Interdisciplinary Law Journal* (2003) 13, 77, 86.
- SAAVEDRA MADRID, CÉSAR AUGUSTO: *La indemnización del daño no patrimonial*, Bogotá, Editorial Leyer, 2005.

SÁENZ, CARLOS RAÚL: “Apostillas en torno al tema de la responsabilidad”, en *Separata de Prudencia Iuris*, núm. xi, Ed. El Derecho, diciembre 1983.

SAFFON, MARÍA PAULA y ÚPRIMNY, RODRIGO: “Tendiendo puentes entre las dimensiones política, jurídica y psicosocial de la justicia transicional en Colombia”, en *Dejusticia Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad*, 2006.

SANTOS BALLESTEROS, JORGE: *Instituciones de responsabilidad civil*, t. i, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección profesores núm. 21, 1996.

SANTOS BRIZ, JAIME: *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal*, t. i, 7a ed., Madrid, Editorial Montecarlo, 1993.

SCHWARTZ, GARY T: “Symposium: Emphirical and Experimental Methods in Law, empiricism and tort law” (2002), *University ofIllinois Law Review* 1067.

SELLEZ, JUAN FERNANDO: *La persona humana*, Parte iii, Núcleo personal y manifestaciones, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Universidad de La Sabana, 1997.

SERRANO ESCOBAR, LUIS GUILLERMO: *Aspectos críticos de la responsabilidad médica en la actualidad*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2004.

SOLARTE RODRÍGUEZ, ARTURO: *El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo*, Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo xxi, Colección Jornadas núm. 1, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

STEVEN L., EMANUEL: *Torts*, 5a ed., inc, Emanuel Law Outlines, 1996.

SUÁREZ FERNÁNDEZ, LUIS: *Historia Universal*, t. i, Las primeras civilizaciones, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra Eunsa,

1979.

SUESCÚN MELO, JORGE: *Derecho privado. Estudio de derecho civil y comercial contemporáneo*, Santa Fe de Bogotá, Ed. Universidad de los Andes y la Cámara de Comercio, 1996.

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER: *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Raisbeck, Lara Rodríguez & Rueda, Baker & McKenzie, 2001.

– *Tratado de responsabilidad civil*, ts. i y ii, Bogotá, Legis, 2007.

TAMAYO LOMBANA, ALBERTO: *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2005.

TESSIE LEAL, GARABÍS: “Análisis comparativo de las partidas en daños punitivos”, en *Revista de Derecho Puertorriqueño*, mayo-diciembre 1998.

TUNC, ANDRÉ: *The Grand outlines of the Code* (Bernard Schwartz ed.), (1975) capítulo 2.

VÁSQUEZ FERREYRA, ROBERTO A.: *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1993.

VELÁSQUEZ POSADA, OBDULIO: “La responsabilidad civil en el contexto de la teoría del derecho actual”, en *Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado* núm. 21, Medellín, mayo 2007.

– “Del daño moral y el perjuicio a la vida de relación hacia una teoría general de daños extramatrimoniales”, en *Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado* núm. 16, Medellín, 2003.

– *Estudios de derecho económico*, t. i, Instituciones de derecho comercial, varios autores. El capítulo del libro titulado *La responsabilidad de los*

- administradores de las sociedades*, Bogotá, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
- “Jurisdictional problems in cyberspace defamation. International Law”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, julio-diciembre, núm. 6, 2005.
 - “La Prohibición de opción entre responsabilidad contractual y extracontractual en el caso Cárdenas Lalinde”, en *Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado*, núm 22, Medellín, octubre, 2007.
 - “La responsabilidad del Estado por actividades terroristas: el caso colombiano”, vol. 49, en *Revista Jurídica del Perú*, Perú, 2003.
 - “The paradox and dilemmas of the concept of negligence in common law and civil law: Australian And Colombian tort law compared”, en *Hacia una comprensión humana del Derecho*. Estudios en homenaje a Roberto Suárez Franco, Bogotá, Edit. Temis, 2006.
- VÉLEZ, FERNANDO: *Datos para la historia del derecho nacional*, Medellín, Imprenta del Departamento, 1891.
- VIGO, RODOLFO LUIS: *De la ley al derecho*, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 2005.
- VILALTA A., ESTHER Y MÉNDEZ, ROSA M.: *Defectos en la construcción y acción de responsabilidad decenal*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1998.
- VON IHERING, RUDOLF: *Etudes complementaires de l 'esprit de Droit Romain de la faute en Droit Privé*, Paris, 1880.
- VON MEHEREN, TAYLOR, ARTHUR y RUSEEL GORDLEY, JAMES: *An introduction to the comparative Study of Law The Civil System*, 2ª ed., Boston, Toronto, Little Brown and Company, 1997.

- WEINGARTEN, CELIA: *Responsabilidad por prestaciones odontológicas*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997.
- WHITE, G. EDWARD: *Tort law in America. An intellectual History*, Expanded edition, Oxford University Press, 2003.
- WIEACKER, FRANZ: *Historia del derecho privado de la edad moderna* (trad. del alemán por Francisco Fernández Jardón), Madrid, Edic. Aguilar, 1957.
- YEPES RESTREPO, SERGIO: *La responsabilidad civil médica*, Medellín, Ed. Jurídica Diké, 2008.
- YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO: “En la zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una unificación”, en *RCDI*, marzo-abril, 1991.
- “La responsabilidad civil ante el nuevo milenio”, en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana* (coords. Ricardo de Ángel Yáguez y Mariano Yzquierdo Tolsada), Buenos Aires, Ed. Dykinson S. L., 2001.
- ZANNONI, EDUARDO: *El daño en la responsabilidad civil*, 3a ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005.
- ZULETA ÁNGEL, EDUARDO: *Estudios jurídicos*, Bogotá, Edit. Temis, 1974.

ÍNDICE DE AUTORES

— A —

Alessandri Rodríguez, Arturo: 252, 2GG, 33G, 555, 59G, GG3.

Alexy, Robert: 19, 143.

Alfonso: 217.

Alpa, Guido: 243, 2GG, 2GB, 32B, 37G.

Alterini, Atilio Aníbal: 1GG, 257, 25B, 275, 349, 377, 379.

Alvarez Correa, Eduardo: 14.

Alviz y Armario: 2G9.

Amézaga: 2BG.

Anton, Amos E.: 215.

Aquilio: 2G2, 2G4, 2B7.

Ariza Vesga, Rafael Alberto: 5G2.

Arnal, Mariano: 24G.

Arrubla Paucar, Jaime,: 4G2.

Atkin: 17G, 17B.

— B —

Baldo: 2B5.

Ballesteros: 54. v. Bar: 5G9.

Barrera Tapias, Carlos Darío: 1G, G9, 7G, 277, 3B4, 3B5, 5GB.

Barrientos, Juan David: 5G.

Becerra León, Henri Alberto: 5G2.

Belli, Melbivin: 173.

Bello, Andrés: B9, 217, 21B, 219, 22G, 221, 222, 223, 225, 22G, 231, 232, 234, 25G, 3GG, 3G1, GGG, GGG. Bello Janeiro, Domingo: 44.

Benoit: 2G5.

Borrell Maciá, Antonio: 2B7, 594, GG3.
Boyer, Roland,: 51G.
Brebbia: 2B9.
Buitrago Duque, Jesús Alberto: 1B3, 2B5, 29G. v. Buri, Maximilian: 5GB, 5G9.
Burk: 13B.
Bustamante Alsina, Jorge: 7G, 1B9, 197, 19B, 24G, 2GB, 2G9, 345, 34B.

— C —

Calabresi, Guido: 14G.
Camargo, Pedro Pablo: 3GB, 3G9, 371.
Capitant, Henri: 4, 6, 13, 23, 38, 40, 74, 189, 241, 253, 558, 559, 572, 591, 599.
Carbonnier, Jean: 13.
Cardoso Gaitán: 502.
Carnelutti, Francesco: 22.
Carrara: 25, 31.
Castán Vázquez, José María: 10.
Castro de Cifuentes, Marcela: 530, 531.
Cavazos, Edward A.: 136.
Celso: 280.
Chabas, François: 247, 272, 273, 275, 278, 279, 561. Chapus: 112, 272.
Charmont, Joseph: 379.
Clarck: 219.
Coasi: 140.
Cocceio: 212.
Colin: 558.
Colombo, Leonardo A.: 88, 208.
Cordero, Lidia M. Rosa: 13, 17.

Corral Talciani, Hernán: 69, 257, 282, 299, 300, 345, 347, 348, 349, 509, 510.

Cortés, Édgar: 60, 239, 240, 284, 299.

Croce, Benedetto: 18.

Cubides Camacho, Jorge: 320.

Cuéllar Gutiérrez, Humberto: 28, 567.

— D —

D'Agostino, Francesco: 18.

D'Ors, Álvaro: 197, 199, 200, 201, 202, 207, 243. David, Humbly: 260.

Davis, Clark: 212.

Dawson, J. P.: 172.

Daza López, Paola: 240, 244.

De Ángel Yagüez, Ricardo,: 5, 11, 283.

De Aquino, Santo Tomás: 21, 22, 287.

De Cupis, Adriano: 270, 283, 314, 315, 317.

De Pistoia, Cino: 285.

De Trazenies, Fernando: 296.

Demogue, René: 296, 379, 509.

Diez-Picazo, Luís: 99, 290, 347.

Domat, Louis: 6, 23, 214, 215, 247.

Domínguez, María del Carmen: 257, 293, 348. Dreier, Ralf,: 18.

Dumoulin: 63.

Durán Trujillo, Rafael: 523.

Dworkin, Ronald: 19, 21, 22.

— E —

Echavarría, Manuel Antonio: 35.

Edward: 172.

Elster, Jon: 102, 103, 104, 105.

Emiliani Román, Raimundo: 16, 252.

Enneccerus: 603.

Exner: 513.

— F —

Federico de Lorenzo, Miguel: 265.

Fernández, Aurelio: 15, 22, 23.

Fernández de Córdova, Pilar: 20, 251.

Fernández Madero, Jaime,: 282.

Fernández Muñoz, Mónica Lucía: 543.

Fernández Sessarego: 348.

Finnis, J.: 19.

Fisher, Hans A.: 301.

Fleming, John G.: 258.

Flórez Moreno, Gonzalo: 86.

Florian: 28.

— G —

Galgano, Francesco: 57, 58.

García de Enterría, Eduardo: 156, 157, 160, 162. García Muñoz, Oliver:
296.

García Valdecasa: 82.

García Vásquez, Diego Fernando: 39, 53.

Gaviria Fajardo, Ricardo: 578, 582, 587.

Gayo: 37, 199, 200, 201, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 216, 279, 539.

Gehlen, Arnold: 15.

Gerber: 142.

Gherzi, Carlos Alberto: 99, 344, 375.

Gibson, William: 136. v. Gierke, Otto: 15, 142.

Gil Botero, Enrique: 3, 4, 140, 152, 284, 334, 335, 344, 346, 350, 354, 355,
356, 377.

Giraldo Zuluaga, Germán: 308, 392.

Gitrama González, Manuel: 46.
Gómez Estrada, César: 605.
Grocio: 17, 212.
Gual Acosta, José Manuel: 69, 70, 383, 385. Gutiérrez, Faustino: 203, 209.
Guzmán Useche, Jessica Alexandra: 516.

— H —

Haegi, Marcel: 576.
Hammurabi: 189, 190.
Hart: 10, 12.
Heinecio, J.: 204, 213.
Henao Pérez, Juan Carlos: 149, 150, 152, 153, 265, 266, 267, 276, 281, 336, 339, 384.
Heredia Gómez, Fabio Hernán: 604.
Hernández, Alier Eduardo: 344.
Hernández Peñalosa, Guillermo: 216.
Hernández Ramírez, José Luis: 286.
Hervada, Javier: 12, 15, 16, 19, 240, 241, 242, 244, 292, 295.
Hise, Mónica: 344.
Holmes: 141.
Hoyos Castañeda, Ilva Myriam: 101.
Hoyos Duque, Ricardo: 168, 344, 350.
Hunter, Dan: 136.

— I —

v. Ihering, Rudolf: 142, 189.
Ison: 258.

— J —

Jaramillo, Carlos Ignacio: 45, 49. v. Jellinek: 142.
Jordano Fraga, Francisco: 46.

Josserand, Louis: 5, 6, 295, 297, 385, 547, 556, 557, 558, 565.

Julius Glaser: 508.

Justiniano: 198, 200, 201, 208, 211, 212, 217.

— K —

Kant: 17, 21, 22.

Kelin, Abra-Anne: 137.

Kelsen, Hans: 15, 17, 142.

Koenig, Thomas H.: 142.

Koeteich, Milagros Kahatib: 284. v. Kries, Johannes: 509.

— L —

Laban: 142.

Labeón: 202, 209.

Larenz, Karl: 320, 510.

Laurent: 557.

Lawson, F. H.: 215.

Le Torneau, Philippe: 549.

Lefebvre: 38.

Lagina: 148.

León, Leysser L.: 268.

Limpnes, Jean: 218.

Llambías, Jorge J.: 384.

Llano, Alejandro: 101.

Lopera Montaña, Luis G.: 31, 556.

López Cabana, Roberto: 160, 258, 275, 349, 377, 376, 379.

López Meza, Marcelo: 99, 101.

López, Roberto M.: 161.

Lorenzetti, Ricardo Luis: 143.

Low Murtra, Enrique: 412.

Luntz, Harold: 174, 260, 493.

— M —

Malavet, Pedro A.: 218.
Mariño Camacho, Luis Eduardo,: 412, 414, 420. Martínez, Carolina: 270, 516. 553, 594, 595, 597, 606. Martínez Doral: 19.
Martínez Rave, Gilberto: 145, 167, 169, 268, 269, 290, 352, 541, 548, 549, 553, 593, 594.
Martínez Tamayo, Catalina: 167.
Mazeaud, Henri: 247, 276, 279.
Mazeaud, Léon: 4, 5, 6, 13, 23, 38, 39, 40, 72, 74, 189, 241, 247, 248, 249, 253, 265, 266, 276, 279, 289, 296, 315, 317, 385, 558, 559, 561, 572, 591, 599. M'Causland Sánchez, María Cecilia: 285, 356. McHugh, M. H.: 173.
McMirow, Clarck: 218. v. Meheren, Arthur Taylor: 208.
Méndez, Rosa M.: 603.
Mendoza Ramírez, Alvaro: 7.
Merryman, John Henry: 212.
Mevio: 285.
Mill, John Stuart: 508.
Minozzi: 289.
Mirow, M. C.: 218, 219.
Molina Fernández, Fernando,: 10.
Montoya Gómez, Mario: 508.
Mora Restrepo, Gabriel: 18, 19, 21, 91, 242, 243, 320. Morin, Gavino: 136.
Mosset Iturraspe, Jorge: 289, 296, 346, 512.

— N —

Navia Arroyo, Felipe: 286, 295.
Necker: 6.
Neibhr: 204.
Neira Archila, Luis Carlos: 535.

Neville Brown, L.: 215.

— O —

Orgaz: 508.

Orión Álvarez, Andrés: 285.

Ortiz Márquez, Julio: 204, 205, 208.

Oviedo Albán, Jorge: 58, 59.

— P —

Paillet, Michele: 291.

Palacios Mejía, Hugo: 494.

Palmer, Vernon: 558.

Papiniano: 216.

Parra Ardila: 43.

Parra Guzmán, Mario Fernando: 44.

Patiño González, María Cristina: 122.

Paulo: 206, 207, 216, 279, 283, 539.

Peirano Facio, Jorge: 24, 37, 38, 39, 99, 241, 279, 280, 286, 289, 296, 298.

Penagos Vargas, Gustavo: 149, 153, 158.

Perelman: 142.

Pérez, Luis Carlos: 280.

Pérez Salas, Diego Omar: 559.

Petit, Eugene: 63, 197, 200, 207.

Pighio: 202.

Planiol, Marcel: 31, 558, 560.

Pomponio: 202.

Posner: 141.

Pothier: 6, 37, 63, 214, 215.

Potts, David: 137.

Preciado Agudelo, Darío: 400, 434.

Procida Mirabelli Di Lauro, Antonio: 347.

Prosser, William: 172, 174.

— R —

Radbruch, Gustav: 18.

Rawls, John: 159.

Rey Forero, Eduardo: 44.

Reyes Villamizar, Francisco: 526, 531.

Rheingold, Howard: 136.

Rheinstein, Max: 172.

Ripert, Georges: 31, 241, 287, 295, 296, 558, 560, 591. Rivero, Jean: 155.

Roa Gómez, Héctor: 284.

Rodotà, Stefano: 5.

Rodríguez Pulecio, Ana María: 582.

Rodríguez R., Libardo: 153.

Roselló, Gabriela: 344.

Rossi Marsella, Blase: 199, 202, 203, 204, 205, 206, 212, 213, 215, 216,
246, 280, 507.

Roxin, Claus: 508.

Rozo Sordini, Paolo Emanuele: 328, 329.

Ruiz Torres, Gustavo: 348.

Ruseel Gordley, James: 208.

Rustad, Michael L.: 142.

— S —

Saavedra Madrid, César Augusto: 289, 346, 485, 502. Sáchica, Luis Carlos:
368.

Sáenz, Carlos Raúl: 10.

Saffon, María Paula: 103.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando: 318. Saintelette: 38, 39.

Santos Ballesteros, Jorge: 13, 16, 54, 55, 56, 69, 70, 256, 277, 384, 385,
508, 526, 572, 573.

Santos Briz, Jaime: 12, 16, 74, 82, 254, 256, 257, 295, 502.

Savatier: 279, 296. v. Savigny: 142.

Scognamiglio, Renato: 315.

Sellez, Juan Fernando: 12.

Serrano Escobar, Luis Guillermo,: 45.

Solarte Rodríguez, Arturo: 258, 376, 377.

Stalin: 103.

Stark, Boris: 510.

Steven L., Emanuel: 171, 180, 184.

Suárez Fernández, Luis: 190, 192.

Suescún Melo, Jorge: 522, 524, 525, 526.

— T —

Tamayo Jaramillo: 3, 4, 13, 26, 39, 41, 69, 74, 75, 76, 83, 148, 154, 240, 249, 250, 259, 266, 267, 268, 269, 274, 278, 280, 283, 296, 297, 298, 303, 314, 329, 330, 337, 339, 350, 352, 354, 355, 357, 376, 377, 387, 388, 389, 401, 407, 409, 433, 440, 462, 509, 510, 512, 513, 518, 541, 542, 543, 546, 548, 549, 550, 551, 553, 555, 558, 562, 566, 567, 569, 573, 575, 586, 592, 593, 596, 599, 603.

Tamayo Lombana, Alberto: 549.

Tomasio: 17, 213.

Triboniano: 198.

Tunc, André: 4, 6, 13, 23, 38, 40, 72, 74, 189, 215, 241, 247, 248, 253, 265, 266, 276, 277, 289, 559, 561, 572, 591, 599.

U —

Ulpiano: 63, 197, 199, 202, 204, 206, 243, 246, 247, 253, 279, 280.

Uprimny, Rodrigo: 103.

Uribe Acosta, Julio César: 330.

— V —

Valencia Zea, Arturo: 600.
Vásquez Ferreyra, Roberto A.: 288.
Vázquez, Carlos Manuel: 171.
Velásquez Posada, Obdulio: 135, 165, 177, 259, 349, 526.
Vélez, Fernando: 217, 219.
Vigo, Rodolfo Luis: 12.
Villalta A., Esther: 603.
Visintini, Giovanna: 501.

— W —

Weber, Max: 101.
Weingarten, Celia: 269.
White, G. Edward: 6.
Wieacker, Franz: 212.
Wilkinson, Allen P.: 173.

— Y —

Yagura, Ryan: 136.
Yepes Restrepo, Sergio: 44.
Yzquierdo Tolsada, Mariano: 11, 38, 157.

— Z —

Zannoni, Eduardo: 268, 269, 270, 271, 281.
Zuleta Ángel, Eduardo: 562, 563, 564

INDICE DE MATERIAS

— A —

Abordaje

(daños en caso de): 381.

Accidente (s)

aéreos: 180; de trabajo

(daños en): 378; de tránsito: 180, 181;

(concepto de): 581;

(responsabilidad por): 576;

(víctimas por): 582.

Acción (es)

(acumulación de): 79, 555;

civil popular por daño contingente: 233;

(conurrencia de): 82;

de grupo: 363;

de los consumidores: 371;

(procedencia de las): 364;

y acciones individuales: 370;

del subadquirente

contra el deudor inicial: 83;

de protección al consumidor: 131;

de repetición de guardianes: 226;

de responsabilidad: 535;

de tutela: 538;

(indemnización de perjuicios en la): 165;

hereditaria: 405;

contractual: 78;

extracontractual: 78;

negligente
(requisitos de la): 178;
personal: 405;
populares: 357;
(clases de): 361;
(prescripción de las): 536;
(titular de la): 27.

Actividad (es)

anormalmente peligrosas: 180;
peligrosa (s): 95, 161, 230, 556;
en Colombia: 561;
(supuestos de la): 569.

Acto (s)

administrativo: 147;
formal injusto: 244;
materialmente injusto: 244;
médico: 156;
simbólicos de resarcimiento: 123.

Actuación del Estado: 147, 151.

Actualización por inflación

(fórmula de): 428.

Acumulación

de acciones: 79, 555;
de indemnizaciones: 387;
de pensión por muerte con reparación: 388.

Adhesión

(contratos de): 130.

Administrador (es)

(concepto de): 527;
(deberes de los): 533;
(presunción de culpa de los): 530, 532;
(responsabilidad civil de los): 526.

Adstipulator. 9, 205.

Agente del daño: 28.

Alcance de la prohibición de opción: 73.

Almacenaje

(responsabilidad del Estado por): 163.

Alternatividad

(principio de la): 119.

Ámbito del consentimiento: 184

Análisis económico del derecho

aplicado a la reparación: 140.

Animal (es): 93, 181;

domésticos: 181; fieros: 181, 230;

(hecho de): 595;

(hecho de los): 229; no fiero

(hecho de un): 592; salvajes: 596.

Antiguo testamento: 191.

Antijuridicidad: 30;

del daño: 150, 276.

Anunciante: 129.

Arbitrio judicial: 317, 320, 485.

Arresto: 185.

Asalto: 176.

***Assault:* 176.**

Autoridad legítima
(orden de): 279.

— B —

Baremos
(sistema de): 321.

***Battery.* 175.**

Bien jurídico tutelado: 25.

***Breviarium de Alarico:* 216.**

Buena fe: 54, 257;
(deber de): 533.

Buen
hombre de negocios: 531, 532;
padre de familia: 531, 532.

— C —

Calidad de la víctima: 28.

Calumnia
(responsabilidad civil por): 232, 352.

Capacidad: 66, 222.
Capacity-responsability. 10.

Carácter personal del daño: 274.

Características
de la acción social de responsabilidad: 536;
de la responsabilidad extracontractual: 87;
de las acciones populares: 359;
del daño resarcible: 269.

Carga (s)

de la prueba: 105;
dinámica de la prueba: 51;
públicas: 157;
(igualdad ante las): 163.

Caso (s)

colombianos ante la CIDH: 115;
Cantoral Benavides vs. Perú: 111;
Cárdenas Lalinde: 73;
Cardozo-Hernández: 470;
del “joven Arnulfo”: 564;
diecinueve comerciantes: 115;
Donoghue vs. Stevenson: 178;
eBay: 138;
fortuito: 64, 128, 513;
Hamidi: 138;
la Fleurette: 164;
la Masacre de Mapiripán: 115;
Loayza Tamayo vs. Perú: 107, 111;
nevado del Ruiz: 151;
Niños de la calle: 111;
práctico de liquidación de perjuicios: 470;
Samper Posada: 138;
Teffaine: 557;
Thrifty-Tel vs. Bezenek: 137;
Velásquez Rodríguez: 112;
Villaveces: 299;
Winfield vs. Jolowicz: 176.

Castilla

(derecho de): 216.

Casual-responsability. 10.

Causa extraña: 64, 128, 151, 162, 277, 512. Causales de justificación del daño: 276.

Causalidad

adecuada

(teoría de la): 509;

como imputación: 510;

física: 508;

jurídica: 508.

Chile

(responsabilidad civil en): 219, 234.

Clases

de acciones populares: 361;

de derechos colectivos: 359;

de responsabilidad civil: 91;

del Estado: 152;

en el *common law*: 175.

***Class actions*: 372.**

Cláusulas

abusivas: 130;

de renovación automática: 131;

eximentes de responsabilidad: 69;

limitativas de responsabilidad: 69, 383.

Clean hands

(doctrina de): 173.

***Code Civile*: 556.**

Código

austriaco de 1811: 214;

Civil: 25, 37, 64, 87, 90, 163, 219, 246, 253, 275, 281, 378, 514, 521, 554, 562;
chileno: 218, 232, 234, 250, 300;
de Ecuador: 288;
de Napoleón: 37, 215, 218, 556;
francés: 234, 557;
italiano: 328;
mexicano: 287;
panameño: 288; peruano: 347;
Contencioso Administrativo: 162; de Alarico: 217;
de Comercio: 43, 54, 76, 382, 514, 531; de Cundinamarca: 231; de Eurico: 217; de Hammurabi: 182, 189; del Estado de Cundinamarca: 219, 222; de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: 146; de Procedimiento Civil: 67; de Procedimiento Penal: 28, 32, 127;
General del Proceso: 51, 131, 392, 532; Nacional de Tránsito: 581;
Penal: 28, 110, 121, 278, 279, 309, 491, 496; italiano: 328; prusiano: 214;
Sustantivo del Trabajo: 378, 537; Teodosiano: 216.

Colombia

(actividades peligrosas en): 561; (responsabilidad civil en): 219, 234.

Comerciante: 127.

Comisión Nacional de Reparación: 122.

***Common law.* 6, 30, 137, 257, 350;**

(clases de responsabilidad en el): 175;

(daño en el): 181, 181;

(inmunidades en el): 183;

(teoría de la equivalencia en el): 509.

Compensación de culpas: 30.

Compilación justiniana: 211.

Comportamiento

(peligrosidad en el): 568.

Concepto

de accidente de tránsito: 581; de administrador: 527; de daño: 265;
de familia para efectos de reparación: 310; de la responsabilidad: 3;
de ruina: 603.

Conciencia antecedente: 251.

Concurrencia de acciones: 82.

Condena

en abstracto: 170, 398; en costas procesales: 386.

Condiciones de existencia

(alteración a las): 112.

Conducta

(error de): 248.

Conductor dependiente: 573.

Consejo

de Estado: 8, 51, 52, 115, 116, 139, 144, 148, 150, 151, 159, 163,
267, 276, 403;

(daño moral en el): 309, 311; de Portugal: 164; francés: 154, 164;

(presunción judicial en el): 487; y daño a la vida de relación: 329; y

daño moral a personas jurídicas: 316; y reparación integral: 116.

Consentimiento: 184; expreso: 184; implícito: 184.

Constitución

Política: 84, 145, 148, 150, 162, 275, 357, 363, 372; Tanta: 211.

Consumidor (es): 127;

(acción de grupo de los): 371;

(noción de): 373;

(protección al): 131.

Contraloría General de la República: 165.

Contrato (s)

de adhesión: 130; de depósito
(incumplimiento del): 196; de transporte
(responsabilidad civil en el): 41; válido: 40.
Convención Americana de Derechos Humanos: 115.

Cónyuge sobreviviente: 409.

***Corpus Iuris Civilis*: 212, 217.**

Corrección monetaria del daño: 417.

Corte

Constitucional

colombiana: 7, 25, 34, 110, 119, 403, 497; italiana: 328; de Casación
francesa: 236, 295;

Interamericana de Derechos Humanos: 102, 106, 113, 115, 496;

Suprema de California: 138;

Suprema de Justicia: 32, 42, 47, 50, 52, 63, 65, 121, 144, 255, 276,
282, 290, 298, 305, 307, 325, 389, 405, 479, 523, 598, 601; y daño
a la vida de relación: 340.

Cosas

animadas: 30, 93, 95, 591;

(hechos de las): 591;

Cosas (cont.)

inanimadas: 30, 93, 94, 591;

(responsabilidad por las): 227, 599 (responsabilidad por las): 93, 591.

Costas procesales

(condena en): 386.

Crimen: 200.

Criterios para la liquidación

del daño patrimonial: 398; de los perjuicios: 397.

Cuasidelito: 7, 209, 605.

Cubrimiento del SOAT: 584.

Cuerpo

(derechos relativos al): 294.

Culpa (s): 3, 16, 63, 87, 174, 239, 529; abstracta: 248; aquiliana: 246; civil: 26;
(compensación de): 30; contractual: 40, 251;
(corrientes sobre la): 247;
(definición de): 245; de la víctima: 254; extracontractual: 251; futura
(dispensa de la): 69; grave: 63; *in concreto*: 248; *in eligendo*: 524; *in vigilando*: 524; jurídica: 251; leve: 63; levísima: 63; moral: 251;
penal: 26;
(presunción de): 14, 63; probada
(doctrina de la): 46; real: 256;
y responsabilidad civil: 239; y vínculo de causalidad: 511.

Culpabilidad: 25;
moral: 22.

Culturas antiguas

(daño en las): 189.

***Cyber torts*: 138.**

— D —

***Damnum iniuria datum*: 210, 206.**

DANE: 419.

Daño (s): 3, 16, 26, 265; actual: 282;
(agente del): 28;
a inmuebles por trabajos públicos: 162; a la persona: 347;
a la propiedad en derecho hebreo: 194; a la sociedad

(responsabilidad por): 529; a la vida de relación: 328;
(contenido del): 336; a los derechos colectivos: 357; al proyecto de vida: 111, 115; antijurídico: 123, 148, 150, 162, 277; biológico: 111;
(carácter personal del): 275; causado
a las cosas en derecho hebreo: 195; (indemnizaciones inferiores al): 377;
(causales de justificación del): 277;
(certidumbre del): 270; cierto (s): 122, 275, 281;
(clasificación del): 281; colectivo: 108;
(concepto de): 265; contingente: 233, 275; corporales: 582;
(corrección monetaria del): 417; de mercancías destinadas para la venta: 392; de rebote: 277;
(derecho de): 8; directo: 282;
emergente: 108, 109, 166, 283, 398;
(fórmulas para liquidar el): 432, 434, 436, 438; (tablas para calcular el): 442; en accidente de trabajo: 378; en caso de abordaje: 381; en concurrencia de actividades peligrosas: 575; en el *common law*: 171, 181; en el derecho comparado: 268; hebreo: 191; romano: 197; en el transporte aéreo: 379; en la doctrina nacional: 268; en la era del ciberespacio: 135; en la etapa primitiva: 189; en la superficie: 379; especial: 157; estético: 345; eventual: 270;
(extensión de los): 182; extrapatrimonial: 343;
(fundamento del): 291; físico: 111; fisiológico: 331; futuro (s): 182, 270, 282; periódicos: 430; únicos: 430; hedonístico: 182;
(ilicitud del): 277; imprevisible (s): 282;
en materia contractual: 378; incierto: 281; indemnizables: 274;
en la responsabilidad precontractual: 59; indirecto: 282; individual: 108; inmaterial: 107, 110; intencionales
(responsabilidad por): 175; material: 107, 108; moral: 182, 285;

a la persona jurídica: 314; al hijo póstumo: 326; causado por el delito: 496; en el Consejo de Estado: 309; en los hijos de crianza: 311; en los no parientes: 313; objetivado: 297, 305; (prueba del): 484; subjetivo: 297, 305; y perjuicio a la vida de relación: 338; (naturaleza jurídica del): 265; pasados periódicos: 430; únicos: 430; patrimonial: 122, 283; (criterios para liquidación del): 398; en caso de muerte: 404; familiar: 108, 109; por lesiones personales: 401; personales (reparación de): 104; político: 25; por incumplimiento del contrato: 40; previsible: 282; privado: 31; psicológicos: 177; público: 31; punitivo (s): 182, 296; (improcedencia de los): 112; reconocidos por la CIDH: 113; resarcible (características del): 269; (topes máximos del): 498.

Deber (es)

de buena fe: 533;
de lealtad: 533;
de los administradores: 533;
jurídicos
concretos: 54; genéricos: 54;
(incumplimiento de): 53;

Defensa

de la propiedad: 185; de terceros: 185.

Definición

de actividad peligrosa: 567; de culpa: 245;
de responsabilidad extracontractual: 10.

Delito: 7;

civil: 8; penal: 24;
(responsabilidad civil por el): 30; privado romano: 200; público: 200.

Derecho (s): 21;

administrativo francés: 154; a la identidad: 293; a la libertad: 293; a
la privacidad: 294; al buen nombre: 352; al honor: 294; argentino:
8; canónico: 212; colectivos
(clases de): 359;
(daños a los): 357; comparado
(daño en el): 268; de Castilla: 216; de daños: 8; de jueces: 172; de la
Internet: 137; de la personalidad
(lesión a los): 292, 347; de la responsabilidad: 9; del consumidor y
responsabilidad civil: 127 de *torts*: 141, 173; español: 8, 216;
hebreo
(daño en el): 191;
(daños a la propiedad en el): 194; (homicidio en el): 193;
(lesiones personales en el): 193; humanos
de primera generación: 358; de segunda generación: 358; de tercera
generación: 358;
(violación de los): 107; indiano: 217; natural
(escuela del): 212; público: 154; que amparan las acciones de grupo:
368; relativos a la integridad moral: 294; relativos al cuerpo: 294;
romano: 8, 37, 88, 172, 212;
(daño en el): 197;
(nexo causal en el): 507; sociales: 358; subjetivos: 368; y moral: 18.

Desmovilización: 121.

Desplazamiento forzado: 122.

Diario Oficial

(publicación en el): 108.

***Digesto*: 89, 197, 202, 211, 246, 278, 279, 539, 592, 605.**

Discapacidad física: 403.

***Doce Tablas*: 198.**

Doctrina

de *clean hands*: 173; de la culpa probada: 46; francesa: 247, 274;
nacional
(daño en la): 268; probable: 172.

Dolo: 4, 7, 87, 175, 529.

— E —

Edificios: 93;

(objetos que caen de): 228, 605;
(ruina de): 227, 599.

***Effusum*: 203.**

Elementos

comunes a toda forma de responsabilidad: 16; de la responsabilidad
contractual: 39; del Estado: 147; del *damnum iniuria datum*: 206.

Empleadores

(responsabilidad de los): 184.

Empleados

con sueldo variable: 411.
Empresario: 545.

Equidad

(fallo en): 173.

Equity. 173.

Equivalencia de las condiciones
(teoría de la): 508.

Error de conducta: 248.

Escuela del derecho natural: 212.

Estado: 150;
(actuación del): 147, 151; de necesidad: 185, 278; legislador
(responsabilidad del): 163;
moderno: 101;
(responsabilidad extracontractual del): 144.

Estados Unidos

(responsabilidad extracontractual en): 172. Estatuto del Consumidor: 83, 128.

Estructura
(peligrosidad en la): 568.

Etapas primitivas
(daño en la): 189.

Eximentes de responsabilidad: 512.

Éxodo: 195.

Expendedor: 374.

Expropiación en caso de guerra: 163.

Extensión
de los daños: 182; de los perjuicios: 64.

Extinción de la sanción: 28.

— F —

Factor: 528.

Falla
en el servicio: 154; presunta: 155, 162; probada: 154, 162.

Fallo

Blanco: 154; en equidad: 173;
“ultra petita”: 498.

False imprisonment. 176.

Falso encarcelamiento: 176.

Falta

de información veraz: 129; en la guarda
(teoría de la): 561.

Familia: 311.

Fault. 174.

Finalidad de la pena: 30.

Fondo

Monetario Internacional: 494;
para la defensa de los derechos colectivos: 367.

Fórmula (s)

de actualización por inflación: 428; para liquidar
el daño emergente: 432, 434, 436, 438; perjuicios materiales: 430.

Fuerza mayor: 64, 128, 151, 279, 513; (requisitos de la): 515.

Fundamento

de la responsabilidad civil: 240; del daño extrapatrimonial: 291.

Furtum: 201.

— G —

Garantía: 131;

de no repetición: 107.

Gastos

de manutención de la víctima: 415; funerarios
(indemnización por): 589.

Grupo

(acciones de): 363;
armado al margen de la ley: 121.

Guardián (es): 571;

(acción de repetición de): 226.

Guerra

(expropiación en caso de): 163.

— H —

Habeas data: 294.

Hecho

administrativo: 147; ajeno
(responsabilidad por el): 88, 92; de animal no fiero: 592; de animales
fieros: 595; de las cosas: 591; de la víctima
(reducción de indemnización por): 253; del hombre: 591; de los
animales: 229, 592; de terceros
(responsabilidad por el): 540; exclusión de la víctima: 64, 152, 516;
exclusivo de un tercero: 64, 151, 517; ilícito: 214; propio
(responsabilidad por el): 64, 92, 521.

Herederos: 276.

Hijo (s)

de crianza
(daño moral en los): 311; póstumo
(daño moral al): 326.

Hombre

(hecho del): 591.

Homicidio

en el derecho hebreo: 193.

Honor

(derecho al): 294.

— I —

Identidad

(derecho a la): 293.

Iglesia Católica: 212.

Ilicitud del daño: 277.

Impúberes: 89.

Incapaces bajo cuidado (responsabilidad por): 540.

Incapacidad: 184; para trabajar: 401.

Incidente de reparación integral: 32.

Incumplimiento

de deberes jurídicos concretos: 53; del contrato (daño por): 40; de depósito: 196.

Indemnización (es): 124;

(acumulación de): 387; de perjuicios en la acción de tutela: 165; inferiores al daño causado: 377; por daño extrapatrimonial (topes máximos por): 491; por gastos funerarios: 589; y costas: 166.

Indexación por IPC: 426.

Índice de precios al consumidor (IPC): 419, 425

Infante: 89, 208.

Información veraz (falta de): 129.

Ingresos

(pérdida de): 109.

Iniuria: 201, 277.

Injusticia: 22;

formal: 22, 241, 244; material: 22, 244.

Inmuebles

(daños a): 162;
(ocupación de): 163.

Inmunidades en el *common law*. 183. Instituciones: 201.

Instituto Nacional de Medicina Legal: 580.

Integridad moral
(derechos relativos a la): 294.

***Intentional torts*: 174, 175;**
(medios de defensa en): 184.

Intereses

colectivos: 358;
de mora posteriores a la sentencia: 429; difusos: 358;
(pérdida de): 392.

Internet: 136;
(derecho de la): 137.

INTRA: 580.

IPC

nacional: 425;
(prueba del): 424.

— J —

Juez (ces)

competente: 67;
(derecho de): 172.

Jurisprudencia

francesa: 557;
sobre actividades peligrosas: 161, 563;
sobre culpa de la víctima: 255;
sobre daño antijurídico: 150;

sobre daño moral: 110, 299, 322;
sobre el delito: 25;
sobre el incidente de reparación integral: 32;
sobre el riesgo excepcional: 159;
sobre falla en el servicio: 155;
sobre incapacidad fisiológica: 403;
sobre indemnización por muerte: 408;
sobre la graduación de culpas: 63;
sobre la obligación del médico: 46, 47, 48, 51;
sobre la solidaridad: 65;
sobre las acciones de grupo: 364;
sobre Ley de Justicia y Paz: 121;
sobre responsabilidad civil: 7;
contractual: 42;
de la persona jurídica: 523;
por perros: 598.

Justa indemnización: 113.

Justicia: 21;

internacional: 101; política: 103; transicional
(reparación en la): 102.

Justificación: 185.

— L —

Lealtad

(deber de): 533.

Legítima defensa: 278; propia: 184.

Lesión (es)

a los derechos de la personalidad: 292, 347
físicas: 312;

personales

(daño patrimonial por): 401; en el derecho hebreo: 193.

Lex

Abulia: 89;

Aquila: 8, 37, 88, 202, 206, 246, 278; (evolución de la): 211;
(reparación del daño antes de la): 198.

Ley de Justicia y Paz: 102, 119.

***Liability-responsability*. 10.**

Libertad

(derecho a la): 293.

Liquidación

del perjuicio extrapatrimonial: 484; de perjuicios: 397;
(caso práctico de): 470.

Liquidador: 528.

Lotería judicial: 258, 259.

Lucro cesante: 59, 109, 283, 400;

periódico en lesiones personales: 440; por muerte de amas de casa:
412;
(tablas para calcular el): 442.

— M —

Mala

educación de los hijos

(responsabilidad civil por la): 541, 554; fe: 54.

Malpractice: 179.

Marco legal de responsabilidad

de los administradores: 528; por el hecho de terceros: 540.

Materia

(parvedad de): 22.

Médico

(obligación del): 45.

Medidas cautelares: 35.

Medio (s)

de defensa en “intentional torts”: 184; (obligación de): 45.

Menor fallecido: 412.

Mercancías para la venta

(daño de): 392.

Ministerio de la Protección Social: 587.

Mora: 61;

automática: 61;

por requerimiento judicial: 61.

Moral cristiana: 20.

Muerte

de amas de casa

(lucro cesante por): 412; de la víctima

(daño patrimonial por): 404.

— N —

Naturaleza

de la reparación por daño moral: 294; jurídica

de la prestación de servicios médicos: 49;

del daño: 265;

del nexo causal: 507.

Necesidad

(estado de): 185, 278.

Negligence: 174.

Negligencia: 177.

Negotium: 37.

Nexo causal: 16, 41, 96, 150, 277, 507; en el derecho romano: 507;
(naturaleza jurídica del): 507.

Noción

de consumidor: 373; de productor: 374.

Normas

éticas: 23; jurídicas: 23.

Nuevas teorías del derecho

en la responsabilidad civil: 142.

Nuevos

derechos extrapatrimoniales: 139; paradigmas en la reparación: 103.

Nulidad: 130.

O —

Objetos

que caen de edificios: 228, 605.

Obligación: 8, 11, 178; de medio: 45, 63;

de resultado: 63; del médico: 45; del subordinado: 544.

Ocupación de inmuebles: 163.

Opción

(prohibición de): 71.

Oportunidad

(pérdida de una): 273.

Orden

de autoridad legítima: 280.

Organización Mundial de la Salud (OMS): 576.

— P —

Pacto de La Haya: 382.

***Pandectas*: 211.**

Parentesco: 325.

Pasajeros: 574.

***Pater familias*: 246, 533.**

Patrón (es)

de referencia para indexar: 419; oro: 494.

Peligrosidad

en el comportamiento: 568; en la estructura: 568.

Pena: 24;

alternativa: 119;

(finalidades de la): 30; moral: 289.

Pérdida

de ingresos: 109; de intereses: 392; de una oportunidad: 273.

Perjuicio (s)

(extensión de los): 64; extrapatrimonial (es): 281, 284;

(liquidación del): 484; fisiológico: 111;

(liquidación de los): 397; materiales

(fórmulas para liquidar los): 430; patrimonial (es): 281;

(procedimiento para liquidar el): 417.

Perros potencialmente peligrosos: 597.

Persona (s)

(daño a la): 347; jurídica (s)

(daño moral a la): 314;

(responsabilidad de las): 522.

Perturbación de vecindad: 177.

Plena restitución: 107.

Precedente: 172.

Prescripción: 29, 68;
de las acciones: 536.

Prestación de servicios médicos: 44.

Presunción

de culpa: 14, 63;
de los administradores: 530;
(relatividad de la): 552; de daño moral
entre parientes: 310; por lesiones físicas: 312; de responsabilidad: 15;
judicial en el Consejo de Estado: 487.

***Pretium doloris*: 289, 501.**

Principio (s)

de igualdad ante las cargas públicas: 163; de la alternatividad: 119; de
prohibición de opción: 82; general (es)
de responsabilidad: 87, 220; de la reparación del daño: 375; *iura*
novit cura: 150; *neminem laedere*: 13, 55.

Privacidad

(derecho a la): 294.

Procedencia

de las acciones de grupo: 364.

Productividad de la víctima: 410.

Producto: 374.

Productor: 127;
(noción de): 374.

Productos

defectuosos: 128;
(venta de): 181; financieros: 131.

Prohibición

a herederos de pasajero fallecido: 76; de cobrar dos veces: 75; de opción: 71.

Propiedad

(defensa de la): 185.

Proveedor: 374.

Proyecto de vida

(daño al): 111, 115.

***Prudentia iuris*: 510.**

Prueba

(carga de la): 51; del daño
a la vida de relación: 499; moral: 484; del IPC: 424;
del perjuicio moral en caso de muerte de parientes 486.

Pubertad: 88.

Publicación

en el *Diario Oficial*: 108.

Publicidad

engañosa: 129.

Pupilo: 541.

— R —

Ruina

por vicio de la construcción: 603.

Rapiña: 201.

Realismo jurídico clásico: 19, 244.

Rebote

(daño de): 277.

Reclamación

de indemnización cubierta por el SOAT: 586.

Recopilaciones medievales: 217.**Reducción**

de indemnización

por concurrencia de culpas: 382; por hecho de la víctima: 253; por situación económica: 257; de pena por indemnización: 36.

Rehabilitación: 107.**Renovación automática**

(cláusula de): 131.

Reparación

de daños personales: 104; de víctimas del conflicto armado: 116; del daño

antes de la “Lex Aquilia”: 198;

en la CIDH: 106;

en las culturas antiguas: 189;

(principios generales de la): 375; en la justicia transicional: 102;

integral: 104, 376; del daño: 349;

(incidente de): 32;

(nuevos paradigmas en la): 103;

por violación de derechos humanos: 101.

Representante legal: 527.**Requisitos**

de la acción negligente: 178; de la fuerza mayor: 515.

Responsabilidad: 12;

(acciones de): 535; aquiliana:8; civil: 3;

antes del Código Civil colombiano: 214; (clases de): 91; contractual: 37;
(culpa y): 239;
de los administradores: 526;
directa del subordinado: 543;
en Chile: 219, 234;
en Colombia: 219, 234;
en el *common law*: 171;
en el contrato de transporte: 41;
(expansión de la): 99; extracontractual: 7, 10, 163;
(especies de): 521; objetiva: 14; subjetiva: 14;
(fundamento de la): 240;
(nuevas teorías sobre la): 142; por el delito penal: 30; por calumnia: 232, 352; por el hecho ajeno: 539, 540;
(reseña histórica de la): 189; y responsabilidad penal: 24;
(cláusulas eximentes de): 69;
(cláusulas limitativas de la): 383;
(concepto de la): 3; contractual
(elementos de la): 39; y aquiliana: 60; cuasidelictual: 7; de las personas jurídicas: 522; del Estado
(clases de): 152;
(costos de la): 164;
(elementos de la): 147; legislador: 163; por almacenaje: 163; delictual: 7; de los administradores frente a la sociedad: 535; frente a los socios: 535; de los empleadores: 184; de los patronos por el hecho de sus subalternos: 541; (derecho de la): 9; directa: 539, 552;
en caso de accidente de tránsito: 576; estricta: 179; ética: 23;
(eximentes de): 512; extracontractual
(características de la): 87;

(definición de): 10;
del Estado: 144; en Estados Unidos: 172;
(tendencias contemporáneas de la): 99; indirecta: 539, 552; jurídica:
17; médica: 533; moral: 17;
objetiva: 4, 14, 64, 115, 128, 153, 156, 162, 179, 248, 558; penal: 23;
por actividades peligrosas: 95, 230; por daños
a la sociedad: 529; intencionales: 175; por hecho ajeno: 88, 92; de
animales: 229, 592; de animales fieros: 595; de un animal no fiero:
592; de personas bajo la guarda: 224; propio: 64, 92, 521; por
incapaces bajo cuidado: 540; por las cosas: 93, 591; por mala
educación de los hijos: 541, 554; por las cosas inanimadas: 227,
599; por prestación de servicios médicos: 44; precontractual: 55;
(presunción de): 15; sin falla
(teoría de la): 157;
(reseña histórica de la): 189; solidaria: 521; subjetiva: 4, 154, 162.

Restitución: 21, 124.

Retención arbitraria: 176.

Riesgo

excepcional: 158; importante: 180;
(teoría del): 5, 558.

Robot software: 138.

Role responsibility: 10.

Ruina

(concepto de): 603; de edificios: 227, 599.

— S —

Sanción

(extinción de la): 28.

Satisfacción: 107.

Sentencia

de casación. Caso Cardozo-Hernández: 472; penal absolutoria: 36.

Servicio (s)

(falla en el): 154; médicos

(prestación de): 44.

***Siete Partidas:* 89, 217, 222, 231, 592.**

Sistema

de baremos: 321; del talión: 190;

Interamericano de Derechos Humanos: 116; napoleónico: 172.

SOAT: 582, 583.

Sociedad

(daños a la): 529.

Solidaridad: 65, 222;

entre productor y expendedor: 129.

***Spam:* 138.**

***Strict Liability.* 174, 175, 179.**

Subordinación

(vigencia de la): 548.

Subordinado: 543.

Sueldo variable

(empleados con): 411.

Superficie

(daños en la): 379.

Superintendencia

de Industria y Comercio: 131, 132, 373; Financiera: 131.

Tabla (s)

de accidentes viales nacionales: 578; para calcular el daño emergente: 442; para calcular el lucro cesante: 442.

Talión

(sistema del): 190.

Tasa

de inflación del IPC: 420.

Teología moral: 21.**Teoría**

de la causalidad adecuada: 509; de la equivalencia de las condiciones: 508; en el *common law*: 509; de la responsabilidad sin falla: 157; de la falta en la guarda: 561; de las presunciones de culpabilidad: 560; del riesgo: 5, 558.

Tercero (s)

civilmente responsable: 34;
(defensa de): 185;
(hecho exclusivo de un): 64, 151, 517; no herederos: 415.

Test de proporcionalidad: 317.**Tipicidad: 25.****Titular de la acción: 27.****Título jurídico: 240.****Topes máximos de indemnización**

del daño: 498.

por daño extrapatrimonial: 491.

***Torah*: 191.**

Tort: 6, 350.

Torts

(derecho de): 141, 173.

Trabajadores independientes: 414.

Trabajos públicos

(daños a inmuebles por): 162.

Tránsito

(accidentes de): 180, 181.

Transporte aéreo

(daños en el): 379; internacional: 382; nacional: 382.

Traspass toland: 177.

Tratado de Varsovia: 382.

Tribunal

Europeo de Derechos Humanos: 109; Superior del Distrito Judicial de Bogotá: 36 Superior del Distrito Judicial de Neiva: 479 Superior de Medellín: 329, 400; Supremo de España: 157; Supremo del Reich: 508.

Tutela

(acción de): 538.

Tutor: 541.

— V —

Vecindad

(perturbación de): 177.

Venta de productos defectuosos: 181.

Vicio de la construcción

(ruina por): 603.

Víctima (s): 32, 111, 120;

(calidad de la): 28; colaterales: 104;
con salario inferior a su ingreso histórico: 411; (culpa de la): 254;
del conflicto armado en Colombia: 116; directas: 104;
(hecho exclusivo de la): 64, 152, 516; incapaz y copartícipe: 255;
(muerte de la): 406;
por accidentes de tránsito: 582;
(productividad de la): 410.

Vida de relación

(daño a la): 328;
(prueba del daño a la): 499.

Violación de los derechos humanos: 107.

Virus informáticos: 139.

PRIMERA PARTE

CAPITULO PRIMERO

[1]. Es lugar común en los tratados de responsabilidad civil abordar el tema de la definición. Así, por ejemplo, Tamayo Jaramillo, al enunciar el plan de su obra, señala que “la ontología de la responsabilidad civil, supone en primer lugar, la definición de su objeto”. Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, t. I, Bogotá, Legis, 2007, pág. 3.

[2]. Enrique Gil Botero es uno de los autores que sostiene que el concepto de culpa en la responsabilidad civil está en crisis y resulta insuficiente para fundamentar las nuevas formas de responsabilidad que atiendan las necesidades de los tiempos que corren. Como salida a la alegada insuficiencia de la culpa se erige en defensor de quienes enfatizan un papel más dinámico del daño. Así describe el citado autor su posición: “La concepción culpabilista de la responsabilidad patrimonial correspondió sin lugar a dudas, a un momento preciso del desarrollo histórico de la humanidad que satisfacía las características de su época. En el estadio de evolución en que nos encontramos, la insuficiencia de la culpa como factor de atribución en la materia resulta notoria; la realidad social no es la misma y el derecho no puede permanecer distante. Es por eso que [sic] se abre paso a una nueva concepción del derecho, fundada en lo que se ha llamado la era del daño bajo la premisa de la no causación dañina, teniéndosele como un principio general en materia de responsabilidad patrimonial. Es así como se establece no la prioridad de buscar un culpable para sancionarlo, sino la de comprender y reparar a la víctima del mal injustamente sufrido. La culpa como factor de imputación compite con otros fundamentos de atribución o de responsabilidad de tipo objetivo, tales como la equidad, la garantía, el riesgo creado, la solidaridad, la distribución de cargas públicas, etc., factores objetivos que como criterios legales o jurídicos de imputación se hallan en pie de igualdad con el de la culpa en un plano específico de aplicación”. Enrique Gil Botero, Temas de responsabilidad civil extracontractual del Estado, 3ª ed., Medellín, Librería Jurídica Comlibros, 2006, págs. 37 y 38.

{3}. El significado del término culpa ha ofrecido debate en la doctrina. Tamayo Jaramillo afirma que el término vino de la traducción del vocablo francés *faute* (literalmente falta) y que se emplea como culpa en castellano. Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, t. I, op. cit., pág. 14.

{4}. Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, t. I, op. cit., pág. 1.

{5}. Idem.

{6}. Loix civiles, lib. II, tit. VIII, sec. IV.

{7}. Ricardo De Ángel Yagüez, Tratado de responsabilidad civil, Madrid, Civitas y Universidad Deusto, 1993, pág. 58; Stefano Rodotà, citado por Ricardo De Ángel Yagüez, presenta un elenco de críticos sobre la responsabilidad basada en la culpa (Ricardo De Ángel Yagüez, *ibid.*, pág. 57).

{8}. Nuestra Corte Suprema de Justicia dijo sobre el estado de la discusión lo que sigue: “El tópico de la responsabilidad civil, en la hora de ahora, continúa siendo uno de los más controvertidos, amén que auscultados por la ciencia jurídica, en particular por la jurisprudencia planetaria, la que ha ocupado un papel protagónico en el desarrollo sostenido de dicha disciplina. Tanto así que no resulta inadecuado, una vez más, evocar la precisa, a fuer que diciente aseveración realizada por el profesor Louis Joserrand, acogida expresamente por esta corporación en 1937, al tenor de la cual en esta materia la verdad de ayer no es la de hoy, y esta, a su turno, deberá ceder su puesto a la de mañana (XLV, pág. 420), lo que evidencia, en grado superlativo, su dinamismo y su compromiso con los derechos de la colectividad, ávida de respuestas en este específico campo del derecho, de suyo enriquecido, como se anunció, merced a labor doctrinaria y sobre todo pretoriana”. (C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 30 septiembre 2002, exp. 7069, M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

{9}. G. Edward White, *Tort law in América. An intellectual History*, Expanded edition, Oxford University Press, 2003, pág. 291.

{10}. Por tener esta institución su origen remoto en la Lex Aquilia (286 a. C.) del antiguo derecho romano. Rastreando los orígenes de la expresión responsabilidad civil, los Mazeaud señalan que su origen “no se encuentra en la obra de Domat. En cuanto a Pothier,

no la empleamos más que excepcionalmente. Sin duda la expresión fue tomada de Inglaterra, por los filósofos del siglo XVIII; se halla en Necker, y el abate Féraud dice, en su *Dictionnaire critique* (1789): “es una palabra de Necker”. Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, t. I, op. cit., pág. 1.

{11}. Expresión utilizada en Colombia por el Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado por considerar que las diferencias de régimen del daño resarcible en materia civil y contenciosa administrativa merecen un tratamiento paralelo, así se nutra la responsabilidad del Estado de los principios clásicos del derecho civil.

{12}. C. Const., sent. C-424 de 1997. La creciente constitucionalización del derecho privado tiene el peligro de que los conceptos de la Corte Constitucional petrifiquen al derecho privado y le resten creatividad a la doctrina y a las Cortes naturales en el desarrollo de una jurisprudencia propia y con un enfoque más profundo hecho por los especialistas de cada área. La Corte Constitucional, al decir que la “responsabilidad civil” equivale a la contractual y la extracontractual y, además a la comercial, si bien puede parecer lógico, cierra la discusión jurisprudencial y doctrinal sobre el tema, lo que a nuestro juicio petrifica el derecho privado y le resta flexibilidad de adaptación a los desarrollos disciplinares, tarea de los expertos en esta subespecialidad del derecho.

{13}. C. C., arts. 1494 y 2302 que establecen que las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, y en tal caso hablamos de contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona como en el caso de los delitos y cuasidelitos civiles; ya por disposición de la ley. El origen del delito y cuasidelito se remonta al derecho romano como tendremos oportunidad de verlo en detalle en el capítulo dedicado a la historia de la responsabilidad civil.

{14}. “Para los tratadistas, el dolo es la culpa intencional e implica astucia o engaño para sorprender el consentimiento de la víctima. La intención de engañar debe estar acompañada de maniobras mediante las cuales se logre el engaño y por esto la ley habla de «intención positiva» de inferir injusticia. De consiguiente, para justipreciar el dolo, debe atenderse tanto a lo subjetivo como a lo objetivo, esto es, combinar adecuadamente la intención con su manifestación externa. Además, los medios de engaño deben tener cierto grado de importancia capaces de inducir en error a personas de mediana previsión». (C. S.

de J., Sala de Casación Civil, sent. 13 noviembre 1956). El Rey sabio, Alfonso X, en sus Siete Partidas define el dolo de la siguiente manera: “dolos en latin, tanto quiere decir en romance como engaño: é engaños es enartamiento que fazen algunos omes los unos a los otros, por palabras mentirosas, o encubiertas, é coloradas que dicen con intención de los engañar, o de los decebir. É, a este engaño dicen en latin dolus malus que tanto quiere decir como mal engaño”, (Partida 7ª, ley 1, tit. XVI).

[\[15\]](#) C. de E., Sección Tercera, sent. 4 diciembre 2002, exp. 12625.

[\[16\]](#) Hart, Responsibility and Retribution. A punishment and Responsibility, Seais in the Philosophy of law, Oxford, Clarendon Press, 1970, pág. 210 y ss., citado por Fernando Molina Fernández, Responsabilidad jurídica y libertad: una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Filosofía del Derecho, 2002, págs. 15 y ss.

[\[17\]](#) Carlos Raúl Sáenz hace un recuento de la evolución del concepto de responsabilidad en el diccionario de la Real Academia de la Lengua desde 1611, en la que afirma que responsabilidad, en su expresión abstracta fue ajena a nuestra lengua hasta 1803; desde allí significó: “la obligación de reparar y satisfacer por sí, o por otro cualquier pérdida o daño. Reparando damno sponsio”. Esta versión no cambió en las ediciones de 1817, 1822, 1823 y 1837. Más adelante este autor señala: “Responsabilidad: obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal // 2. cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado”, siguiendo el mismo hasta la última edición (1917, 1956 y 1970) con lo que la evolución iniciada desde la aparición del término en 1804 parece haber concluido”. Carlos Raúl Sáenz, Apostillas entorno al tema de la responsabilidad, Separata de Prudentia Iuris, núm. XI, diciembre 1983, Edit. El Derecho, págs. 34 y 35. No obstante, el concepto sí ha evolucionado. En 2006 la Real Academia de la Lengua aprobó una segunda acepción que admite la posibilidad de ser responsable sin culpa, al decir que responsabilidad es la “Deuda u obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal” (Real Academia Española, Diccionario esencial de la lengua española, Madrid, Espasa Calpe, 2006).

José María Castán Vázquez, en un breve pero juicioso escrito, nos aporta datos complementarios al itinerario de la voz responsabilidad, al señalarnos que cuando Felipe V funda oficialmente la Academia de la Lengua y le encomienda la elaboración del

Diccionario, inicialmente llamado Diccionario de Autoridades, la voz responsabilidad no aparecía registrada, pero sí la voz responsable con esta definición: “Adj. el que está obligado a responder, osatisfacer por algún cargo”. José María Castán Vázquez, “Los conceptos básicos de la responsabilidad civil en el Diccionario de Autoridades de la Real Academia Española”, en Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana, Ricardo De Ángel Yáguez y Mariano Yzquierdo Tolsada, Coordinadores, Madrid, Dykinson S. L., 2001,pág. 70.

[\[18\]](#). Por nuestra parte pensamos que en un sentido más amplio la responsabilidad no surge únicamente como consecuencia de actos o conductas que comportan un yerro, un error o un acto equivocado, pues también decimos que la responsabilidad se da por los actos que podríamos llamar acertados, correctos. Así, por ejemplo, decimos que los padres son responsables de los hijos, una parte en un contrato debe responder —dar cuenta de— por sus obligaciones nacidas del acto contractual voluntario; se habla de una responsabilidad social, política,económica, etc., dando a entender que la persona a la que se le imputa un acto debe dar cuentaa los demás o a personas determinadas de sus actos y no siempre la responsabilidad supone sanción, castigo, cargo u obligación, pues puede generar beneficio, honor o derecho que resulta de la acción de una persona determinada. Si una persona salva a otra de perecer ahogada en un río, puede afirmarse que él es el responsable de tal acción, a él se le puede atribuir el premio o castigo que se pueda desprender de su acción.

[\[19\]](#). Real Academia Española, Diccionario esencial de la lengua española, Madrid, Espasa-Calpe, 2006.

[\[20\]](#). El prefijo res significa cosa y el sufijo ponsabilita, ponsabilitae (singular y plural)significa poner, colocar. PP. Eudistas, Elementos de gramática latina, Cartagena-Colombia,Ediciones Mogollón, 1926, pág. 156.

[\[21\]](#). Jaime Santos Briz señala que “la vida humana no es concebible sin responsabilidad,ya jurídica o ya en todo caso ética”. Jaime Santos Briz, La responsabilidad civil. Derechos sustantivo y procesal, t. I, 7ª ed., Madrid, Edit. Montecorvo, 1993, pág.12. En el fondo es la cuarta acepción de responsabilidad que menciona Hart.

[\[22\]](#). Javier Hervada, Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho, 3ª ed., Pamplona, Eunsal, 2000, pág. 299.

{23}. Rodolfo Luis Vigo, De la ley al derecho, 2ª ed., México, Porrúa, 2005, pág. 244. En sentido similar el filósofo Juan Fernando Sellez afirma: “El derecho es de la persona y para la persona, pero no es la persona o contra la persona. Juan Fernando Sellez, La persona humana, Parte III, Núcleo personal y manifestaciones, Bogotá, Universidad de La Sabana, 1997, pág. 214.

{24}. Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, t. I, op. cit., pág. 7.

{25}. Jorge Santos Ballesteros, Instituciones de responsabilidad civil, t. I, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores núm. 21, 1996, pág. 35.

{26}. Jean Carbonnier, Droit civil, vol. II, Paris, Themis, 1959, pág. 569.

{27}. Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, t. I, op. cit., pág. 7.

{28}. Lidia M. Rosa Cordobera (Los daños colectivos y la reparación, Buenos Aires, Edit. Universidad, 1993, pág. 18) nos dice que el “derecho de daños tiene por propósito garantizar al individuo una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo a su persona o a sus bienes, y también, en una concepción más amplia, asegurar a los grupos intermedios a la sociedad la protección y reparación de los denominados “intereses colectivos”.

{29}. Pueden utilizarse como sinónimas las voces indemnizar, resarcir, componer, restaurar, así en sentido estricto haya algunas diferencias de matices en cada término y en algunos casos con consecuencias relevantes.

{30}. Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, t. I, op. cit., pág. 20.

{31}. Eduardo Álvarez Correa, Obligaciones, Bogotá, Uniandes, 1978, pág. 90. En la Lex Aquilia la culpa debía ser por comisión, nunca por omisión.

{32}. Más adelante volveremos sobre ello y señalaremos que algunos autores y un sector de la jurisprudencia han sostenido, con argumentos, que strictu sensu en Colombia las actividades peligrosas no son una responsabilidad objetiva en el sentido empleado en la teoría del riesgo.

[\[33\]](#). Positivismo jurídico, en todas sus variantes. Otto Von Gierke escribía en 1883 que el derecho natural era una creencia del pasado, y en el siglo pasado Hans Kelsen escribió que “no tiene sentido alguno” recurrir al derecho natural y habla de la “ingenuidad iusnaturalista”. Es el Estado el que hace las leyes y determina las normas, y así entonces la moralidad viene dada por la ley, es correlativa a la legalidad que marca el Estado. Como es comprensible, tales tesis tuvieron gran aceptación en los Estados totalitarios del siglo XX.

Sociologismo jurídico. Hace depender la moralidad de las condiciones sociales de cada pueblo. Según Arnold Gehlen, la sociología histórica ordena los valores éticos, llevando a que moralidad y legalidad sean coincidentes. Los errores de fondo de estas corrientes, en concepto de Aurelio Fernández, son de orden metafísico y gnoseológico. “El error metafísico consiste en afirmar que no se da «una naturaleza humana» como tal. El error gnoseológico radica en que, en mayor o menor medida, niegan el conocimiento objetivo”. Aurelio Fernández, Teología moral III. Moral social económica y política, Burgos-España, Ediciones Aldelcoa, 1993, pág. 424.

[\[34\]](#). Javier Hervada, Introducción crítica al derecho natural, Bogotá, Edit. Temis-Instituto de Humanidades de la Universidad de La Sabana, 2000, págs. 76 y 77.

[\[35\]](#). El jurista español Santos Briz dice que “Esos elementos comunes fundamentales podemos reducirlos a los siguientes: 1º) la acción u omisión infractora del contrato o productora del acto ilícito, 2º) antijuridicidad de la misma y causas que la excluyen, 3º) la culpa del agente, 4º) la producción del daño, 5º) la relación causal entre la acción u omisión y el daño”(Jaime Santos Briz, op. cit., pág. 26). Por su parte, el colombiano Emiliani Román enseña que los elementos esenciales de la responsabilidad civil “son el dolo o la culpa del victimario, el daño o perjuicio de la víctima y un vínculo de causalidad entre aquéllos y el daño o perjuicio”. Raimundo Emiliani Román, La responsabilidad delictual en el Código Civil colombiano, Bogotá, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Serie Major-5, 1994, pág. 1.

[\[36\]](#). Carlos Darío Barrera Tapias y Jorge Santos Ballesteros, El daño justificado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Seminarios núm. 2, 1997, pág. 11.

[\[37\]](#). La separación del derecho y la moral tiene su origen en el protestantismo, sobre todo en la tendencia calvinista y puritana que independizó toda ética de la religión y con

ella también el derecho, llegando a crear una ciencia del derecho natural racionalista, sin referencias sobrenatural. Este giro lo dio Grocio, que al establecer la fundamentación última del derecho en la naturaleza y en el derecho natural prescindiendo de Dios, instituyó una consideración del derecho aparte de la moral. Luego la perfiló Tomasio en su obra *Fundamenta iuris naturalae et gentium*, de 1705. Luego Kant eleva la separación entre derecho y ética a un sistema, acentuando la heteronomía y separación de los dos campos. Para él la moralidad se funda en la libertad interna de la voluntad que tiene en sí misma la regla moral, ya que es esencialmente autónoma e independiente de toda ley. El derecho, en cambio, se refiere a la libertad externa sometida al imperio de la ley y de la coacción exterior. Para Kant, el derecho tiene como elemento esencial el poder coercitivo. De allí lo tomará Hans Kelsen. Por el contrario, la doctrina tomista enseña que todo orden jurídico es esencialmente moral por tres razones: 1º) el derecho es el objeto de la justicia, y esta es una virtud moral que debe ordenar y regular una parte del bien moral completo, cual es el bien de la vida social; 2º) todo orden que regula y dirige las acciones humanas hacia el fin último del hombre está incluido en el orden moral, como parte de mismo, y 3º) todos los elementos del orden jurídico son morales: el derecho subjetivo y el deber jurídico son a la vez éticos y sobre todo la ley jurídica es a la vez ley ética. Aurelio Fernández, *Compendio de teología moral*, V, 1, 8, Madrid, Ediciones Palabra, 1995, pág. 618.

[\[38\]](#). Lidia M. Rosa Cordobera, op. cit., pág. 26.

[\[39\]](#). Francesco D'agostino, *Filosofía del derecho* (trad. de José Rodríguez Iturbe), Bogotá, Edit. Temis-Universidad de La Sabana, 2007, pág. 23 y 24.

[\[40\]](#). Gabriel Mora Restrepo, *Ciencia jurídica y arte del derecho. Estudio sobre el oficio del jurista*, Bogotá, Universidad de La Sabana-Ediciones Gustavo Ibáñez, 2005, pág. 146. En sentido similar Gustav Radbruch, en su obra *Relativismo y derecho*, señala: “Tal vez ningún otro tema haya ocupado tanto la filosofía del derecho como el de las relaciones entre lo moral y lo jurídico”. Conforme lo advierte Ralf Dreier, es un tema que “puede plantearse y responderse de diferentes formas [...] La disputa entre estas dos concepciones jurídicas, el positivismo y el iusnaturalismo, cubre varios siglos de historia del derecho y, a pesar de que a menudo se ha declarado cancelada, revive en cada época”. Gustav Radbruch, *Relativismo y derecho* (trad. de Luis Villar Borda), Bogotá, Edit. Temis, 1999, pág. IX.

[\[41\]](#). Mora Restrepo, *Ciencia jurídica y arte del derecho. Estudio sobre el oficio del jurista*, op. cit., pág. 170.

[{42}](#). Mora Restrepo, “Moral, derecho y razonabilidad práctica”, en Hacia una comprensión humana del derecho. Estudios en homenaje a Roberto Suárez Franco, Hernán OlanoGarcía y Jorge Oviedo Albán coordinadores, Bogotá, Edit. Temis, 2006, pág. 44.

[{43}](#). Ibid., págs. 51 y 52.

[{44}](#). Ibid., pág. 44. La etapa que dominó el siglo XX, un tanto superada por la teoría del derecho contemporánea, situaba el fondo de la cuestión en la bilateralidad, la heteronomía, la coercibilidad y la exterioridad del derecho, frente a la caracterización unilateral, autonomía, interioridad y coercibilidad de la moral.

[{45}](#). Ibid., pág. 47.

[{46}](#). Ibid., pág. 56.

[{47}](#). Ibid., pág. 55.

[{48}](#). Ibidem.

[{49}](#). Ibid., pág. 62.

[{50}](#). Pilar Fernández De Córdova, Treinta lecciones de iniciación filosófica, 4ª ed, Bogotá, Universidad de La Sabana, 2006, págs. 266 y 267.

[{51}](#). Mora Restrepo, “Moral, derecho y razonabilidad práctica”, op. cit., pág. 67.

[{52}](#). Ronald Dworking, El imperio de la justicia, 2ª ed., Barcelona, Ed. Gedisa, 1993, pág. 19.

[{53}](#). Tomás De Aquino al hablar de la restitución, la define como “poner de nuevo a uno en posesión de lo suyo”. A continuación afirma que se han de devolver no solo las cosas externas, sino también otros daños, por ejemplo los “corporales como cuando el cuerpo es maltratado por golpes” y los morales como “la difamación por palabras injuriosas o si se haya rebajado la honra”. Tomás De Aquino, Suma teológica, II-II, q. 62, a.1.

[{54}](#). Ibid., q. 58.

[\[55\]](#). Aurelio Fernández, Compendio de teología moral, 1ª, V,1,8, Madrid, Ed. Palabra,1995, pág. 618.

[\[56\]](#). Francesco Carnelutti nos dice: “Para poner orden en el caos económico y hacer deese modo que los hombres vivan en paz, es necesario sustituir el egoísmo por el altruismo, el yo por el tú. Si la economía es el reino del yo, el reinado del tu es la moral. Kant ha hablado a este propósito del respeto; pero la fórmula cristiana, incomparablemente más clara y vigorosa, propone el amor al prójimo como solución del problema”. Francesco Carnelutti, *Cómo nace el derecho*, Bogotá, Edit. Temis, 2000, pág. 17.

[\[57\]](#). Para más ilustración, véase Aurelio Fernández, Compendio de teología moral, op.cit., págs. 611-625.

[\[58\]](#). Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, t. I, op. cit., pág. 4.

[\[59\]](#). Los tribunales de ética médica están reglamentados por la ley 23 de 1981; el Códigode Ética del Odontólogo está contenido en el decr. 491 de 1990 y el ejercicio de la profesión de abogado está reglamentada en la ley 1123 de 2007. La profesión del periodista en la ley 918 de 2004 y el decreto 733 de 1976.

[\[59bis\]](#). Revista del , febrero 2012, núm. 30, pág. 85.

[\[60\]](#). Jorge Peirano Facio, Responsabilidad extracontractual, Bogotá, Edit. Temis, 2004, pág. 27.

[\[61\]](#). En sentido contrario Peirano Facio sostiene que “en el momento actual no puede fundarse una distinción seria entre la naturaleza del acto ilícito penal y la naturaleza del acto ilícito civil”. Argumenta que la esencia de la ilicitud está dada por la discrepancia entre una conducta y una norma del obrar, sin que sea posible establecer grados o calidades respecto de dicha discrepancia en sí mismo considerada y por el hecho incontrovertible de que la violación de una norma trae simultáneamente consecuencias civiles y penales”. Ibid., pág. 29.

[\[62\]](#). C. P., art. 9º.—“Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que

sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad”.

[{63}](#). Carrara, Programa de derecho criminal, vol. I, Bogotá, Edit. Temis, pág. 36.

[{64}](#). Corte Const., sent. C-198 de 1997.

[{65}](#). C. P., art. 21.—“Modalidades de la conducta punible. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención solo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley”.

Ibid., art. 22.—“Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

Ibid., art. 23.—“Culpa. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”.

Ibid., art. 24.—“Preterintención. La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente”.

[{66}](#). C. P., art. 12.—“Culpabilidad. Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”.

[{67}](#). Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, t. I, op. cit., pág. 19.

[{68}](#). C. P., art. 11.—“Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”.

[{69}](#). *Ibid.*, art. 66.—“Titularidad y obligatoriedad. El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier

otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código”.

{70} Ibid., art. 74.—“Delitos que requieren querella. Para iniciar la acción penal será necesario querella en los siguientes delitos, excepto cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad:

”1. Aquellos que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad; 2. inducción o ayuda al suicidio (C. P., art. 107); lesiones personales sin secuelas que produjeran incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta (60) días (C. P., art. 112, incs. 1º y 2º); lesiones personales con deformidad física transitoria (C. P., art. 113, inc. 1º); lesiones personales con perturbación funcional transitoria (C. P., art. 114, inc. 1º); parto o aborto preterintencional (C. P., art. 118); lesiones personales culposas (C. P., art. 120); omisión de socorro (C. P., art. 131); violación a la libertad religiosa (C. P., art. 201); injuria (C. P., art. 220); calumnia (C. P., art. 221); injuria y calumnia indirecta (C. P., art. 222); injuria por vías de hecho (C. P., art. 226); injurias recíprocas (C. P., art. 227); violencia intrafamiliar (C. P., art. 229); maltrato mediante restricción a la libertad física (C. P., art. 230); inasistencia alimentaria (C. P., art. 233); malversación y dilapidación de los bienes de familiares (C. P., art. 236); hurto simple cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P., art. 239, inc. 2º); alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (C. P., art. 243); estafa cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P., art. 246, inc. 3º); emisión y transferencia ilegal de cheques (C. P., art. 248); abuso de confianza (C. P., art. 249); aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito (C. P., art. 252); alzamiento de bienes (C. P., art. 253); disposición de bien propio gravado con prenda (C. P., art. 255); defraudación de fluidos (C. P., art. 256); acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones (C. P., art. 257); malversación y dilapidación de bienes (C. P., art. 259); usurpación de tierras (C. P., art. 261); usurpación de aguas (C. P., art. 262); invasión de tierras o edificios (C. P., art. 263); perturbación de posesión sobre inmuebles (C. P., art. 264); daño en bien ajeno (C. P., art. 265); usura y recargo de ventas a plazo (C. P., art. 305); falsa auto acusación (C. P., art. 437); infidelidad a los deberes profesionales (C. P., art. 445)”.

C. de P. P., art. 36.—“Delitos que requieren petición especial. La acción penal se iniciará por petición del Procurador General de la Nación, cuando la conducta punible se

haya cometido en el extranjero, no hubiere sido juzgada, el sujeto activo se encuentre en Colombia se cumplan los siguientes requisitos:

”1. Si se ha cometido por nacional, cuando la ley colombiana lo reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos (2) años.

”2. Si se ha cometido por extranjero, cuando sea perjudicado el Estado o nacional colombiano y tenga prevista pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos (2) años.

”3. Si se ha cometido por extranjero, cuando sea perjudicado otro extranjero, se hubiese señalado pena privativa de la libertad cuyo mínimo sea superior a tres (3) años, no se trate de delito político y no sea concedida la extradición.

”4. En los delitos por violación de inmunidad diplomática y ofensa a diplomáticos”.

[\[71\]](#). Para Eugenio Florian tres son las características que distinguen la acción penal de la civil: a) la acción civil es privada; b) la acción civil tiene carácter patrimonial, es decir que presenta un contenido patrimonial aun en los casos en que el daño sea exclusivamente extrapatrimonial y c) la acción civil es contingente, pues puede nacer del delito o no nacer. Citado por Humberto Cuéllar Gutiérrez, Responsabilidad civil extracontractual, Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1983, pág. 12.

[\[72\]](#). Cuando la muerte del reclamante ocurre durante el proceso judicial, el art. 68 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, tipifica la figura de la sustitución procesal. Si la causa la origina un acto entre vivos o la sucesión por muerte de la persona natural, el inc. 1º dispone que fallecido un litigante, y por tal se comprende tanto a quien integra una parte como al que actúa con cualquiera de las calidades de un tercero, o declarado ausente o en interdicción “el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador”. En este sentido el Consejo de Estado ha dicho que en “relación con la sucesión procesal, la violación del derecho cuya indemnización se reclama por quienes alegan la condición de sucesores procesales, si bien no la sufrieron directamente, heredaron de su madre el derecho litigioso que a esta le correspondía por el dolor que padeció. En otras palabras, si el perjuicio le fue causado en vida a la señora y cuando ella murió, ya estaba radicado en su patrimonio el derecho a pedir la indemnización respectiva, solo a título de herencia aquellos adquirieron la legitimación

para formular la respectiva pretensiónresarcitoria”. C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 10 marzo2005, exp. 16.346, C. P.: Ramiro Saavedra Becerra.

{73}. C. P., art. 89 —“Término de prescripción de la sanción penal. La pena privativa de la libertad, salvo lo previsto en tratados internacionales debidamente incorporados al ordenamiento jurídico, prescribe en el término fijado para ella en la sentencia o en el que falte porejecutar, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años. La pena no privativa de la libertad prescribe en cinco (5) años”.

{74}. Art. 8º de la ley 791 de 2002 que modificó el art. 2536 del C. C.

{75}. C. C., art 2357.

{76}. Otro aspecto que ha de llevarnos a estudiar la diferente naturaleza de cada tipo de responsabilidad es el histórico, pues en su génesis estaban fusionadas la responsabilidad penalcon la civil. En tal sentido pueden verse el Código de Hammurabi, el Éxodo (cap. XXI, V 23-25), y la historia del derecho romano.

{77}. Carrara, Programa de derecho criminal, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 36.

{78}. La definición de delito, en nuestro Código Civil sigue siendo la misma del derecho romano: el delito —delicta privata— era un hecho ilícito generador de obligaciones, cuyocarácter original consistía en haber sido previsto por una ley especial, comprendiendo bajo elnombre de leyes los edictos de los magistrados. Los principales eran el furtum, el damnuminiuria datum, el metus, el dolus, la frus creditorum, la iniuria. El cuasidelito “es un hechoilícito que, sin intención, causa un daño a tercera persona”. Cfr. Marcel Planiol y Georgeripert, Tratado práctico de derecho civil francés (trad. de Mario Díaz Cruz), t. IV, La Habana, Ed. Cultural, 1946, pág. 1036.

{79}. Luis G. Lopera Montaña, Responsabilidad civil extracontractual, trabajo presentado como Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, Ciencias Políticas y Sociales dela Universidad Nacional, Bogotá, Edit. Ferrini, 1938, págs. 28-30.

{80}. La norma original establecía: “Se entiende por víctimas, para efectos de este Código,las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo, como consecuencia del injusto. La

condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este”. La palabra “directo” fue declarada inexecutable por los cargos analizados mediante sent. C-516 de 2007(M. P. Jaime Córdoba Triviño), al analizarse que el calificativo de “directo” indudablemente restringía de manera inconstitucional la posibilidad de intervención de las víctimas en el proceso penal y su derecho a un recurso judicial efectivo. En esta providencia, la Corte puso de manifiesto que la determinación de la calidad de víctima debe partir de las condiciones de existencia del daño, y no de sus condiciones de imputación.

[\[81\]](#). Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, modificado por el decr. 1736 de 2012; ley 906 de 2004, modificada por la ley 1395 de 2010.

[\[82\]](#). C. S. de J., Sala Penal, sent. 21 octubre 2009, exp. 32.176, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

[\[83\]](#). C. S. de J., Sala Penal, sent. 13 abril 2011, exp. 34.145, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

[\[84\]](#). C. S. de J., Sala Penal, sent. 19 febrero 2009, exp. 30.237, M. P.: María del Rosario González.

[\[85\]](#). Manuel Antonio Echavarría Quiroz, “Demanda de inconstitucionalidad parcial del artículo 108 de la ley 906 de 2004”, en Revista del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, núm. 24, noviembre de 2008, págs. 155-176.

[\[86\]](#). Vale la pena recordar al lector, que en materia civil, el Código General del Proceso (ley 1564 de 2012, modificada por el decr. 1736 de 2012) dedica su libro cuarto a regular ampliamente las medidas cautelares.

[\[87\]](#). Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, sent. 14 agosto 2007, exp. 110016000013200780448-01 LMCT, proceso penal contra Dennis A. Morales y otros por delito de hurto.

[\[88\]](#). Para un detallado análisis del tema recomendamos ver Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, t. II, op. cit., págs. 175-274.

^{89}. Gayo (3,88) en las Instituciones enseña que las obligaciones nacen ya de un contrato, ya de un delito.

^{90}. Roberth J. Pothier, Tratado de las obligaciones, núm. 16.

^{91}. Peirano Facio, op. cit., 2004, págs. 56 y ss.

^{92}. Mariano Yzquierdo Tolsada, “En la zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una unificación”, op. cit., pág. 18.

^{93}. La tesis dualista fue acogida en principio por la inmensa mayoría de la doctrina de sutiempo. Cfr. Peirano Facio, op. cit., pág. 59.

^{94}. Yzquierdo Tolsada, “En la zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una unificación”, op. cit., pág. 18.

^{95}. Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, t. I, op. cit., págs. 113 y ss.

^{96}. Peirano Facio, op. cit., pág. 78.

^{97}. *Ibid.*, pág. 77

^{98}. En este sentido, cfr. Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, t. I, op. cit., pág. 68; Diego Fernando García Vásquez, “La responsabilidad contractual”, en Revista del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, núm. 22, noviembre de 2008 págs. 177-207.

^{99}. Como de los contratos surgen obligaciones para que sean cumplidas por las partes: dar el precio, entregar la cosa, etc., no sin razón afirman algunos que si no se cumplen esas obligaciones y por ello se causa un daño, la obligación de indemnizar los perjuicios en estricto sentido no es una obligación nacida del contrato, sino todo lo contrario, extra contrato y por la misma razón podría llamarse también responsabilidad extracontractual y deberían someterse a un mismo régimen legal. Lo cierto es que hoy subsiste la diferencia entre una y otra con consecuencias jurídicas importantes.

^{100}. C. C., art. 1546. “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el

otrocontratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

[{101}](#) Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, t. I, op. cit., pág. 153.

[{102}](#) C. C., art. 63.

[{103}](#) En igual sentido dice Tamayo Jaramillo: “Para que surja la responsabilidad contractual, se requiere que haya un daño proveniente de la inejecución de un contrato válidamentecelebrado entre el damnificado y el causante del daño”. (Tratado de responsabilidad civil, t.I, op. cit., pág. 68).

[{104}](#) “El demandante fue llevado de urgencias al Hospital General de Neiva donde fue atendido de las múltiples heridas y lesiones ocasionadas en el accidente, tales como «perturbaciónfuncional en el órgano de la locomoción por acortamiento de una de las extremidades inferiores; perturbación funcional en el órgano de la vista por disminución del 70% en la visión dela vista derecha y 35% en la vista izquierda; fracturas en la cadera, clavículas y costilla; fracturaen la pelvis, puño izquierdo», debiendo someterse a tratamiento con ortopedistas, lo que implicó comprar fajas y drogas, así como a una cirugía ocular que cuesta \$ 1.000.000. A esto sesuma la incapacidad durante 165 días, época en la que devengaba \$ 120.000 mensuales, aproximadamente, la pérdida de su capacidad laboral y los perjuicios morales por las secuelas, «ronquera y poca visión»”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 26 junio 2003, exp. C-5906,proceso ordinario de Olimpo Rivera Medina contra Transportes Rápido Tolima S. A. y Alfonso Parra Pérez, M. P.: José Fernando Ramírez Gómez.

[{105}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 26 junio 2003, exp. C-5906, cit.

[{106}](#) Cfr. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 19 abril 1993.

[{107}](#) Cfr. Ibidem.

[{108}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 26 junio 2003, exp. C-5906, cit.

[{109}](#) *Ibidem*.

[{110}](#) *Ibidem*.

[{111}](#). *Ibidem*.

[{112}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 26 noviembre 1999 (CCLXI, 1152-1153, vol. II).

[{113}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 26 junio 2003, exp. C-5906, cit.

[{114}](#). Para un panorama más amplio, consultar: Domingo Bello Janeiro et al., Tratado deresponsabilidad médica, responsabilidad civil, penal y hospitalaria, dirigido por Marcelo J.López Mesa, Buenos Aires, Legis, 2007; Sergio Yepes Restrepo, La responsabilidad civilmédica, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2008; Eduardo Rey Forero, Temas médico jurídicos, Bogotá, Universidad de La Sabana, 1997; Mario Fernando Parra Guzmán, Carga de la prueba en la responsabilidad médica, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2004; Luis Guillermo Serrano Escobar, Aspectos críticos de la responsabilidad médica en la actualidad, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2004; Carlos Ignacio Jaramillo, Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Ensayos, 2008.

[{115}](#). El caso extraordinario de responsabilidad extracontractual entre el médico y el paciente se daría cuando el médico atiende a un paciente inconsciente o víctima de un accidente y le presta auxilios en esas circunstancias calamitosas. En ese caso ni paciente ni médicose han puesto de acuerdo para la prestación del servicio, pero los deberes de socorro hacia lavíctima obligan a actuar al médico. En 1959 la Corte afirmó que la responsabilidad médicaera de carácter extracontractual y bajo la especie de actividad peligrosa. Luego la Corte rectificó el error, como lo hizo en una sentencia de 2001, en la que refiriéndose a este fallo de1959 señaló: “en sentencia dictada el 14 octubre 1959 (“G. J.” núm. 2217, págs. 759 y ss.),inmotivadamente se sostuvo como principio general que a la responsabilidad extracontractual del médico era «aplicable el artículo 2356 del Código Civil por tratarse de actividadespeligrosas». El acto médico no es pues una actividad peligrosa ha definido la Corte Supremade Justicia aunque ciertamente, el acto médico y quirúrgico muchas veces comporta un riesgo, pero este, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudenciaha signado como actividades peligrosas en consideración al potencial riesgo que generan y alestado de indefensión en que se colocan los asociados, tiene fundamentos éticos, científicosy de solidaridad que lo justifican”. (C. S. de J., Sala de Casación civil, sent. 30 enero 2001,exp. 5507, M. P.: José Fernando Ramírez Gómez).

[{116}](#). No obstante un sector minoritario ha querido sin éxito desconocer el carácter de mediodel la obligación del profesional de la salud. G. Marton, uno de sus exponentes señala: “seríaun gran error no ver una obligación de resultado más allá en donde un resultado circunscrito y estrictamente delimitado fue precisado en el contrato [...]. Lo que se denomina obligaciones de medios, no son más que obligaciones cuyo fin es precisado estrechamente por un resultado fragmentario, por una tarea parcial en relación con el fin más amplio que, sin embargo, permanece fuera de la obligación”. G. Marton, “Obligations de résultat et obligations demoyeno”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. XXXIV, Paris, 1935, pág. 515 y ss., citado por Carlos Ignacio Jaramillo J., *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Ensayos, 2008, pág. 335.

[{117}](#). Manuel Gitrama González, “Configuración jurídica de los servicios médicos”, en *Estudios de derecho público y privado*, ofrecidos al prof. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano, Valladolid, 1965, pág. 355. citado por Carlos Ignacio Jaramillo J., *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección ensayos, 2008, pág. 330.

[{118}](#). Eduardo A. Zannoni, *La obligación*, Colegio de Abogados de San Isidro, Buenos Aires, 1984, pág. 89.

[{119}](#). Francisco Jordano Fraga, “Obligaciones de medios y de resultado”, en *Anuario de derecho civil*, Madrid, 1991, pág. 9, citado por Carlos Ignacio Jaramillo J., *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección ensayos, 2008, pág. 331.

[{120}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 5 de marzo de 1940 (“G. J. t. XLIX, págs. 116 y ss.). Esta posición se reitera en la sent. de 12 septiembre 1985 (“G. J.” núm. 2419, págs. 407 y ss.), afirmándose que “el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste de verá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”. Luego, en sent. de 26 noviembre 1986 (“G. J.”, núm. 2423, págs. 359 y ss.), se ratificó la doctrina, inclusive invocando la sent. de 5 marzo 1940, pero dejando a salvo, como se anotó, en el campo de la responsabilidad contractual, el caso en que en el “contrato se hubiere asegurado un determinado resultado” pues “si no lo

obtiene”, según dice la Corte, “el médico será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima”, a no ser que logre demostrar alguna causa de “exoneración”, como la “fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada”. La tesis de la culpa probada la consolidan las sent. de 8 mayo 1990, 12 julio 1994 y 8 septiembre 1998. Por su parte, la Corte Constitucional también ha tenido ocasión de sostener la misma postura en sent. de 23 octubre 1995 (T-65087), en la que expresó que “La obligación contractual o extracontractual del médico respecto del ser humano a quien va a tratar, buscando su curación es una prestación de servicios que produce obligaciones de medio y no de resultado, enmarcada en el consentimiento, entendiendo por tal el acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto jurídico”.

[\[121\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 5 marzo 1940 (“G. J.”, t. XLIX, págs. 116 yss.).

[\[122\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 30 enero 2001, exp. 5.507 M. P.: José Fernando Ramírez Gómez.

[\[123\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 26 noviembre 1986, M. P.: Héctor Gómez Uribe.

[\[124\]](#) No obstante, la diferencia entre obligaciones de medio y de resultado no siempre ha sido pacífica en nuestro medio. La división en obligaciones de medio y de resultado está consagrada en el Código Civil francés (art. 1137) que no fue reproducido en nuestro estatuto y por esto un sector doctrinal ha discutido la aplicabilidad de tal distinción en nuestro medio. Los defensores de esta tesis argumentan que el régimen en Colombia es el señalado en el art. 1604 del C. C. colombiano que preceptúa la responsabilidad de los contratantes en atención a la utilidad en el contrato de modo que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo.

[\[125\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 30 enero 2001, exp. 5507, M. P.: José Fernando Ramírez Gómez. En 1986 había dicho la Corte: “Es verdad incuestionable que la responsabilidad de los médicos es contractual, cuando las obligaciones que ellos asumen frente a sus pacientes se originan en el contrato de servicios profesionales, siendo aplicables, por tanto, las normas del título XII del libro 4 del Código Civil, sobre efectos de las obligaciones y no las relativas a la responsabilidad extracontractual por el delito o la

culpa de quien causa daño a otro”. (C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 26 noviembre 1986, M. P.: Héctor GómezUribe).

[{126}](#) Jaramillo, Responsabilidad civil médica, op. cit., págs. 101-138.

[{127}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 30 enero 2001, exp. 5507, M. P.: José Fernando Ramírez Gómez.

[{128}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 26 noviembre 1986, M. P.: Héctor GómezUribe.

[{129}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 30 enero 2001, exp. 5507, M. P.: José Fernando Ramírez Gómez.

[{130}](#) C. S. de J., Sala Laboral, sent. 22 enero 2008, exp. 30621, M. P.: Eduardo LópezVillegas.

[{131}](#) *Ibidem*

[{132}](#) Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, sent. 4 diciembre 2007, rad. 27-199609203 02, M. P.: Álvaro Fernando García Restrepo.

[{133}](#) *Ibidem*.

[{134}](#) C. de E., Sección Tercera, sent. 13 agosto 1992, rad. 7274, C. P.: Daniel SuárezHernández, actor: Gloria Villamizar Callejas, demandado: Instituto de Seguros Sociales.

[{135}](#) C. S.de J Sent. Sala de Casación Laboral, sent.13 febrero 2007, exp. 29.519; C. S.de J.Sala de Casación Laboral, sent.27 marzo 2007, exp. 28.983; C. S.de J, Sala de Casación Laboral,sent. 26 abril 2007 exp. 3 y C. S.de J. Sala de Casación Laboral, sent. 22 enero 2008 exp. 30.621.

[{136}](#) C. de E., Sección Tercera, sent. 24 abril 2008, rad. 1762, M. P.: Enrique Gil Botero

[{137}](#) C. S de J., Sala de Casación Civil, sent. del 4 mayo 2009, exp. 05001-3103-002-2002-00099-01, M. P.: William Namén Vargas.

[{138}](#). *Idem.*

[{139}](#). *Idem.*

[{140}](#). Diego Fernando García Vásquez , “La responsabilidad contractual”, en Revista del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, núm. 22, noviembre de 2008, pág. 177.

[{141}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 11 mayo 1970, “G. J.” núms. 2326-2328, pág. 124. En tal sentido la Corte dijo: “Así entendida la responsabilidad contractual, *su denominación tradicional resulta impropia, como quiera que el vínculo obligatorio que ella presupone puede emanar de fuentes distintas de los contratos*”: Cfr. Jorge Santos Ballesteros , *op. cit.*, págs. 60 y ss.

[{142}](#). Santos Ballesteros, t. i, *op. cit.*, pág. 69.

[{143}](#). *Ibid.*, pág. 71.

[{144}](#). Obsérvese cómo la tesis de Santos Ballesteros lleva a una solución diferente a la teoría clásica de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual. Y debemos anticipar que la distinción no es meramente académica, sino de importantes consecuencias jurídicas procesales. En este sentido, en la doctrina colombiana Juan David Barrientos en el libro *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo*, tomo I, pág. 98 y ss., argumenta que la responsabilidad precontractual es contractual.

[{145}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 23 junio 2000, exp. C-5295.

[{146}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 28 junio 1989, M. P.: Rafael Romero Sierra. En el mismo sentido: C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 23 noviembre 1989, M. P.: Alejandro Bonivento Fernández.

[{147}](#). Francesco Galgano, *El negocio jurídico* (trad. de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albertosa), Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pág. 462.

[{148}](#) Ibid., pág. 463.

[{149}](#) Jorge Oviedo Albán, *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo xxi*, Colección Jornadas, núm. 1, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, 2009, págs. 185-222.

[{150}](#) Jorge Oviedo Albán, *La formación del contrato*, Tratos preliminares, oferta, aceptación, Bogotá, Temis y Universidad de la Sabana, 2008, pág. 31.

[{151}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 noviembre 1989, M. P.: José Alejandro Bonivento Fernández.

[{152}](#) Edgar Cortés, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pág. 41.

[{153}](#) “*Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora.* La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado.

”La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora sólo se producirán a partir de la notificación.

”La notificación del auto que declara abierto el proceso de sucesión a los asignatarios, también constituye requerimiento judicial para constituir en mora de declarar si aceptan o repudian la asignación que se les hubiere deferido.

”Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos.

”El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez”.

[{154}](#) Eugene Petit (*Tratado elemental de derecho romano*, pág. 470) señala: “Nuestros antiguos intérpretes del derecho romano, tales como Dumoulin y Pothier, habían comprendido de otro modo la teoría de las culpas. Distinguían tres clases de culpas: la *culpa lata*, la *culpa leve* y la *culpa levísima*”.

[{155}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, “G. J.”, t. lix, pág. 409, citado por Jorge Angarita Gómez, *Derecho civil*, Parte general, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1974, pág. 66.

[{156}](#) Ulpiano, L, 44, pr. D, *Adlege Aquilia*, 2.

[{157}](#) No obstante, se puede pensar que la presunción de culpa también recae en los casos de obligaciones de medio, toda vez que el art. 1604 num. 4 establece que la prueba de la diligencia y la del caso fortuito incumbe a quien la alega, es decir quien ha debido emplear la diligencia ha de probar. No obstante la jurisprudencia y la doctrina mantienen la diferencia.

[{158}](#) El término presunción de responsabilidad se ha impuesto en materia de responsabilidad del Estado. Cfr. C. de E., sent. 14 septiembre 2000, C. P.: Ricardo Hoyos Duque.

[{159}](#) “En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente”.

[{160}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 30 abril 1976.

[{161}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 15 abril 1997.

[{162}](#) “Llámase infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el [varón] que no ha cumplido catorce años [y la mujer que no ha cumplido doce]; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.

Las expresiones mayor de edad o mayor, empleadas en las leyes comprenden a los menores que han obtenido habilitación de edad, en todas las cosas y casos en que las leyes no hayan exceptuado expresamente a estos” (C. C., art. 34). En sent. C-534 de 2005 la Corte Constitucional había declarado inexecutable las expresiones “ varón” y “ y la mujer que no ha cumplido doce” igualando entonces la pubertad en varones y mujeres en catorce años; pero posteriormente el art. 53 de la ley 1306 de 2009 modificó el art. 34 del C. C. en cuanto que la pubertad comienza a los doce años tanto para varones como para mujeres al disponer para todos los efectos legales que la expresión “impúber” se equipara a la de “niño” o “niña” del artículo 3° del Código de Infancia y Adolescencia. En consecuencia impúber es el niño o niña entre los cero y doce años de edad.

“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender [por escrito]. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución” (C. C., art. 1504). La frase “por escrito” fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional mediante sent. C-983 de 2002.

[.163](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, auto 12 diciembre 1997, exp. 6939.

[.164](#). “La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción” (C. C., art. 2512).

[.165](#). Corte Const., sent. C-215 de 1999.

[.166](#). Conviene precisar que en materia de responsabilidad civil se usa la expresión prescripción de la acción, mientras que en el contencioso administrativo se emplea la de caducidad de la acción, para expresar el mismo fenómeno de que las acciones no perduran indefinidamente en el tiempo. Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, t. II, op. cit.,pág. 274.

[.167](#). José Manuel Gual Acosta, Validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad contractual, Universidad de Lima, Revista Advocatus, núm. 8, 2003, pág.100. En cuanto a la procedencia y funcionamiento de la cláusula penal en la responsabilidad extracontractual, ver “Procedencia y funcionamiento de la cláusula penal en

la responsabilidad extracontractual. Análisis desde la normativa de los Códigos Civiles de Chile y Colombia” del Dr. Hernán Corral Talciani en Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo, tomo I, págs. 303 a 329.

[{168}](#). Carlos Darío Barrera Tapias y Jorge Santos Ballesteros , op. cit., pág. 47.

[{169}](#). C. de Co., art. 1005. Modificado. Decr. 1º de 1990, art. 17. “El transportador que, asabiendas, se obligue a conducir enfermos, personas con discapacidad mental, menores de edad, deberá prestarles dentro de sus posibilidades, los cuidados ordinarios que exija su estado o condición. Además, responderá de los perjuicios causados por falta de estos cuidados y, en todo caso de los que ocasionen estas personas a los demás pasajeros o cosas transportadas. La responsabilidad y demás obligaciones inherentes al contrato, respecto de los enfermos, menores o dementes, solo cesarán cuando sean confiados a quienes hayan de hacerse cargo de ellos, según las instrucciones dadas al transportador. Las cláusulas de exoneración de responsabilidad en relación con los hechos de que trata este artículo no producirán efectos” (sin bastardilla el original).

[{170}](#). Jorge Bustamante Alsina, Teoría general de la responsabilidad civil, 9ª ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1998, núms. 821-822, pág. 437.

[{171}](#). Para un estudio más detallado sugerimos consultar a José Manuel Gual Acosta, Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil, Biblioteca de tesis doctorales 3, Bogotá, Edic. Gustavo Ibáñez, 2008; José Manuel Gual Acosta, Validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad contractual, Advocatus, núm. 8, Perú, Universidad de Lima, 2003; Carlos Darío Barrera Tapias y Jorge Santos Ballesteros , op.cit., págs. 83 y ss.

[{172}](#). Gual Acosta, Validez de las cláusulas de exoneración..., op. cit., pág. 100.

[{173}](#). Ibidem.

[{174}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, “G. J.”, t. LXI, pág. 770.

[{175}](#). Hemos transcrito, con algunas ampliaciones y correcciones, nuestro artículo, “La prohibición de opción entre responsabilidad contractual y extracontractual en el caso

Cárdenas Lalinde”, en *Revista del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado*, núm. 22, octubre 2007, págs. 29-47.

[{176}](#) Henri y Léon Mazeaud y André Tuno, t. i, *op. cit.*, pág. 251.

[{177}](#) El problema ha sido planteado con profundidad y extensión por Tamayo Jaramillo en *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *op. cit.*, págs. 125 y ss.

[{178}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 18 octubre 2005, exp. 14.491, M. P.: Pedro Octavio Munar Cadena, publicada en *Jurisprudencia y Doctrina*, diciembre de 2005.

[{179}](#) Gonzalo Flórez Moreno, “Un sorpresivo viraje de la Oorte Suprema”, en *Ámbito Jurídico*, Bogotá, Ed. Legis, año IX, núm. 198 del 3 al 23 de abril de 2006, pág. 17.

[{180}](#) Ibidem.

[{181}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 18 octubre 2005, exp. 14.491, cit.

[{182}](#) Ibidem.

[{183}](#) Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *op. cit.*, pág. 136.

[{184}](#) Para Karl Larenz, “el crédito por indemnización de daños, ya se base en infracción de contrato o acto ilícito, en cuanto su contenido sea el mismo, es un solo crédito con varios fundamentos o causas, pero que solo una vez puede ser cumplido, solo una vez reclamado judicialmente y solo una vez cedido” (citado por Jaime Santos Briz, *op. cit.*, pág. 160).

[{185}](#) Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, t. i, *op. cit.*, pág. 263. Tamayo Jaramillo plantea el problema como sigue: “entre las mismas partes y para cobrar un mismo daño, ¿la víctima podrá invocar contra el demandado, indistintamente, bien sea la responsabilidad civil contractual, bien la responsabilidad civil extracontractual?” (*Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *op. cit.*, pág. 136).

[{186}](#) C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sent. 9 septiembre 2000, exp. 5602, M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

[{187}](#) Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, págs. 551 y ss.

[{188}](#) En ocasiones la Corte Suprema ha confundido la prohibición de opción con otros conceptos. Por ejemplo, en la sent. de 30 mayo 1980, le concedió al pasajero lesionado la alternativa de demandar por responsabilidad contractual o por la extracontractual, criterio que no se compadece con el texto legal. En 1993 corrige este error y declara: “En cambio, tratándose del fallecimiento del pasajero en desarrollo de la ejecución de un contrato de transporte, la mencionada codificación no limitó dicha hipótesis a las reglas generales de la transmisión *mortis causa* de las acciones contractuales, que permitieran a sus causahabientes la reclamación de la correspondiente responsabilidad contractual por el fallecimiento del causante, contratante original, con fundamento en los artículos 993, 998 y 822 del Código de Comercio en armonía con el artículo 1008 del Código Civil; sino que, por el contrario, determinó consagrar una regulación especial que, reiterando la existencia de la responsabilidad contractual, transmitida su acción *mortis causa*, también permite la posibilidad del surgimiento de una responsabilidad extracontractual, en favor directo de los herederos, fundada en la muerte del pasajero; con la salvedad de que son incompatibles su reclamación acumulativa, pero en cambio factible su reclamación separada y sucesiva” (C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 19 abril 1993, M. P.: Pedro Lafont Pianetta).

[{189}](#) Cfr. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *op. cit.*, págs. 161 y ss.

[{190}](#) “Los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte, no podrán ejercitar acumulativamente la acción contractual transmitida por su causante y la extracontractual derivada del perjuicio que personalmente les haya inferido su muerte; pero podrán intentarlas separada o sucesivamente”.

[{191}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 18 octubre 2005, exp. 14.491, cit.

[{192}](#) Ley 1564 de 2012, art. 88. *Acumulación de pretensiones*. El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean

conexas, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. Que el juez sea competente para conocer de todas, sin tener en cuenta la cuantía. 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias. 3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

”En la demanda sobre prestaciones periódicas podrá pedirse que se condene al demandado a las que se llegaren a causar entre la presentación de aquélla y el cumplimiento de la sentencia definitiva.

”También podrán formularse en una demanda pretensiones de uno o varios demandantes o contra uno o varios demandados, aunque sea diferente el interés de unos y otros, en cualquiera de los siguientes casos:

”a) Cuando provengan de la misma causa. b) Cuando versen sobre el mismo objeto. c) Cuando se hallen entre sí en relación de dependencia. d) Cuando deban servirse de unas mismas pruebas.

”En las demandas ejecutivas podrán acumularse las pretensiones de varias personas que persigan, total o parcialmente, los mismos bienes del demandado”.

[{193}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 18 octubre 2005, exp. 14.491, cit.

[{194}](#). Ibidem.

[{195}](#). Este principio general tiene reconocidas excepciones: incumplimiento del contrato que es a su vez delito penal y los casos de terceros subadquirentes en la acción, que tienen contra el productor o vendedor inicial.

[{196}](#). “ *Congruencia*. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

[{197}](#). Citado por Santos Briz, op. cit., págs. 102 y ss.

[{198}](#). Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, t. II, op. cit., págs. 139.

[{199}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 31 octubre 2001, exp. 5906.

[{200}](#) Ibidem.

[{201}](#) Ibidem.

[{202}](#) Es la tesis que defiende Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, págs. 146-147.

[{203}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, Sent. 31 octubre 2001, exp. 5906.

[{204}](#) Gonzalo Flórez Moreno, *op. cit.*, pág. 17.

CAPITULO SEGUNDO

[{1}](#) La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a partir de los fallos proferidos el 14 de marzo, 18 y 31 de mayo de 1938, al aludir a la necesidad que existe en las sociedades modernas de acompañar la jurisprudencia a las actividades y adelantos del mundo moderno, dio carta de ciudadanía a la conocida responsabilidad civil por actividades peligrosas. C. S. de J., Sala de Casación Civil, “G. J.”, t. XLVI, págs. 216, 516 y 561.

[{1bis}](#) El término “demente” fue sustituido por “persona con discapacidad mental”, en virtud del parágrafo del artículo 2º de la ley 1306 de 2009. Adicional a ello, para la interpretación de este artículo se debe tener en cuenta lo dispuesto por la ley 1098 de 2006, por la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia que entró a regir en 2007, seis meses después de su promulgación. En éste se establece el sistema de responsabilidad penal para adolescentes (art.132) entre los 14 y 18 años al momento de cometer un hecho punible.

[{2}](#) El artículo correspondiente del Código Civil chileno (art. 2319 num. 1) estableció que los menores de siete años son incapaces, es decir los infantes, manteniendo la estructura lógica que Bello le dio al tema de la capacidad en todo el Código Civil

{3}. Leonardo A. Colombo, *Culpa aquiliana*. Cuasidelitos, t. I, 3ª ed., Buenos Aires, Edit. La Ley, 1965, pág. 134.

{4}. *Infantes*, de *in fari* (no hablar), eran propiamente aquellos que no podían hablar razonablemente, y conforme a un criterio que prevaleció con Justiniano se tenía por tales a los menores de siete años. *Infantiamaiiores*: comprendía los impúberes entre los 7 y 12 ó 14 (según fuera varón o mujer). La distinción tenía consecuencias jurídicas importantes en cuanto a la capacidad: los *infantes* no eran responsables penalmente, y no podían intervenir en modo alguno en la realización de negocios jurídicos, pero los *infantia maiores* respondían por sus delitos, pues eran *doli capaces*, y podían actuar en negocios jurídicos aunque siempre con la autorización de sus tutores presentes al acto (*auctoritas tutoris*). Faustino Gutiérrez y Alviz y Armario, *Diccionario de derecho romano*, 2a ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1976.

{5}. El texto de la partida dice: “Cuando el daño lo ocasiona un loco, desmemoriado o menor de diez años y medio, en este caso no puede ser demandada la enmienda del daño”.

{6}. Gabriel Mora Restrepo, *Ciencia jurídica y arte del derecho. Estudio sobre el oficio del jurista*, op. cit., pág. 345.

{7}. La Corte suprema de justicia reiteró la clasificación de los diferentes tipos de responsabilidad civil, así: “en memorable sentencia del 12 de mayo de 1939 (XLVIII, pág. 27), reiterada posteriormente en muchas ocasiones, la Corte clasificó los casos en que según la ley se genera la responsabilidad por culpa aquiliana.

” «El título XXXIV del libro cuarto del Código Civil consagrado a dar normas sobre la responsabilidad común por los delitos y culpas, divídese por materias en tres partes: la primera, que son los artículos 2341 y 2345, contiene los principios directores de la responsabilidad delictual y cuasidelictual del hecho personal; la segunda, constituida por los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352, regula todo lo relativo a la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro; y la tercera, agrupada bajo los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, se refiere a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas e inanimadas. La jurisprudencia que acaba de transcribirse como se dijo, ha sido reiterada por la Corte, entre otras, en las siguientes sentencias: 18 noviembre 1940 (I, pág. 441); 25 febrero y 24 junio 1942 (LIII,

págs. 87 y 658); 18 octubre 1945 (LIX, pág. 97); 6 febrero 1944 (LVII, pág. 29); 27 octubre 1947 (LXIII, pág. 86); 16 diciembre 1952 (LXXIII, pág. 86); y 28 febrero 1958 (LXXXVII, pág. 131)”. (C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 11 marzo 1976, M. P.: José María Esguerra Samper).

{8}. El decr. 2820 de 1974 introdujo algunas modificaciones al art. 2347 así: a) en el inc. 2º igualó la responsabilidad de los padres. Antes era solo el padre “y a falta de este la madre”; b) el inc. 4º derogado decía “así el marido es responsable de la conducta de su mujer”, pues a ella se le consideraba a incapaz y estaba bajo la subordinación del marido.

PARTE SEGUNDA

CAPÍTULO PRIMERO

{1}. Carlos Alberto Gherzi, *Modernos conceptos de responsabilidad civil*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1995, pág. 8.

{2}. Luis Díez-Picazo, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 19. Es lugar común en los tratados de responsabilidad señalar la dificultad de sistematización y armonización de la responsabilidad extracontractual. Carvalho de Mendonça, en su obra *Doctrina epráctica...*, t. ii, pág. 439, num. 736, citado por Jorge Peirano Facio señala que “no hay en todo el derecho civil materia más vasta, más confusa, y de más difícil sistematización” (Jorge Peirano Facio, *op. cit.*, pág. 6).

{3}. Marcelo López Meza, “Balance y perspectiva de la responsabilidad civil en el derecho moderno”, en *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, Colección Jornadas núm. 1, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, 2009, pág. 23.

{4}. Ibidem.

{5}. Para un estudio más detallado cfr. López Meza, *op. cit.*, págs. 23-120.

[{6}](#). Alejandro Llano, “Antropología de la violencia”, en *¿Quiénes somos? hacia una comprensión de lo humano*, Bogotá, Universidad de la Sabana, 2008, pág. 119-120.

[{7}](#). Ilva Myriam Hoyos Castañeda, *De la dignidad y de los derechos humanos. Una introducción al pensar analógico*, Ed. Temis y Universidad de La Sabana, 2005, pág. 164.

[{8}](#). Jon Elster, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, (trad. de Ezequiel Zaidenweg), Buenos Aires, Ed. Katz, 2007.

[{9}](#). Maria Paula Saffon y Rodrigo Uprimny, *Tendiendo puentes entre las dimensiones política, jurídica y psicosocial de la justicia transicional en Colombia*, 2006.

[{10}](#). Jon Elster, *op. cit.*, pág. 105.

[{11}](#). *Ibid.*, pág. 106.

[{12}](#). *Ibid.*, pág. 117.

[{13}](#). *Ibid.*, pág. 196. Elster muestra cómo cerca de cincuenta mil empresas de judíos fueron incautadas por el gobierno nazi durante la segunda guerra mundial. *Ibid.*, pág. 198.

[{14}](#). *Ibid.*, pág. 200.

[{15}](#). *Ibid.*, págs. 200-201.

[{16}](#). *Ibid.*, pág. 204.

[{17}](#). *Ibid.*, pág. 116.

[{18}](#). *Ibid.*, págs. 205-211.

[{19}](#). *Ibid.*, pág. 206.

[{20}](#). *Ibid.*, pág. 207.

[{21}](#). *Ibidem*.

[{22}](#). *Ibidem*.

[{23}](#). *Ibid.*, pág. 215.

[{24}](#). La Convención Americana sobre Derechos Humanos se adoptó en 1969 en una conferencia intergubernamental llevada a cabo en San José, Costa Rica. La Convención fue organizada por la Organización de Estados Americanos (OEA). En esta convención, la OEA extendió la función de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión Interamericana o la Comisión) y creó la Corte Interamericana. Tanto la Comisión Interamericana como la Corte fueron creadas con la misión de proteger los derechos descritos en la Convención. La Comisión Interamericana se estructuró como un foro original para las personas que manifestasen ser víctimas de violaciones de sus derechos humanos, con la alternativa de enviar casos irresueltos a la Corte Interamericana.

[{25}](#). Los siguientes Estados han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

[{26}](#). Aunque la Convención fue adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada del 7 al 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica, entró en vigor el 18 de julio de 1978, cuando fue depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos.

[{27}](#). Corte I.D.H. Caso *Masacre del Tuango*, párr. 238, Caso *Baldeón García*, párr. 174; Caso *Comunidad indígena Sawhoyamaxa*, párr. 195; y Caso *Acevedo Jaramillo* y otros, párr. 294.

[{28}](#). Corte I.D.H. Caso *Las Palmeras vs. Colombia*, sent. de 6 diciembre 2001, párr. 68. Estas modalidades fueron acogidas por el C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, sent. de 19 octubre 2007, exp. 29273.

[\[29\]](#). Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, Caso *María Elena Loayza Tamayo vs. Perú*, anexo XXXII.

[\[30\]](#). Deutsche Gesellschaft Für Technische Zusammenarbeit (GTZ), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, GTZ, 2010, pág. 131.

[\[31\]](#). Idem, ibidem.

[\[32\]](#). Corte I.D.H. Caso *Cantoral Huamani*, sent. de 10 julio 2007, Serie C núm. 166, párr. 166, en Deutsche Gesellschaft Für Technische Zusammenarbeit (GTZ). *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, cit. 132.

[\[33\]](#). Deutsche Gesellschaft Für Technische Zusammenarbeit (GTZ), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, cit., pág. 132.

[\[34\]](#). Corte I.D.H. Caso *García Prieto y otros vs. El Salvador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sent. de 20 noviembre 2007, párrafo 173 “Es procedente otorgar una indemnización por los gastos en los que las víctimas o sus familiares han incurrido como consecuencia de las violaciones declaradas, siempre que tales gastos tengan un nexo causal directo con los hechos violatorios y no se trate de erogaciones realizadas por motivo del acceso a la justicia, ya que estas últimas se consideran como «reintegro de costas y gastos» y no como «indemnizaciones»”.

[\[35\]](#). Deutsche Gesellschaft Für Technische Zusammenarbeit (GTZ), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, GTZ, 2010, pág. 133.

[\[36\]](#). Corte I.D.H. Caso *Juan Humberto Sanchez*, sent. de 7 junio 2003, Serie C 99.

[\[37\]](#). Idem.

[\[38\]](#). Sent. de 18 septiembre 2003. Serie C núm. 100, en Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ). *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, cit., pág. 134.

^[39] Sent. de 27 noviembre 1998, Serie C núm. 43, párrafo 46, en Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, cit., pág. 134.

^[40] Además del señalado caso *Bulacio*, ver los casos *Molina Thiessen y Gutiérrez Soler*, en Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, cit., pág. 134.

^[41] Corte I.D.H., *Caso Cantoral Benavides*. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sent. de 3 diciembre 2001, Serie C núm. 88, párr. 53.

^[42] Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo*. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 147, en Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, Ed. GTZ, 2010, pág. 135.

^[43] Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, cit., pág. 137.

^[44] Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, pág. 137.

^[45] C.I.D.H., *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana de Derechos Humanos), sent. de 3 de diciembre de 2001. Serie C núm. 88. Párr. 80.

^[46] Jorge Francisco Calderón Gamboa, *Reparación del daño al proyecto de vida por violación a los derechos humanos, breviaros jurídicos*, México, Ed. Porrúa, 2005, pág. 27.

^[47] Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, cit., pág. 140.

^[48] Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, cit., pág. 143.

[{49}](#). Corte I.D.H. *Caso Cantoral Benavides*. Reparaciones (art. 63.1 Convención Interamericana de Derechos Humanos), sent. de 3 diciembre 2001, en Deutsche Gesellschaft Für Technische Zusammenarbeit (GTZ), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, cit., pág. 137.

[{50}](#). Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, sent. de 29 julio 1988, Serie C núm. 4, párr. 37 a 39.

[{51}](#). Deutsche Gesellschaft Für Technische Zusammenarbeit (GTZ), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, cit., pág. 147-149.

[{52}](#). Deutsche Gesellschaft Für Technische Zusammenarbeit (GTZ), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, cit., pág. 147-149.

[{53}](#). Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.

[{54}](#). Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo*. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 147.

[{55}](#). C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, sent. de 20 febrero 2008, exp. 16.996, C. P.: Enrique Gil Botero. En sentido similar la Corte Constitucional en la sent. C-575 de 2006, expresa lo siguiente: “Por su parte el artículo octavo luego de señalar que «el derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas» alude a la reparación simbólica que define como «toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas». Al tiempo que señala que «La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sicosocial de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática»”.

[{56}](#). Ibidem.

[{57}](#). Ibidem.

[{58}](#). Ibidem.

[{59}](#). C. de E., sent. de 20 febrero 2008, exp. 16.996, C. P.: Enrique Gil Botero.

[{60}](#). Deutsche Gesellschaft Für Technische Zusammenarbeit (GTZ), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, cit., págs. 18,19.

[{61}](#). Ley de justicia y paz, art. 5°, modificado por el art. 2° de la ley 1592 de 2012.

[{62}](#). Deutsche Gesellschaft Für Technische Zusammenarbeit (GTZ), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, cit., pág. 28.

[{63}](#). En el inc. 4° del art. 5° de la ley 975 de 2005, en relación con los miembros de la fuerza pública, se establece: “igualmente se considerarán como víctimas a los miembros de la fuerza pública que hayan sufrido lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual o auditiva), o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones de algún integrante o miembro de los grupos armados organizados al margen de la ley”.

[{64}](#). Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, cit., pág. 24.

[{65}](#). Deutsche Gesellschaft Für Technische Zusammenarbeit (GTZ), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, cit., pág. 36.

[{66}](#). María Cristina Patiño González, “El derecho de la víctima a obtener reparación. Especial consideración a la ley 975 de 2005”, en *Revista Pensamiento Jurídico*, núm. 17, noviembre-diciembre de 2006, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, pág. 182.

[{67}](#). Art. 23 de la ley 975 de 2005 (mod. por el art. 23 de la ley 1592 de 2012) El nuevo texto es el siguiente: “En la misma audiencia en la que la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial correspondiente declare la legalidad de la aceptación total o parcial de los cargos formulados, se dará inicio de oficio al incidente para la identificación de las

afectaciones causadas a las víctimas con la conducta criminal, dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de la actuación. Este incidente no podrá extenderse por más de veinte (20) días hábiles.

”La audiencia del incidente se iniciará con la intervención de la víctima o de su representante legal o abogado de oficio, para que exponga las afectaciones causadas con la conducta criminal. Bastará con la prueba sumaria para fundamentar las afectaciones alegadas y se trasladará la carga de la prueba al postulado, si este estuviere en desacuerdo.

”La Sala examinará la versión de la víctima y la rechazará si quien la promueve no es víctima, decisión que podrá ser objeto de impugnación en los términos de esta ley.

”Admitida la versión de la víctima, la Sala la pondrá en conocimiento del postulado imputado que ha aceptado los cargos. Si el postulado estuviere de acuerdo, el contenido de la versión de la víctima se incorporará a la decisión que falla el incidente, junto con la identificación de las afectaciones causadas a la víctima, las cuales en ningún caso serán tasadas. En caso contrario, dispondrá la práctica de la prueba ofrecida por el postulado imputado, si la hubiere, oír el fundamento de las respectivas versiones y en el mismo acto fallará el incidente.

”La Sala incorporará en el fallo lo dicho por las víctimas en la audiencia con el fin de contribuir al esclarecimiento del patrón de macrocriminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley, así como de los contextos, las causas y los motivos del mismo, y remitirá el expediente a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas y/o a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas para la inclusión de las víctimas en los registros correspondientes para acceder de manera preferente a los programas de reparación integral y de restitución de tierras de que trata la ley 1448 de 2011 a los que haya lugar.

”Parágrafo 1º. La Defensoría del Pueblo, previo a la audiencia del incidente de identificación de las afectaciones causadas, deberá explicar a las víctimas que participan en el proceso de forma clara y sencilla, las distintas rutas de acceso a los programas de reparación integral a los que se refiere la ley 1448 de 2011.

”Parágrafo 2º. No podrá negarse la concesión de la pena alternativa en el evento de que la víctima no ejerza su derecho a participar en el incidente de que trata el presente

artículo.

”Parágrafo 3°. A la audiencia de incidente de identificación de las afectaciones causadas a las víctimas se citará a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas a efectos de suministrar la información que sea requerida por la sala del tribunal superior de distrito judicial y de informar a la víctima sobre los procedimientos de reparación integral de la ley 1448 de 2011.

”Parágrafo 4°. Si participare en el incidente del que trata el presente artículo una pluralidad de personas que afirmen ostentar la condición de sujeto de reparación colectiva, la Sala ordenará la remisión a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas para que esta valore de manera preferente si se trata o no de un sujeto de reparación colectiva en los términos de la ley 1448 de 2011. Si la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, al valorar la información suministrada considera que efectivamente se trata de un sujeto de reparación colectiva, deberá iniciar el trámite de la reparación colectiva administrativa.

”Parágrafo 5°. La Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial correspondiente y la Fiscalía General de la Nación tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que en el incidente de identificación de las afectaciones causadas a las víctimas participen las víctimas correspondientes al patrón de macrocriminalidad que se esté esclareciendo dentro del proceso, de conformidad con los criterios de priorización”.

^[68]. Para una ampliación del tema cfr. Obdulio Velásquez Posada, “Jurisdictional problems in cyberspace defamation. International Law”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, julio-diciembre, núm. 6, 2005.

^[69]. El término “cyberspace” fue acuñado por el novelista de ciencia ficción norteamericano William Gibson, en su obra *Burning Chrome, Omni* (1995) 72. Sin embargo, equivocadamente, en la literatura jurídica algunos autores le atribuyen el término al mismo autor en otra de sus obras *Neuromancer* (1984) 67. Por ejemplo, Ryan Yagura, *Does The Cyberspace Expand the Boundaries of Personal Jurisdiction?* (2002), en http://www.idea.piercelaw.edu/articles/38/38_2/9.Yagura.pdf. 14 August 2003. El origen de la equivocada referencia se atribuye a Edward A. Cavazos y a Gavino Morin, *Cyberspace and the Law: Your Rights and Duties in the On-Line World* (1994) y Howard

Rheingold, *The Virtual Community: Homesteading on the Electronic Frontier* (1993) 5. Cfr. Dan Hunter, “Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons” (2003) 91 *California LawReview* 439, 473.

{70}. Adam Milani, “A Symposium the Internet: Place, Property, or Thing-All or None of the Above, Morning Session” (2004), en 55 *Mercer Law Review* 867, 869.

{71}. 929 F Supp 824 (ED pa 1996); véase también *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 US 844, 850 (1997).

{72}. *American Civil Liberties Union v. Reno* 929 F Supp 824 (ED pa 1996); *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 US 844, 850 (1997).

{73}. David Potts, “Important Elements of the Internet Applicable to Cyber Libel, Impact of Distinctive Features of the Internet on Cyberlibel” (2003), en <http://www.cyberlibel.com/elements.html> at 1 August 2003.

{74}. *Dow Jones & Company Inc. v. Gutnick* (2002) 210 CLR 575 [119].

{75}. Sabra-Anne Kelin fue una fuerte defensora de la creación de leyes que regularan el spam, lo que finalmente terminó haciendo el Congreso de Estados Unidos. Véase Sabra-Anne Kelin, “State Regulation of Unsolicited Commercial e-Mail”, 2001, 16, *Berkeley Technology Law Journal* 435, 435-436. Véase también, Clifton Merrell, “Trespass to Chattels in the Age of the Internet”, 2002, en 80 *Washington University Law Quarterly*, 699-700.

{76}. 46 Cal App 4th 1559 (1996).

{77}. Burk, “The Trouble with Trespass” (2000), en *Journal Small & EmergingBusiness Law* 27, 49.

{78}. Pueden verse los siguientes casos relevantes: *CompuServe Inc. v. Cyber Promotions Inc. (CompuServe)*, *America Online v. IMS (America Online case)* and *Intel Corporation v Hamidi, (Hamidi case)* en el que las Cortes decidieron casos de spam a la luz del tipo de responsabilidad denominado *trespass to chattels*. Además, casos como *eBay*,

Inc v. Bidder's Edge, Inc. (eBay case) and *Register.com, Inc v Verio, Inc (Register case)* y *TicketMaster v. Tickets. Com (TicketMaster case)* en los que el uso de robots-software fue discutido como formas de responsabilidad civil.

{79}. Juzgado Segundo Promiscuo Municipal, Rovira (Tolima) 21 julio 2003, tutela de Juan Carlos Samper Posada en contra de Jaime Tapias, Héctor Cediél y otros, radicado 73-624-4089-002-2003-053-00. El caso decidido por el juez Alexander Díaz García es también un precedente singular en cuanto a los conceptos de domicilio y procedimiento virtual, pues la acción de tutela fue remitida al Juzgado Promiscuo Municipal Reparto, por “correo electrónico oficial (adiazg@cendoj.ramajudicial.gov.co) por el accionante Juan Carlos Samper Posada representado por apoderado judicial Dr. Álvaro Ramírez Bonilla, poder presentado virtualmente ante el notario diecinueve del Círculo de Bogotá (info@notaria19.com) Dr. Norberto Salamanca F. quien da fe del contenido del mensaje/poder otorgado, acción que fuera repartida extraordinariamente en soporte electrónico, correspondiéndole al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal su trámite.

{80}. C. de E., Sección Tercera, sent. 18 octubre 2007, actores: Gloria Patricia Segura Quintero y otros contra el Distrito Capital de Bogotá y otros, rad. 25000-23-27-000-2001-00029-01.

{81}. C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 2 julio 2008, rad. 15.657 (R-02006), actor: Teodolfo López Díaz y otros, salvamento de voto Enrique Gil Botero.

{82}. Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, págs. 96-98.

{83}. Holmes, *The CommonLaw*, Boston, 1881, págs. 144-145. El texto original dice: “civil liability, in its immediate working, is simply a redistribution of an existing loss between two individuals”.

{84}. Thomas H. Koenig, “Book Review Essay in Defense of Tort Law” (2002)¹, en *High Technology Law Program Suffolk University Law School*, 1, 1.

[\[85\]](#). Rustad y Koenig, famosos profesores y tratadistas norteamericanos, han señalado en un interesante estudio estadístico cómo la actitud de los tribunales norteamericanos al evitar expandir la responsabilidad civil en los casos que envolvían el uso de la Internet llevó a que pocos casos se presentaran ante los jueces en la década de los noventa. Con fundamento en estos datos los profesores Rustad y Koenig sostienen que el papel de las Cortes ha sido útil en crear una sociedad menos litigiosa. Michael L. Rustad, Thomas H. Koenig, “Cybertorts and Legal Lag: An Empirical Analysis” (2003) 13, en *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 77, 86.

[\[86\]](#). De raigambre alemana esta corriente comienza con los pandectistas, que separan el derecho privado del derecho público dando independencia al derecho nacional del Estado. Entre ellos pueden mencionarse, Gierke, Laban, Gerber, Von Jellinek, Kelsen, Savigny y la interpretación francesa, el primer Ihering.

[\[87\]](#). El juicio de Núremberg a los oficiales nazis fue señalado por Perelman como el quiebre en el concepto de derecho que lo identificaba a ley positiva. (Ch. Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979). En la década de los noventa se hace célebre el caso de los guardias del muro de Berlín que dispararon y mataron unos alemanes que intentaron pasar el muro. Los guardias inicialmente fueron condecorados por haber aplicado el derecho positivo vigente. Pero en 1989 cae el muro de Berlín y los soldados son procesados y condenados por homicidio, pues los guardianes pudieron haber errado el disparo y así preservar la vida, derecho humano fundamental que prevalecía sobre el derecho positivo.

[\[88\]](#). Rodolfo Vigo, *De la ley al derecho*, *op. cit.*, pág. 3.

[\[89\]](#). Ricardo Luis Lorenzetti, *Razonamiento judicial. Fundamentos de derecho privado*, Lima, Edit. Jurídica Grijley, 2006, pág. 35.

[\[90\]](#). Ibidem.

[\[91\]](#). Véase “La responsabilidad civil en el contexto de la teoría del derecho actual”, en *Revista del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado*, Medellín, junio de 2007, núm. 21, págs. 7 y ss.

[\[92\]](#). No se utiliza la expresión responsabilidad *civil* del Estado, sino simplemente responsabilidad del Estado porque se pretende con ello enfatizar el carácter autónomo de esta responsabilidad frente a la tradicional responsabilidad civil que rige los conflictos de daños entre particulares.

[\[93\]](#). También la responsabilidad contractual del Estado es materia autónoma y especializada, desarrollada con muchas diferencias a la responsabilidad contractual civil y comercial.

[\[94\]](#). Los artículos de la Constitución Política más reiterados en los desarrollos de la jurisprudencia son: 16, 20, 21, 31, 32, 33, 44, 45, 51 y 90.

[\[95\]](#). C. de E., sent. 28 octubre 1976, exp. 1482.

[\[96\]](#). Juan Carlos Henao, *El daño, op. cit.*, pág. 802, señala: “La noción de daño antijurídico se predica de todos los poderes del Estado. Lo anterior es lógico en la medida en que el artículo 90 de la Constitución se refiere al Estado, sin que se excluyan alguna de las ramas que lo componen”.

[\[97\]](#). Acerca de la discusión sobre la responsabilidad del Estado por la función legislativa y judicial puede verse a Gilberto Martínez Rave, *Responsabilidad civil extracontractual*, 10ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1998, pág. 364.

[\[98\]](#). El art. 67 establecía: “La persona que se crea lesionada en un derecho suyo o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto, se le restablezca en su derecho. La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho”, y el art. 68: “También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes”.

[\[99\]](#). Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) art. 138 “*Nulidad y restablecimiento de un derecho*. Toda persona que se

crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que *se declare la nulidad* del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le *repare el daño*. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

”Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel”.

Ley 1437 de 2011, art. 140. “*Reparación directa*. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la *acción u omisión* de los agentes del Estado. De conformidad con lo anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un *hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble* por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública. En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

[.100](#). Se diferencian *acto* y *hecho* administrativo, en que el acto jurídico es manifestación expresa de la voluntad de la administración para producir efectos jurídicos (excepcionalmente hay actos administrativos por omisión o silencio administrativo cuando la ley prevé expresamente que su silencio produce el acto); por el contrario, en el hecho administrativo no interviene la voluntad de la administración, al menos de forma directa. Generalmente el hecho administrativo es el resultado de la falta de prudencia o diligencia o falla, pero también puede manifestarse en las formas de responsabilidad objetiva del Estado.

[{101}](#) Utilizamos en algunos pasajes la expresión responsabilidad administrativa por la fuerza del término en la doctrina y la jurisprudencia, pero como lo advertimos la responsabilidad es del Estado, tanto por razón de la administración como por las otras dos funciones sustanciales: legislativa y judicial. “La responsabilidad estatal puede resultar comprometida fundamentalmente por sus actos o por sus hechos. Por los primeros, mediante acciones de plena jurisdicción en las que el restablecimiento viene a ser la consecuencia por razones de ilegalidad. Y por lo segundo, mediante acciones de reparación directa en las que ese restablecimiento es la consecuencia de unos hechos ilegales o no, lesivos de derechos subjetivos de una persona o configurativos de un riesgo especial. Hechos que, como es obvio, no permiten una declaración previa de anulación y que imponen la petición indemnizatoria ante la jurisdicción en forma principal y no condicionada”. C. de E., Sección Tercera, sent. 17 marzo 1983, C. P.: Carlos Betancourt Jaramillo.

[{102}](#) Gustavo Penagos Vargas, *El daño antijurídico*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1997, pág. 105.

[{103}](#) *Ibid.*, pág. 73.

[{104}](#) Se ha de probar el daño y también los demás elementos de la responsabilidad que se invoca: “En otras palabras, cuando se alega que la conducta irregular de la administración produjo el daño [se] tendrá que *probar* esa irregularidad, salvedad hecha de los eventos en que esa falla se presume. En ambas hipótesis ese primer presupuesto de la responsabilidad deberá gobernarse por las reglas *de la carga probatoria*. Y cuando se afirma que ese daño se produjo sin falta o falla de la administración pero el que lo sufre no tenía por qué soportarlo, el acreedor, como es apenas lógico, *deberá demostrar el daño y el por qué, pese a ser legal la actuación de la administración, no tenía por qué sufrirlo*”. C. de E., sent. 5 agosto 1994, exp. 8485, citada por Penagos, *op. cit.*, pág. 149.

[{105}](#) Henao, *El daño*, *op. cit.*, pág. 87.

[{106}](#) C. de E., Sección Tercera, sent. 6 febrero 1992, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor Cía. de Seguros Tequendama S. A., exp. 6030, citado por Juan Carlos Henao, *El daño*, *op. cit.*, pág. 39.

[{107}](#) C. de E., Sección Tercera, sent. 14 septiembre 1990, C. P.: Dr. Betancourt Jaramillo, actor Ismael Alvarado Peña, exp. 5707, citado por Henao, *op. cit.*, pág. 42.

[{108}](#) *Op. cit.*, pág. 41.

[{109}](#) Henao, *op. cit.*, pág. 42.

[{110}](#) Penagos, *op. cit.*, pág. 12.

[{111}](#) *Ibid.*, pág. 149.

[{112}](#) *Ibid.*, págs. 113 y 114.

[{113}](#) *Ibid.*, pág. 132.

[{114}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, sent. 18 enero 2008, exp. 15128, actor: Carlos Eugenio Ortega Villalba, C. P.: Ramiro Saavedra Becerra.

[{115}](#) Henao, *El daño*, citado por Gustavo Penagos, *op. cit.*, pág. 15. Libardo Rodríguez, tratadista y exconsejero, clasifica la responsabilidad del Estado de la siguiente manera: “En algunos casos no se requiere que se presente una falla en el servicio para que la persona pública sea responsable, es decir, no aparece en ninguna forma el concepto de culpa, por lo cual se tratará de responsabilidad objetiva. Así sucede con la responsabilidad por daño especial, la responsabilidad por riesgo, la responsabilidad por trabajos públicos, la responsabilidad por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra y la responsabilidad por almacenaje. Además, como una muestra adicional de la evolución progresiva que ha identificado el régimen de responsabilidad del Estado, la jurisprudencia colombiana ha aplicado últimamente un régimen de responsabilidad por falla del servicio presunta, que constituye un ejemplo de ampliación del régimen de responsabilidad”. Libardo Rodríguez R., *Derecho administrativo. General y colombiano*, 7ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1994, págs. 383 y 384.

[{116}](#) Citado por Gustavo Penagos, *op. cit.*, pág. 15.

[{117}](#) Rodríguez R., *op. cit.*, págs. 383 y 384.

[{118}](#). Penagos, *op. cit.*, pág. 18.

[{119}](#). En la jurisprudencia y la legislación de Colombia se ha aceptado la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en desarrollo del art. 90 de la Const. Pol. de 1991. El decreto-ley 2700 de 1991 estableció dos formas de responsabilidad por actividad judicial, a saber: a) responsabilidad por error judicial derivado de la exoneración de responsabilidad penal como consecuencia del ejercicio de la acción de revisión (art. 242) y b) por privación injusta de la libertad, que en definición de la Corte Constitucional es aquella “abiertamente arbitraria” (art. 414) por no haber existido el hecho, porque el sindicado no lo cometió o porque la conducta no constituía hecho punible. No obstante que este decreto ley fue derogado por la ley 600 de 2000, los principios constitucionales de la reparación del daño injusto causado por el Estado y las formas de reparación del daño por riesgo excepcional, responsabilidad por daño especial y falla en el servicio, desarrollados por el Consejo de Estado, le son aplicados a la administración de justicia cuando hay privación injusta de la libertad.

Antes de la derogatoria del decreto-ley 2700 de 1991, el Consejo de Estado había afirmado, interpretando el texto normativo, que la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad era una responsabilidad objetiva, lo que expresó de la siguiente manera: “resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado, para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa”. En otras palabras, al ser responsabilidad objetiva, la defensa que tiene el Estado es la de la causa extraña que rompa el nexo causal, a saber: fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, C. de E., Sección Tercera, sent. 30 junio 1994, exp. 9734, C. P.: Daniel Suárez Hernández, actor Neiro Martínez Ditta. Para un estudio más detallado, cfr. Luis Guillermo Serrano Escobar, Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2005.

[{120}](#). Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, t. I, *op. cit.*, pág. 14.

[{121}](#). Penagos, *op. cit.*, págs. 7 y 8.

[{122}](#). *Ibid.*, págs. 8 y 9.

[{123}](#). *Ibidem*.

[{124}](#) C. de E., Sección Tercera, sent. 24 agosto 1992, exp. 6754, actor: Henry Enrique Saltarín Monroy.

[{125}](#) Eduardo García de Enterría, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Madrid, Civitas, 1996, pág. 372.

[{126}](#) Mariano Yzquierdo Tolsada, “La responsabilidad civil ante el nuevo milenio”, en Ricardo De Ángel Yáguez y Mariano Yzquierdo Tolsada, Coordinadores, *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Madrid, Ed. Dykinson S. L.-Ciudad Argentina, 2001, pág. 235.

[{127}](#) Citado por Penagos, *op. cit.*, pág. 94.

[{128}](#) Para un estudio más amplio de la responsabilidad del Estado por actividades terroristas, cfr. Velásquez Posada, “La responsabilidad del Estado por actividades terroristas: el caso colombiano”, en *Revista Jurídica del Perú*, vol. 49, Lima, 2003, págs. 67-93.

[{129}](#) C. de E., Sección Tercera, sent. 23 septiembre 1994, exp. 8577.

[{130}](#) Ibidem.

[{131}](#) C. de E., Sección Tercera, sent. 23 septiembre 1994, exp. 8577. En un segundo atentado terrorista contra el mismo director del DAS, que causó la muerte de más de 80 personas y la destrucción de más de 50 viviendas del sector, el fundamento de la condena al Estado fue que se probó falla del servicio del Estado. El DAS, a pesar de conocer las expresas amenazas de los terroristas, no tomó las debidas seguridades que dicha amenaza representaba para ellos y los vecinos. C. de E., Sección Tercera, sent. 23 enero 2003, exp. 11.962.

[{132}](#) C. de E., Sección Tercera, sent. 23 septiembre 1994, exp. 8577.

[{133}](#) Ibidem.

[{134}](#) Alterini y López Cabana, *op. cit.*, pág. 121.

[{135}](#) García De enterría, *op. cit.*, pág. 376.

[{136}](#) En la terminología del derecho en Colombia diríamos lo mismo al exigir que el daño sea cierto y personal.

[{137}](#) García De enterría, *op. cit.*, pág. 376.

[{138}](#) C. de E., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sent. 14 septiembre 2000, exp. 12.695. En ese mismo sentido ver: sent. 15 abril 1994, exp. 8536, actor: Leonidas Erazo Erazo. y otros, sent. 16 junio 1997, exp. 10.024, actor: Javier Elí Ríos Castrillón y sent. 10 septiembre 1998, exp. 10.820, actor: María Zenira Rojo Parra y otros.

[{139}](#) C. de E., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sent. 25 agosto 1998, exp. ij- 001, C. P.: Jesús María Carrillo, actor Vitelvina Rojas Robles contra el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Congreso de la República.

[{140}](#) Ibidem.

[{141}](#) Ibidem.

[{142}](#) Contraloría General de la República, Contraloría Delegada para el sector Defensa, Justicia y Seguridad, Dirección de Estudios Sectoriales, Informe: “Sentencias y conciliaciones en las entidades del sector defensa, justicia y seguridad: ¿el Estado condenado?”, 2003.

[{143}](#) Valor estimado al cierre de 2002. Contraloría Delegada para el sector Defensa, Justicia y Seguridad, Dirección de Estudios Sectoriales, cit.

[{144}](#) Un análisis más detallado de los costos de los procesos contra el Estado se puede consultar en Obdulio Velásquez Posada, “La responsabilidad del Estado por actividades terroristas: el caso colombiano”, en *Revista Jurídica del Perú*, vol. 49, Lima, 2003, págs. 67-93.

[{145}](#) Ibid., pág. 28.

[{146}](#). “*Acción de tutela*. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

”En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en que la acción de tutela procede en contra de los particulares, encargados de la prestación de un servicio público, o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de los cuales el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión” (Const. Pol., art. 86).

[{147}](#). Corte Const. sent. T-362 de 1994 y sent. T-449 de 1997.

[{148}](#). Decr. 2591 de 1991, art. 25 y sents. C-543 de 1992 y T-403 de 1994.

[{149}](#). Gilberto Martínez Rave, “La indemnización de perjuicios en la acción de tutela”, en *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, núm. 5, Medellín, Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, julio de 1998, pág. 12. Catalina Martínez Tamayo, “La indemnización de perjuicios en la acción de tutela”, en *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, núm. 20, Medellín, Instituto Colombiano de Responsabilidad civil y del Estado, octubre de 2006, pág. 24.

[{150}](#). Ricardo Hoyos Duque, “La acción de tutela e indemnización de perjuicios”, en *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, núm. 1, Medellín, Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, mayo de 1995, pág. 57.

[{151}](#). *ibid.* pág. 58.

^{152}. Gilberto Martínez Rave, *op. cit.*, pág. 13 y Catalina Martínez Tamayo, *op. cit.*, pág. 28.

CAPÍTULO SEGUNDO

^{1}. La fuente principal de nuestra consulta ha sido el manual clásico de la escuela de leyes de Harvard y de Columbia University: Emanuel Steven L, *Torts*, 5ª ed., New York, Emanuel law Outlines, inc. 1996. Las traducciones, por referirse a conceptos técnicos, he procurado asimilarlas a los conceptos equivalentes en nuestro acervo jurídico para facilitar un estudio comparado.

^{2}. Carlos Manuel Vázquez, “La jurisdicción competente y la ley aplicable en casos de responsabilidad extracontractual - Parte I: Normas aplicadas en el hemisferio para determinar la jurisdicción y ley aplicable en casos de responsabilidad civil extracontractual”, CJI/doc. 122/03 corr.1, *Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos*, 63º Período ordinario de sesiones, 4 al 29 de agosto de 2003, Rio de Janeiro, Brasil, OEA/Ser.Q/VI.34 CJI/doc.145/03 29 agosto 2003, pág. 77.

^{3}. William Prosser, Interstate Publication, 51 Mich. L. Rev. 959, 971 (1953).

^{4}. Max Rheinstein, “Common Law and Civil Law: An Elementary Comparison” (19521953), en 22 *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* 1, 96.

^{5}. J. P. Dawson, *The Oracles of the Law* (1968) 80, University of Michigan Law School and Ann Arbor (ed).

^{6}. Ibidem.

^{7}. De acuerdo con el juez McHugh, la función creadora en el derecho anglosajón debe estar sometida a estrictas reglas para que pueda ser justificada. M. H. McHugh, “The judicial Method” (1999), en 73 *The Australian Law Journal*, 42, 42.

{8}. La doctrina de *clean hands* comenzó su desarrollo en 1787 en el caso *Dering v. Earl of Winchelsea*. En este caso uno de los codemandados (Earl of Winchelsea) rehusó ayudar a su codemandado (Edward Dering) para pagar una deuda, argumentando que otro codemandado, hermano del deudor principal (Thomas Dering), había estado envuelto en una conducta impropia: empujar a su hermano Thomas a los juegos de azar y otros comportamientos deshonestos que probablemente fueron la causa de que Thomas defraudara la Corona y no pagara sus obligaciones. La Corte encontró que la conducta del demandante E. Edward Dering fue inmoral (estimular al juego de azar a su hermano) por lo que la Corte de *Equity* estableció el límite del *clean hands* en los siguientes términos: “un hombre tiene la obligación de acudir a la Corte de *Equity* con manos limpias, pero cuando esto se dice, no significa una forma general de depravación. Puede ser una depravación en sentido legal como en sentido moral “(that a man must come into a Court of Equity with *clean hands*; but when this is said, it does not mean a general depravity; it must have an immediate and necessary relation to the equity sued for; it must be a depraving in a legal as well as in a moral sense)”. *Dering v. Earl of Winchelsea* (1787) 1 Cox 318; 29 ER 1184 Eyre LCB at 320.

{9}. Melbivin Belli y Allen P. Wilkinson, sobre el significado de la palabra *Tort* señalan: “The English word tort is taken from a French word that means wrong”, “Every body’s guide to the law”, New York, Harper & Row Publishers, 1987, pág. 274.

{10}. “ *Tort* is a term applied to a miscellaneous and more or less unconnected group of civil wrongs other than breach of contract for which a court of law will afford a remedy in the form of an action for damages. [...] The law of torts is concerned with the compensation of losses suffered by private individuals in their legally protected interests, through conduct of others which is regarded as socially unreasonable”. Harold Luntz, *op. cit.*, pág. 211.

{11}. La diferencia entre responsabilidad contractual y aquiliana no es de valor puramente académico, pues trae consecuencias jurídicas importantes en ambos sistemas.

{12}. Battery is the intentional infliction of a harmful or offensive bodily contact. Emanuel Steven L, *op. cit.*, pág. C3.

{13}. “Assault is the intentional causing of an apprehension of harmful or offensive contact”, *ibid.*

[\[14\]](#). “False imprisonment is defined as the intentional infliction of a confinement”, *ibid.*, pág. C4.

[\[15\]](#). “This tort is the intentional or reckless infliction, by extreme and outrageous conduct, of severe emotional or mental distress, even in the absence of physical harm”, *ibid.*, pág. C5.

[\[16\]](#). La expresión *chattels* es un arcaísmo que se conserva con sentido técnico jurídico como *goods* (cosas) y se usa indistintamente en la literatura jurídica.

[\[17\]](#). Para un estudio más amplio, cfr. Obdulio Velásquez Posada, “The paradox and dilemmas of the concept of negligence in common law and civil law: Australian and Colombian tort law compared”, en *Hacia una comprensión humana del derecho*. Estudios en homenaje a Roberto Suárez Franco, Bogotá, Edit. Temis, 2006, págs. 168-208.

[\[18\]](#). El texto en inglés es bastante elocuente: “You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injury neighbor. Who then in law is my Neighbor? [...] persons who are so closely and directly affected by my act that I ought to reasonably to have them in my contemplation as being so affected”. *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562.

[\[19\]](#). La doctrina sobre *abnormally dangerous activities* tiene origen en el caso inglés *Rylands v. Fletcher*, L R.3 H.L 330 (1868) citado por Emanuel Steven L, *op. cit.*, pág. 301.

[\[20\]](#). En algunos casos hay límites al monto de la indemnización por persona establecidos por leyes federales como en el caso de daño por energía nuclear, que asciende a U\$ 560.000.000.

[\[21\]](#). Tessie Leal Garabís, “Análisis comparativo de las partidas en daños punitivos”, en *Revista de Derecho Puertorriqueño*, May-December, 1998, pág. 430.

[\[22\]](#). *Ibid.*, pág. 431.

[\[23\]](#). *Ibidem*.

[{24}](#). Ibidem.

[{25}](#). Las Partidas sexta y séptima dicen: “Cómo aquel que niega el daño que dicen quefizo, si gelo probaren lo debe pechar doblado”, Partida séptima, tít. XV, ley XVI.

[{26}](#). Jesús Alberto Buitrago Duque, El daño punitivo en la responsabilidad civil. Hacia una evolución conceptual de las finalidades de la responsabilidad civil, Pereira, 2007, pág. 353.

[{27}](#). Emanuel Steven L., *op. cit.*

[{28}](#). Ibidem.

[{29}](#). Ibidem

PARTE TERCERA

CAPÍTULO PRIMERO

[{1}](#). Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, t. i, *op. cit.*, pág. 35.

[{2}](#). Rudolf von Ihering, *Études complementaires de l'esprit de droit romain. De la faute en droit privé*, Paris, 1880, pág. 10, citado por Jorge Bustamante Alsina, *op. cit.*, pág. 27.

[{3}](#). Luis Suárez Fernández, *Historia Universal*, t. I, Las primeras civilizaciones, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, Eunsa, 1979, pág. 138. “La ley distingue, a efectos jurídicos, tres clases de hombres: *awilum* (libres); *mushkenum* (semilibres); *wardum* (esclavos). Las diferencias se reflejan en la importancia de la indemnización que en caso de delito debe pagarse, de acuerdo con la categoría de las víctimas, pues el Código de Hammurabi aplica un sistema de composiciones que guarda mucha semejanza con la *poiné* griega y el *wegeld* germánico”, *ibid.*, pág. 139.

{4}. El texto del Código Hammurabi puede consultarse en <http://fyl.unizar.es/HAnt/Fuentes/hammurabi.html>.

{5}. La fecha de composición del Éxodo y de todo el Pentateuco es objeto de investigación y no existe consenso definitivo sobre el particular; no obstante, según la opinión predominante, el Pentateuco y en él, el Éxodo, recibió su forma actual después de la vuelta del destierro de Babilonia en los siglos vi-v a. C. Si bien la redacción definitiva se puede ubicar en este tiempo, las codificaciones normativas probablemente existían mucho antes, alrededor del siglo XIII a. C. Cfr. *Sagrada Biblia, Pentateuco*, Pamplona, Euns, 1997, pág. 273.

{6}. *Sagrada Biblia, Pentateuco*, Pamplona, Euns, 1997, pág. 265.

{7}. En la sociedad israelita la esclavitud como institución de la organización social de la época tiene un tratamiento humanitario; por ejemplo, el esclavo hebreo quedaba libre al séptimo año de servidumbre. Cfr. Éxodo XXI, 1-9.

{8}. Luis Suárez Fernández, op. cit., pág. 139.

{9}. La ley del talión, común a muchos pueblos de la antigüedad, se consagra formalmente para el pueblo de Israel en Éxodo xxi, 23-25 y Levítico xxiv, 19-20; Deuteronomio xix, 21.

{10}. Comentario a Éxodo xxi 1,22-23. *Sagrada Biblia, Pentateuco*, Pamplona, Euns, 1997, pág. 379. Cfr. ley 210 del Código de Hammurabi que contiene una regulación similar.

{11}. Compárese la similitud con el texto del Código de Hammurabi núm. 251: “Si el buey de un hombre suele dar cornadas y su barrio ya le ha hecho saber que da cornadas y él ni le recorta los cuernos ni controla su buey, si luego ese buey da una cornada a un hijo de hombre y lo mata, pagará 1/2 mina de plata”.

{12}. Para conocer la culpabilidad mencionada aquí se acudía a juramentos, oráculos o ritos de ordalía, o por las suertes sagradas de los *urimtumim*, que el sumo sacerdote

utilizaba para consultar al Señor. Cfr. *Sagrada Biblia, Pentateuco*, Pamplona, Eunsas, pág. 381.

{13}. Jorge Bustamante Alsina (*op. cit.*, pág. 36), dice: “No obstante la ampliación pretoriana de los alcances de la Ley Aquilia, los romanos no formularon nunca una regla general de responsabilidad y por ello subsistían casos excepcionales en que ciertos hechos dañosos no daban lugar a ninguna acción. No obstante cuando había voluntad o intención, sí tenía la víctima acción por dolo”.

{14}. D. 9, 2, 27, 6 “Así pues, si alguno no hubiere matado un esclavo o una res, sino que hubiere quemado, quebrado, o roto alguna cosa, sin duda se ejercitará acción en virtud de estas palabras de la ley. Por tanto, si arrimares una tea a mi esclavo y lo quemares, me quedarás obligado”. Los *Digesta*, corrientemente en singular, *Digesto* o *Pandectas*, del griego *Pandektai*, es la recopilación jurisprudencial de Justiniano, que con la *Institutiones* y el *Codex* forman el *Corpus iuris civilis*, recogen una buena parte de las obras de los juristas de la segunda y última etapa clásica, a modo de antología por materias, con indicación del autor y libro de procedencia de cada fragmento. Fue publicado el 16 de diciembre de año 529 por la Constitución *Tanta*. Alvaro D’Ors, *Derecho privado romano*, Pamplona, Eunsas, 1981, pág. 67.

{15}. Eugene Petit, *op. cit.*, pág. 19.

{16}. A mediados del siglo V a. C., tiene lugar una codificación de preceptos jurídicos, también funerarios, que se llama ley de *Las Doce Tablas*. Esta ley fue dada por un colegio de magistrados pre republicanos con cargo legislativo: los *decemvirales legibus scribundis* (451-449 a. C.), y por eso se conoce también a la ley de *Las Doce Tablas* como la ley *Decemviral*.

{17}. “La transición de la composición voluntaria a la legal se da por ejemplo, en el robo flagrante (*furtum manifestum*) donde la víctima podía a su elección escoger entre la compensación económica o la pena establecida para el ladrón aprehendido en flagrancia. En cambio cuando el robo era no flagrante (*furtum nec manifestum*), la composición era obligatoria y el demandante debía aceptar la compensación económica señalada por el pretor. Lo mismo sucedía para la *iniuria* corporal y lesiones ordinarias donde operaba la compensación legal, a menos que fuera el caso de fractura de un miembro donde operaba la

compensación voluntaria donde la víctima elegía entre la compensación económica o la aplicación de la ley del Talión”. Jorge Bustamante Alsina, *op. cit.*, págs. 31 y 32.

{18}. *Tabula VIII: 2. Si membrum rupsit ni cum eo pacit, talio esto.* (Si le arrancó un miembro y no se avino con él, aplíquese talión). *Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer est.* (Si el patrono defraudare al cliente, sea execrado).

Tabula xii 2 (Gayo, 4 75-76:) Ex maleficio filiorum familias servorumque [...] noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere [...] Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edictopraetoris: legibus, velut furti lege xii tabularum [...] Los delitos de los hijos de familia o de los esclavos generaron las acciones noxales, para que el paterfamilias o el amo pudiera a su elección o exponerse a la estimación de un juicio o entregar al culpable [...] Las acciones noxales se instituyeron mediante leyes o por el edicto del pretor, mediante leyes, como la de *Las Doce Tablas*. Cfr. sobre robo, en http://fyl.unizar.es/HAnt/Fuentes/12_tab.tx.html.

{19}. Blase Rossi Marsella, *La Lex Aquilia y la responsabilidad en el derecho romano y su proyección en el derecho uruguayo*, Montevideo, Facultad de Derecho Universidad de Montevideo, 1951, pág. 63.

{20}. Alvaro D’Ors, *op. cit.*, pág. 418. El mismo autor señala que “muy ordinariamente se sigue en las exposiciones elementales la clasificación gayana que distingue entre las obligaciones *ex delicto* y *ex contractu*.”

{21}. Alvaro D’Ors, *op. cit.*, pág. 419.

{22}. Eugene Petit, *op. cit.*, pág. 455.

{23}. Cfr. *Digesto* 48, 2,7; *Digesto* 50, 16, 131.1 y *Digesto* 38, 214, 4, 11. Véase Alvaro D’Ors, *op. cit.*, pág. 425.

{24}. Existían también el delito de corrupción de esclavo o cortar ramas del árbol ajeno, que daban lugar a condenas pecuniarias. Cfr. *Digesto* 47, 1.

{25}. Gayo 3, 182-209; Paulo 2, 31.2. *Institutas* 1.4.1; *Digesto* 47, 2.

{26}. Las antiguas acciones civiles (de *Las Doce Tablas*) se mantienen en el procedimiento formulario para algunos casos: i) de hurto ordinario, con pena del doble: *actio furti*, ii) la del hurto descubierto mediante registro domiciliario con pena del triple: *actio furti concepti*; iii) la del hurto “traslado”, es decir, la que se da a favor del que había sufrido la acción anterior y contra el verdadero ladrón, también al triple: *actio furti oblati*; iv) la del aprovechamiento furtivo de materiales de construcción ajena. Alvaro D’Ors, *op. cit.*, pág. 431.

{27}. El pretor agregó otras acciones *in factum* para la represión de diferentes tipos de hurto, algunas de ellas agravadas al *quadruplum*, como son la de hurto sorprendido en el acto y la de hurto con violencia, es decir el robo (rapina). Alvaro D’Ors, *op. cit.*, pág. 431.

{28}. Ejemplo de penas fijas están en las *Doce Tablas* (8, 2-4) que mantenían el talión para la mutilación corporal y fijaban valores para determinados daños, así por ejemplo: para las fracturas una pena de 300 ases (150 si la víctima era un esclavo) y 25 ases para las lesiones menores. Como el monto de reparación por el daño tasado legalmente llegó a devaluarse se pasó a la tasación anual fijada por el juez. Ejemplo de esa devaluación de la tasación legal de la reparación por el daño se ve en la anécdota contada por Labeón, en la que un ciudadano aprovechando la devaluación de la tarifa legal por golpear en la cara a otro se paseaba repartiendo bofetadas acompañado por un esclavo que se apresuraba a pagar puntualmente el valor señalado en la ley. Álvaro D’ors, *op. cit.*, pág. 438.

{29}. Blase Rossi Marsella, *op. cit.*, págs. 64 y 65.

{30}. *Ibid.*, pág. 65.

{31}. Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario, *Diccionario de derecho romano*, 2ª ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, S. A., 1976 (voces *Lex Per Saturam*, *Lex Caecelia Didia* y *Lex Aquilia*).

{32}. La *actio Legis Aquiliae* originalmente se concedió al propietario de la cosa dañada contra el autor del daño y sus cómplices, y con posterioridad se extendió a favor de las personas que se encontraran en situación análoga al propietario como por ejemplo el poseedor de buena fe. Faustino Gutiérrez -Alviz y Armario, *op. cit.*, voz *Actio Legis Aquiliae*.

{33}. El texto latino dice así: “Gaius libro septimo ad edictum provinciale.pr. Lege Aquilia capite primo cavetur: “Ut qui servum sevamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto” (D. 9, 2, 2, pr).

{34}. Blase Rossi Marsella, op. cit., págs. 70 y 71.

{35}. Julio Ortiz Márquez, *Comentario a las Instituciones de Gayo*, 2a ed., Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1985, pág. 440.

{36}. J. Heineccio, *Elementos de derecho romano* (trad. de J. A. S.), Madrid, Ed. Aguado, 1836, pág. 283, citado por Blase Rossi Marsella, op. cit., pág. 68.

{37}. Citado por Blase Rossi Marsella, op. cit., pág. 68.

{38}. *Ibid.*, págs. 68 y 69.

{39}. Julio Ortiz Márquez, op. cit., pág. 440.

{40}. D. 9,2,2, pr.

{41}. Para algunos romanistas resulta extraño que en la recopilación de Justiniano de los delitos privados haya incluido el *damnum iniuria datum* que tipificó la *Lex Aquilia*, pues este es el único delito que no requiere dolo como elemento constitutivo. Blase Rossi Marsella, op. cit., pág. 74.

{42}. Blase Rossi Marsella, op. cit., pág. 77

{43}. *Ibid.*, pág. 86.

{44}. *Ibidem.*

{45}. Gayo, *Institutas*, iii, 217. La voz latina *ruptusque* traduce corrupción es expresiva de la característica del daño.

{46}. Blase Rossi Marsella, *op. cit.*, pág. 86.

{47}. *Ibid.*, págs, 86 y 87.

{48}. Cfr. Eugene Petit, *op. cit.*, pág. 462.

{49}. Este concepto de *iniuria* utilizado en la *Lex Aquilia* es reiterado por Gayo: “*Nemo damnum facit, nisi quid id fecit quod facere ius non habet*”, citado por Eugene Petit (*op. cit.*, pág. 461).

{50}. El termino “falta” usado en la versión castellana corresponde al francés *faute* que técnicamente se traduce mejor como culpa. Eugene Petit, *op. cit.*, pág. 461.

{51}. Alvaro D’Ors, *op. cit.*, pág. 435.

{52}. Julio Ortiz Márquez, *op. cit.*, pág. 439.

{53}. Adicionalmente el *Digesto* no da una clara explicación de qué se entiende por daño, dolo y culpa y ciertamente ha habido entre los modernos doctrinantes cierto desacuerdo particularmente en lo que significan realmente esos términos en el derecho romano. Cfr. Arthur Taylor von Meheren y James Ruseel Gordley, *An introduction to the comparative study of law the civil System*, 2a ed., Boston, Little Brown and Company, 1997, pág. 567.

{54}. Leonardo A. Colombo, *Culpa aquiliana. Cuasidelitos*, t. I, 3a ed., Buenos Aires, La Ley, 1965, pág. 134.

{55}. *Infantes*, de *in fari* (no hablar), eran propiamente aquellos que no podían hablar razonablemente, y conforme a un criterio que prevaleció con Justiniano se tenía por tales a los menores de 7 años. *Infantia maiores*: comprendía los impúberes entre los 7 y 12 o 14 (segúnfuera varón o mujer). La distinción tenía consecuencias jurídicas importantes en cuanto a lacapacidad: los infantes no eran responsables penalmente, y no podían intervenir en modoalguno en la realización de negocios jurídicos, pero los *infantia maiores* respondían por susdelitos, pues eran doli capaces, y podían actuar en negocios jurídicos

aunque siempre con la autorización de sus tutores presentes en el acto (auctoritas tutoris). Faustino Gutiérrez y Alviz y Armario, Diccionario de derecho romano, cit.

CAPÍTULO SEGUNDO

{1}. Justiniano en la *Constitución Tanta*, por medio de la cual hace la confirmación del *Digesto*, explica los motivos y criterios para la recopilación. Justiniano, *Constitución Tanta*, 1.

{2}. Ibidem.

{3}. Ibid., pág. 11.

{4}. Ibid., pág. 10.

{5}. Franz Wieacker, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna* (trad. del alemán por Francisco Fernández Jardón), Madrid, Edic. Aguilar, 1957, pág. 35.

{6}. John Henry Merryman y Clark Davis, *Comparative Law: Western European and Latin American Legal systems*. Cases and materials, Indianapolis, Newyork, Charlottesville, Virginia, The Bobbs-Merrill Company Inc. Publishers, 1978, pág. 87.

{7}. Blase Rossi Marsella, op. cit., pág. 376.

{8}. Ibid., pág. 376.

{9}. Ibid., pág. 378.

{10}. El texto de Heineccio, es el siguiente: “Pero, en verdad ¿diferenciamos hoy nosotros a los esclavos y a los animales cuadrúpedos de las otras cosas? ¿O estimamos el mayor valor de la cosa dentro de los treinta días? ¿o, se pregunta sutilmente, si el daño se ha causado con el cuerpo al cuerpo, o en el cuerpo pero no al cuerpo o ni con el cuerpo ni al cuerpo? o finalmente, en la actualidad, ¿el pleito se acrecienta al doble de la negación?

Ninguno diría hoy esto, por cierto. ¿Y quién puede decir entonces que ha sido recibida la acción de la Lex Aquilia? La actual acción por daño tiene su origen, entonces, verdaderamente, en el derecho natural, no en la *Lex Aquilia*”. Heineccio, *Recitaciones in elementa iuris civiles, comentario al título IV, 3 de las Instituciones*, citado por Blase Rossi Marsella, *op. cit.*, pág. 377.

[\[11\]](#) Ibid., pág. 378.

[\[12\]](#) Ibidem.

[\[13\]](#) Ibid., pág. 381.

[\[14\]](#) Ibidem.

[\[15\]](#) Louis de Domat, *Loix civiles*, lib. ii, tit. viii, sec iv.

[\[16\]](#) Blase Rossi Marsella, *op. cit.*, pág. 382.

[\[17\]](#) F. H. Lawson, Amos E. Anton y L. Neville Brown, *op. cit.*, pág. 5.

[\[18\]](#) Aunque el texto definitivo del Código fue completado al finalizar el 1801, el Código fue publicado hasta el 21 de marzo de 1804. El título original fue *Código Civil de los franceses*. En 1807 fue renombrado como Código de Napoleón. Luego cambió en 1816 su nombre por simplemente Código Civil. Años más tarde, en 1852 fue nuevamente llamado Código de Napoleón. F. H. Lawson, A. E. Anton y L. Neville Brown, *Amos & Wlaton 's introduction to french law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1967, pág. 32.

[\[19\]](#) André Tunc, *The Grand outlines of the Code*, chapter 2, New York, Ed. Bernard Schwartz, 1975, pág. 19.

[\[20\]](#) “Todo hecho cualquiera del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por la culpa del cual ha sucedido. se es responsable no solo del daño que se causa por su propio hecho, sino también de aquel causado por el hecho de las personas de las cuales se debe responder, o de las cosas que se tiene bajo custodia” (art. 1382).

“Cada cual es responsable del daño que haya causado no solo por su hecho, sino también por su negligencia o por su imprudencia” (art. 1383).

“Se es responsable no solamente del daño que se cause por hechos propios, sino también del causado por el hecho de las personas por las cuales se debe responder, o por las cosas que se tienen en custodia. El padre y la madre son responsables del daño causado por sus hijos menores que habitan con ellos. Los amos y los comitentes, del daño causado por sus domésticos y encargados en las funciones en las que los hayan empleado. Los maestros y los artesanos, del daño causado por sus alumnos y aprendices durante el tiempo que estén bajo su vigilancia. La responsabilidad precedente tendrá lugar a menos que el padre, la madre y los artesanos prueben que no han podido impedir el hecho que ha dado lugar a esa responsabilidad. En lo concerniente a los maestros, la culpa, imprudencias o negligencias contra ellos como causantes del hecho dañoso, deberán ser probados conforme al derecho común, por el demandante en el juicio” (art. 1384).

“El dueño de un animal, o la persona que se sirve del animal al tiempo en que se causen los daños, es responsable por los daños que cause mientras el animal permanezca bajo su guarda o se extravía o escapa” (art. 1385).

“El dueño de un edificio es responsable por los daños causados por su ruina, cuando esta ocurra como resultado del mal mantenimiento o por su defectuosa construcción” (art. 1386).

^[21] Blase Rossi Marsella, op. cit., pág. 386.

^[22] Guillermo Hernández Peñalosa, El derecho en indias y en su metrópoli, Bogotá, Edit. Temis, 1969, pág. 3.

^[23] Ibidem.

^[24] Fernando Vález, eminente jurista colombiano de finales del siglo XIX, enseña que “diremos en primer lugar que aún no ha podido esclarecerse quién fue su autor; pero que no hay motivo para negar que son obra del mismo D. Alfonso X Rey de Castilla y de León, llamado el Sabio, en el reinado del cual se expidieron; que el título primitivo con que fueron conocidas fue de Libro de las leyes o Fuero de las leyes; que se le comenzó a llamar Partidas desde el siglo XIV a causa de estar divididas en siete partes, que se empezaron a componer el 23 de junio de 1256 y se terminaron en 1263 o 1265; que se formaron según

parece en Sevilla; y que no se les dio fuerza legal sino en 1384 durante el reinado de D Alfonso XI, época en que recibieron algunas modificaciones”. Fernando Vélez , Datos para la historia del derecho nacional, Medellín, Imprenta del Departamento, 1891, pág. 69

[\[25\]](#). Jean Limpnes, “ *Territorial expansion of the code*”, en *The Code Napoleon and the common law world*, chapter 6, Bernard Schwartz, 1975, pág. 92.

[\[26\]](#). Don Andrés Bello nació en Venezuela (1781-1865). Cuando Colombia, Venezuela y Ecuador eran Capitanías de la Nueva Granada, entre 1810 y 1829, Bello viajó a Londres donde sirvió como Secretario de la Embajada de Colombia y Chile.

[\[27\]](#). M. C. Mirow, *Borrowing private law in Latin America: Andres Bello’s use of the code Napoleon in drafting the chilean civil code* (2001), 61 *Louisiana Law Review*, 291, 302.

[\[28\]](#). Pedro A. Malavet, “Critical Encounters With Culture, In North-South Frameworks”, (2003) 1 *Florida Law Review*, 55, 55.

[\[29\]](#). El Código de Bello fue adoptado en Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua. Igualmente, fue fuente principal de inspiración de los Códigos de Uruguay, México, Guatemala, Costa Rica y Paraguay, Clarck y M.C. Mirow, op. cit., pág. 291.

[\[30\]](#). Vélez, Datos para la historia del derecho nacional, Medellín, Imprenta del Departamento, 1891, pág. 79.

[\[31\]](#). Para un conocimiento más detallado puede consultarse Andrés Bello, Código Civil de la República de Chile, t. III, con introducción y notas de Pedro Lira Urquieta, Caracas, año del Bicentenario de Andrés Bello, 1981, págs. 908 y ss.

[\[32\]](#). Bello, *Código Civil de la república de Chile*, t. iii, op. cit., pág. 909.

PARTE CUARTA

CAPÍTULO ÚNICO

- {1}. Édgar Cortés, *op. cit.*, pág. 51.
- {2}. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 12 mayo 1939 (“G. J.”, t. XLVIII, pág. 23).
- {3}. Cortés, *op. cit.*, págs. 52-54.
- {4}. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *op. cit.*, pág. 231.
- {5}. El trabajo de grado es obra de Paola Daza López y su título: *Sobre el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual: una mirada a sus presupuestos desde el realismo jurídico clásico*, Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana, julio de 2009. *Pro manuscripto*.
- {6}. Javier Hervada, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, *op. cit.*, pág. 299.
- {7}. Jorge Peirano Facio, *op. cit.*, pág. 134.
- {8}. Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, *op. cit.*, t. i, pág. 85.
- {9}. George Ripert, *La regla moral en las instituciones civiles*, (ed. cast. de 1946) citado por Santos Ballesteros, t. i, *op. cit.*, pág. 127.
- {10}. Hervada, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, *op. cit.*, pág. 232.
- {11}. Mora Restrepo, *Ciencia jurídica y arte del derecho. Estudio sobre el oficio del jurista*, Bogotá, *op. cit.*, pág. 254.
- {12}. *Ibid.*, pág. 299. Sobre la relación entre libertad y responsabilidad, véase Alvaro D’Ors Pérez-Peix, “Responsabilidad y libertad”, en *Dikaion*, Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana, 4 (1995), págs. 9-21.
- {13}. Ver Guido Alpa, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, Lima, Ara Editores, 2006, págs. 455-460.

{14}. “[E]sta tarea de precisar el significado correcto de la injusticia y de lo injusto es todavía más necesaria en nuestra época, porque, en ciertos ámbitos modernos y contemporáneos de la filosofía jurídica, la noción de justicia —como se vió antes— ha perdido sus perfiles nítidos y se ha adulterado profundamente”: Hervada, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, op. cit., pág. 252; véase también Gabriel Mora Restrepo, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, págs. 406-410.

{15}. Hervada, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, op. cit., pág. 260.

{16}. *Ibid.*, pág. 261.

{17}. Paola Daza López, *Sobre el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual: una mirada a sus presupuestos desde el realismo jurídico clásico*, op. cit.

{18}. Hervada, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, op. cit., pág. 612.

{19}. El campo léxico completo lo forman, además de *culpa*, *ae*, el verbo *culpare*, *culpatum*; el adjetivo *culpabilizta*, que en realidad significa “el que es digno de ser *culpado*”; el sustantivo derivado de este, *culpabilizas*, que significa la condición por la que uno puede *ser culpado*; *culpator*, que es agente que ejerce esta acción; *culpatus*, en quien recae la acción del *culpator*. Es evidente que para los romanos la *culpa no era un sentimiento*, es decir, que no procedía del sujeto, sino de fuera de él; esto es, que el núcleo semántico de la culpa está en el verbo *culpare*, y por tanto en su agente el *culpator*, de manera que sin este no es posible la existencia ni del *culpabilis* ni del *culpatus*; por consiguiente solo hay *culpa* en cuanto hay un *culpador* externo al *culpado* (*inculpador* e *inculpado* se les llama hoy). Parece que ahí acaba el territorio de la *culpa*. No tiene ninguna conexión léxica con el griego. Algunos diccionarios etimológicos apuntan su posible relación con el osco *kulupu*. Tomado de Mariano Ar- nal, en www.elalmanaque.com, 21 de junio de 2009.

{20}. Jorge Bustamante Alsina, op. cit., pág. 34.

{21}. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 11 octubre 1973.

{22}. Blase Rossi Marsella, op. cit., pág. 144.

{23}. *Ibid.*, pág. 153.

{24}. *Ibidem.*

{25}. Francois Chabas, “La evolución de la noción de culpa en el Derecho francés” en *Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del Derecho. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo*, tomo I, págs. 50 y 51.

{26}. *Ibid.*, pág. 52.

{27}. Mazeaud y Tunc, op. cit., t. I, pág. 53.

{28}. Estos autores en un juicioso análisis sobre el concepto culpa nos dicen que “Precisar la noción de culpa es, sin duda, uno de los puntos más delicados que suscita el problema de la responsabilidad civil.” Mazeaud y Tunc, *op. cit.*, t. i, pág. 37.

{29}. *Ibid.*, pág. 85.

{30}. *Ibid.*

{31}. *Ibid.*, pág. 78.

{32}. *Ibid.*, pág. 103.

{33}. *Ibid.*, pág. 83.

{34}. Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, t. I, op. cit., pág. 203.

{35}. *Ibid.*, págs. 202 y 203.

{36}. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 2 junio 1958.

{37}. Pilar Fernández De Córdova, *Treinta lecciones de iniciación filosófica*, 4ª ed., Bogotá, Universidad de La Sabana, 2006, pág. 257.

{38}. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 2 mayo 1970, “G. J.”, ts. CVII, 333; CXXXIV,124. Por esa misma razón, la Corte ya había sostenido el 17 de junio de 1964 que “dado el distinto tratamiento que el estatuto civil da a una y a otra en títulos diversos del mismo y la manifiesta diferencia que hay entre ellas, no ha aceptado que se puedan aplicar a la culpa contractual los preceptos que rigen la extracontractual, ni al contrario, sino que cada una se regula por las disposiciones propias”. Ibid.

{39}. Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, t. I, 1983, pág. 123.

{40}. Emiliani Román, *op. cit.*, pág. 3.

{41}. Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, *op. cit.*, t. i, pág. 101, citan a Ulpiano quien “comparaba al que es atacado por un *furiosus* con aquel que le cae encima una teja desprendida de un tejado”.

{42}. La capacidad para contraer obligaciones por actos y declaraciones de voluntad está regulada en el C. C. en los arts. 1502 y ss. El art. 1502 dice: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1º que sea capaz; 2º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º que recaiga sobre un objeto lícito; 4º que tenga una causa lícita”.

El art. 1503 establece que toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas “que la ley declara incapaces”; entre los que la ley señala como incapaces absolutos están: “los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito”.

{43}. A partir del texto del art. 2357 del C. C., la Corte Suprema ha dicho: “La reducción del daño se conoce en el derecho moderno como el fenómeno constituido por la compensación de culpas [aunque en sentido técnico-jurídico no lo es, en tanto que es asunto que toca con el nexo causal referido] lo cual quiere decir que cuando el coautor del daño comete una culpa evidente, que concurre con la conducta igualmente culpable de la víctima, el juez debe graduar cuantitativamente la relación de causalidad entre las culpas

cometidas de manera concurrente, y la cuantía del daño, a fin de reducir la indemnización mediante el juego de una proporción que al fin y al cabo se expresa de manera matemática y cuantitativa [...]”; y, a renglón seguido, con reiteración de doctrinas anteriores, ha recordado que tal norma «no contiene una tarifa o indicación precisa de la reducción en él autorizada [...] lo que significa que [...] el legislador deja a la prudencia del juez, es decir, que en casación no es posible infirmar el fallo porque la Corte crea que, de haber sido fallador de instancia, habría aumentado o disminuido la reducción señalada por el tribunal [...]”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 12 mayo 2000, exp. 5260, M. P.: Jorge Antonio Castillo Rugeles.

[{446}](#). No es correcta la expresión *compensación de culpas*, “ya que la culpa no es susceptible de entrar en una operación compensatoria, sí en cambio, las pretensiones mutuas de resarcimiento”, Jaime Santos Briz, *op. cit.*, pág. 117.

[{45}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 9 febrero 1976.

[{46}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 5 diciembre de 2000, exp. 5260.

[{47}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 6 mayo 1998, exp. 4972.

[{48}](#). Ibidem.

[{49}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 7 abril 1991, “G. J.”, t. CLII, 109.

[{50}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 6 mayo 1998, exp. 4972.

[{51}](#). Ibid.

[{52}](#). Santos Briz, *op. cit.*, pág. 118.

[{53}](#). C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 15 marzo 1941, “G. J.”, t. L.

[{54}](#). Santos Briz, *op. cit.*, pág. 121.

[{55}](#). Hernán Corral Talciani, *op. cit.*, pág. 340.

[\[56\]](#). Carmen Domínguez Hidalgo, “Deber de indemnizar los daños de la víctima o del acreedor”, en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo*, tomo I, págs. 113, 114 y 115.

[\[57\]](#). Atilio Aníbal Alterini y Roberto López Cabana, *Temáis de responsabilidad civil*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, pág. 140.

[\[58\]](#). Arturo Solarte Rodríguez, “El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo”, en *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, Colección Jornadas núm. 1, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, 2009, pág. 144.

[\[59\]](#). La Corte Constitucional en 1993 dijo que “el resarcimiento del perjuicio debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, *mas no puede superar ese límite*”. Corte Const., sent. C-197 de 1993. En igual sentido se ha pronunciado el contencioso administrativo por intermedio de su máximo órgano, el Consejo de Estado, al señalar: “en aplicación del principio tutelar del derecho de daños, que enseña que se repare el daño, todo el daño, pero nada más que el daño, tiene derecho a una reparación”. C. de E., Sección Tercera, de 10 septiembre 1998, exp. 12009.

[\[60\]](#). “Lotería judicial” es frase acuñada por Ison en la obra *Forensic lottery*. Cfr. John G. Fleming, *The law oftorts*, 7ª ed., London, The Law Book Company Limited, 1987, pág. 6.

[\[61\]](#). Por su parte, el decreto-ley 2591 de 1991 (19 noviembre), por el cual se reglamentala acción de tutela, estableció algunas hipótesis en las que sí procedían ciertas reclamacionesde indemnización de perjuicios por vía de tutela, cuando el mismo juez que acepta tutelar el derecho puede condenar al pago de la correspondiente indemnización del daño emergente.El art. 25 establece: “Indemnizaciones y costas. Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clarae indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que concede la tutela, el juez de oficio tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso”.

{62}. Velásquez Posada, “La responsabilidad del Estado por actividades terroristas: el caso colombiano”, en Revista Jurídica del Perú, Lima, 2003, V. 49, págs. 67-93; Contraloría General de la República, Contraloría Delegada para el sector Defensa, Justicia y Seguridad, Dirección de Estudios Sectoriales, Informe: “Sentencias y conciliaciones en las entidades del sector defensa, justicia y seguridad: ¿el Estado condenado?”, Bogotá, 2003, pág. 1.

{63}. Es plenamente aceptado en el *common law* que el juez que enfrenta una nueva situación, no simplemente aplica los principios de derecho establecidos, sino que también excepcionalmente crea nuevo derecho. Para estos casos excepcionales, el juez ha de tener en mente cuando decide un caso si la decisión a favor o en contra de las partes está en el balance con los derechos e interés de otros a fin de evitar deteriorar a la sociedad en general. Harold Luntz y Humbly David, *Torts, Cases, and commentary*, 5a ed., Australia, Lexis Nexis Butterworths, 2002, pág. 186. Ver también John G. Fleming, *op. cit.*, pág. 6.

{64}. Nueva Zelanda por ejemplo estableció con gran éxito la imposibilidad de demandas de responsabilidad por accidentes de tránsito mediante *Accident compensation Act* (1972) NZ que entró en vigencia en 1974, estableciendo un modelo de seguros obligatorios de accidentes de tránsito que cubren los daños a la persona y evitando los procesos judiciales de reclamación.

{65}. Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, t. I, 1983, pág. 211.

PARTE QUINTA

CAPÍTULO PRIMERO

{1}. Miguel Federico de Lorenzo, *El daño injusto en la responsabilidad civil, Alterum non laedere*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 12.

{2}. *Ibid.*, págs. 17-21.

{3}. En un principio no tuvieron el mismo significado: el *damnum* de la ley Aquilia era el ataque a la integridad de una cosa. Este ataque era sancionado sin que se averiguara si se causaba o no un perjuicio al propietario”. Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, *op. cit.*, t. I, pág. 293.

{4}. Mazeaud y Tunc, t. i, *op. cit.*, pág. 293.

{5}. Henao sostiene que el Consejo de Estado en algunas ocasiones sí parece acoger la distinción entre daño y perjuicio, como por ejemplo cuando señaló, en aplicación del principio tutelar del derecho de daños, que enseña que se repare el daño, todo el daño, pero nada más que el daño, que se tiene derecho a una reparación integral del perjuicio experimentado como consecuencia del daño antijurídico irrogado. C. de E., Sección Tercera, 10 septiembre 1998, exp. 12009. Juan Carlos Henao, El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extra-contractual del Estado en el derecho colombiano y francés, Bogotá, Universidad Externadode Colombia, 1998, pág. 76. En contra de la tesis de Henao, cfr. Tamayo Jaramillo.

{6}. Mazeaud y Tunc, t. i, *op. cit.*, pág. 293.

{7}. C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, sent. 11 noviembre 1999, exp. 12.652. Este criterio fue ratificado por el C. de E., Sección Tercera, sent. 13 abril del 2000, exp. 11.892, C. P.: Ricardo Hoyos Duque. Con estos fallos se corrigió la tesis anterior que sostenía que “en principio no cabe hablar del *pretium doloris* por la pérdida de bienes materiales, sino solo por la de los seres queridos”. C. de E., Sección Tercera, sent. 28 julio 1987, exp. 4983.

{8}. Cfr. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. ii, págs. 440-448.

{9}. Interés legítimo puede entenderse como derecho subjetivo dentro de corrientes subjetivistas o del realismo del derecho.

{10}. C. de E., Sección Tercera, sent. 21 febrero 1985, exp. 3253, M. P.: Valencia Arango, actor Joel Flórez Villada.

{11}. Citada por Henao, El daño, *op. cit.*, pág. 94.

- {12}. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. ii, *op. cit.*, pág. 452.
- {13}. Guido Alpa, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil* (trad. y notas de Leysser L. León), Lima, Ara Editores, 2006, pág. 773.
- {14}. Eduardo Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2005, pág. 1.
- {15}. Celia Weingarten, *Responsabilidad por prestaciones odontológicas*, Buenos Aires, Astrea, 1997, pág. 157.
- {16}. Bustamente Alsina, *op. cit.*, pág. 238.
- {17}. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. ii, *op. cit.*, pág. 327. Martínez Rave, *Responsabilidad civil extracontractual*, *op. cit.*, pág. 161 define el daño como sigue: “[...] la lesión o menoscabo que se ocasiona a un interés, protegido o no por las normas, como un derecho real o subjetivo. Basta que sea un interés *patrimonial* del ofendido, el que se afecte para que exista daño”, definición que no compartimos pues se limita a los daños patrimoniales.
- {18}. Zannoni, *op. cit.*, págs. 44 y ss., dice que el daño debe tener tres requisitos: la lesión debe haber afectado un interés propio, ser cierto y subsistente al tiempo del resarcimiento, es decir que no haya sido reparado ya por el responsable.
- {19}. Bustamente Alsina, *op. cit.*, pág. 170.
- {20}. Martínez Rave, *Responsabilidad civil extracontractual*, *op. cit.*, págs. 164 y 165.
- {21}. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, págs. 336 y 339.
- {22}. Mazeaud y Tunc, t. I, *op. cit.*, pág. 385.
- {23}. La Corte Suprema sostiene que cuando fallece la víctima, para hacer la valoración de los perjuicios en favor de quien dependía del causante, si se ignora el monto exacto con que la víctima contribuía al sostenimiento de quien dependía de ella, “puede suplirse con

una crítica adecuada de la experticia, o también por presunción judicial o de hombre que resulta de atender las reglas de la experiencia”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 119 de 31 julio 2000, exp. 6068.

^{24}. Zannoni, *op. cit.*, pág. 234.

^{25}. Adriano de Cupis, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil* (trad. de la 2a edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrios), Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1970, pág. 323.

^{26}. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 31 marzo 1998, exp. 5023. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 11 mayo 1976: “Tanto la jurisprudencia como la doctrina admiten que el perjuicio debe ser reparado en toda extensión en que sea cierto. No solo el perjuicio actual es cierto, sino también el perjuicio futuro, pero no lo es el perjuicio simplemente hipotético. *La jurisprudencia califica el perjuicio futuro de cierto y ordena repararlo, cuando su evaluación es inmediatamente posible, al mismo título que el perjuicio actual.* La Corte francesa de casación —dice Chapus en su obra citada— se ha esforzado en ciertas sentencias por enunciar esta doctrina en términos no dudosos y ha declarado que «si no es posible decretar la reparación de un perjuicio puramente eventual, sucede de otro modo cuando el perjuicio, aunque futuro, aparece al juez como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual que es susceptible de evaluación inmediata»”.

^{27}. C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 22 julio 1943, “G. J.”, núm. 1998, pág. 768.

^{28}. C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 12 diciembre 1943, “G. J.”, núm. 2001, pág. 681.

^{29}. Francois Chabas, “La pérdida de una oportunidad («chance») en el derecho francés de la responsabilidad civil”, en *Revista del*, marzo 8 de 2000, núm. 8, pág. 65.

^{30}. *Idem, ibidem*, pág. 69.

^{31}. *Idem, ibidem*, pág. 72.

[{32}](#). *Idem, ibidem*, pág. 74.

[{33}](#). *Idem, ibidem*, pág. 81.

[{34}](#). Civ. Re, 27 marzo 1973, D. 1973. 595, Gaz. Pal. 1973. 2.630, J. C. P. 1974. II. 17643 y Civ. Ire.

[{35}](#). *Idem, ibidem*, pág. 82.

[{36}](#). *Idem, ibidem*, pág. 87.

[{37}](#). *Idem, ibidem*, pág. 88.

[{38}](#). Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. ii, *op. cit.*, págs. 357-358.

[{39}](#). “ *Enjeu* es lo que está «en juego»: la «ventaja esperada». El que se está muriendo espera sobrevivir, el que ha perdido su proceso en primera instancia espera ganarlo en la apelación. El asalariado que se vuelve incapaz para trabajar espera un ascenso que le traería un aumento de sueldo. El *enjeu* es la vida, el interés del litigio, el salario incrementado. [...] un evento benéfico, que consiste ya sea en adquirir un valor, ya sea en evitar un mal, pero un mal que sin la intervención del tercero (que será el agente), sería inevitable. He aquí por qué incluso si la pérdida de una oportunidad es aquella de evitar un mal, el *enjeu* constituye un más porque, abandonado a sí mismo sin la intervención del hombre, el curso normal de las cosas habría conducido ineluctablemente a la pérdida”. *Idem, ibidem*, pág. 64.

[{40}](#). *Idem, ibidem*, pág. 65.

[{41}](#). En este sentido, el jurista Atilio Aníbal Alterini señala que “el incremento de la nómina de daños resarcibles implica correlativamente la ampliación de la legitimación activa y de la pasiva”. Alterini y López Cabana, *op. cit.*, pág. 356.

[{42}](#). Mazeaud y Tunc, t. i, *op. cit.*, pág. 385.

[{43}](#). Henao, *El daño*, *op. cit.*, pág. 103.

{44}. La Corte explica la diferencia entre las acciones que se derivan de derechos reales y personales: “Difieren esencialmente las acciones que se derivan de los derechos reales de las que se originan en los derechos personales, pues mientras aquellas, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil, son las que tenemos sobre una cosa con respecto a determinada persona, como los de dominio, herencia, uso, usufructo y habitación, servidumbres activas, prenda e hipoteca; estos son los que nacen de una obligación de una persona o deudor hacia otra o acreedor, surgida de un acto jurídico como un contrato o cuasicontrato, de un hecho ilícito como un delito o cuasidelito, o de la ley, según se infiere de los artículos 665 y 666 del Código Civil. [...] la acción que tiene por objeto establecer la responsabilidad extracontractual de quien por su delito o culpa ha causado daño a otro y obtener la correspondiente indemnización de perjuicios es de carácter personal y, en consecuencia, solo puede intentarse por el que ha sido perjudicado con el daño, como se deduce del artículo 2342 del Código Civil y no simplemente por quien después adquiera el dominio de la cosa dañada, pues, se repite, el derecho personal no es accesorio del real, y para que pueda transmitirse a persona diferente de su titular es necesario que se dé cumplimiento a las normas relativas a la cesión de derechos de que trata el título XXV del Libro IV del Código Civil”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 31 marzo 1982.

{45}. Mazeaud y Tunc, t. i, *op. cit.*, pág. 385.

{46}. Barrera Tapias y Santos Ballesteros, *op. cit.*, pág. 13.

{47}. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. ii, *op. cit.*, pág. 142.

{48}. *Ibid.*, pág. 143.

{49}. *Digesto* 9, 2, 45.

{50}. Mazeaud, Tunc, Chabas, *Traité de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, t. II, Paris, Éditions Montchrestien, 1970, núms. 1008 y ss.

{51}. Savatier, *Traité*, t. I, pág. 125, citado por Peirano Facio, *op. cit.*, pág. 262.

{52}. Peirano Facio, *op. cit.*, pág. 262.

^{53}. *Ibid.*, pág. 263.

^{54}. *Ibid.*, pág. 266.

^{55}. Tamayo Jaramillo sostiene que si el estado de necesidad tiene todos los elementos de una fuerza mayor, es una verdadera causa extraña; pero si no los reúne, la víctima está facultada para obtener la reparación invocando el cuasicontrato de agencia oficiosa o de enriquecimiento sin causa. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 154.

^{56}. Blase Rossi Marsella, *op. cit.*, pág. 300.

^{57}. Luis Carlos Pérez, *Tratado de derecho penal*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1967, pág. 155.

CAPÍTULO SEGUNDO

^{1}. Juan Carlos Henao Pérez, “De las distintas formas de concebir la tipología de los perjuicios”, en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo*, tomo I, págs. 148 y 149.

^{2}. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 4 abril 2001, exp. 5502. En el mismo sentido C. S. de J., Sala de Casación Civil, exp. 5502, sent. 28 junio 2000, exp. 5348.

^{3}. Zannoni, *op. cit.*, pág. 234.

^{4}. Jaime Fernández Madero, *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pág. 49, citado por Hernán Corral Talciani, *op. cit.*, pág. 142.

^{5}. Hernán Corral Talciani, *op. cit.*, pág. 143.

^{6}. C. C., art. 1618.

[\[7\]](#). Adriano de Cupis, *El daño, op. cit.*, pág. 312.

[\[8\]](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 7 mayo 1968.

[\[9\]](#). Ricardo De Ángel Yagüez, *op. cit.*, pág. 671.

[\[10\]](#). Tamayo Jaramillo ha sostenido que el lucro cesante no puede limitarse al concepto de ganancia y debe extenderse a todo tipo de provecho de bienes. *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 483.

[\[11\]](#). Héctor Roa Gómez, *Jurisprudencia civil de la Corte Suprema de Justicia*, t. I, Bogotá, Edit. Arte y Artistas, 1970, pág. 285. C. S. de J., Sala de Casación, sent. 7 mayo 1968.

[\[12\]](#). C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 2 julio 2008, rad. 15.657 (R-02006), actor: Teodolfo López Díaz y otros, salvamento de voto Enrique Gil Botero.

[\[13\]](#). Edgar Cortés, *Responsabilidad civil y daños a la persona. el daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

[\[14\]](#). Milagros Koeteich Kahatib, *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

[\[15\]](#). Cfr. Jesús Alberto Buitrago Duque, “Daño corporal, biológico, fisiológico o a la salud”, en *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, núm. 26, noviembre de 2009, págs.121-155. María Cecilia M’Causland Sánchez, *Tipología y reparación del daño no patrimonial*. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

[\[16\]](#). Andrés Orión Álvarez Pérez, “Los daños inmateriales: estado de la jurisprudencia en Colombia y en el derecho comparado”, en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y*

filosofía del derecho. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo, t. I, págs. 191 y ss.

{17}. *Digesto 9, 3, 7 Gayo, libro sexto. Ad edictum provinciale cum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. Cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem.*

{18}. Peirano Facio, *op. cit.*, pág. 119.

{19}. C. S. de J., Sala de Casación, sent. 21 julio 1922, “G. J.”, t. xxix, núm. 1515, pág. 220.

{20}. *Ibidem*.

{21}. Felipe Navia Arroyo, *Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?* Ensayos de derecho privado, núm. 4, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pág. 28.

{22}. José Luis Hernández Ramírez, *La responsabilidad civil, el daño moral y el daño a la persona en el derecho civil mexicano*, Universidad de Guadalajara, 2004, pág. 5.

{23}. Antonio Borrell Maciá, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*. Estudio del artículo 1902 del Código Civil y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910 del propio cuerpo legal, 2a ed., Barcelona, J. M. Bosch, 1958, págs. 213 a 215.

{24}. C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 20 mayo 1952.

{25}. Borrell Maciá, *op. cit.*, pág. 217.

{26}. Tomás De Aquino, *Suma teológica*, II-II, q. 62. a. 2, s I.

{27}. En el siglo XIX son ejemplo los códigos de Austria de 1812 y el anterior de Portugal de 1868.

[\[28\]](#). Ley 171 (Registro Oficial núm. 779 de 4 julio 1984) que adiciona los arts. 1559 y 2258 del C. C. ecuatoriano.

[\[29\]](#). Roberto A. Vásquez Ferreyra, *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1993, pág. 181.

[\[30\]](#). Citado por Peirano Facio, *op. cit.*, pág. 382.

[\[31\]](#). Mazeaud y Tunc, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual*, *op. cit.*, pág. 362.

[\[32\]](#). Peirano Facio, *op. cit.*, pág. 382.

[\[33\]](#). Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, El daño moral, t. V, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, pág. 10.

[\[34\]](#). En materia contractual, si bien la jurisprudencia ha sido reacia a reconocerlo, no se niega su procedencia en caso de presentarse lesión a alguno de los bienes extrapatrimoniales (honor, reputación, etc.) y ser demostrada en el expediente. C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 13 abril 2000, exp. 11892. Igualmente, sents. 5 octubre 1989, exp. 5320, 7 abril 1994, exp. 9367, y 11 noviembre 1999, exp. 12.652, entre otras.

[\[35\]](#). Saavedra Madrid, *op. cit.*, pág. 66.

[\[36\]](#). Martínez Rave, *Responsabilidad civil extracontractual*, *op. cit.*, pág. 173.

[\[37\]](#). Luis Díez-Picazo, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 328.

[\[38\]](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 9 septiembre 1991, “G. J.”, t. CCXII, núm. 2451, págs. 78-88.

[\[39\]](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 17 agosto 2001, exp. 6492.

[\[40\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 5 mayo 1999, exp. 4978.

[\[41\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 20 junio 1941, “G. J.”, t. li, núms. 1971-1972.

[\[42\]](#) *Ibid.* Por otra parte, la “*La doctrina francesa distingue el dolor moral del perjuicio moral no afectivo*”, entendiendo por este último el que se deriva de los atentados a las libertades y derechos fundamentales como el honor y la reputación o el derecho moral de un autor sobre su obra” (cfr. Michele Paillet, *La responsabilité administrative*, Paris, Dalloz, 1996, págs. 219 y ss.). El Consejo de Estado, en sent. de 31 enero 1989, exp. 5284, reconoció perjuicios morales a los autores de un diseño que fue reproducido sin su autorización en la emisión de una estampilla por la administración postal, que además omitió el nombre de sus creadores en la misma”. C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 13 abril 2000, exp. 11892.

[\[43\]](#) Bustamente Alsina, *op. cit.*, pág. 242.

[\[44\]](#) C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 13 febrero 1951, “G. J.”, t. lxxv, pág. 245.

[\[45\]](#) María del Carmen Domínguez Guillén. “Sobre los derechos de la personalidad”, en “*Dikaionlo justo*, Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana, año 17, núm. 12, 1.0.

[\[46\]](#) Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, *op. cit.*, pág. 107.

[\[47\]](#) María del Carmen Domínguez Guillén. “Sobre los derechos de la personalidad,” en *Dikaion*, año 17, núm. 12, Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana, Bogotá, 2003, 1.0.

[\[48\]](#) *Ibidem.*

[\[49\]](#) *Ibidem.*

[\[50\]](#) *Ibid*, 2.0.

^{51}. *Ibid*, 2.1.

^{52}. *Ibidem*.

^{53}. *Ibidem*

^{54c}. *Ibid.*, 2.3.

^{55}. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 17 agosto 2001, exp. 6492.

^{56}. Santos Briz, *op. cit.*, pág. 164; Philippe Le Torneau, *La responsabilidad civil*, trad. de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Legis, 2004, pág. 72.

^{57}. Felipe Navia Arroyo, *Del daño moral al daño fisiológico: ¿una evolución real?* Ensayos de derecho privado núm. 4, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pág. 50.

^{58}. Santos Briz, *op. cit.*, pág. 194.

^{59}. C. de E., Sección Tercera, sent. 30 julio 1992, exp. 6828, C. P.: Julio César Uribe Acosta, actor Carlos Arturo Pinzón. En el mismo sentido, sent. 29 abril 1994, exp. 7136, C. P.: Juan de Dios Montes Hernández, actor Hernán Prada Moreno; sent. 5 octubre 1989, exp. 5320, C. P.: Gustavo de Greiff R., actor Martha Cecilia Klinker de Jaramillo; sent. 7 abril 1994, exp. 9367, actor Lucía Herrera de Pérez y otros, y sent. 30 marzo 1995, exp. 10019, actor Luisa Gutiérrez, ambas con ponencia de Daniel Suárez Hernández.

^{60}. Peirano Facio, *op. cit.*, págs. 384 y ss. La doctrina extranjera se inclina a negar esta posibilidad, por ejemplo Santos Briz, *op. cit.*, pág. 164.

^{61}. Oliver García Muñoz, “Responsabilidad en el contrato de obra y daños morales, comentario a la STS, 1a, 31.10.2002”, en *RevistaInDret*, Barcelona, Facultad de Derecho Universidad Pompeu Fabra, Working paper núm. 143, abril, 2003, consultado en http://www.indret.com/rcs_articulos/cas/127.pdf. 18 Junio 2003.

^{62}. Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, *op. cit.*, págs. 55 y ss.

[{63}](#). Buitrago Duque, *El daño punitivo en la responsabilidad civil. Hacia una evolución conceptual de las finalidades de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, pág. 95.

[{64}](#). Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 490.

[{65}](#). *Ibidem*.

[{66}](#). C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 23 abril 1941, M. P. Aníbal Cardoso Gaitán, “G. J.”, t. XLI, pág. 786. En igual sentido, véase C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sents. 12 marzo 1937, M. P. Pedro Gómez Naranjo, “G. J.”, t. XLIV, pág. 856; 15 marzo 1941, M. P. Hernán Salamanca, “G. J.”, t. L, pág. 786.

[{67}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 20 junio 1941, “G. J.”, t. LI, núms. 1971-1972.

[{68}](#). *Ibidem*. En igual sentido, la Corte se manifestó en 1937: “Ante todo es de observarse que, en la mayor parte de los casos, el perjuicio moral causa un daño patrimonial: por ejemplo, el ataque a la probidad de un comerciante puede ocasionar la ruina de su negocio”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 28 septiembre 1937, “G. J.”, t. XLV, núm. 1929, págs. 758-763.

[{69}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 20 junio 1941, “G. J.”, t. LI, núms. 1971-1972.

[{70}](#). Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. ii, *op. cit.*, págs. 531-540.

[{71}](#). Corte Const., sent. C-916 de 2002.

[{72}](#). Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. ii, *op. cit.*, pág. 531.

[{73}](#). Peirano Facio, *op. cit.*, pág. 383.

[{74}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 28 septiembre 1937, “G. J.”, t. XLV, núm. 1929, págs. 758-763.

[\[75\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 20 junio 1941, “G. J.”, t. LI, núms. 1971-1972.

[\[76\]](#) Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pág. 338.

[\[77\]](#) “Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación” (art. 2331). Como lo mencionamos, este artículo no tiene antecedentes en las *Siete Partidas* ni en el Código Civil francés y desconocemos las razones por las cuales fue omitido en nuestro Código.

[\[78\]](#) Tribunal Constitucional, sent. 10 junio 2008, rol 943.

[\[79\]](#) *Ibidem*.

[\[80\]](#) Hans A. Fischer, *Los daños civiles y su reparación* (trad. de W. Roces), Madrid, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, 1928, pág. 227.

[\[81\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 21 julio 1922, “G. J.”, t. XXIX, núm. 1515, pág. 220.

[\[82\]](#) *Ibidem*.

[\[83\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 22 agosto 1924, “G. J.”, t. XXXI, pág. 82.

[\[84\]](#) *Ibidem*.

[\[85\]](#) Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 486.

[\[86\]](#) C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 20 noviembre 1933, “G. J.”, t. XXXIX, pág. 197.

[{87}](#). *Ibidem*.

[{88}](#). C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 12 marzo 1937, “G. J.”, t. XLIV, pág. 856.

[{89}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 28 septiembre 1937, “G. J.”, t. XLV, pág. 759.

[{90}](#). *Ibidem*.

[{91}](#). *Ibidem*.

[{92}](#). C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 15 marzo 1941, “G. J.”, t. L, pág. 786.

[{93}](#). *Ibidem*.

[{94}](#). C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 14 marzo 1942, “G. J.”, t. XLII, pág. 521.

[{95}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 23 abril 1947, “G. J.”, t. LI, pág. 424.

[{96}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 12 marzo 1937, “G. J.”, t. XLV, págs. 355-377.

[{97}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 20 junio 1941, M. P.: Hernán Salamanca, “G. J.”, t. XLI, pág. 293

[{98}](#). C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 23 abril 1941, M. P.: Aníbal Cardoso Gaitán, “G. J.”, t. xli, pág. 786. En otro fallo, pocos meses después, se reitera la doctrina del *arbitrium iudicis* y la inoperancia del peritazgo para el daño moral en los siguientes términos: “La prueba pericial, destinada por la ley para la comprobación de hechos que exijan conocimientos y prácticas especiales (C. J., art. 705), es medio probatorio inaceptable, prueba legalmente ineficaz para demostrar o establecer una cosa en realidad imposible de acreditar como es la equivalencia monetaria de un dolor de afección. Pero en

consideración a que esta especie de detrimento moral se ha considerado [sic] como constitutiva de un perjuicio y como tal merecedor de una compensación, ha sido necesario dejar su medida y estimación al libre arbitrio judicial, como único medio de regulación al alcance de la justicia”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 21 agosto 1941, “G. J.”, t. xli, pág. 206.

[\[99\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 28 octubre 1942, M. P.: Aníbal Cardoso, “G. J.”, t. LIV, pág. 377.

[\[100\]](#) C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 4 noviembre 1952, M. P.: Agustín Gómez Prada, “G. J.”, t. LXXIII, pág. 899.

[\[101\]](#) C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 20 mayo 1952, M. P.: Agustín Gómez Prada, “G. J.”, t. LXXII, pág. 321.

[\[102\]](#) C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 30 de agosto de 1971, M. P.: Ramiro Araújo, “G. J.”, t. XCVI, pág. 337.

[\[103\]](#) C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 19 diciembre 1956, M. P.: José Jaramillo Giraldo, “G. J.”, t. LXXXIII, pág. 1270.

[\[104\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 18 octubre 1967, M. P.: Enrique López de la Pava, “G. J.”, t. CXIX, pág. 256.

[\[105\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 27 septiembre 1974, “G. J.”, t. LXI, pág. 570. Hasta hoy, la Corte Suprema de Justicia se ha mantenido en esa postura, limitándose a modificar, periódicamente, el valor del tope establecido, a fin de garantizar la imposición de condenas que reconozcan la pérdida del poder adquisitivo del dinero. Así lo ha hecho, por ejemplo, en sents. 4 agosto 1981 (en la que fijó como suma máxima \$ 100.000), 2 julio 1987 (en la que la fijó en \$ 500.000), 25 noviembre 1992 (en la que condenó por \$ 1.000.000), y de 30 mayo 1994 y 5 mayo 1999 (en las que se tasaron los perjuicios en \$ 4.000.000 y \$ 10.000.000, respectivamente).

[\[106\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 27 septiembre 1974, “G. J.”, t. CXLVIII, pág. 248.

[{107}](#) Corte Const., sent. C-916 de 2002, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{108}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 6 septiembre 2001, rad. 13.232-15.646, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez. En este fallo se estableció: “Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera [sic] que el valor del perjuicio moral, en los casos en que este cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales”.

[{109}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 19 octubre 2007, rad. 29.273; C. P.: Enrique Gil Botero; actor: Roberto Zuleta Arango y otros; demandado: Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional; proceso: acción de reparación directa.

[{110}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 17 julio 1992, rad. 6750; actor: Luis María Calderón Sánchez y otros.

[{111}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 17 julio 1992, rad. 6750, C. P.: Camilo Arciniegas Andrade, actor: Luis María Calderón Sánchez y otros. Posición reiterada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Cfr. C. de E., Sala Plena, sent. 30 marzo 2004, S 736, actor: Nelly Tejada. C. P.: “Del parentesco cercano con la víctima se infiere el padecimiento moral que su muerte inflige a los suyos. El parentesco es indicio vehemente del daño moral”. Posición reiterada por la Sección Tercera. Cfr. C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 30 agosto 2007, exp. 15.724, C. P.: Ramiro Saavedra Becerra, actor: Oswaldo Pérez Barrios.

[{112}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 17 julio 1992, rad. 6750, actor: Luis María Calderón Sánchez y otros.

[{113}](#) *Ibidem*

[{114}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 26 marzo 2008, exp. 18846.

[{115}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 13 abril 2000,exp. 11892.

[{116}](#) *Ibidem*.

[{117}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 28 octubre 1999, exp. 12384. En igual sentido, así lo ha considerado la Sala en varias providencias: sent. 7449 de 26 febrero 1993, M. P.: Juan de Dios Montes Hernández, actor: Antonio Diego Vallejo Jaramillo; 7872 de 16 junio 1993, actor: Carmen Julio López Leal; 7622 de 12 julio 1993, C. P.: Carlos Betancur Jaramillo, actor: José Orlando Isaza Cifuentes, y sent. de 30 octubre 1996, C. P.: Antonio José de Irrisarri, actor: Julieta Díez.

[{118}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 28 octubre 1999, exp. 12384. En igual sentido, sent. 28 octubre 1999, exp. 12.384. C. P.: Dra. María Elena Giraldo Gómez.

[{119}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 6 julio 1998, exp. 10916.

[{120}](#) Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 501.

[{121}](#) Citado por el C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 20 agosto 1993, exp. 7881.

[{122}](#) *Ibidem*.

[{123}](#) *Ibidem*

[{124}](#) *Ibidem*.

[{125}](#) *Ibidem*.

[{126}](#) *Ibidem*.

[{127}](#) *Ibidem*.

[{128}](#). Ibidem.

[{129}](#). Ibidem.

[{130}](#). Cfr. Sandra Milena Cortés Jiménez, *La reparación del daño moral en el Consejo de Estado colombiano: El aparente abandono del arbitrium iudicis por el test de proporcionalidad*. Ensayo jurídico como modalidad de trabajo de grado, Obdulio Velásquez Posada, Asesor, Chía, Facultad de Derecho, Universidad de La Sabana, 2012.

[{131}](#). C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 1° de febrero de 2012, exp. 20106, C. P.: Enrique Gil Botero.

[{132}](#). Gabriel Mora Restrepo. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, pág. 435.

[{133}](#). C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 17 de noviembre de 1967, exp. 414.

[{134}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 noviembre 1992 citada por Jorge Cubides Camacho, *Obligaciones*, 6ª ed., Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, pág. 348.

[{135}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 mayo 1999, exp. 4978. M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

[{136}](#). El Código Penal de 1936 (art. 95) disponía que cuando no fuere posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, el juez podía fijar prudencialmente la indemnización hasta la suma de dos mil pesos. Y el Código Penal de 1980 consagró en los arts. 103 y 106 de modo similar el precepto citado del Código Penal de 1936.

[{137}](#). Hernán Alejandro Olano García, *Constitución Política de Colombia comentada y concordada*, 7a ed., Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá, 2006, pág. 72.

[\[138\]](#) Maita Naveria Zarra. “Hacia una interpretación satisfactoria de la tabla I del baremo de la ley 30/1995”, en *Anuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 6 (2002), pág. 886. La autora dice que “se trata de un sistema que tiene carácter vinculante para los jueces y tribunales y que se estructura en una serie de tablas — también conocidas como baremos— que contienen la cuantificación legal de los diversos daños susceptibles de ser sufridos por las personas con motivo de los accidentes derivados de la circulación de vehículos de motor. De estas seis tablas que lo conforman, la tabla 1 [...] hace referencia a las indemnizaciones básicas por muerte, comprendiendo, tanto el catálogo de quienes resultan perjudicados por la muerte de la víctima —a lo largo del cual aparecen mencionados el cónyuge, los hijos, los padres, los abuelos y los hermanos—, como las cuantías indemnizatorias correspondientes a los sujetos que, en cada caso, ostentan esa condición. La conjunción de ambas circunstancias da como resultado el establecimiento de cinco grupos, que tienen carácter excluyente y que se organizan en función de cinco posibles situaciones familiares predicables de la víctima en el momento de su fallecimiento, esto es, según que se trate de víctima con cónyuge (grupo 1), víctima sin cónyuge y con hijos menores (grupo 11), víctima sin cónyuge y con todos sus hijos mayores (grupo 111), víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes (grupo iv) o, por último, víctima con hermanos solamente (grupo v) De la regulación esbozada es posible extraer dos conclusiones elementales: 1a) que la tabla I contiene una determinación legal de los perjudicados o beneficiarios de las indemnizaciones en caso de muerte de la víctima; y 2a) que la circunstancia que determina la inclusión de los sujetos enumerados en el concepto legal de perjudicados diseñado por la ley 30/1995 es el vínculo parental, la pertenencia a la familia, cercana, de la víctima”.

[\[139\]](#) Mariano Medina Crespo, “Los principios que inspiran la regulación de las indemnizaciones básicas por causa de muerte, en el sistema de la Ley 30/95”, en Juan Antonio Moreno (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 378.

[\[140\]](#) C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 3 diciembre 1942, “G. J.”, t. LIV, pág. 432.

[\[141\]](#) La Corte Suprema ha expresado estos requisitos en sentencia que extractamos a continuación por su importancia y claridad:

“a) En primer lugar, el que del daño moral se afirme que debe ser «personal» trae consigo que por norma y en tanto por definición hiere derechos de la personalidad, *pueda reclamar su reparación tan solo la víctima directa a título propio, entendiéndose que cuando ella no sobrevive al suceso, su muerte envuelve una legítima aflicción que generalmente experimentan aquellos con quienes estaba ligada por vínculos de parentesco cercano o de alianza, vínculos que en esencia son los que les permiten a los últimos ejercitar la acción indemnizatoria correspondiente ya que, en atención a esa «[...] urdimbre de las relaciones que se entretejen con ocasión de los vínculos propios de la familia [...]»* (C. S. de J., Casación Civil 28 febrero 1990 sin publicar), es de suponer que el fallecimiento del damnificado directo trae para sus allegados pesares, sensaciones dolorosas de entidad más o menos apreciable que el derecho no puede, sin caer en notoria injusticia, dejar de contemplar bajo el argumento, tantas veces repetido por quienes se declaran enemigos de admitir la modalidad resarcitoria de la cual viene hablándose, de que por este camino podría llegar a abrirse paso una cascada indefinida de demandas por pretendidos daños morales contra el responsable.

”b) *En segundo lugar es del caso hacer ver que cuando se predica del daño moral que debe ser cierto para que haya lugar a su reparación, se alude sin duda a la necesidad de que obre la prueba, tanto de su existencia como de la intensidad que lo resalta, prueba que en la mayor parte de los supuestos depende en últimas de la correcta aplicación, no de presunciones legales que en este ámbito la verdad sea dicha el ordenamiento positivo no consagra en parte alguna, sino de simples presunciones del hombre cuyo papel es aquí de grande importancia, toda vez que quien pretenda ser compensado por el dolor sufrido a raíz de la muerte de un ser querido, tendrá que poner en evidencia —según se lee en brillantes páginas que forman parte de los anales de la jurisprudencia administrativa nacional— no solo el quebranto que constituye factor atributivo de la responsabilidad ajena «[...] sino su vinculación con el occiso [...] su intimidad con él, el grado de su solidaridad y, por lo mismo, la realidad de su afectación singular y la medida de esta [...]»*, añadiéndose que a tal propósito «[...] por sentido común y experiencia se reconocen presunciones de hombre de modo de partir del supuesto de que cada cónyuge se aflige por lo que acontezca al otro cónyuge, o los progenitores por las desgracias de sus descendientes y a la inversa, o que hay ondas de percusión sentimental entre parientes inmediatos [...]» (C. de E., Sección Tercera, 25 febrero 1982, exp. 1651, aclaración de voto del conjuez doctor Fernando Hinostroza), siendo por cierto esta línea de pensamiento la misma prohijada por la Corte (cfr., Casación Civil, 28 febrero 1990, arriba citada), hace poco menos de tres años, al proclamar sin rodeos y con el fin de darle al tema la claridad indispensable, que cuando en

el campo de la prueba del daño no patrimonial la jurisprudencia civil ha hablado de presunción «ha querido decir que esta es judicial o de hombre. O sea que la prueba dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo».

”Las bases de este razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y psicológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por sus padres, hijos, hermanos o cónyuges [...], presunción que naturalmente puede ser destruida puesto que «[...] necio sería negar —prosigue la Corte— que hay casos en los que el cariño o el amor no existe entre los miembros de una familia; o no surge con la misma intensidad que en otra, o con respecto a alguno o algunos de los integrantes del núcleo. Mas cuando esto suceda, la prueba que tienda a establecerlo o, por lo menos, a cuestionar las bases factuales sobre las que el sentimiento al que se alude suele desarrollarse —y por consiguiente a desvirtuar la inferencia que de otra manera llevaría a cabo el juez— no sería difícil, y si de hecho se incorpora al proceso, el juez, en su discreta soberanía, la evaluará y decidirá si en el caso particular sigue teniendo cabida la presunción o si, por el contrario, esta ha quedado desvanecida [...]»; resumiendo, entonces, no obstante ser tales, los perjuicios morales puros también «[...] están sujetos a prueba, prueba que, cuando la indemnización es reclamada por los parientes cercanos del muerto, las más de las veces puede residir en una presunción judicial. Y nada obsta para que esta se desvirtúe por el llamado a indemnizar, poniéndole de presente al fallador aquellos datos que, en su sentir, evidencian una falta o una menor inclinación entre parientes [...]».

”c) Finalmente, incidiendo el daño moral puro en la órbita de los afectos, en el mundo de los sentimientos más íntimos y consistiendo el mismo, como al comienzo de estas consideraciones se dejó apuntado, en el pesar, la afrenta o sensación dolorosa que padece la víctima y que en no pocas veces ni siquiera ella puede apreciar en toda su virulencia, de ese tipo de agravios *se ha dicho que son «[...] económicamente inasibles [...]»* (“G. J.”, ts. CXLVIII, pág. 252, y CLII, pág. 143, reiterada en casación civil 9 septiembre 1991, sin publicar), *significándose con ello que la reparación no puede ser exacta y frente a esta deficiencia, originada en la insuperable imposibilidad racional de aquilatar con precisión la magnitud cuantitativa que dicha reparación debe tener, es claro que alguno de los interesados habrá de salir perdiendo*, y discurrendo con sentido de justicia preferible es a todas luces que la pérdida recaiga *sobre quien es responsable del daño y no sobre quien ha sido su víctima, debiendo buscarse, por lo tanto, con ayuda del buen sentido, muy sobre el*

caso específico en estudio y con apoyo en hechos probados que den cuenta de las circunstancias personales de los damnificados reclamantes, una relativa satisfacción para estos últimos, proporcionándoles de ordinario una suma de dinero que no deje incólume la agresión, pero que tampoco represente un lucro injustificado que acabe por desvirtuar la función institucional que prestaciones de ese linaje están llamadas a cumplir. En otras palabras, ante el imperativo jurídico de que el lesionado por el daño moral reciba en compensación de sus padecimientos y en orden a que «[...] se haga más llevadera su congoja [...]» cierta cantidad, y como ese dinero del dolor (*pretium doloris*) no puede traducirse en un *quántum* tasable del modo que es propio de aquellos destinados al resarcimiento de perjuicios patrimoniales, *el* problema neurálgico radica entonces en definir ese *quántum* en el que habrá de expresarse la reparación, quedando reservado este difícil cometido al discreto arbitrio de los jueces, arbitrio que contra lo que en veces suele creerse, no equivale a abrirle paso a antojadizas intuiciones pergeñadas a la carrera para sustentar condenas excesivas, sino que a dichos funcionarios les impone el deber de actuar con prudencia, evitando en primer lugar servirse de pautas apriorísticas”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 25 noviembre 1992, exp. 3382, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Scholss (sin bastardilla en el original). no puede traducirse en un *quántum* tasable del modo que es propio de aquellos destinados al resarcimiento de perjuicios patrimoniales, *el* problema neurálgico radica entonces en definir ese *quántum* en el que habrá de expresarse la reparación, quedando reservado este difícil cometido al discreto arbitrio de los jueces, arbitrio que contra lo que en veces suele creerse, no equivale a abrirle paso a antojadizas intuiciones pergeñadas a la carrera para sustentar condenas excesivas, sino que a dichos funcionarios les impone el deber de actuar con prudencia, evitando en primer lugar servirse de pautas apriorísticas”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 25 noviembre 1992, exp. 3382, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Scholss (sin bastardilla en el original).

[.142](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 4 abril 1968.

[.143](#). C. S. de J., Sala de Casación, sent. 11 mayo 1976, “G. J.”, t. 2393, pág. 138.

[.144](#). C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 20 septiembre 1952, “G. J.”, t. LXXII, pág. 5111.

[.145](#). C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 27 septiembre 1946.

[.146}](#) C. S. de J., Sala de Casación, sent. 3 septiembre 1991, “G. J.”, t. CCXII. pág. 79.

[.147}](#) C. S. de J., Sala Casación Civil, sent. 21 febrero 2002, exp. 6063.

[.148}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 2 febrero 2008, rad. 14357, C. P.: Ricardo Hoyos Duque.

[.149}](#) Ibidem.

[.150}](#) Ibidem.

[.151}](#) C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 3 noviembre 1942, “G. J.”, t. liv, pág. 393. En el mismo sentido, C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 26 noviembre 1942, “G. J.”, 421, núm. 1981.

[.152}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 26 de septiembre 2002, exp. 6878.

[.153}](#) Paolo Emanuele Rozo Sordini, *El daño biológico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, págs. 113 y ss.

[.154}](#) Ibidem.

[.155}](#) Rozo Sordini, *op. cit.*, pág. 136.

[.156}](#) Ibid., pág. 321.

[.157}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 6 mayo 1993, exp. 7428, C. P.: Julio César Uribe Acosta, actor: Jhon Jairo Mejía y otros; demandado: La Nación - Ministerio de Defensa Nacional. La naturaleza e intensidad de las lesiones sufridas por la víctima son resumidas por la Sala así: “«a) amputación de ambos miembros inferiores entre el tercio distal y medio del muslo; b) múltiples cicatrices, heridas de antebrazos, mano izquierda, brazo derecho hasta 6 cms.» (fl. 166); «c) le quedan como secuelas la pérdida del órgano de la locomoción y una deformidad física, todas de carácter permanente» (fl. 166); d) para el manejo de sus secuelas no requiere de tratamiento con drogas, ni la esperanza de vida se ve afectada por las secuelas y «le correspondería 35,6

años de esperanza de vida»; «e) para su rehabilitación requiere los servicios de un médico especialista en esta materia además de unas prótesis adecuadas»; f) dada la pérdida anatómica de los miembros inferiores hay un cambio en la autoimagen corporal y la autoestima, sentimiento de minusvalía y autodepreciación que consolidan un estado de depresión reactiva, que se activa constantemente cuando se debe confrontar a eventos y a estilos [*sic*] que impliquen la presencia de los miembros perdidos. Por tanto requiere la atención de un médico siquiatra para efectos de elaboración del duelo que le permita llevar una vida social adecuada y satisfactoria dentro de sus limitaciones físicas; g) en el estado en que se encuentra puede valerse para realizar él mismo sus necesidades primarias (fl. 166 fte. y vto.)”.

[{158}](#) Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, págs. 527-528.

[{159}](#) Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, t. I, 1983, pág. 211.

[{160}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 6 mayo 1993, exp. 7428, C. P.: Julio César Uribe Acosta; actor: Jhon Jairo Mejía y otros; demandado: La Nación, Ministerio de Defensa Nacional.

[{161}](#) *Ibidem*

[{162}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 25 septiembre 1997, exp. 10.421; actores: María Edelmira Cano y otro. También C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 21 febrero 2002, exp. 5.615, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez; actor: Francisco Hurtado y otros; demandado: La Nación– Ministerio de Defensa Nacional.

[{163}](#) La Unión Europea (1975) lo describía como un daño relativo a lesiones corporales, por medio del cual “la víctima experimenta «una disminución de los placeres de la vida», causada principalmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades placenteras”. Res. 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

[{164}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 19 julio 2000, exp. 11.842.

[.165](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 25 septiembre 1997, exp. 10.421; actores: María Edelmira Cano y otro.

[.166](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 21 febrero 2002, exp. 5615, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez; actor: Francisco Hurtado y otros; demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

[.167](#) *Ibidem*.

[.168](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 1º octubre 2007, exp. 27.268, C. P.: Enrique Gil Botero; actor: F. Leonel Ceballos Gallo y otros; demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro. El daño corporal de la niña fue descrito por los peritos así: “[...] 1. Con base en la información de la historia clínica, podemos afirmar que la severidad del daño neurológico en Ana Catherine Ceballos Salazar puede llevarla al deceso y en el evento de que en la actualidad esté viva, tiene una pérdida funcional del sistema nervioso central, una deformidad física y perturbación funcional del órgano de la locomoción de carácter permanente y en la [sic] incapacidad médico legal definitiva fue de noventa días. El origen de estas lesiones y secuelas fue la falta de oxígeno durante el parto [...]”.

”3. En el evento de que la niña se encuentre con vida en la actualidad, podemos afirmar que su estado físico, psíquico y social no puede mejorarse ni recuperarse con ninguna de las actuales terapias” (fls. 69 y 70 cdno. núm. 3).

Al respecto se puede consultar la sent. 15 agosto 2007, exp. AG 2003-385. Y también C. de E., Sección Tercera, sents. 19 octubre 2007, exp. 30871, y 4 diciembre 2007, exp. 17918.

[.169](#) C. de E., Sección Tercera, sent. 18 octubre 2007, rad. 25000-23-27-000-2001-00029– 01, actores: Gloria Patricia Segura Quintero y otros contra Distrito Capital de Bogotá y otros.

[.170](#) *Ibidem*.

[.171](#) *Ibidem*.

[.172](#). C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 2julio 2008, rad. 15.657 (R-02006), actor: Teodolfo López Díaz y otros, salvamento de voto: Enrique Gil Botero.

[.173](#). El consejero Gil Botero añade en el citado salvamento de voto: “Es discutible la naturaleza patrimonial (material) o extrapatrimonial de este perjuicio, como quiera que en el derecho francés, en la mayoría de los casos, se verifican las condiciones sociales, culturales y económicas de los demandantes a efectos de establecer la procedencia de la reclamación por este rubro, motivo por el cual, la discusión sigue abierta, máxime si la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos ha reconocido igualmente el daño al proyecto de vida como un perjuicio más de carácter material (patrimonial) susceptible de indemnización, a partir de la indemnización de la pérdida de las oportunidades que se conculcaron con la violación de los derechos humanos afectados, motivo por el cual se tiene en cuenta la limitación de las expectativas y metas que de tipo personal, familiar y profesional pudo fijarse la persona. (Consultar: caso Loayza Tamayo contra Perú, sentencia de Reparaciones, párr. 147)”.

[.174](#). Sobre el particular, véase la sentencia de la Sección Tercera de 15 agosto 2002, exp. 14357.

[.175](#). “Igual ocurre cuando el juez francés, en varias ocasiones, ordena indemnizar por separado las alteraciones a las condiciones de existencia y otra clase de perjuicio extrapatrimonial que, sin ser denominado moral, se repara de manera independiente. Por ejemplo, el caso en que se indemnizan con FF 400.000 las alteraciones en las condiciones de existencia de una joven de 28 años, que a raíz del accidente de tránsito “sufrió una incapacidad total de 8 años y quedó con una incapacidad permanente parcial del 55%, acompañada de alteraciones fisiológicas importantes que le impusieron renunciar a todo placer” y, además, se indemnizan con FF 270.000 los “sufrimientos físicos excepcionales” y el “perjuicio estético producido por una cojera y cicatrices en los cuatro miembros [...]”. Juan Carlos Henao, *El daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pág. 257.

[.176](#). C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 2julio 2008, rad. 15.657 (R-02006), actor: Teodolfo López Díaz y otros; salvamento de voto de Enrique Gil Botero. Cfr. sent. 3284 de 12 febrero 2008, de la Sección Tercera Civil, de la Corte de Casación italiana (presidente R. Preden, Relator A. Amatucci). Así mismo,

pueden verse las sentencias proferidas en 2007, números 2546 y 18199, en las cuales la jurisprudencia civil de la Corte de Casación italiana hizo énfasis en la diferencia y autonomía de este tipo de daño o perjuicio inmaterial, en relación con el moral y el biológico.

[{177}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 21 febrero 2002, exp. 5615, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez; actor: Francisco Hurtado y otros; demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

[{178}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 25 septiembre 1997, exp. 10.421, actores: María Edelmira Cano y otro.

[{179}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 21 febrero 2002, exp. 5615, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, actor: Francisco Hurtado y otros, demandado: La Nación- Ministerio de Defensa Nacional.

[{180}](#) Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 517.

[{181}](#) *Ibid.*, pág. 512.

[{182}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 19 julio 2000, exp. 11.842, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, actor: José Manuel Gutiérrez Sepúlveda y otros.

[{183}](#) *Ibidem*.

[{184}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 6 mayo 1993, exp. 7428, C. P.: Julio César Uribe Acosta; actor: Jhon Jairo Mejía y otros; demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

[{185}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 4 diciembre 2003, exp. 13.875, C. P.: Germán Rodríguez Villamizar; actor: Gilberto Antonio Taborda Zapata y otros; demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

[{186}](#) C. de E., Sección Tercera, sent. 18 octubre 2007, rad. 25000-23-27-000-2001-0002901, actores: Gloria Patricia Segura Quintero y otros contra Distrito Capital de Bogotá y otros.

[{187}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 20 abril 2005, rad. 15.247, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio; actor: Javier Rojas Rivero y otros; demandados: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

[{188}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 6 septiembre 2001, exp. 13.474, C. P.: Jesús María Carrillo Ballesteros; actor: Maximino Muñoz Carmona y otros.

[{189}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 10 agosto 2000, exp. 12.718, C. P.: Ricardo Hoyos Duque; actor: Elver Rafael Arias Zabaleta y otros.

[{190}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 13 mayo 2008, exp. 11001-3103-006-199709327-01.

[{191}](#) C. de E., Sección Tercera, sent. 18 octubre 2007, rad. 25000-23-27-000-2001-0002901, actores: Gloria Patricia Segura Quintero y otros contra el Distrito Capital de Bogotá y otros.

[{192}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 6 diciembre 1989.

[{193}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 6 diciembre 1989.

[{194}](#) Ibidem.

[{195}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 15 octubre 2004, exp. 6199.

[{196}](#) Ibidem.

[{197}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 13 mayo 2008, exp. 11001-3103-006-199709327-01.

[{198}](#). La descripción de las lesiones sufridas por la víctima es relatada por la Corte así: “Ciertamente, nota la Sala que los médicos encargados de rendir el concepto especializado indicaron cómo Jorge Edic Carvajal Gómez, con ocasión del accidente en que se vio involucrado, sufrió serias «[...] lesiones a la columna vertebral y médula espinal [...]», que lo obligan a utilizar «[...] permanentemente silla de ruedas [...]», a lo que se sumó la pérdida en el «[...] control de esfínteres [...]» y «[...] gravísimas dificultades para defecar y orinar [...]», debiendo soportar, además, «[...] dolor permanente en la nuca, hombros, miembros superiores, espalda, cintura y miembros inferiores [...]»” (bastardilla de la Sala). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 13 mayo 2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01.

[{199}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 13 mayo 2008, exp. 11001-3103-006-199709327-01.

[{200}](#). *Ibidem*.

[{201}](#). El texto relevante del fallo expresa: “Pues bien, las circunstancias que se derivan del orden constitucional vigente, y la preocupación que, desde siempre, ha mostrado la Corte por adecuar su actuación a los cambios jurídicos, sociales o económicos, y garantizar en forma cabal y efectiva la observancia de los derechos fundamentales de las personas, ameritan que la Sala deba retomar la senda de lo que otrora se determinó, para ocuparse nuevamente del estudio del daño a la persona y, en particular, de una de las consecuencias que de él pueden derivarse, cual es el daño a la vida de relación”. *Ibidem*.

[{202}](#). *Ibidem*.

[{203}](#). En Argentina, el daño extrapatrimonial se clasifica en daño moral, daño psíquico y daño físico estético. El daño moral lo constituyen las lesiones a los sentimientos personales de los afectos y de la tranquilidad anímica de la persona. El daño psíquico, en palabras de Ghersi, se caracteriza por la lesión a “la lógica del pensamiento como aptitud adquirida por el ser humano con la culturización, es decir, su racionalidad objetiva y su personalidad subjetiva”. (Carlos Ghersi, Gabriela Roselló y Mónica Hise, *Derecho y reparación de daños. Tendencia jurisprudencial anotada y sistematizada*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1999, pág. 33). El daño estético, se define como aquel que se produce por deterioro de la armonía corporal, haciéndolo agradable a la vista de los demás.

[{204}](#) C. de E., Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sent. 19 julio 2000, exp. 11.842, C. P.: Alíer Eduardo Hernández Enríquez; actor: José Manuel Gutiérrez Sepúlveda y otros.

[{205}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 2 julio 2008, rad. 15.657 (R-02006); actor: Teodolfo López Díaz y otros; salvamento de voto Enrique Gil Botero.

[{206}](#) Ibidem.

[{207}](#) Ibidem.

[{208}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 13 mayo 2008, exp. 11001-3103-006-199709327-01, M. P. César Julio Valencia Copete.

[{209}](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 20 enero 2009, exp. 170013103005-199300215 01.

[{210}](#) Zannoni, *op. cit.*, pág. 161.

[{211}](#) En este sentido, también Hernán Corral Talciani, *op. cit.*, pág. 158.

[{212}](#) Bustamente Alsina, *op. cit.*, págs. 677-678.

[{213}](#) Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños. El daño moral*, t. V, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, pág. 245.

[{214}](#) César Augusto Saavedra Madrid, *La indemnización del daño no patrimonial*, Bogotá, Ed. Leyer, 2005, págs. 87-150.

[{215}](#) C. de E., Sección Tercera, sent. 25 mayo 2000, exp. 12550.

[{216}](#) Gil Botero, *op. cit.*, pág. 114.

{217}. C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 2 julio 2008, rad. 15.657 (R-02006), actor: Teodolfo López Díaz y otros, salvamento de voto Enrique Gil Botero.

{218}. Díez-Picazo, *op. cit.*, pág. 328.

{219}. Antonio Procida Mirabelli Di Lauro, *La riparazione dei danni alla persona*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 1993, pág. 227, citado por Hernán Corral Talciani, *op. cit.*, pág. 158.

{220}. Hernán Corral Talciani, *op. cit.*, pág. 158.

{221}. C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 21 febrero 2002, exp. 5615, C. P.: Alíer Eduardo Hernández Enríquez; actor: Francisco Hurtado y otros; demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

{222}. Gustavo Ruiz Torres, “Responsabilidad extracontractual, temas legales y de derecho”, en *Revista Legal*, 20 noviembre 2002, <http://www.Astrolabio.net/legal> 18 Junio 2003.

{223}. Carlos Fernández Sessarego, “Daño al proyecto de vida. Responsabilidad civil y de Estado”, en *Revista del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado*, núm 6, mayo 1999, pág. 71.

{224}. La lista de daños extrapatrimoniales es inconmensurable. Hay autores que hablan de perjuicio sexual, perjuicio juvenil, entre otros. Bustamente Alsina, *op. cit.*, pág. 241.

{225}. Bustamente Alsina, *op. cit.*, pág. 680. En igual sentido, Guillermo A. Borda, *Acerca del llamado daño biológico*, pág. 491.

{226}. Hernán Corral Talciani, *op. cit.*, págs. 154-160. Carmen Domínguez (Chile) sugiere llamarlos daños a la persona (*El daño a la persona*, t. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pág. 83), citada por Hernán Corral Talciani, *op. cit.*, pág. 149. En similar sentido en Perú, Fernández Sessarego, *op. cit.*, págs. 71 y ss.

[\[227\]](#) Por su parte, el jurista argentino Roberto López Cabana sostiene que este principio de la reparación integral se ha criticado con razón, pues “no siempre sucede que la totalidad del daño sea enjugado con la indemnización consiguiente”. Alterini y López Cabana, *op. cit.*, pág. 133.

[\[228\]](#) Velásquez Posada, “Del daño moral y el perjuicio a la vida de relación. Hacia una teoría general de daños extrapatrimoniales”, en *Revista del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado*, núm. 16, 2003, págs. 63 y ss.

[\[229\]](#) Corte Const., sent. C-197 de 20 mayo 1993.

[\[230\]](#) C. de E., Sección Tercera, 10 septiembre 1998, exp. 12009.

[\[231\]](#) Gil Botero, *op. cit.*, pág. 39.

[\[232\]](#) C. de E., Sección Tercera, sent. 6 noviembre 1998, exp. 11835, salvamento de voto del consejero Ricardo Hoyos Duque, citado por Enrique Gil Botero, *op. cit.*, pág. 42.

[\[233\]](#) Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. ii, *op. cit.*, pág. 486.

[\[234\]](#) La doctrina del *incremental approach* en la responsabilidad civil es explicada en el famoso caso *Donoghe v. Stevenson* (1932) AC 562, decidido en la *House of Lords* en Londres 1932, fallo en el que se adicionaron nuevas categorías de casos que admiten un proceso de responsabilidad. Esta metodología rige en los países con *common law system* (Inglaterra, USA, Australia, Canadá, etc.).

[\[235\]](#) C. de E., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sent. 7 febrero 1989, exp. S 067, C. P.: Miguel González Rodríguez, actor: Juan Evangelista Mesa Hernández.

[\[236\]](#) C. de E., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sent. 8 noviembre 1991, exp. S 139, C. P.: Yesid Rojas Serrano, actor: Jesús María Giraldo y otros. Recurso extraordinario de súplica.

[{237}](#) C. de E., Sección Tercera, sent. 18 octubre 2007, rad. 25000-23-27-000-2001-0002901, actores: Gloria Patricia Segura Quintero y otros contra Distrito Capital de Bogotá y otros.

[{238}](#) Tamayo Jaramillo menciona entre otros: “tranquilidad, libertad, la honra, la buena imagen y el buen nombre, la integridad personal, y la vida, la intimidad, la familia, los afectos, etc.”. Por su parte, Martínez Rave (*Responsabilidad civil extracontractual, op. cit.*, págs. 310-311) acepta este criterio al decir “innegablemente, en esos casos, se trata de perjuicios que quedarían englobados en la clasificación de extrapatrimoniales, no pecuniarios, por no tener un contenido económico, pero que se diferencian técnicamente de aquellos que entre nosotros se han venido denominando morales”. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 484.

[{239}](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 21 febrero 2002, exp. 5615, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, actor: Francisco Hurtado y otros; demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

[{240}](#) Tribunales contencioso administrativos de Valle del Cauca, Quindío, Cauca y Nariño, Sala de Descongestión, sent. 28 febrero 2005, exp. 2000-01408, citado por Gil Botero, *op. cit.*, pág. 103.

[{241}](#) Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 492.

[{242}](#) En Australia, siguiendo la tradición anglosajona inglesa y norteamericana, la *High Court* reiteró el principio del *common law* de que el daño a la reputación se produce cuando la publicación difamatoria es comprendida por el destinatario, un tercero diferente al difamado; en tal caso, la difamación es considerada *strict liability* en el sentido de que el demandado puede ser responsable a pesar de que pruebe que actuó con razonable cuidado o diligentemente. *Dow Jones & Company Inc v. Gutnick* [2002] HCA 56 [25].

[{243}](#) María Cecilia McAusland, “Reflexiones sobre el contenido del daño inmaterial”, en *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos*. Homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría 1963-2003, Colección Enrique Low Mutra, Universidad Externado de Colombia, 2003.

[\[244\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil y Agraria, sent. 13 mayo 2008, exp. 1997-9327, M. P.: César Julio Valencia Copete.

Así no comparta el criterio de la Honorable Corte Suprema de Justicia, debo destacar la importancia de esta providencia, comoquiera que representa un avance de trascendencia en la jurisprudencia civil en el país, en materia del reconocimiento de perjuicios inmateriales diferentes del moral, circunstancia que está en favor de la defensa de los derechos humanos y del principio de reparación.

[\[245\]](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 2 julio 2008, rad. 15.657 (R-02006), actor: Teodolfo López Díaz y otros, salvamento de voto: Enrique Gil Botero.

[\[246\]](#) Para el estudio crítico de las acciones populares y de grupo, cfr. Javier Tamayo Jaramillo, *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Bogotá, Raisbeck, Lara Rodriguez & Rueda, Baker & McKenzie, 2001.

[\[247\]](#) Ley 446 de 1998, *Diario Oficial*, núm. 43.335, 8 julio 1998, pág. 1. Para más ilustración, se sugiere leer los fallos de la Corte Constitucional relativos a esta ley: Corte Const., sents. C-215 de 1999, C-1064 de 2000, SU-442 de 1997 y C-036 de 1998.

[\[248\]](#) Cfr. Corte Const., sent. C-215 de 1999.

[\[249\]](#) La acción popular prevista en el art. 1005 del C. C. a favor de los bienes de uso público era considerada una acción posesoria especial y su trámite se sujetaba a un proceso especial abreviado contemplado en el Código de Procedimiento Civil. El art. 332 inc. 3° dice que la sentencia dictada en procesos por acción popular produce cosa juzgada *erga omnes*. La acción popular del art. 2359 del C. C. en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia amenace tanto a personas determinadas como indeterminadas, se tramitaba como proceso ordinario, pues la ley procesal civil no consagró trámite alguno para esa acción. Ahora estas acciones ingresaron al campo del derecho público como acciones públicas de protección de derechos e intereses colectivos.

[\[250\]](#) El decr. 2591 de 1991, en su art. 1°, ordena: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento

preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto”.

La acción de *habeas corpus* debe ser resuelta en 36 horas, la acción de tutela en diez días y la de cumplimiento en veinte días; en cambio, las acciones populares, que son verdaderos procesos, pueden tardar en primera instancia de dos a tres meses. Las acciones populares preventivas se tramitarán con preferencia a las demás que conozca el juez competente, excepto el recurso de *habeas corpus*, la acción de tutela y la acción de cumplimiento, pues se trata de procesos especiales con términos más o menos breves; en cambio, los procesos de las acciones populares son casi ordinarios, excepto por los términos.

[\[251\]](#) Corte Const., sent. T-067, 24 febrero 1993.

[\[252\]](#) Tienen su origen en las *class actions* de Estados Unidos.

[\[253\]](#) Sobre los antecedentes en el seno de la Asamblea Constituyente, puede verse la obra de Pedro Pablo Camargo, *Las acciones populares y de grupo*, Bogotá, Ed. Leyer, 1999, págs. 206 y ss.

[\[254\]](#) La Corte Constitucional, sent. C-569 de 2004, declaró inexecutable la parte final del art. 46 que decía: “Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad”. La razón fundamental es que la exigencia de condiciones uniformes es “en sí mismo desproporcionada” y, además, “al reiterar los elementos definitorios de la acción de grupo, dicha expresión dio sustento a la doctrina de la preexistencia del grupo como requisito de procedibilidad, la cual es contraria a la Carta.

[\[255\]](#) Pedro Pablo Camargo, *op. cit.*, pág. 419.

[\[256\]](#) *Ibid.*, pág. 485.

[\[257\]](#) *Ibid.*, pág. 68.

[{258}](#). Ley 472 de 1998, art. 55.

[{259}](#). Dice Pedro Pablo Camargo “Aquí faltó información a los legisladores, pues la Corte Constitucional, mediante sentencia de 7 septiembre 1995, había declarado inexecutable el decreto 0653 de 1993 (abril 1º) por el cual se expide el Estatuto orgánico de Valores Públicos”. Pedro Pablo Camargo, *op. cit.*, pág. 231. Sigue en pie la acción de clase prevista en el artículo 76 de la ley 45 de 1990 sobre información privilegiada y la de competencia desleal del mercado de valores regulada en la ley 256 de 1996.

[{260}](#). “These rights include”:

1) *The right to safety*. “To be protected against the marketing of goods which are hazardous to health or life”.

2) *The right to be informed*. “To be protected against fraudulent, deceitful, or grossly misleading information, advertising, labeling, or other practices, and to be given the facts he needs to make an informed choice”.

3) *The right to choose*. “To be assured, wherever possible, access to a variety of products and services at competitive prices; and in those industries in which competition is not workable and Government regulation is substituted, an assurance of satisfactory quality and service at fair prices”.

4) *The right to be heard*. “To be assured that consumer interest will receive full and sympathetic consideration in the formulation of Government policy and fair and expeditious treatment in its administrative tribunals”. Véase Pedro Pablo Camargo, *op. cit.*, págs. 281 y ss.

[{261}](#). Pueden citarse, como ejemplo, la Ordenanza Industrial de 1869, la ley de responsabilidad civil por muertes y daños corporales causados por ferrocarriles o trabajos mineros en 1871, la ley sobre venta de bienes muebles a plazo en 1894 y el reglamento sobre medicamentos en 1901.

[{262}](#). La Superintendencia de Industria y Comercio es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, el cual goza de autonomía administrativa, financiera y presupuestal. Está regulada por el decr. 2153 de 1992. Dentro de sus funciones se

encuentran: 1) las relacionadas con la protección del consumidor, otorgándole funciones específicas a la división creada con este fin que busca principalmente velar por el cumplimiento de las leyes y disposiciones vigentes, además de dar trámite a las quejas y consultas que se presenten por los particulares respecto de la violación al estatuto del consumidor (decr. 2153 de 1992, art. 2º, num. 4); 2) imponer, previas explicaciones, las sanciones necesarias en el caso de violarse las normas relativas a los derechos del consumidor, así como por la inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia (decr. 2153 de 1992, art. 2º num. 5), y 3) prestar la asesoría conveniente respecto de las políticas referentes a la protección al consumidor, promoción de la competencia y demás áreas propias de sus funciones (decr. 2153 de 1992, art. 2º, num. 20).

[.263](#) Ley 73 de 1981, “por lo cual el Estado interviene en la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor, y se conceden unas facultades extraordinarias”.

Decr. 1441 de 1982, “por el cual se regula la organización, el reconocimiento y el régimen de control y vigilancia de las ligas y asociaciones de consumidores y se dictan otras disposiciones”.

Decr. 3466 de 1982, “por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones”.

Decr. 1320 de 1982, “por el cual se reglamenta parcialmente la ley 73 de 1981”.

Decr. 3467 de 1982, “por el cual se dictan unas normas relativas a las ligas y asociaciones de consumidores”.

Decr. 3468 de 1982, “por el cual se organiza el Consejo Nacional de Protección al consumidor”.

Res. 2876 de 1984, “por el cual se dictan normas sobre control de precios y otras disposiciones”.

Decr. 863 de 1988, “por el cual se reglamenta el decreto-ley 3466 de 1982, en cuanto a la fijación de precios, y se dictan otras disposiciones”.

Decr. 1009 de 1988, “por el cual se crean y organizan los Consejos Departamentales de Protección al Consumidor y el Consejo Distrital de Protección al Consumidor”.

Decrs. 2152 y 2153 de 1992, “sobre la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Decr. 2269 de 1993, “por el cual se organiza el Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología”.

CAPÍTULO TERCERO

[1]. La *restitutio* es de cuño ciceroniano y tiene en toda la literatura clásica el sentido de restablecer, restaurar o reponer, volver las cosas a su primer estado en un sentido más amplio, porque en un sentido restringido se limita. Devolución de algo injustamente poseído o recompensación del daño inferido a otro.

[2]. Carlos Alberto Gherzi, *op. cit.*, pág. 31.

[3]. Guido Alpa, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil* (trad. y notas de León L. Leys- ser), Lima, Ara Editores, 2006, pág. 782.

[4]. Cfr. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, págs. 542 y ss.

[5]. Arturo Solarte Rodríguez, “El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo”, en *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, Colección Jornadas núm. 1, Bogotá, Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, 2009, pág. 136.

[6]. Alterini y López Cabana, *op. cit.*, pág. 133.

[7]. López Cabana afirma como desacierto: “seguir ateniéndose al mito de la *reparación integral*. Atenerse al «principio de la reparación integral del daño» —como lo ha hecho la Comisión— significa entender la *reparación integral* en solo una de sus acepciones, la de

reparación *total*, esto es, la de *todo* el daño, lo cual no resulta posible: lo integral, en el caso, es la reparación en otra de sus acepciones, la de reparación *global*, vale decir, la que «toma en conjunto» a los daños que el sistema admite como reparables; se trata en realidad de la *reparación plena*. Pero en la plenitud propia de cada uno de los ordenamientos jurídicos singulares, porque los sistemas tienen sus reglas específicas para asignar responsabilidad a uno o a otro sujeto; para excluir el derecho a la reparación, en el todo o con relación a ciertos daños; para negar legitimación a algunas víctimas; para modular los factores de atribución y las causas de irresponsabilidad; para morigerar la reparación, etc.

”Esa quimérica expresión, en verdad, nada quiere decir. Desde el punto de vista de la teoría jurídica, «la concepción relativista tiene razón: el absoluto no es de este mundo». Reparar de manera integral es una aspiración de máxima: debe repararse todo el daño. Pero no siempre sucede que la totalidad del daño sea enjugado con la indemnización consiguiente. No debiera perderse de vista que el propio Código Civil limita la indemnización (es decir, no concede reparación *plena*) en supuestos como los de la cláusula penal, porque “el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente” (art. 655), o de las obligaciones dinerarias, en las cuales la responsabilidad del deudor consiste en el pago de «los intereses» (art. 621)”. López Cabana, *La responsabilidad civil en la XIII Conferencia Nacional de Abogados* (“Reforma del derecho privado. Homenaje al 200° aniversario del nacimiento de Dalmacio Vélez Sársfield”), organizada por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, del 6 al 8 de abril de 2000.

^[8] C. de E., Sección Tercera, 10 septiembre 1998, exp. 12009: “en aplicación del principio tutelar del derecho de daños, que enseña que se repare el daño, todo el daño, pero nada más que el daño, tiene derecho a una reparación integral del perjuicio experimentado como consecuencia del daño antijurídico a ello irrogado”.

^[9] Gil Botero, *op. cit.*, pág. 39; Solarte Rodríguez, *op. cit.*, págs. 121-155.

^[10] Para una exposición más detallada ver Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, págs. 542 y ss.

^[11] Alterini y López Cabana, *op. cit.*, pág. 135.

^{12}. José Manuel Gual Acosta, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, Biblioteca de tesis doctorales 3, Bogotá, Edic. Gustavo Ibáñez, 2008, pág. 38.

^{13}. Barrera Tapias y Santos Ballesteros, *op. cit.*, pág. 47.

^{14}. *Ibid.*, pág. 87.

^{15}. Citado por Barrera Tapias y Santos Ballesteros, *op. cit.*, pág. 88.

^{16}. Barrera Tapias y Santos Ballesteros, *op. cit.*, pág. 87.

^{17}. C. C., art. 15. “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”.

Ibid., art. 1604. “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

”El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubiera dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”.

^{18}. Citado por Barrera Tapias y Santos Ballesteros, *op. cit.*, pág. 93.

^{19}. *Ibid.*, pág. 106.

^{20}. José Manuel Gual Acosta, *op. cit.*, pág. 389.

^{21}. *Ibid.*, pág. 392.

[\[22\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 6 mayo 1998, exp. 4.972.

[\[23\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 12 mayo 2000, exp. 5260.

[\[24\]](#) Tamayo Jaramillo sostiene que no hay fundamento lógico para que la ley impida la acumulación de seguros de daños, toda vez que este seguro no tiene carácter indemnizatorio. No obstante, el tenor de la ley es claro en este sentido. Véase Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. ii, *op. cit.*, pág. 640.

[\[25\]](#) C. de Co., art. 1140. “Los amparos de gastos que tengan un carácter de daño patrimonial, como gastos médicos, clínicos, quirúrgicos o farmacéuticos tendrán carácter indemnizatorio”

[\[26\]](#) Ley 418 de 1997, “por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”. *Diario Oficial* núm. 43201, de 26 diciembre 1997.

[\[27\]](#) Para ver un análisis sobre las diferencias sobre la responsabilidad civil y la seguridad social, cfr. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. i, *op. cit.*, págs. 8-10.

[\[28\]](#) En el mismo sentido, se pronuncia Tamayo Jaramillo al explicar la posición reiterada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de permitir al trabajador acumular la indemnización plena por el accidente de trabajo y enfermedad profesional del art. 216 del C.S. del T. con la indemnización debida por el causante del daño. No obstante, el Consejo de Estado ha negado la acumulación en los casos de pensiones por riesgos profesionales. Cfr. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. ii, *op. cit.*, pág. 657.

[\[29\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 12 mayo 2000, exp. 5260.

[\[30\]](#) *Ibidem*.

[\[31\]](#) Decr. 758 de 1990, art. 25. “*Pensión de sobrevivientes por muerte por riesgo común*. Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a

pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:

”a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común, y

”b) Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente reglamento”.

Ibidem, art. 31. “*Indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes*. Si al momento del fallecimiento, el asegurado no tuviere el número de semanas de cotización o la densidad de cotizaciones requeridas para dejar derecho a pensión de sobrevivientes, pero hubiere acreditado un mínimo de veinticinco semanas de cotización, se otorgará a las personas que tuvieran derecho a la pensión de sobrevivientes en caso de que se hubiere causado y en los mismos porcentajes en que ella se hubiere cubierto, una indemnización igual al valor de una mensualidad de dicha pensión de sobrevivientes por cada veinticinco semanas de cotización acreditadas, sin que el monto mínimo de la indemnización pueda ser inferior a doce mensualidades”.

[\[32\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 12 mayo 2000, exp. 5260.

[\[33\]](#) *Ibidem*.

[\[34\]](#) *Ibidem*.

[\[35\]](#) *Ibidem*.

[\[36\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 19 junio 1925, “G. J.”, t. XXXII, 374.

[\[37\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 5 octubre 1982, M. P.: Germán Giraldo, “G. J.”, t. 165, núm. 2406.

[\[38\]](#) *Ibidem*.

[\[39\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, “G. J.”, ts. CC, pág. 86, y CCXIX, pág. 670.

PARTE SEXTA

CAPÍTULO PRIMERO

{1}. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 18 octubre 2005, exp. 14.491, M. P.: Pedro Octavio Munar Cadena.

{2}. Tribunal Superior de Medellín, sent. 23 enero 1976, citada por Darío Preciado Agudelo, *Indemnización de perjuicios*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 1988, pág. 943.

{3}. C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 4 diciembre 1963, “G. J.”, t. CIII, pág. 756. En similar sentido es la doctrina del Consejo de Estado.

{4}. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 913.

{5}. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 30 junio 2005, exp. 68001-3103-005-199800650-01, M. P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

{6}. Corte Const., sent. 13 noviembre 1992.

{7}. C. de E., sent. 12 septiembre 1991, exp. 6572, actora: Rosa Nelly Londoño Martínez.

{8}. *Idem, ibidem.*

{9}. C. de E., sent. 12 septiembre 1991, exp. 6572, actora: Rosa Nelly Londoño Martínez.

{10}. C. de E., sent, 13 noviembre 1992, exp. 4374, actor: Hugo Gil Pinzón.

{11}. Aquellos que dependen económicamente de la víctima fallecida, pero que no tienen la condición legal de herederos únicamente pueden intentar la acción personal para el

cobro de todos perjuicios sufridos por ellos (materiales e inmateriales). En el caso de personas que no tenían un derecho frente a la víctima fallecida para cobro del dinero recibido como ayuda benévola o gratuita, la jurisprudencia colombiana ha seguido la tendencia a reconocer como un daño cierto y, por tanto, indemnizable, cuando los elementos probatorios del caso muestran que de haber sobrevivido la víctima ella había continuado con esa ayuda generosa para con el tercero, con quien en sentido estricto no tenía una obligación legal.

[{12}](#). El lucro cesante por ingresos no periódicos se daría en el caso que el beneficiario esperase una ayuda de parte de la víctima, sometida a plazo o condición, como la promesa que la víctima hizo de pagarle un viaje o unas vacaciones o darle un regalo en la siguiente Navidad o al terminar los estudios.

[{13}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 5 noviembre 1999, exp. 5229, M. P.: Nicolás Bechara Simancas.

[{14}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 4 abril 1968, “G. J.”, t. LIII, pág. 286.

[{15}](#). Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 530.

[{16}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 7 diciembre 2000, exp. 5651, M. P.: Jorge Antonio Castillo Rugeles.

[{17}](#). De acuerdo con el art. 411 del C. C., se deben alimentos al cónyuge, a los descendientes, legítimos o naturales, a los ascendientes, al cónyuge inocente a cargo del cónyuge culpable del divorcio o de la separación de cuerpos, decretados por vía judicial, a los hijos adoptivos y los padres adoptantes, a los hermanos legítimos y al que hizo una donación cuantiosa si no hubiera sido rescindida o revocada.

[{18}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 18 octubre 2001, exp. 4504.

[{19}](#). C. de E., Sección Tercera, sent. 4 octubre 2007, exp. 16058, C. P.: Enrique Gil Botero.

[{20}](#). Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. ii, *op. cit.*, pág. 434.

[\[21\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 12 septiembre 2005, exp. 6199; M. P.: César Julio Valencia Copete, demandante: Efraín Araque Bautista y otros; demandado: Guillermo Orozco Martínez. En igual sentido, cas. civ., 18 octubre 2001, exp. 4504, núm. 194.

[\[22\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 5 octubre 2004, exp. 6975, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena.

[\[23\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 30 junio 2005, exp. 68001-3103-005-199800650-01.

[\[24\]](#) C. de E., Sala Plena, sent. 735, 19 mayo 1998, citado por Luis Eduardo Mariño Camacho, *Manual práctico de indemnización de perjuicios*, 3ª ed, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2005, pág. 276.

[\[25\]](#) Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 409. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 30 junio 1962, “G. J.”, t. xicix, pág. 667.

[\[26\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 7 septiembre 2001, exp. 6.171, demandante: Licinia de la Cruz Montoya contra Sociedad Western Atlas International Inc. En este mismo sentido, es dicente lo que afirmó también la Corte en 2005: “De modo que si se trata de reclamar el daño material sufrido por la muerte de un hijo, no le es suficiente a los padres demostrar el vínculo de parentesco que los une con el fallecido, sino que, además, deben acreditar que al momento de su deceso, su subsistencia dependía total o parcialmente de él, puesto que de no ser así, esto es, si no derivaban de él su sustento o no recibían de este contribución alguna para su manutención, no puede decirse que su fallecimiento les hubiese ocasionado un detrimento patrimonial, desde luego que si ninguna ayuda económica les brindaba el hijo, con su muerte nada dejan de percibir. Podría replicarse que los padres perdieron la posibilidad de reclamar de su descendiente su asistencia, en caso de hacerse ella necesaria, mas se trataría, en ese evento, de un daño hipotético, ya que se fincaría en meras conjeturas como, por ejemplo, que los padres llegaren a verdaderamente necesitar algún día la ayuda económica del hijo, o que este estuviese en posibilidad, para esa época, de concedérsela. Por consiguiente, quien reclame la existencia de un perjuicio derivado de la pérdida de un auxilio económico debe acreditar que lo recibía, pues no existe precepto legal alguno que exonere, en la hipótesis de que se

ha venido hablando, a los padres de probar la existencia del daño que reclaman, mucho en el artículo 411 del Código Civil, de cuyo contenido no se vislumbra, ni por asomo, una inferencia de ese talante. Otra cosa es que, en determinados casos, francamente excepcionales (p. ej., sent. 24 junio 1996), la Corte, dentro de las limitaciones propias del recurso extraordinario de casación, no hubiese estimado como contrarias a la evidencia aquellas inferencias de los juzgadores de instancia por medio de las cuales, estos, atendiendo las singularidades del asunto sometido a su examen, coligieron de algunos supuestos de facto propios del mismo, mediante una presunción de hecho, no legal, que el aludido auxilio económico realmente se proporcionaba. Trátase, consecuentemente, de *praesumptiones hominis o facti*, de las que se vale el sentenciador para formarse, de la mano de las reglas de la experiencia, el convencimiento necesario para decidir un litigio, atendiendo para tal efecto el giro normal o usual de los acontecimientos. Como es sabido, dichas presunciones judiciales aparejan una inferencia lógica del fallador que le permiten adquirir convencimiento acerca de la existencia de un hecho hasta entonces desconocido, con fundamento en otros demostrados en el proceso, auxiliándose para tal efecto de las reglas de la experiencia que le indican la forma como suele ocurrir un determinado acontecimiento”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 25 febrero 2005, exp. 7232, M. P.: Pedro Octavio Munar Cadena, demandado: Transportes Rápido Tolima S. A.; demandante: Segundo Florentino Parada y otros.

^[27] Mariño Camacho, *op. cit.*, pág. 21.

^[28] *Ibid.*, pág. 24.

^[29] C. de E., Sección Tercera, sent. 4 octubre 2007, exp. 16.058, C. P.: Enrique Gil Botero.

^[30] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 18 octubre de 2001, exp. 4504; demandante: Blanca Cecilia Sanguino de San Juan y otros; demandado: Aerovías Nacionales de Colombia S. A., Avianca.

^[31] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 5 octubre 2004, exp. 6.975, demandante: Andrea Tamia Díaz Rankin y otros; demandado: Avianca S. A.

CAPÍTULO SEGUNDO

^[1] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 12 septiembre 2005, exp. 0248, demandante: Alfa Ingeniería Ltda.; Moisés A. Muce; demandado: Raúl Brugés Amaya. En igual sentido, cas. civ. de 19 noviembre 2001, exp. 6094, “G. J.”, ts. clxxxiv, pág. 25; cc, pág. 20. Criterio reiterado el 29 de octubre de 2007, al sostener que el pago que el juez ordena hacer como corrección monetaria de una obligación no puede tomarse como el reconocimiento de un perjuicio. “Ha de reiterar la Corte que por el hecho de que la doctrina jurisprudencial más contemporánea tenga establecido que el pago que el sentenciador ordene hacer de la corrección monetaria sobre una determinada obligación dineraria no corresponde al reconocimiento de un perjuicio, en sí mismo considerado, sino a la aplicación de la equidad, como uno de los criterios auxiliares de la actividad judicial, acorde con el artículo 230 de la Carta Política, no significa que, en aquellos eventos en que uno de los litigantes haya dejado de apelar de la sentencia de primera instancia y de adherir a la alzada que con carácter restringido interpuso la otra frente a la parte que le desfavorece, el juez de segundo grado, al desatar el recurso así planteado, legalmente pueda disponer, *ex officio*, que la cancelación de las sumas comprendidas en la condena objeto del recurso se haga con el correspondiente ajuste monetario, pasando por alto el principio que le prohíbe la *reformatio in pejus*”. (C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 29 octubre 2007, exp. 11001-31-03-037-2001-00177-01, M. P.: César Julio Valencia C.).

^[2] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 5 mayo 2005, exp. 0832, M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo J.

^[3] En Colombia, el IPC, certificado por el DANE, constituye una forma de actualizar el dinero en el Código Contencioso Administrativo (art. 178). Otros patrones empleados para indexar diferentes del IPC, como el oro, Upac (hoy U. V. R), el dólar, Euro, etc., tienen menor consistencia pues sus índices pueden ser determinados por decretos del gobierno nacional que buscan muchas veces crear estímulos a determinados sectores de la economía y podrían no reflejar, en algunos casos, el verdadero poder adquisitivo del peso colombiano. Por tal razón estas formas de indexar son de menor aceptación y se prefiere el índice general de precios al consumidor, que determina el comportamiento real del dinero frente a los bienes de consumo.

{4}. Cfr. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 23 octubre 1931, “G. J.”, t. XXXVII, pág. 241.

{5}. www.dane.gov.co

{6}. Mariño Camacho, *op. cit.*, pág. 33.

{7}. www.dane.gov.co.

{8}. La tabla se va actualizando mes a mes y por lo mismo su nombre cambia en la fecha última de Corte. Entre octubre de 2006 y septiembre de 2007 se realizó la Encuesta de Ingresos y Gastos en el macro de la Gran Encuesta Integrada de Hogares, con una cobertura de 42.733 hogares para las 24 principales ciudades del país, lo cual permitió determinar cambios en los hábitos de consumo y la estructura del gasto de la población colombiana. Con los resultados, el grupo interdisciplinario de especialistas y la asesoría de la entidad estadística de Canadá, desarrolló una nueva metodología para calcular el IPC, que es aplicada a partir de enero de 2009. Se creó una nueva canasta con una estructura de dos niveles, uno fijo y uno flexible, que permite actualizar la canasta de bienes y servicios, por cambios en el consumo final en un período determinado. Además de la ampliación de la canasta, el nuevo IPC-08 amplió su cobertura geográfica a 24 ciudades.

{9}. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 13 diciembre 2002, exp. 6462, M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo J., en el caso Inversiones Francesitas Ltda. contra Leasing Bolívar S. A.

{10}. *Ingresos altos*: estructura de gasto homogénea que identifica los hogares con más altos ingresos. Según la encuesta de ingresos y gastos, el 5 por ciento de los hogares. *Ingresos medios*: estructura de gasto homogénea que identifica los hogares con ingresos medios. Según la encuesta de ingresos y gastos, el 45 por ciento de los hogares. *Ingresos bajos*: estructura de gasto homogénea que identifica los hogares con ingresos bajos. Según la encuesta de ingresos y gastos, el 50 por ciento de los hogares. Véase www.dane.gov.co

{11}. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 886.

{12}. *Ibid.*, págs. 333-338.

[{13}](#). *Ibid.*, pág. 886.

[{14}](#). Ver fallo de 16 febrero 1979. C. de E., Sala Contenciosa Administrativa, 20 octubre 1978, publicada en *Anales del Consejo de Estado*, año liv, t. xcv, pág. 466.

[{15}](#). Algunos prefieren llamar *consolidados* a los perjuicios que denominamos *únicos*. Hemos preferido la expresión “únicos” por oposición a “periódicos”. Desechamos la expresión consolidados, pues tanto los periódicos como los que se dan una sola vez son consolidados al momento de la liquidación.

[{16}](#). Se discute en la doctrina si los intereses remuneratorios se cobran sobre la cifra del daño ya indexado o si simplemente se aplica al valor nominal inicial. Tamayo Jaramillo opina que se debe calcular sobre la cifra ya indexada, independientemente que sea un lucro cesante o un daño emergente único o no periódico. De aceptarse esta tesis, tendríamos en el ejemplo que a los \$ 10.699.835 deben calcularse los intereses remuneratorios correspondientes (6% efectivo anual según el Código Civil), utilizando la fórmula para daño emergente o lucro cesante pasado único. De no aceptarse esta tesis, los intereses se calcularían sobre la cifra nominal original de diez millones. Este fenómeno, que podríamos llamar mutación del daño emergente único en lucro cesante periódico, tiene su fundamento lógico y de justicia. Si la víctima no hubiera sido atropellada, habría mantenido en su patrimonio los 10 millones de pesos. Con ellos habría obtenido un lucro al colocarlos a intereses comerciales que le hubieran cubierto el costo de la pérdida de valor por la inflación (IPC) y los intereses remuneratorios. Lo que se le pide al juez es que ordene la reparación integral y deje a la víctima indemne en la medida de lo posible. Si solo se le reconociera la inflación, la víctima estaría perdiendo el lucro natural del dinero que ordinariamente es superior a la inflación. Cfr. *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 886.

[{17}](#). *Ibid.*, pág. 927.

[{18}](#). Preciado Agudelo, *Op. cit.*, pág. 762.

[{19}](#). Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 927.

[{20}](#). *Ibid.*, págs. 901-902.

{21}. C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 22 julio 1943, “G. J.”, t. Iv, pág. 764, entre otras. Cfr. Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 914.

{22}. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 914.

{23}. Los pagos hechos por la seguridad social que establece pensiones de invalidez y muerte sí se pueden acumular a la indemnización, como lo vimos en su momento, a menos que exista norma expresa que lo prohíba o que establezca la subrogación.

{24}. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, págs. 939 y ss.

{25}. C. de E., Sección Tercera, sent. 4 octubre 2007, núm. 16058, C. P.: Enrique Gil Botero.

{26}. La Corte, al explicar el método empleado para calcular el monto del perjuicio, acudió a las tablas en vez de desarrollar la fórmula. Dijo la Corte: “Con miras a determinar el lucro cesante pasado, *se multiplicará el valor del monto indemnizable por el factor correspondiente a 121 meses en la tabla que ha sido acogida en ocasiones anteriores por la Corte*, lo que se expresa en la fórmula $VA = LCM \times S^n$, en la que VA es el valor actual del lucro cesante pasado total, incluidos intereses del 6% anual; LCM es el lucro cesante mensual actualizado, y S_n el valor acumulado de la renta periódica de un peso que se paga «n» veces a una tasa de interés «i» por período”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 18 octubre 2005, exp. 14.491, M. P.: Pedro Octavio Munar Cadena.

{27}. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 886.

{28}. *Ibid.*, pág. 902.

{29}. *Ibid.*, pág. 944.

{30}. Tamayo Jaramillo explica en su obra otra forma de hacer el cálculo del lucro cesante futuro teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumidor, también usado por nuestra jurisprudencia. Cfr. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, págs. 954 y ss.

CAPÍTULO TERCERO

[1]. Buen ejemplo de la valoración judicial de la existencia e intensidad del daño moral, a partir de los testimonios, lo constituye la sentencia del Consejo de Estado por medio de la cual se declara la responsabilidad del DAS por los daños causados a particulares con ocasión del atentado terrorista a sus instalaciones el 6 de diciembre de 1989. “Por su parte, la declarante Graciela García Torres manifestó que el día del funeral, a María del Pilar Monguí «no la podían calmar después de la muerte [de] Víctor, como 3 meses después de la muerte de él ella volvió a Mútiplas y era inconsolable y llora [sic] y no hacía nada más que recordarlo [...] tuvo que ir a psicóloga en la empresa porque no podía trabajar, a raíz de la terapia y con el tiempo se ha venido calmando pero no mucho. Ella trabaja ahora conmigo en confecciones Aris. El niño me dijo que el papá se había ido al cielo y aún ahora me dice que solo le pide a Dios que no se lleve a la mamita» (folio 43, cuaderno 2); en cuanto a la madre de William manifestó: «Se de la mamá, que era inconsolable, lo mismo que Pilar, no era más que llorar, la señora lo veía, lo escuchaba, soñaba con él» (folio 43, cuaderno 2). Lo anterior es suficiente para tener certeza del daño moral cuya reparación se solicita en la demanda. La Sala condenará a la demandada a pagar la indemnización correspondiente a la madre y hermanos de William Monguí Cruz y a la esposa e hijos de Víctor Darío Alvarado Peña”. C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 23 enero 2003, exp. 11962-7651.

[2]. Saavedra Madrid, *op. cit.*, pág. 92.

[3]. No obstante, sí puede verse un acercamiento a los sistemas de baremos en Colombia en el caso del SOAT para accidentes de tránsito y de modo análogo en lo dispuesto en la ley 104 de 1993, que estableció una protección para las víctimas de atentados terroristas, y entiende por tales “aquellas personas que sufren directamente perjuicios por razón de los atentados terroristas cometidos con bombas o artefactos explosivos y las tomas guerrilleras que afecten en forma indiscriminada a la población” (ley 104 de 1993, art. 18). La indemnización que reciben es parcial con fundamento en unas tablas que establecen los valores que se deben pagar por esos daños.

[4]. C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 19 julio 2001, exp. 12.078, C. P.: Alier E. Hernández Enríquez, actor: Luis Miguel Monsalve Jiménez y otros, demandado: La Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.

[\[5\]](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 9 septiembre 1991, “G. J.”, t. ccxii, núm. 2451, págs. 78-88.

[\[6\]](#). Sala de Negocios Generales, sent. 23 abril 1941, M. P.: Aníbal Cardozo Gaitán, actor: María Rosa Gómez vda. de Urrea, “G. J.”, t. li, pág. 425, núm.1971; C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 26 marzo 1943, M. P.: José M. Blanco Núñez, actor: Waldina Suárez de Franco, “G. J.”, t. lv, pág. 408, núm.1996.

[\[7\]](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 28 febrero 1990, M. P.: Héctor Marín Naranjo, actor: Leonel Orozco González y otro, “G. J.”, t. cc, pág. 79. En sentido similar, se puede leer: “si bien es cierto que no basta con invocar sin más la existencia de agravio moral, también es verdad que no se exige una prueba irrefragable de su real ocurrencia, prueba esta del todo imposible por la naturaleza de esta clase de daños sin expresión patrimonial que residen en lo más íntimo del alma de la víctima, pero que a pesar de esta circunstancia, bien puede deducírsela de signos exteriores cuya verificación la ley defiende al discreto arbitrio judicial, luego corresponde por norma general al prudente juicio de los sentenciadores, en cada caso, reconocerlo como daño indemnizable, atendiendo al hecho generador de responsabilidad y a las circunstancias particulares que rodean”. Y en otro punto de la misma sentencia, la Corte agrega que “al demostrar el cercano parentesco entre el actor y esta última, se acredita sin duda la existencia de una relación que en guarda del postulado de razonabilidad en las inferencias jurisdiccionales, permite construir la presunción del daño moral o afectivo, que por lo mismo puede ser desvirtuada por la parte interesada”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 25 octubre 1994, exp. 3000, M. P.: Eduardo García Sarmiento. En igual sentido, C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 28 febrero 1990, M. P.: Héctor Marín Naranjo, actor: Leonel Orozco González y otro, “G. J.”, t. cc, pág. 79.

[\[8\]](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, “G. J.”, t. cc, núm. 2439, pág. 86

[\[9\]](#). C. de E., Sección Tercera, sent. 7 febrero 2002, exp. 21.266, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, actor: Blanca María Guevara Escobar y otros.

[\[10\]](#). Idem., ibidem.

[\[11\]](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 1º octubre 2007, exp. 27.268, C. P.: Enrique Gil Botero; actor: F. Leonel Ceballos Gallo y otros, demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro.

[\[12\]](#) Idem, ibidem.

[\[13\]](#) Ibid. La Corte Suprema de Justicia ha aclarado que el término *presunción*, usado en estos casos se refiere, no a la presunción legal, sino a la judicial o de hombre que es bien diferente : “ *cuando en el campo de la prueba del daño no patrimonial la jurisprudencia civil ha hablado de presunción «ha querido decir que esta esjudicialo de hombre [...]», presunción que naturalmente puede ser destruida puesto que «[...] necio sería negar que hay casos en los que el cariño o el amor no existe entre los miembros de una familia; o no surge con la misma intensidad que en otra, o con respecto a alguno o algunos de los integrantes del núcleo. Mas cuando esto suceda, la prueba que tienda a establecerlo o, por lo menos, a cuestionar las bases factuales sobre las que el sentimiento al que se alude suele desarrollarse —y por consiguiente a desvirtuar la inferencia que de otra manera llevaría a cabo el juez— no sería difícil, y si de hecho se incorpora al proceso, el juez, en su discreta soberanía, la evaluará y decidirá si en el caso particular sigue teniendo cabida la presunción o si, por el contrario, esta ha quedado desvanecida [...]»*”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 24 noviembre 1992, exp. 3382, M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss (sin bastardilla el original).

[\[14\]](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 21 febrero 2002, exp. 5615, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez; actor: Francisco Hurtado y otros; demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

[\[15\]](#) Ibidem.

[\[16\]](#) Ibidem.

[\[17\]](#) C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 6 agosto 1992, exp. 6901, C. P.: Daniel Suárez Hernández, actor: José Rubén Aguirre. En este caso, se concedió una indemnización de perjuicios morales mayores a los abuelos por la muerte del nieto que a los mismos hermanos: “la doble situación de abuela y madre de crianza, esos desvelos y sacrificios para procurar su formación y educación, sin duda generaron en

ella y sus nietos especiales relaciones de cariño materno y filial, las que al producirse el violento quebranto de las mismas, se tuvieron que proyectar amargamente en los sentimientos de la abuela”.

[{18}](#). Conocimos una sentencia del Juzgado 1° Civil del Circuito de Armenia que condenó por daño moral por cien millones de pesos en el caso de un menor que sufrió quemaduras con un cable de energía eléctrica. No compartimos esa sentencia, porque la cifra aparece inmotivada y sin ningún sustento, y además porque se había concedido por aparte un valor por daño por perjuicios fisiológicos. En segunda instancia, la suma fue revocada y se redujo a treinta millones. Cfr. Juzgado Civil del Circuito, 9 marzo 2006, proceso ordinario de responsabilidad civil de Víctor Hugo Heredia Upegui y otros contra Empresa de Energía del Quindío, rad. 63001-31-03-001-2001-00032-00.

[{19}](#). C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 19 octubre 2007, rad. 29.273, C. P.: Enrique Gil Botero, actor: Roberto Zuleta Arango y otros; demandado: La Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional; acción de reparación directa.

[{20}](#). C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 6 julio 2006, rad. 29.792, C. P.: Mauricio Fajardo Gómez.

[{21}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 27 septiembre 1974.

[{22}](#). En sentencia de 4 agosto 1981 se fijó una suma máxima de \$ 100.000; el 2 julio 1987 la fijó en \$ 500.000; luego en un millón de pesos, en sentencia 168 de 8 mayo 1990; aumentó el reconocimiento a cuatro millones con la sentencia 71 de 30 mayo 1994 y lo elevó a 10 millones con la sentencia 12 de 5 mayo 1999; suma reafirmada en la sentencia de 17 agosto 2001. Posteriormente, llega a 15 millones con la sentencia de 7 septiembre de 2001. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia otorgó la suma de \$ 20.000.000, en sentencia de 30 junio 2005, en que se liquidan los perjuicios morales de un adolescente por la muerte de su madre. Esta cifra fue aumentada a \$ 40.000.000 en sentencia de 20 de enero 2009 (Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, exp. 170013103005 1993 00215 01).

El art. 95 del C. P. de 1936 traía una norma general sobre la cuantía máxima de la indemnización, por perjuicios morales no objetivados, razón por la cual se vió la necesidad de establecer una limitación, para que la indemnización por perjuicios morales no se constituyera en fuente de enriquecimiento y no de reparación, que es su naturaleza. En cuanto a la valoración de los perjuicios, salvo excepciones, “el poder de los jueces, para fijar el monto de la reparación de un delito o de un cuasidelito, no es absoluto”.

El límite establecido en el Código Penal nos permite hablar del arbitrio judicial, facultad judicial que para la estimación del daño moral debe ser ejercida teniendo en cuenta dos criterios: la intensidad, que se infiere teniendo en cuenta el grado de parentesco y la naturaleza de los hechos.

[\[23\]](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 20 enero 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01.

[\[24\]](#). Véase sent. 6 mayo 1998, exp. 4972, en la que se reitera esta tesis, planteada inicialmente en sent. 28 febrero 1990.

[\[25\]](#). En algunas partes de Estados Unidos se utiliza el criterio *per diem* por medio del cual se busca establecer cuántos dólares serían apropiados para compensar al demandante por un día o incluso por algunas horas de dolor sufrido, y esa cifra se multiplica por el número de días u horas durante el cual el demandante ha sufrido o se prevé que sufrirá dolor por el daño causado. Harold Luntz, *Assessment of damages for personallInjury and death*, 4th ed., 2002.

[\[26\]](#). C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 6 septiembre 2001, exp. 232-15646, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, actores: Belén González y otros, William Alberto González y otra, demandados: La Nación-Ministerio de Transporte, Instituto Nacional de Vías (INVIAS).

[\[27\]](#). *Ibidem*.

[\[28\]](#). *Ibidem*.

{29}. “ *Valoración de los daños*. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

{30}. C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 6 septiembre 2001, exp. 13 232-15646, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez; actores: Belén González y otros, William Alberto González y otra; demandados: La Nación- Ministerio de Transporte, Instituto Nacional de Vías (INVIAS).

{31}. *Ibidem*.

{32}. Corte Const., sent. C-916 de 2002, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa. En la parte motiva de la sentencia se dijo: “Solo respecto del tipo de perjuicios morales cuyo valor no puede ser objetivamente estimado cabe, sin desconocer el principio de proporcionalidad, señalar un límite fijo de tal manera que la cuantía final de la indemnización sea aumentada, a partir de los criterios de tasación que enuncia el inciso segundo de la norma acusada, tan solo hasta en mil salarios mínimos legales mensuales. Por ejemplo, si los daños probados en un proceso equivalen a dos mil salarios mínimos legales mensuales, para cubrir los perjuicios morales cuyo valor pecuniario no pudo ser objetivamente determinado, el juez podrá aumentar la indemnización hasta en mil salarios mínimos legales mensuales, aplicando los criterios de tasación relativos a la magnitud del daño y a la naturaleza de la conducta. De esta forma, en el ejemplo, la indemnización total podría oscilar entre dos mil y tres mil salarios mínimos legales mensuales”.

{33}. En una encuesta entre ocho Estados de la Unión Europea hecha por el *European Center for Tort and Insurance Law* en 2001, mostró que en casos que envolvían cuadraplegia lo pagado por daños extrapatrimoniales oscilaba entre varios miles de euros. El estudio señala que la menor cantidad pagada fue en Holanda con un rango entre 55.000 y 95.000 euros. La mayor compensación se otorgó en Italia 390.000 euros. En Inglaterra, el rango está entre 260.000 y 333.000 euros, mientras que en Alemania es de aproximadamente 200.000 euros. En contraste, las condenas en Estados Unidos (California) por la misma naturaleza de daños no baja de varios millones de dólares. Gary T. Schwartz, “Symposium: Empirical and Experimental Methods in Law, Empiricism And Tort Law”, (2002), *University of Illinois LawReview* 1067, 1081.

[\[34\]](#). C. de E., Sección Tercera, sent. 25 septiembre 1997, exp. 10.421, C. P.: Ricardo Hoyos Duque.

[\[35\]](#). C. de E., Sección Tercera, sent. 19 julio 2000, exp. 11.842, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

[\[36\]](#). C. de E., Sección Tercera, sent. 6 septiembre 2001, exp. 13.232-15.646, C. P.: Enrique Gil Botero.

[\[37\]](#). C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 19 octubre 2007, rad. 29.273, C. P.: Enrique Gil Botero, actor: Roberto Zuleta Arango y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional-Proceso: Acción de reparación directa.

[\[38\]](#). La sentencia en varios apartes usa expresiones como derecho moral subjetivo y objetivo que ha sido desde mucho tiempo atrás criticada por la doctrina, pues confunde daños patrimoniales o materiales (daño moral objetivado) y daños moral propiamente dicho (daño moral subjetivo).

[\[39\]](#). C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 30 octubre 1997, exp. 11.809, C. P.: Daniel Suárez Hernández, actor: Rubiela Montoya de Arenas, demandada: Instituto de Seguros Sociales.

[\[40\]](#). *Ibidem*.

[\[41\]](#). *Ibidem*.

[\[42\]](#). C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 6 mayo 1993, exp. 7428, C. P.: Julio César Uribe Acosta, actor: Jhon Jairo Mejía y otros, demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

[\[43\]](#). *Ibidem*.

[\[44\]](#). El Consejo de Estado agrega: “Y es obvio que debe hablarse de compensación, en estos eventos, y no de reparación, dado que, por la naturaleza del perjuicio, será imposible,

o al menos muy difícil, en la mayor parte de los casos, encontrar un mecanismo que permita su reparación *in natura* o con el subrogado pecuniario”. C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 21 febrero 2002, exp. 5615, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, actor: Francisco Hurtado y otros, demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

[{45}](#). *Ibidem*.

[{46}](#). C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 6 septiembre 2001, exp. 13 232-15646, ya citada.

[{47}](#). El principio de la discrecionalidad judicial en los perjuicios extrapatrimoniales fue también reafirmado en 2002 al aprobar un acuerdo conciliatorio en el que se acordó la cantidad de 160 salarios mínimos legales mensuales por concepto de daños a la vida de relación, que habían sido fijados en la sentencia de primera instancia por el tribunal en 2000 gramos oro. C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, aprobación de conciliación 24 octubre 2002, exp. 20 252, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, actor: Fabio Hernando Cardona Sierra y otros, demandado: La Nación-Ministerio de Transporte, Instituto Nacional de Vías, INVIAS.

[{48}](#). C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 25 septiembre 1997, exp. 10.421, actores: María Edelmira Cano y otro. También C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 4 diciembre 2002, exp. 13 114, C. P.: Germán Rodríguez Villamizar, actor: Martha Lucia Mosquera de Flórez y otros, demandado: La Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.

[{49}](#). Citado por Jaime Santos Briz, *op. cit.*, pág. 164.

[{50}](#). C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 13 diciembre 1943, citada por César Augusto Saavedra Madrid, *op. cit.*, pág. 183.

[{51}](#). Sobre el uso de la equidad en la cuantificación del daño material, recomendamos la lectura del artículo escrito por Rafael Alberto Ariza Vesga en el que propone una sistematización de los criterios mínimos para aplicar la equidad en la valoración de perjuicios materiales. “El uso del principio de equidad para la cuantificación del daño

material dentro de sentencias por responsabilidad civil”, en *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, Medellín, Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, núm. 18, mayo 2005, pág. 65.

PARTE SEPTIMA

CAPÍTULO PRIMERO

- ^{1}. Blase Rossi Marsella, *op. cit.*, pág. 170.
- ^{2}. Barrera Tapias y Santos Ballesteros, *op. cit.*, pág. 19.
- ^{3}. El tema de la causalidad ha generado tal debate que Orgaz, de modo irónico, afirma que los teorizantes del tema no han contribuido a esclarecer las dificultades, sino, por el contrario, a oscurecerlas. Citado por Mario Montoya Gómez, *La responsabilidad extracontractual*, Bogotá, Edit. Temis, 1977, pág. 189.
- ^{4}. Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general* (trad. de D. Luzón M. Díaz y J. Vicente), Madrid, Civitas, 1977, págs. 348-349.
- ^{5}. Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *op. cit.*, pág. 375.
- ^{6}. Hernán Corral Talciani, *op. cit.*, pág. 184.
- ^{7}. Corral Talciani, *op. cit.*, pág. 186.
- ^{8}. En este sentido, Boris Stark y Roland Boyer, citados por Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *op. cit.*, pág. 261.
- ^{9}. Corral Talciani, *op. cit.*, pág. 186.
- ^{10}. Ibidem.

[{11}](#). *Ibid.*, pág. 189.

[{12}](#). *Ibid.*, págs. 191-194.

[{13}](#). *Ibid.*, pág. 192.

CAPÍTULO SEGUNDO

[{1}](#). Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 12. Si el demandado demuestra que no tuvo participación en los hechos causantes de daño, no opera propiamente la causa extraña.

[{2}](#). Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños. El daño moral*, t. IV, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, pág. 9.

[{3}](#). Legítima defensa, orden de autoridad legítima y estricto cumplimiento de un deber.

[{4}](#). Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños. El daño moral*, *op. cit.*, pág. 10.

[{5}](#). Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 17.

[{6}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 5220 de 1999. En el mismo sentido, Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 9.

[{7}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 20 noviembre 1989.

[{8}](#). Barrera Tapias y Santos Ballesteros, *op. cit.*, pág. 30.

[{9}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 26 mayo 1936, “G. J.”, pág. 584.

[{10}](#). *Ibidem*.

[{11}](#). *Ibidem*.

[{12}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, exp. 5220 de 1999.

[{13}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 26 mayo 1936, “G. J.”, pág. 584.

[{14}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 5220 de 1999.

[{15}](#). *Ibidem*.

[{16}](#). Carolina Martínez y Jessica Alexandra Guzmán Useche, “Análisis jurisprudencial: la fuerza mayor y caso fortuito como eximente de responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas al tenor de la Corte Suprema de Justicia de Colombia 1994-2005”, en *Revista del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado*, núm. 21, mayo 2007, pág. 33.

[{17}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, exp. 5220 de 1999.

[{18}](#). C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 14 junio 1943, “G. J.”, t. lv, pág. 711.

[{19}](#). Tamayo Jaramillo (*Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *op. cit.*, pág. 269) sostiene que no es necesario identificar plenamente al tercero; basta que haya certeza que el daño es imputable a un tercero. Como ocurre cuando el causante de un accidente de tránsito es un vehículo que huyó de la escena y no se pudo identificar, pero hay certeza probatoria de su existencia y de que es el causante del daño y en tal sentido, la Corte (C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 24 marzo 1939, “G. J.”, t. xlvii, núm. 1947) considera que no es necesario identificar al tercero.

PARTE OCTAVA

CAPÍTULO PRIMERO

[{1}](#). Suescún Melo advierte que la Corte sostuvo esta posición por en los siguientes fallos: C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. 20 octubre 1898, 19 julio 1916, 17 junio

1938, 12 mayo 1939, 30 junio 1941, 16 noviembre de 1941, 8 febrero 1959. Jorge Suescún Melo, *Derecho privado, estudio de derecho civil y comercial contemporáneo*, 2ª ed., Bogotá, Universidad de los Andes-Legis, 2003, pág. 415.

{2}. Jorge Suescún Melo, *op. cit.*, pág. 420. *Derecho privado, estudio de derecho civil y comercial contemporáneo*, Bogotá, Universidad de los Andes y Cámara de Comercio, 1996, pág. 229. Es diciente la cita que trae de un fallo de la Sala de Negocios Generales. “Dentro de la concepción moderna de la persona moral, como entidad jurídica que actúa por medio de sus órganos a la manera como lo hace la persona física por medio del cerebro o de su brazo, los actos que estas ejecuten no son actos de los órganos, sino de la persona moral a quien sirven, y por lo tanto personal y directa de ella, la responsabilidad que de dichos actos se derive [...] con la única salvedad que, incapacitada la persona moral para ejecutar ningún hecho criminoso, la responsabilidad por el acto de sus órganos se concreta a la que provenga de la simple culpa civil”.

{3}. C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 12 mayo 1939, “G. J.”, t. lvii, pág. 791.

{4}. Rafael Durán Trujillo, *Nociones de responsabilidad civil. Contractual y delictuosa*, Bogotá, Edit. Temis, 1957, pág. 205.

{5}. Ibidem.

{6}. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 30 junio 1962, “G. J.”, t. xcix, págs. 87 a 100 y 651 a 658.

{7}. Existe sin embargo una excepción en la que las personas jurídicas no son responsables por los daños y pérdidas causados a terceros por empleados y dependientes, ni de modo directo ni indirecto se trata de los casos preceptuados por el art. 1609, num. 1º del C. de Co. que dispone que el transportador marítimo estará exonerado de responsabilidad por pérdida o daños que provengan de culpas náuticas del capitán, del práctico o del personal destinado por el transportador a la navegación, pero circunscrita a la responsabilidad contractual, pues solo se aplica dentro de las relaciones contractuales entre el cargador o el destinatario y el transportador y para que la excepción prospere debe el

transportador probar que la pérdida o el daño han sido causados por actos, negligencias o culpas del capitán, piloto o la tripulación o en la administración del buque.

^[8] Suescún Melo (*op. cit.*, pág. 232) en ese sentido comenta: “La doctrina de la responsabilidad directa de las personas jurídicas, sin importar el nivel de empleado o subordinado que actúe, ha venido siendo reiterada de manera invariable por la Corte, de suerte que bien puede decirse que la tesis de la responsabilidad directa es hoy día la aplicable”. Cfr. sentencias de cas. civ. de 20 octubre 1967, 27 abril 1972, 28 octubre 1975, 9 diciembre 1969, 21 mayo 1983 y 11 octubre 1985.

^[9] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 20 mayo 1993, M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss. En el mismo sentido ya había sido enfática la Corte en 1999: “Es cuestión de vieja data superada la de que «[...] la culpa personal de un agente dado, funcionario directivo o subalterno auxiliar, compromete de manera inmediata y directa a la persona jurídica cuyos intereses sirve [...] En consecuencia, cuando un individuo —persona natural— incurre en un ilícito culposo, actuando en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, queriendo así por el ente colectivo, no se trata entonces de una falta del encargado que por reflejo obliga a su patrón, sino de una auténtica culpa imputable como tal a la persona jurídica, noción esta que campea en el panorama nacional (“G. J.”, t. cxxxii, pág. 214) y que no permite elaborar artificiosos distinguos [...], según se trate o no de actividades que son fuente de peligros especiales para terceros [...] Estas se ven comprometidas de esa forma, sea porque sus actividades tengan aquella índole o bien por culpa probada [...]» (“G. J.”, t. ccxxv, núm. 2461, cas. civ. 20 mayo 1993)”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 25 marzo 1999, exp. 5089.

^[10] Suescún Melo, *op. cit.*, pág. 429. Hoy existe otra corriente que procura desarrollar la teoría del riesgo creado para fundamentar la responsabilidad de las personas que tienen a su cargo otras que causan daños a terceros. En ese sentido, hay movimientos en España y Chile. Cfr. Hernán Corral Talciani, *op. cit.*, págs. 241-246.

^[11] Suescún Melo, *op. cit.*, pág. 239.

^[12] Las ideas centrales de este apartado, con algunas actualizaciones, se toman de un trabajo publicado en el 2003 por el autor. Cfr. Obdulio Velásquez Posada, *Estudios de derecho económico*, t. I, Instituciones de derecho comercial. Cfr. el capítulo titulado *La*

responsabilidad de los administradores de las sociedades, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, págs. 301-323.

{13}. Para una ampliación del tema, recomendamos la obra de Santos Ballesteros, *op. cit.*, págs. 124 y ss., y la de Francisco Reyes Villamizar, *La reforma al régimen de sociedades y concursos*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1999, págs. 197 y ss.

{14}. C. de Co., art. 100. *Modificado*. Ley 222 de 1995, art. 1º. “Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles. Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil”.

{15}. Marcela Castro de Cifuentes, “La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales: enfoques del derecho angloamericano y del derecho colombiano”, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Edit. Temis, núm. 1, 1986, págs. 123 y ss.

{16}. Reyes Villamizar, *op. cit.*, págs. 135 y 136.

{17}. Por información privilegiada se entiende aquella a la cual solo tienen acceso directo ciertas personas (sujetos calificados) por su profesión u oficio, que por su carácter está sujeta a reserva, ya que de conocerse podría ser utilizada con el fin de obtener provecho o beneficio para sí o para un tercero. Son características de la información privilegiada:

a) Es necesario que a ella solo tengan acceso determinadas personas, en razón al cargo o por razón de sus funciones en el sector público o privado;

b) Debe tener la idoneidad suficiente para ser utilizada;

c) Debe versar sobre hechos concretos y referidos al entorno societario o al ámbito en el cual actúa la compañía.

{18}. Existe conflicto de interés cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien porque el interés sea de aquel o de un tercero.

{19}. Según el C. de Co., art. 638, “La mayoría de los miembros de una corporación, que tengan según sus estatutos voto deliberativo, será considerada como una *sala* o reunión legal de la corporación entera”. Agrega que “La voluntad de la mayoría de la sala es la voluntad de la corporación”.

{20}. Luis Carlos Neira Archila, *Los administradores de las sociedades. Estudios de derecho económico*, t. I, Instituciones de derecho comercial, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, pág. 254.

{21}. C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sent. 12 diciembre 1996, exp. 8533, M. P.: Rafael Méndez Arango.

{22}. *Ibidem*.

{23}. *Ibidem*.

{24}. *Ibidem*.

{25}. En sentencia de 26 noviembre 1992, la Corte Suprema de Justicia reiteró su interpretación en el sentido que para efectos laborales, la sociedad de responsabilidad limitada se asimila a la de personas (art. 36 del C. S. de T).

CAPÍTULO SEGUNDO

{1}. D. 9, 3, 6, 2 y en ese mismo sentido D. 19, 2, 25, 7 (Gayo) : “El que tomó en arriendo una columna, si mientras se carga o se transporta o se descargó, se hubiera roto esta, es responsable de este riesgo, *si hubiere incurrido en culpa propia, y de aquellos cuyo trabajo emplease*; mas estará exento de culpa, si hizo todo lo que hubiera de haber tenido en cuenta otro cualquiera muy diligente. Lo mismo, por supuesto, entendemos, también si

alguno hubiera tomado en arrendamiento el transporte de tinajas o vigas. Y lo mismo puede aplicarse también a los demás casos”. Nótese la similitud con el art. 2347 del Código Civil.

{2}. El Código Civil francés, art. 1384, dice: “Se es responsable no solamente del daño que se cause por hechos propios, sino también del causado por el hecho de las personas por las cuales se debe responder, o por las cosas que se tienen en custodia. El padre y la madre son responsables del daño causado por sus hijos menores que habitan con ellos. Los amos y los comitentes, del daño causado por sus domésticos y encargados en las funciones en las que los hayan empleado. Los maestros y los artesanos, del daño causado por sus alumnos y aprendices durante el tiempo que estén bajo su vigilancia. La responsabilidad precedente tendrá lugar a menos que el padre, la madre y los artesanos prueben que no han podido impedir el hecho que ha dado lugar a esa responsabilidad. En lo concerniente a los maestros, la culpa, imprudencias o negligencias contra ellos como causantes del hecho dañoso, deberán ser probados conforme al derecho común, por el demandante en el juicio”.

{3}. C. de P. C., art. 176.— *Presunciones establecidas por la ley*. Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre y cuando que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”.

{4}. En tal sentido, Martínez Rave, *Responsabilidad civil extracontractual*, *op. cit.*, pág. 202, sostiene: “El criterio colombiano es principio general de responsabilidad civil por el hecho de terceros a diferencia del francés que ofrece dudas”.

{5}. Para una detallada explicación del principio general, puede verse Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, págs. 656-657.

{6}. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 2 febrero 1959. En derecho francés se asume la posición contraria, pues se considera que la enumeración de los casos de responsabilidad por el hecho ajeno dada por el artículo correspondiente (art. 1384) es taxativa; por tanto, si la víctima no puede invocar uno de ellos, debe invocar los principios generales de responsabilidad, es decir, probar la culpa. No obstante, Tamayo Jaramillo enseña que al menos en dos casos aislados, la Corte llegó a sostener que la lista del art. 2347 del Código Civil sí era taxativa. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 12 mayo

1939, “G. J.”, t. xlvii, pág. 26 y sent. 3 febrero 1944, “G. J.”, t. lxi, pág. 573, citadas en *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *op. cit.*, pág. 672.

{7}. En sentencia de 1996 la Corte Suprema de Justicia, dispuso: “En estas condiciones, es dable concluir que tratándose de la responsabilidad civil por el hecho de otra persona, el tercero está obligado a indemnizar cuando se encuentran demostrados los presupuestos generales que configuran la responsabilidad extracontractual, a saber, el hecho, el daño y el nexo de causalidad entre uno y otro, por un lado, y por el otro la relación de dependencia con el causante del daño, relación de dependencia que, como se ha explicado a espacio líneas atrás, no habrá de estar ligada en forma concreta a una clase especial de contrato, sino que supone, única

y exclusivamente, una situación de autoridad o de subordinación adecuada”. Una vez acredite plenamente los supuestos anteriores, opera en su beneficio la presunción de culpa (cfr. C. De P. C., art. 176) contra el civilmente responsable.

{8}. otros autores exigen los siguientes requisitos:

✓ Un acto ilícito del directamente responsable o subordinado.

✓ Un daño.

✓ Un vínculo de causalidad entre el daño y el acto ilícito del directamente responsable.

✓ El vínculo de dependencia entre el agente del daño y el civilmente responsable.

{9}. Compartimos la interpretación de Tamayo Jaramillo en el sentido de que nuestra legislación exige la conducta culposa o dolosa del subordinado para comprometer la responsabilidad del civilmente responsable. Al respecto dice el citado autor: “Por lo pronto, lo que interesa aseverar es que cuando el directamente responsable tiene capacidad aquiliana, su culpa es presupuesto imprescindible para que nazca la presunción contra el civilmente responsable. afirmar que la culpa del directamente responsable nunca es requisito de la responsabilidad o el hecho ajeno es un absurdo”. El único caso que eximiría la culpa del subordinado es cuando este es responsable por un tipo de responsabilidad que no exija el elemento culpa. (Tamayo Aramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *op. cit.*, pág. 679). No obstante, en un comienzo la jurisprudencia fue vacilante según explica Mónica Lucía Fernández Muñoz: “[...] n efecto, se encuentra un grupo de sentencias en las cuales,

en forma expresa, se afirma que o es necesaria la culpa del directamente responsable para que surja la presunción de culpa establecida contra el civilmente responsable en los artículos 2347 y ss. del Código Civil. En este sentido, véase C. S. de J., sent. 3 febrero 1944: C. S. de J., sent. 3 marzo 1953. Por otro lado, en otro grupo de sentencias, la Corte exige que se demuestre la culpa del directamente responsable para poder presumir la culpa del civilmente responsable”. Mónica Lucía Fernández Muñoz, “La culpa en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno”, en revista *Estudios ocio-Jurídicos*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, enero-junio de 2003, 5(1), pág. 36.

[\[10\]](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 22 mayo 2000, exp. 6264, M. P.: Jorge Santos Ballesteros, demandante: Gilma Reyes Bejarano y otros, demandado: Humberto Rafael Jimeno Zúñiga y otros.

[\[11\]](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, 15 marzo 1996, exp. 4637, M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

[\[12\]](#). Tamayo Jaramillo no está de acuerdo con algunas decisiones que dan a entender que cuando hay una relación fáctica de subordinación, que no surge por disposición de la ley o del contrato, opera la presunción de culpa en contra de quien tiene a su cargo y cuidado al subordinado. Argumenta que esa expansión no es correcta, pues una lectura atenta de los casos permite concluir que en efecto en todos existía algún tipo de vinculación contractual o legal. Cfr. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. i, *op. cit.*, págs. 671-676.

[\[13\]](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 15 de marzo de 1996, exp. núm. 4637, M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

[\[14\]](#). Sobre esta casuística, consultar las obras de los profesores Tamayo Jaramillo (*Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *op. cit.*, págs. 656-666) y Martínez Rave (*Responsabilidad civil extracontractual*, *op. cit.*, págs. 202 y ss.) Véase también Alberto Tamayo Lombana, *La responsabilidad civil extracontractual y contractual*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley,

[\[15\]](#). Martínez Rave, *Responsabilidad civil extracontractual*, *op. cit.*, pág. 202

[{16}](#). *Ibid.*, pág. 206.

[{17}](#). Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. i, *op. cit.*, pág. 725.

[{18}](#). *Ibid.*, págs. 696-697.

[{19}](#). *Ibid.*, pág. 736.

[{20}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 29 mayo 2000, exp. 6264. En esa misma época, la Corte dijo en el mismo sentido que esa responsabilidad entre los padres, cesa “«si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho», lo que equivale a indicar que el tema de la prueba en esta codificación, y referida a la responsabilidad civil por el hecho ajeno, se enfoca en la acreditación plena de la diligencia en la custodia y educación a cargo de los padres y naturalmente frente al preciso evento dañoso. Pero esa prueba de haber cumplido con la vigilancia y educación del menor no consiste, como el cargo parece insinuarlo, en presentar indicios contingentes o pruebas indirectas que den lugar a que se vislumbre la apariencia de que en efecto, en el pasado ha recibido el pupilo adecuada vigilancia y educación. La labor de quien deba acreditar la observancia de ese deber jurídico concreto de vigilancia no consiste en demostrar ser un «buen padre de familia», sino en haber cumplido ese deber en el momento en que el evento dañoso acaece”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 22 mayo 2000, exp. 6264, M. P.: Jorge Santos Ballesteros , demandante: Gilma Reyes Bejarano y otros, demandado: Humberto Rafael Jimeno Zúñiga y otros.

[{21}](#). Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. i, *op. cit.*, págs. 666-667.

[{22}](#). Martínez Rave, *Responsabilidad civil extracontractual*, *op. cit.*, pág. 203

[{23}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 29 mayo 2000, exp. 6264.

[{24}](#). *Ibidem*.

[{25}](#). *Ibidem*. Ha dicho la Corte: “Lo cierto es que en el sistema de la responsabilidad civil por el hecho ajeno, *impropiamente llamada indirecta*, se consagra un deber jurídico concreto de algunas personas de vigilar, elegir y educar a otras que son las que

directamente cometen el ilícito causante del perjuicio. Ese denominado «indirectamente responsable» por el hecho de otro responde en realidad por una falta suya, propia y distinta de la del vigilado o educando.

Y son razones técnico-jurídicas las que han llevado al legislador a establecer esa separación: de un lado, la necesidad de indemnizar a la víctima por parte de las personas que, por razón de su autoridad tienen el deber de vigilancia sobre los actos de otros que por su debilidad física o patrimonial no están en capacidad de responder íntegramente por los daños que ocasionan. Y de otra, la exigencia de encontrar responsable del daño a quien se considera que ha permitido o tolerado que la persona que está bajo su cuidado actúe con torpeza en el comercio jurídico. La responsabilidad civil por el hecho ajeno se erige entonces a consecuencia de haber faltado el llamado por ley a responder, al deber jurídico concreto de vigilar, elegir y educar; lo que en el fondo constituye una garantía que ofrece la ley a los damnificados en aras de esa debilidad a que antes se hacía referencia”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 22 mayo 2000, exp. 6264, M. P.: Jorge Santos Ballesteros , demandante: Gilma Reyes Bejarano y otros, demandado: Humberto Rafael Jimeno Zúñiga y otros.

^[26] Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. i, *op. cit.*, pág. 738.

^[27] *Ibid.*, pág. 740.

^[28] *Ibid.*, págs. 740-741.

CAPÍTULO TERCERO

^[1] Luis G. Lopera Montaña, *op. cit.*, pág. 47.

^[2] Louis Joserrand, *El abuso de los derechos y otros ensayos*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 65.

^[3] Tamayo Lombana comenta que Vernon Palmer ha argumentado que la teoría del riesgo no es novedosa, toda vez que ha existido siempre desde la aurora de la civilización.

Alberto Tamayo Lombana, *La responsabilidad civil extracontractual y contractual*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2005, pág. 284.

^[4] Diego Omar Pérez Salas, *La responsabilidad civil por riesgo entre particulares*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2007, págs. 38-42.

^[5] Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, t. i, *op. cit.*, vol. ii, 1962, pág. 2.

^[6] *Ibid.*, pág. 4.

^[7] Planiol y Ripert, *op. cit.*, pág. 784.

^[8] Mazeaud, Tunc y Chabbas, *Traité de la responsabilité civile, delictuelle et contractuelle*, t. II, Paris, Edit. Montchrestien, 1970, núms. 1008 y ss.

^[9] Tamayo Jaramillo con acierto afirma que “*en la práctica*, la responsabilidad por actividades peligrosas, en la medida que solo exige a la víctima probar que el daño fue causado por una actividad peligrosa del demandado y que este solo se libera mediante la prueba de una causa extraña, está consagrando una responsabilidad sin culpa” (bastardilla nuestra). Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, *op. cit.*, t. I, pág. 871. No obstante, la discusión académica queda como tarea pendiente.

^[10] Eduardo Zuleta Ángel, *Estudios jurídicos*, Bogotá, Edit. Temis, 1974, págs. 236 y 237.

^[11] Humberto Cuéllar Gutiérrez, *op. cit.*, pág. 120, señala: “Fue necesaria la presencia en la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de Eduardo Zuleta Ángel, para que nuestro más alto tribunal cayera en cuenta de la existencia del artículo 2356 del Código Civil, que consagra, sin lugar a dudas, una presunción general de responsabilidad por el daño causado en el ejercicio de una actividad peligrosa. No es, pues, la teoría francesa, sino una diferente a la aceptada entre nosotros. Por el contrario, los chilenos dicen que el verdadero autor de la teoría de las actividades peligrosas fue Arturo Alessandri al proponer la reinterpretación del art. 2329 del Código Civil chileno. Merryman y Clark McMirow, *op. cit.*, pág. 878.

^[12] Zuleta Ángel, *Estudios jurídicos*, *op. cit.*, pág. 236.

{13}. Fabricio Mantilla Espinosa y Carlos Pizarro Wilson, “La responsabilidad civil por actividades peligrosas: aplique primero y explique después”, en *Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del Derecho. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo*. Tomo I., págs. 331 y ss.

{14}. La expresión presunción de responsabilidad ha sido duramente criticada por equívoca, pues si se presumiera la responsabilidad, que es el conjunto de los elementos culpa, daño y relación entre la una y el otro, no habría contiendas judiciales de responsabilidad, sino incidentes de regulación de perjuicios, fundados en culpa, daño y relación de causalidad presunto. Rafael Durán Trujillo, *op. cit.*, pág. 268.

{15}. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 21 febrero 1938, “G. J.”, XLVI, núm. 1932, pág. 58.

{16}. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 14 marzo 1938, “G. J.”, XLVI, núm. 1934, pág. 215.

{17}. *Ibidem*.

{18}. *Ibidem*.

{19}. *Ibidem*.

{20}. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 18 mayo 1938, “G. J.”, t. xlvii, núm. 1936, pág. 518.

{21}. C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 18 abril 1939, “G. J.”, xlvii, núm. 1947, pág. 165.

{22}. Tamayo Lombana es uno de los autores colombianos que sostiene que la responsabilidad por actividades peligrosas no corresponde a la teoría del riesgo. Es decir, no es en sentido estricto una responsabilidad objetiva. Tamayo Lombana, *La responsabilidad civil extra- contractual y contractual*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2005, págs. 292-296.

[{23}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 18 noviembre 1940, “G. J.”, t. L, núm. 1964, pág. 439.

[{24}](#). Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *op. cit.*, pág. 871.

[{25}](#). *Ibid.*, pág. 879.

[{26}](#). *Ibid.*, pág. 935. En términos de la jurisprudencia, la actividad peligrosa se da “cuando el hombre para desarrollar una labor adiciona a su fuerza una «extraña», que al aumentar la suya rompe el equilibrio que antes existía con los asociados y los coloca «en inminente peligro de recibir lesión», aunque la tarea «se desarrolle observando toda la diligencia que ella exige» (sent. 30 abril 1976).

[{27}](#). Cuéllar Gutiérrez, *op. cit.*, pág. 120.

[{28}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, exp. 5012 de 1999.

[{29}](#). “Para la Corte no ofrece ninguna duda atribuir el carácter, como lo ha hecho la jurisprudencia externa, de peligrosa a las actividades que tienen que ver con la producción, distribución y almacenamiento de gases metano y propano, gas en forma líquida y gas para uso doméstico, como el del caso, lo mismo que la manipulación de materiales inflamables y susceptibles de explosión, por el riesgo inherente a la naturaleza misma de las sustancias y la potencialidad para dañar que se les reconoce con independencia de las precauciones que se adopten en el desarrollo del proceso de producción y consumo, porque el peligro permanece y está latente en cualquiera de las etapas y actividades”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, exp. 5012 de 1999.

[{30}](#). *Ibidem.*

[{31}](#). *Ibidem.*

[{32}](#). *Ibidem.*

[{33}](#). *Ibid.*

[\[34\]](#) C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. 4 septiembre 1962.

[\[35\]](#) C. S. de J., cas. civ., sent. 30 abril 1976.

[\[36\]](#) C. S. de J., cas. civ., sent. 8 octubre 1992, M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

[\[37\]](#) C. S. de J., cas. civ., sents. de 3 mayo 1965 y 27 abril de 1990.

[\[38\]](#) Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *op. cit.*, págs. 881-929.

[\[39\]](#) *Ibid*, pág. 897.

[\[40\]](#) En igual sentido, puede verse: Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, t. ii, *op. cit.*, pág. 140, para quienes “es guardián aquel que tiene de hecho poder de mando en relación con la cosa; o más exactamente, es guardián el propietario de la cosa o el que, de hecho ejerce en relación con ella un poder de mando. De hecho, es decir, que no ha de averiguarse si es titular o no de un derecho sobre la cosa, derecho al que correspondería ese poder. Y tampoco hay que tener en cuenta el que tenga o no tenga la cosa en sus manos, ni si es o no tenedor *latu sensu*”.

[\[41\]](#) Santos Ballesteros, *op. cit.*, pág. 165.

[\[42\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 7 julio 1997, exp. 2396, M. P.: José María Esguerra Samper. Ver también otro fallo de 1999 en el que dijo la Corte: “Tratándose del daño producido por el ejercicio de una actividad caracterizada como peligrosa, viene sosteniendo la Corte desde vieja data (cas. de 23 abril 1954, 30 marzo 1955, 1º octubre 1963, entre muchas otras), *a la víctima del accidente le incumbe demostrar, además del perjuicio sufrido, «los hechos determinantes del ejercicio de la actividad peligrosa», que necesariamente tienen que ser atribuidos a quien funge como demandado, pues ahí está el meollo del elemento que une el daño con la culpa, es decir, el nexo de causalidad*”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, exp. 5012 de 1999 (sin bastardilla el original).

[\[43\]](#) C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 18 mayo 1972.

[\[44\]](#) Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *op. cit.*, pág. 921.

^[45] Santos Ballesteros, *op. cit.*, pág. 166. La Corte Suprema en un fallo de 1992 hizo un extracto de varias sentencias en las que se ha definido el concepto de guardián de la actividad peligrosa en los siguientes términos: “En síntesis, el concepto de «guardián» de la actividad será entonces responsable la persona física o moral que, al momento del percance, tuviere sobre el instrumento generador del daño un poder efectivo e independiente de dirección, gobierno o control, sea o no dueño, y siempre que en virtud de alguna circunstancia de hecho no se encontrare imposibilitado para ejercitar ese poder, de donde se desprende que, en términos de principio y para llevar a la práctica el régimen de responsabilidad del que se viene hablando, tienen esa condición:

”i) *El propietario, si no se ha desprendido voluntariamente de la tenencia* o si, contra su voluntad y sin mediar culpa alguna de su parte, la perdió, razón por la cual enseña la doctrina jurisprudencial que «[...] la responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad que de guardián de ellas presúmese tener [...]», agregándose a renglón seguido que esa presunción, la inherente a la «guarda de la actividad», «puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, [...] o que fue *despojado inculpablemente de la misma*, como en el caso de haberle sido robada o hurtada [...]» («G. J.», t. cxlii, pág. 188).

”ii) Por ende, son también responsables *los poseedores materiales y los tenedores legítimos de la cosa con facultad de uso, goce y demás, cual ocurre con los arrendatarios, comodatarios, administradores, acreedores con tenencia anticrética, acreedores pignoratícios* en el supuesto de prenda manual, usufructuarios y los llamados tenedores desinteresados (mandatarios y depositarios).

”iii) Y en fin, se predica que son «guardianes» *los detentadores ilegítimos y viciosos, usurpadores en general* que sin consideración a la ilicitud de los antecedentes que a eso llevaron, asumen de hecho un poder autónomo de control, dirección y gobierno que, inhibiendo obviamente el ejercicio del que pertenece a los legítimos titulares, a la vez constituye factor de imputación que resultaría chocante e injusto hacer de lado”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 4 junio 1992, “G. J.”, t. cxlii, pág. 175 (sin bastardilla el original).

^[46] Cfr. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 4 junio 1992 “G. J.”, t. CCXVI. núm. 2455, pág. 506, y sent. 26 mayo 1989, t. CXCVI, núm. 2435, págs. 153 y ss.

[\[47\]](#). Cfr. Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. i, *op. cit.*, págs. 1039 y ss., en las que se desarrolla el tema de que la responsabilidad por actividades peligrosas no se aplica en materia contractual, tales como contrato de transporte, de trabajo, y contratos de prestación de servicios médicos.

[\[48\]](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 23 octubre 2001, exp. 6315. En el mismo sentido, C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 7 septiembre 2001, exp. 6171.

[\[49\]](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 9 febrero 1976.

[\[50\]](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 12 agosto 2007.

[\[51\]](#). Organización Mundial de la Salud, *Informe mundial sobre prevención de los traumatismos causados por el tránsito: resumen*, editado por Margaret Peden y otros, 2004, Ginebra, pág. 1.

[\[52\]](#). *Idem*, pág. 16.

[\[53\]](#). *Ibid.*, pág. 42.

[\[54\]](#). Ricardo Gaviria Fajardo, “El seguro obligatorio de accidentes de tránsito, SOAT. un aporte permanente al sistema de Seguridad Social en Salud para Colombia, en *Revista Fasecolda*, 2005.

[\[55\]](#). El Código Nacional de Tránsito define vehículo, como todo aparato montado sobre ruedas que permite el transporte de personas, animales o cosas de un punto a otro por vía terrestre, pública o privada abierta al público.

[\[56\]](#). Ricardo Gaviria Fajardo, Ana María Rodríguez Pulecio y otros, *Análisis económico del seguro obligatorio de accidentes de tránsito y acuerdos de compensación. El caso colombiano*, Bogotá, Fasecolda, 2008, pág. 16.

[\[57\]](#). *Ibidem*, págs. 130-131.

[{58}](#). Servicios médicos quirúrgicos. Se entiende por servicios médicos quirúrgicos todos aquellos servicios destinados a lograr la estabilización del paciente, el tratamiento de las patologías resultantes de manera directa del accidente de tránsito y a la rehabilitación de las secuelas producidas.

[{59}](#). incapacidad permanente. Se entiende por incapacidad permanente la pérdida no recuperable mediante actividades de rehabilitación, de la función de una parte del cuerpo que disminuya la potencialidad del individuo para desempeñarse laboralmente.

[{60}](#). En un extenso análisis de la profusa legislación y jurisprudencia en torno al tema de la subrogación a favor del Seguro Social, Tamayo Jaramillo concluye que de acuerdo con el art. 83 del decr. 3170 de 1964 “es indudable que existe subrogación a favor del Seguro Social, lo que significa que no es posible que el tercero responsable pueda ser obligado a indemnizar la totalidad del daño a la víctima para que esta después reembolse al Seguro lo que este haya pagado”. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 654.

[{61}](#). Ricardo Gaviria Fajardo, “Decreto 3990 de 2007: reglas claras para el proceso de reclamación del SOAT”, en *Revista Fasecolda*, núm. 124, 2007, pág. 1.

[{62}](#). *Ibidem*, pág. 2.

[{63}](#). *Ibidem*.

[{64}](#). *Ibidem*.

CAPÍTULO CUARTO

[{1}](#). Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, t. i, *op. cit.*, vol. ii, págs. 24-25.

[{2}](#). *Digesto*, 21, 1, 40, 41, 42 y *Digesto* 9, 1, 1; *Siete Partidas*, leyes, 21, 22, 23 y 24 del título XV de la 7ª. Las Leyes de Manú, Libro viii, establecían multas a los propietarios de los animales.

{3}. *Digesto*, 9, 1, 1.

{4}. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 6 abril 1989, citada por Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *op. cit.*, pág. 1413.

{5}. *Digesto*, 9, 1, 1.

{6}. La responsabilidad puede ser solidaria cuando la guarda recae sobre varias personas, una como propietaria y otra como tenedor. El empleado que cuida del animal, de modo similar a las actividades peligrosas, no es responsable, pues el animal pertenece al patrón. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *op. cit.*, pág. 1402.

{7}. Martínez Rave, *Responsabilidad civil extracontractual*, *op. cit.*, pág. 223.

{8}. Borrell Macía, *op. cit.*, pág. 279.

{9}. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 11 marzo 1976, M. P.: José María Esguerra Samper.

{10}. Alessandri Rodríguez, *op. cit.*, pág. 423, sostiene que es una culpa presunta.

{11}. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 6 abril 1989, citada por Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *op. cit.*, pág. 1413.

{12}. *Ibid.*

{13}. *Ibidem.*

{14}. Martínez Rave, *Responsabilidad civil extracontractual*, *op. cit.*, pág. 224.

{15}. Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, t. ii, *op. cit.*, pág. 115.

{16}. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 30 marzo 2005, exp. 9879, M. P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar. Tamayo Jaramillo dice que la noción de edificio cobija los

conceptos de casa, iglesia, puente, túnel, bodega, establo, acueducto, etc. Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *op. cit.*, pág. 1347.

[{17}](#). *Ibidem*.

[{18}](#). Cfr. *Ibid.*, págs. 1335-1336.

[{19}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. mayo 1978, en *Foro Colombiano*, núm. 34, abril de 1972, pág. 45 y *Jurisprudencia y Doctrina*, núm. 77, mayo de 1978. En igual sentido, Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. i, *op. cit.*, págs. 1340-1343.

[{20}](#). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 5 abril 1978, M. P.: Ricardo Uribe Holguín.

[{21}](#). *Ibidem*.

[{22}](#). Antonio Borrell Macia, *op. cit.*, pág. 294.

[{23}](#). Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. i, *op. cit.*, pág. 1355.

[{24}](#). Arturo Alessandri Rodríguez, *op. cit.*, pág. 423.

[{25}](#). Esther Vilalta A. y Rosa M. Méndez, *Defectos en la construcción y acción de responsabilidad decenal*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1998, pág. 132.

[{26}](#). Ley 400 de 1997, art. 50.—“*Profesionales y funcionarios*. Los profesionales que adelanten o permitan la realización de obras de construcción sin sujetarse a las prescripciones, normas y disposiciones previstas en la presente ley y sus reglamentos, incurrirán en violación del código de ética profesional y podrán ser sancionados por el consejo profesional nacional de ingeniería y arquitectura, o los colegios profesionales correspondientes, o aquel del cual dependan, con la suspensión o la cancelación de la matrícula profesional, según sea el caso, en la forma prevista en la ley, sin perjuicio de las demás acciones *civiles* y penales a que haya lugar.

{27}. Fabio Hernán Heredia Gómez, *La garantía decenal de inmuebles*, artículo publicado en <http://www.ircecali.com/>: “Debemos entender esta figura en el contexto actual de la sociedad moderna como aquella persona natural o jurídica que por sí misma o por medio de otras personas naturales o jurídicas se obliga para con alguien a la realización de una obra. En este sentido, empresario debe asimilarse a constructor o toda aquella persona que intervenga en la realización de la obra, ya sea en su construcción, promoción, venta, ya que en muchas oportunidades en esa obra intervienen diferentes profesionales que son autónomos o no, pero siempre interdependientes, razón por la cual, el concepto de empresario es más genérico y se hace necesario, para determinar la responsabilidad, conocer donde se generó el daño, para saber a cargo de quién estaba la ejecución de la obra que dio lugar al daño.

{28}. César Gómez Estrada, *De los principales contratos civiles*, 2a ed., Medellín, Pama Editores, 1987, pág. 375.

{29}. Libro iv, título v.

{30}. *Digesto*, 9, 3,1: “Respecto a los que hubieren arrojado o vertido algo, dice el pretor: «daré acción, por el doble del daño que se haya causado o hecho, contra el que habitase el inmueble desde el cual se hubiera arrojado o vertido algo en un lugar de tránsito o estacionamiento ordinario [...]» ya que aquellos lugares por los que ordinariamente se camina deben tener siempre la misma seguridad”.

{31}. *Digesto*, 9, 3, 2, 3.

{32}. Martínez Rave, *Responsabilidad civil extracontractual*, *op. cit.*, pág. 232.

{33}. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 5 abril 1978, M. P.: Ricardo Uribe Holguín.