BIBLIOTECA JURÍDICA UNIANDINA

# Derecho de las obligaciones

## Con propuestas de modernización

### TOMO III

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES
*(Coordinadora)*

SEGUNDA EDICIÓN

Universidad de los Andes

EDITORIAL TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

# DERECHO
# DE LAS OBLIGACIONES

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES
(Coordinadora)

# DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

## CON PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN

TOMO III

*Segunda edición*

Universidad de los Andes

TEMIS

Bogotá - Colombia
2018

Derecho de las obligaciones : con propuestas de modernización / Marcela Castro de Cifuentes (coordinadora). – Segunda edición. – Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes : Temis, 2016-
4 tomos; 898 p.; 23 cm. – (Biblioteca Jurídica Uniandina)

ISBN 978-958-35-1187-5 (tomo III)

1. Obligaciones (Derecho) – Colombia I. Castro de Cifuentes, Marcela II. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho.

CDD 346.03 SBUA

Para citar este libro: http://dx.doi.org/10.15425/2017.174

© Marcela Castro de Cifuentes, 2018
© Universidad de los Andes - Facultad de Derecho, 2018
Carrera 1ª núm. 18A-10, Bogotá
Tels.: 339 4999 ext. 3991
http://derecho.uniandes.edu.co
© Editorial Temis S. A., 2018
Calle 17 núm. 68D-46, Bogotá
www.editorialtemis.com
gerencia@editorialtemis.com

Diseño de cubierta: Neftali Vanegas

ISBN 978-958-35-1187-5
2956 20180029800
ISBN ebook: 978-958-774-714-0

Universidad de los Andes Vigilada Mineducación.
Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 de 30 de mayo de 1964.
Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 de 23 de febrero de 1949, Minjusticia.
Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 582 del 9 de enero de 2015, Mineducación

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Talleres Editorial Nomos.
Carrera 39B núm. 17-85, Bogotá.

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.

# Presentación

El derecho de las obligaciones continúa siendo, no obstante los incesantes cambios normativos, las nuevas corrientes doctrinales y los nacientes campos del saber jurídico, la columna vertebral de las relaciones patrimoniales en nuestro derecho privado. Su estructura y sus principios se proyectan sobre todo el ordenamiento y proveen soluciones razonables a falta de disposiciones especiales.

Por ello resulta imperioso estudiarlo en forma continua con miras a su cabal comprensión y también a su mejoramiento. Este es el espíritu que inspira la segunda edición de la obra *Derecho de las obligaciones*, publicada inicialmente en 2009. Tras varios años en los que ha servido como texto universitario, como material de consulta profesional y con una exitosa reimpresión, llegó la hora de ponerlo al día revisando sus contenidos para incorporar no solo la bibliografía y la jurisprudencia más recientes, sino más importante aún, presentar propuestas de modernización formuladas por los autores en sus respectivos temas.

No es una casualidad que muchos países, varios de ellos herederos de los códigos napoleónicos, hayan emprendido esa tarea al valorar objetivamente las carencias y los vacíos de que adolecen los códigos civiles del siglo XIX. Es innegable el aporte que estas obras han hecho al desarrollo de muchos sistemas jurídicos, incluido el colombiano. Su larga vida ciertamente ha contribuido para que nuestro derecho privado goce, en gran medida, de la ansiada seguridad jurídica, y su vieja presencia ha propiciado un amplio conocimiento de sus normas por los especialistas, pero lo que es más importante, por los ciudadanos, que ya se sienten familiarizados con sus valores fundamentales. Además, en materia de obligaciones y contratos, hemos tenido el mismo Código Civil en toda nuestra experiencia republicana, permitiendo que las cortes y la academia decanten sus principios, lo que solo se logra cuando las instituciones han estado en vigor por muchos años.

Sin embargo, Colombia no puede en nombre de la nostalgia, ni como homenaje al Código Civil de Bello, negarse a emprender las tareas de revisión de la normativa civil ni permanecer de espaldas a los movimientos de renovación del derecho privado. Por eso insistentemente desde la Universidad de los Andes hemos promovido la discusión en un tema tan delicado pero que debe abordarse con serenidad, determinación y rigor científico.

En las últimas décadas varios Estados han tomado el camino de la revisión de sus textos legislativos con miras a la modernización. Ejemplos notables de renovación vienen de la provincia canadiense de Québec (1994)[1] y el Brasil (2002) con enmiendas totales, Alemania con la reforma más importante introducida al BGB (2001)[2] y Argentina[3], Francia[4] y España[5] también trabajan en importantes proyectos para la modernización del régimen de obligaciones y contratos.

A estos movimientos renovadores han contribuido los instrumentos jurídicos con mayor repercusión en el ámbito mundial en los últimos años, en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, acogida por muchos países, y los Principios Unidroit para los Contratos Comerciales Internacionales revisados en 2010, que como *soft law* y expresión de la *lex mercatoria,* han influido en la articulación de los sistemas jurídicos de derecho continental y de derecho anglosajón y han contribuido en la formulación de unas premisas básicas para todos los negocios jurídicos.

Gran resonancia también han tenido varios documentos académicos, preparados por los civilistas y comercialistas más destacados del mundo, respondiendo a la necesidad de contar con unos principios comunes para el nuevo derecho privado, particularmente el europeo, de cara a la armonización de los regímenes nacionales de los países miembros de la Unión. Deben citarse en este contexto el Código Europeo de Contratos (Proyecto de Pavía o Proyecto Gandolfi) 1995[6], el *Draft common frame of reference* (Proyecto académico del profesor alemán CHRISTIAN VON BAR y otros académicos europeos, 2008)[7] y los Principios de Derecho Europeo de Contratos, redactados bajo la dirección del profesor OLE LANDO en 2000[8]; pero

[1] Disponible en *http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ_1991/CCQ1991.html*

[2] Vigente desde 2002.

[3] En octubre de 2014 se promulgó la ley 26.994, por la cual se adoptó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. En *http://www.infojus.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion*

[4] "Avant-projet de reforme du droit des obligations. Document de travail". 23 octobre 2013. En *http://www.lesechos.fr/economie-politique/france/document/0203242436733-document-avant-projet-de-reforme-du-droit-des-contrats-643031.php*

[5] Gobierno de España, Ministerio de Justicia, "Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos. Comisión General de Codificación. Sección de Derecho Civil", en *Boletín de información,* año LXIII, enero de 2009.

[6] Disponible en *www.unizar.es/derecho/nulidad/textos%20legales/TR-PAVIA.DOC*

[7] Disponible en *http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf*

[8] Disponible en *http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf*

esta lista de trabajos preparatorios no es exhaustiva, dado que muchos civilistas han contribuido a enriquecer este debate con sus propuestas[9].

Pero a pesar de las voces que ven con cierto escepticismo el futuro de los mencionados trabajos en el contexto latinoamericano[10], estos materiales han impulsado la discusión más allá de los confines de Europa y constituyen hoy referencias indispensables para la tarea de revisión de nuestros códigos que deben no solo unificarse, sino modernizarse para adecuarse al nuevo entorno.

No le falta razón a quien señaló que "[p]or la abstracción de los códigos civiles decimonónicos, estos han perdido en gran parte la función que tenían asignada, quedando reducidos a ser reproductores de meras fórmulas jurídicas que, para mantenerse vivas y útiles, son actualizadas por una constante labor jurisprudencial"[11].

En el caso alemán, se dijo que "[e]l BGB había dejado de ser, desde hace tiempo, el código de todos los ciudadanos. Muchas de las operaciones jurídicas que se realizaban diariamente, se hacían al margen del BGB. Con la reforma se integra en el BGB todo el derecho que hasta entonces había sido especial: la AGB-G y todas las leyes de contratos con consumidores. Lo que nunca debió haber salido del BGB vuelve a ser parte de él [...]. Solo de este modo, se considera, es posible que el BGB sea el código de todos los ciudadanos. El ciudadano es consumidor y el consumidor es ciudadano"[12].

La reforma alemana de 2001, además de integrar varias disciplinas a un cuerpo común (consumidores, condiciones generales de la contratación), modernizó varias instituciones clásicas como los remedios por incumplimiento en el contrato de compraventa, revisó el régimen general de la prescripción de acciones y codificó varias de figuras creadas por la jurisprudencia. Todo ello perseguía revitalizar el BGB dotándolo de mayor

[9] José Hernán Muriel Ciceri, "Contribuciones doctrinales a la armonización y el avance del derecho privado europeo", en *Revista de Derecho Privado,* Madrid, núm. 22, enero-junio de 2012, págs. 357 a 363. En este escrito, el autor subraya el "Study Group on a European Civil Code", el "Research Group on EC Private Law (Acquis Group)" y la obra de los profesores Reiner Schulze y Jules Stuyck (Eds.) *Towards a European Contract Law,* München, Sellier European Law Publishers, 2011.

[10] Leysser Leon, "De la admiración a la recepción crítica. El apagado eco de la codificación del derecho privado europeo en América Latina", en *Revista de Derecho Privado,* núm. 45, enero-junio 2011, Bogotá, Universidad de los Andes, Disponible en *https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri53.pdf*

[11] Klaus Jochen-Albiez (Coord.) *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual* en España, Colección Atelier Civil, Barcelona, 2011, pág. 19 (consultado en Google Books).

[12] Klaus Jochen-Albiez Dohrmann, "Un nuevo derecho de las obligaciones: la reforma 2002 del BGB", en *Anuario de Derecho Civil,* núm. lv-3, julio 2002, Ministerio de Justicia España.

claridad y coherencia, considerando que "[l]a claridad y la transparencia deben constituir una de las exigencias de cualquier ordenamiento jurídico que quiere estar cerca del ciudadano"[13].

Nuestro derecho civil requiere y merece una profunda reforma, que puede y debe reflejarse en una nueva codificación. En particular, el régimen de las obligaciones y los contratos reclama una actualización juiciosa que recoja la experiencia acumulada, para consagrar en forma clara sus aciertos y corregir sus falencias.

Sobre el enfoque que debe tener el derecho civil actual, son muy persuasivas las reflexiones del profesor italiano PIETRO PERLINGIERI en su obra *El derecho civil en la legalidad constitucional*, recién publicada en Colombia[14], que busca centrar el derecho civil en la persona misma, en su dignidad y en la satisfacción de sus necesidades[15]. Para este connotado profesor la igualdad, la solidaridad y el pleno desarrollo de la persona "se convierten en los parámetros axiológicos de una jurisprudencia y de un aparato conceptual que está por fundar como compromiso de una generación de juristas". Y al refundarse el derecho civil, este "se vuelve a apropiar, con formas renovadas, de su originaria vocación de *ius civile,* destinado a desarrollar la tutela de los derechos civiles en una nueva síntesis"[16].

Estima el autor en aspectos más técnicos que "[l]a obligación no se identifica en el derecho o en los derechos del acreedor; ella se configura cada vez más como una relación de cooperación. Ello implica un cambio radical de la perspectiva de cómo leer la disciplina de las obligaciones; esta última no se considera el estatuto del acreedor; la cooperación reemplaza la subordinación"[17]. Y reconociendo que la obligación es un deber ser, pone mayor acento en el concepto de "situación jurídica": la del deudor, la del acreedor, la de los terceros, más que en los conceptos abstractos tradicionales a los que estamos acostumbrados[18].

El derecho civil contemporáneo debe ser valorado en su complejidad y en sus contradicciones, expresa PERLINGIERI; además, el jurista debe saber apreciar tanto la tradición como la innovación, punto que no puede ser más acertado tratándose de un ejercicio de renovación normativa como el que aquí se propone[19]. Insiste el jurista en un sistema, que aunque sustentado

[13] JOCHEN-ALBIEZ, *op. cit.*

[14] Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibáñez, 2014.

[15] PERLINGERI, *op. cit.,* vol. I, pág. 59.

[16] *Idem,* pág. 130.

[17] PERLINGERI, *op. cit.,* vol. II, pág. 1025.

[18] *Idem,* págs. 749-750.

[19] *Idem,* pág. 139.

en principios, no puede sino estar fundado en valores. "El perfil axiológico, al igual que el lógico, es connatural a cualquier ordenamiento jurídico"[20].

En fin, enseña el autor que para el jurista "subsisten amplios espacios de actividad, de empeño y de responsabilidad, que sustraen terreno a la desesperación del simple pensar y del mero hacer y que permiten indicar a las jóvenes generaciones de estudiosos y de operadores finalidades positivas a realizar con serenidad, con el entusiasmo necesario y con los pies bien firmes sobre el terreno de los conocimientos oportunamente adquiridos, pero con los ojos igualmente abiertos hacia horizontes nuevos de una sociedad tecnológica que sepa tener respeto por el hombre y por sus exigencias primarias, contribuyendo así a favorecer el paso crucial de la ley al derecho"[21].

El propósito de esta segunda edición es, entonces, a más de refrescar sus contenidos después de transcurridos cinco años desde su primera publicación, presentar algunas contribuciones al gran debate que se vislumbra en nuestro país sobre el futuro del derecho privado. No invitamos al trasplante automático de instrumentos foráneos ni a la reforma legislativa apresurada. Consideramos muy provechoso el conocimiento riguroso de los procesos modernizadores que vienen desarrollándose a nuestro alrededor, como insumos valiosos en una tarea que nos espera en el futuro cercano y a la cual esperamos se unan los juristas colombianos provenientes de la academia, la judicatura y la práctica profesional.

Marcela Castro Ruiz
Coordinadora de la obra
Profesora Titular
Facultad de Derecho
Universidad de los Andes

[20] *Idem,* pág. 142.

[21] *Idem,* pág. 143.

# ÍNDICE GENERAL

PÁG.

Presentación ..... VII

CAPÍTULO I

EL HECHO ILÍCITO. NOCIONES FUNDAMENTALES
EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

1. Introducción ..... 1
2. El hecho ilícito como fuente de obligaciones ..... 3
3. La responsabilidad civil contractual ..... 5
   A) Primer requisito: contrato válido ..... 5
   B) Segundo requisito: incumplimiento doloso o culposo ..... 7
      a) Incumplimiento del contrato ..... 7
      b) El dolo y la culpa ..... 8
   C) Tercer requisito: perjuicio indemnizable ..... 13
      a) Perjuicio cierto ..... 13
      b) Perjuicio directo ..... 14
      c) Perjuicios presentes y futuros ..... 14
      d) Perjuicios materiales ..... 14
      e) Perjuicios extrapatrimoniales ..... 14
      f) La pérdida de oportunidad ..... 16
      g) Perjuicios previsibles e imprevisibles ..... 16
      h) Indemnización compensatoria y moratoria ..... 16
      i) Formas de evaluar los perjuicios ..... 16
   D) Cuarto requisito: vínculo causal ..... 17
4. La responsabilidad civil extracontractual ..... 19
   A) Primer requisito: conducta dolosa o culposa ..... 19
      a) Responsabilidad directa ..... 19
      b) Responsabilidad indirecta ..... 20
      c) Responsabilidad por daños causados por las cosas ..... 20
      d) Responsabilidad en actividades peligrosas ..... 21
   B) Segundo requisito: perjuicio indemnizable ..... 23

PÁG.

C) Tercer requisito: nexo de causalidad ..... 23
5. Causales de exoneración de la responsabilidad civil ..... 23
6. Propuestas de modernización ..... 24
A) Definición del concepto de responsabilidad civil o planteamiento del principio indemnizatorio ..... 25
B) Factores de atribución ..... 25
C) Perjuicios ..... 26
D) Deber de mitigar los daños ..... 27
E) Responsabilidad de las personas jurídicas en materia contractual, extracontractual y precontractual ..... 27
F) Apreciación de la culpa en materia contractual ..... 28
G) Responsabilidad por hechos de otros en materia contractual 30
H) Acumulación de responsabilidades contractual y extracontractual ..... 31
I) Acciones in iure proprio, iure hereditatis ..... 32
J) Régimen de la fuerza mayor o caso fortuito como causal de exoneración en la responsabilidad contractual ..... 33
K) Cláusulas de exoneración, exclusión y limitación de responsabilidad ..... 35
L) Casos y régimen de responsabilidad extracontractual objetiva 36
M) Otros asuntos ..... 37
7. Bibliografía ..... 38
A) Doctrina ..... 38
B) Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil ..... 39

## CAPÍTULO II

## EL CONCEPTO DE DAÑO

LUIS F. BOTERO ARISTIZABAL

1. Quimera ..... 43
2. El diagnóstico o la introspección crítica del derecho de daños en Colombia ..... 48
A) Un sucinto recuento ..... 48
B) El manto de lo inasible ..... 60
C) Transversalidad ..... 64
D) Universalidad frustrada: los gemelos enfermos ..... 65

PÁG.

E) Dislocación jurisdiccional: ¿tenemos un sistema jurídico? . 66
F) Ausencia de políticas públicas en torno al fenómeno del daño 69
G) Los dogmas ..... 69
a) No hay responsabilidad patrimonial sin daño..... 70
b) El daño y nada más que el daño ..... 70
c) El daño no puede ser fuente de enriquecimiento para la víctima ..... 70
d) Para ser indemnizable el daño debe ser cierto, personal y directo ..... 71
e) El daño sufrido pero no susceptible de ser valorado puede ser reparado sobre la base del principio de equidad ..... 71
f) No se repara a quien pretende la protección de ventajas obtenidas ilícitamente ..... 71
g) El daño debe probarlo quien lo sufre..... 72
3. ¿Quién puede decir qué es daño?..... 72
4. ¿La definición del daño desde el derecho procesal?..... 74
A) La definición de daño como manifestación de una relación obligatoria ..... 75
B) No toda amenaza, privación o alteración a un derecho o interés es daño y el derecho a la reparación no es, en principio, un derecho fundamental ..... 75
C) La amenaza puede ser daño. El daño contingente-daño inminente..... 77
D) La privación puede ser daño ..... 78
E) La alteración puede ser daño..... 78
F) ¿Qué es el núcleo de protección de un sujeto (individual o colectivo)?..... 79

## Capítulo III

## ELEMENTO SUBJETIVO: LA CULPA Y EL DOLO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Juan Ignacio Gamboa Uribe

1. Responsabilidad subjetiva ..... 85
2. Concepto y necesidad de la culpa en la responsabilidad civil ... 86
A) Fundamentación histórica de la responsabilidad civil en la culpa ..... 86

PÁG.

a) Evolución de la culpa contractual ..... 87
b) Evolución de la culpa en la responsabilidad extracontractual ..... 90
B) El concepto de culpa: examen subjetivo "objetivado" de la conducta ..... 95
C) La culpa en sentido estricto, y el dolo ..... 98
D) La teoría del riesgo de "lege ferenda" ..... 99
3. Régimen de la culpa en Colombia: regulación dual con elementos comunes ..... 102
A) Culpa en la responsabilidad civil contractual ..... 104
a) La apreciación de la culpa contractual ..... 106
b) Graduación de la culpa contractual ..... 108
c) Carga de la prueba de la culpa contractual ..... 111
d) Exoneración de la culpa contractual ..... 116
B) La culpa en la responsabilidad civil extracontractual ..... 117
a) Régimen general: responsabilidad por el hecho propio ..... 119
b) Responsabilidad por el hecho de personas a cargo ..... 126
c) Responsabilidad por el hecho de la cosa al cuidado ..... 133
d) Responsabilidad por actividades peligrosas ..... 145
4. Bibliografía ..... 169

CAPÍTULO IV

## EL NEXO DE CAUSALIDAD COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

MARÍA CAROLINA CORCIONE MORALES

1. Ubicación del nexo de causalidad en la responsabilidad civil extracontractual: definición, funciones y dificultades ..... 173
A) Definición de causalidad en la responsabilidad civil extracontractual ..... 173
B) Funciones del nexo de causalidad en la responsabilidad civil extracontractual. Establecer la autoría del daño ..... 176
C) Dificultades que enfrenta el nexo de causalidad como elemento de la responsabilidad civil extracontractual ..... 177
a) La causalidad y la culpabilidad: autores contra responsables ..... 177
b) La concurrencia o concurso de causas ..... 182

PÁG.

2. La causalidad jurídica: teorías elaboradas para establecer la causa de un daño en la responsabilidad civil extracontractual 187
A) ¿Qué debemos entender por causalidad jurídica? ..... 187
B) ¿Cuáles son los rasgos propios de la causalidad jurídica? ... 191
a) La aplicación a casos concretos ..... 191
b) La conducta humana como causa y las hipótesis de la responsabilidad objetiva ..... 192
c) El proceso de escogencia de la causa ..... 193
d) Las omisiones ..... 196
C) La causalidad jurídica: planteamiento del problema ..... 198
a) La teoría de la equivalencia de las condiciones o conditio sine qua non ..... 199
b) Características de la teoría de la equivalencia de las condiciones ..... 204
c) Críticas a la teoría de la equivalencia de las condiciones 207
d) Teorías correctivas de la teoría de la equivalencia de las condiciones ..... 215
D) La teoría de la causalidad adecuada ..... 220
a) Los planteamientos iniciales de von Bar ..... 220
b) La teoría de la causalidad adecuada propiamente dicha .. 222
c) Teorías correctivas de la teoría de la causalidad adecuada 227
d) Ventajas de la teoría de la causalidad adecuada en general 234
e) Críticas formuladas a la teoría de la causalidad adecuada, en general ..... 236
d) El rigor científico de la aplicación de los criterios de probabilidad y posibilidad ..... 237
E) Otras teorías de la causalidad jurídica ..... 244
a) La teoría de la causa próxima ..... 244
b) La teoría de la causa eficiente ..... 247
c) La teoría de la causa humana ..... 256
d) La teoría de la condición preponderante ..... 258
e) La teoría de la limitación de la responsabilidad según el ámbito de la norma violada ..... 259
f) La teoría del seguimiento o de la impronta continua de la manifestación dañosa ..... 261
g) La teoría de la causa impeditiva ..... 263
h) La teoría del riesgo general de la vida ..... 264
i) La teoría de la provocación ..... 265
j) La teoría de la causa inmediata y de la valoración ..... 265

PÁG.

k) La teoría de la imputación objetiva: una posible solución en materia de responsabilidad civil extracontractual..... 266
3. La causalidad jurídica en la legislación civil colombiana. Conclusiones ..... 271
4. Conclusiones..... 283
A) La constante confusión entre causalidad y culpabilidad en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual ..... 283
B) La carencia de legislación respecto de la causalidad jurídica: ¿Vacío legislativo o decisión del legislador? ..... 285
5. Bibliografía ..... 286

CAPÍTULO V

EL ABUSO DEL DERECHO

ERNESTO RENGIFO GARCÍA

1. Concepto de principio..... 291
2. Antecedentes históricos del abuso del derecho..... 295
3. De la relatividad de los derechos ..... 300
4. Explicaciones doctrinarias del abuso del derecho ..... 302
5. Naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad por abuso del derecho..... 316
6. Diferencia entre abuso del derecho y fraude de la ley..... 318
7. Aplicaciones prácticas de la teoría..... 319
8. Valoraciones finales ..... 333
9. Bibliografía ..... 338

CAPÍTULO VI

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL, CONTRACTUAL Y PRECONTRACTUAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

ALBERTO ZULETA LONDOÑO

1. Introducción..... 343
2. Responsabilidad extracontractual de la persona jurídica..... 344
A) Delimitación del problema..... 344

PÁG.

B) Las consecuencias de resolver el problema en favor de la responsabilidad directa o de la indirecta ..... 346
a) La persona responsable ..... 347
b) Elementos de la responsabilidad ..... 349
c) Causales de exoneración ..... 352
d) La prescripción de la acción ..... 352
e) Aspectos procesales ..... 354
C) Historia de la jurisprudencia en Colombia en materia extracontractual y el estado actual de la cuestión ..... 358
a) Primera tesis ..... 359
b) Segunda tesis ..... 360
c) Tercera tesis ..... 361
3. Responsabilidad contractual de la persona jurídica ..... 362
A) Incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato 362
B) Incumplimiento de obligaciones adquiridas a lo largo de la ejecución del contrato ..... 363
4. Responsabilidad precontractual de la persona jurídica ..... 366
5. Conclusiones ..... 366
6. Bibliografía ..... 367

## Capítulo VII

## RESPONSABILIDAD OBJETIVA EXTRACONTRACTUAL

Maximiliano A. Aramburo C.

1. La insuficiencia de la responsabilidad civil basada (solo) en culpa 369
2. Diversos casos de responsabilidad sin culpa ..... 376
3. La responsabilidad por actividades peligrosas como paradigma 379
A) Tres posiciones sobre su fundamento en la doctrina y la jurisprudencia ..... 382
B) ¿Qué hace peligrosa una actividad? ..... 387
C) Responsabilidad por 'cosas' y por 'actividades' peligrosas. 388
D) Peligrosidad en la estructura y en el comportamiento ..... 389
E) ¿Qué actividades se consideran peligrosas? ..... 389
F) ¿Quién responde por actividades peligrosas? (la noción de guardián) ..... 390
G) La posibilidad de una guarda compartida ..... 393

PÁG.

H) Carga de la prueba ... 397
I) Actividades peligrosas inertes ... 398
J) Colisión de actividades peligrosas ... 399
K) Los incapaces aquilianos y las actividades peligrosas ... 402
L) La exoneración ... 402
4. Otras responsabilidades objetivas ... 403
A) En el Código Civil ... 403
a) La responsabilidad por el hecho ajeno ... 403
b) La responsabilidad por el hecho de las cosas ... 404
c) La responsabilidad por el hecho de los animales ... 405
B) En otras leyes ... 406
a) La ley sobre residuos peligrosos (ley 1252 de 2008, que derogó la 430 de 1998) ... 406
b) El Estatuto del Consumidor (ley 1480 de 2011) ... 407
c) En materia de responsabilidad ambiental ... 408
5. Bibliografía ... 410

CAPÍTULO VIII

## CAUSA EXTRAÑA COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJIA

1. Fuerza mayor ... 416
A) Fuerza mayor factor universal de exoneración de responsabilidad ... 416
B) Prueba de la causal de exoneración: la fuerza mayor, la ausencia de culpa y la causa ignorada ... 420
2. Caso fortuito y fuerza mayor ... 423
3. Elementos de la fuerza mayor ... 425
A) Carácter externo de la fuerza mayor ... 427
B) La irresistibilidad ... 433
C) La imprevisibilidad ... 440
D) El evento irresistible pero previsible ... 443
4. Los efectos de la fuerza mayor ... 446
A) Convenciones sobre fuerza mayor ... 450
5. El hecho de un tercero ... 452
A) Los requisitos para la exoneración por el hecho de un tercero 452

PÁG.

B) El problema de la concurrencia de causas con el hecho de un tercero o de varios terceros ..... 453
C) El hecho de la víctima ..... 456
a) Los requisitos de exoneración ..... 456
D) El hecho del acreedor ..... 465
6. Conclusión ..... 467
7. Bibliografía ..... 468

Capítulo IX

LAS ACCIONES "IURE HEREDITATIS" EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Arturo Solarte Rodríguez

1. Introducción ..... 473
2. Legitimación para demandar la reparación de los daños ..... 474
3. Caso de la muerte de la víctima del ilícito ..... 476
A) Ejercicio de la acción "ex iure hereditatis" ..... 480
B) Ejercicio de la acción "ex iure proprio" ..... 485
4. Acumulación de las acciones "ex iure proprio" y "ex iure hereditatis" ..... 487
A) El problema de la acumulación de las responsabilidades contractual y extracontractual y las acciones "ex iure proprio" y "ex iure hereditatis" ..... 489
B) Acciones contractual "iure hereditatis" y extracontractual "iure proprio" derivadas del fallecimiento del pasajero en desarrollo de un contrato de transporte ..... 496
5. Bibliografía ..... 502

Capítulo X

EL PATRIMONIO COMO PRENDA GENERAL Y LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES

Marcela Castro de Cifuentes

1. Efectos de las obligaciones ..... 507
2. Derechos principales de los acreedores ..... 508
A) Ejecución forzosa ..... 508
a) Ejecución individual ..... 509

PÁG.

b) Ejecución colectiva ..... 512
c) Insolvencia de personas naturales no comerciantes ..... 515
B) Indemnización de perjuicios ..... 516
3. Derechos auxiliares ..... 520
A) Medidas conservatorias del patrimonio del deudor ..... 520
B) Medidas reconstitutivas del patrimonio del deudor ..... 525
a) La acción pauliana ..... 525
b) Acción de simulación ..... 528
c) Acciones revocatorias concursales ..... 532
d) Otras medidas de los acreedores ..... 534
4. Propuestas de modernización ..... 536
5. Bibliografía ..... 538

CAPÍTULO XI

DERECHOS PRINCIPALES DE LOS ACREEDORES

HORACIO CRUZ TEJADA

1. Introducción ..... 543
2. Derecho de ejecución ..... 543
3. Aspectos sustanciales de la ejecución forzosa ..... 544
4. Aspectos procesales de la ejecución forzosa ..... 546
5. Pretensión ejecutiva por obligación de dar ..... 547
A) Obligación de pagar sumas de dinero ..... 548
B) Obligación de dar especies muebles o bienes de género distintos de dinero ..... 550
a) Entrega del bien más el pago de perjuicios moratorios (C. G. P., art. 426) ..... 550
b) Pago de perjuicios compensatorios (C. G. P., art. 428 num. 1) ..... 552
c) Entrega del bien más perjuicios moratorios y, en subsidio, perjuicios compensatorios (C. G. P., arts. 428 num. 2 y 437) ..... 552
6. Pretensión ejecutiva por obligación de hacer ..... 553
A) Ejecución del hecho debido más perjuicios moratorios (C. G. P., arts. 426 y 433) ..... 554
B) Pago de perjuicios compensatorios (C. G. P., art. 428 num. 1) 555

PÁG.

C) Ejecución del hecho debido más perjuicios moratorios y, en subsidio, perjuicios compensatorios (C. G. P., arts. 428 num. 2 y 437) ..... 555
7. Pretensión ejecutiva por obligación de suscribir documentos (C. G. P., art. 434)..... 555
8. Pretensión ejecutiva por obligación de no hacer (C. G. P., art. 435) 556
9. La ejecución por perjuicios..... 557
10. La conversión del proceso ejecutivo en proceso declarativo..... 558
11. A manera de conclusiones. Aspectos de mejora de la regulación del derecho de ejecución del acreedor..... 560
12. Bibliografía ..... 562

## Capítulo XII

## EJECUCIÓN INDIVIDUAL

Ulises Canosa Suárez

1. Generalidades ..... 565
2. Evolución de la ejecución individual..... 568
3. Proceso ejecutivo. Título ejecutivo..... 576
4. Proceso monitorio..... 580
5. Medidas cautelares..... 581
6. Principios del proceso ejecutivo ..... 586
A) Principio de la satisfacción máxima de la pretensión del acreedor..... 586
B) Principio del respeto de los derechos del deudor..... 587
C) Principio del respeto de los derechos de terceros..... 589
D) Principio garantizador de los derechos de otros acreedores 590
E) Principio del respeto a los intereses públicos..... 590
7. Bibliografía..... 591

## Capítulo XIII

## EJECUCIÓN COLECTIVA Y PROCESOS CONCURSALES

Gustavo Cuberos Gómez

### GENERALIDADES

1. Introducción y concepto ..... 595

PÁG.

2. Ejecución singular frente a ejecución colectiva ..... 597
3. Antecedentes históricos ..... 598
   A) Antecedentes legales en Colombia ..... 600
4. Prelación de créditos como remedio ante la insuficiencia patrimonial ..... 602
5. Principales modalidades concursales ..... 605
   A) Concurso de acreedores ..... 606
   B) Quiebra y liquidación obligatoria ..... 606
   C) Concordatos y acuerdos de reestructuración ..... 609
6. Sistema actual en Colombia. Régimen de insolvencia ..... 611
   A) Proceso de reorganización ..... 612
   B) Proceso de liquidación judicial ..... 619
7. Apreciación crítica final y conclusiones ..... 624
8. Bibliografía ..... 625

CAPÍTULO XIV

PRELACIÓN DE CRÉDITOS

PAOLA ORDÓÑEZ ARIAS

1. Generalidades ..... 629
   A) Introducción y concepto ..... 629
   B) Principios que gobiernan la prelación de créditos ..... 630
2. Clases de créditos en Colombia ..... 632
   A) Créditos de la primera clase ..... 632
      a) Créditos que comprende actualmente la primera clase ... 633
      b) Régimen aplicable a los créditos de la primera clase ..... 638
   B) Créditos de la segunda clase ..... 638
      a) Créditos que comprende actualmente la segunda clase... 639
      b) Régimen aplicable a los créditos de la segunda clase ..... 643
      c) Comentario en relación con la ley 1676 de 2013 de garantías mobiliarias ..... 644
   C) Créditos de la tercera clase ..... 650
      a) Créditos que comprende actualmente la tercera clase ..... 650
      b) Régimen aplicable a los créditos de la tercera clase ..... 651
      c) Comentario en relación con la ley 1676 de 2013 de garantías mobiliarias ..... 651
   D) Créditos de la cuarta clase ..... 653

PÁG.

a) Créditos que comprende actualmente la cuarta clase ..... 654
b) Régimen aplicable a los créditos de la cuarta clase ..... 656
E) Créditos de la quinta clase ..... 656
3. Otros comentarios en relación con el sistema de prelación de créditos en Colombia ..... 657
A) El derecho de retención ..... 657
B) Gastos de administración en procesos de reorganización y liquidación judicial de la ley 1116 de 2006 ..... 658
C) Otros bienes excluidos de la masa que se debe liquidar de acuerdo con la ley 1116 de 2006 ..... 660
D) Acuerdos de modificación de prelación de créditos en procesos de reorganización de la ley 1116 de 2006 ..... 661
E) Cesión de créditos y subrogación ..... 662
F) Régimen de intereses en relación con la ley 1116 de 2006 .. 662
G) Prelación de créditos en materia de liquidación forzosa administrativa de instituciones financieras ..... 663
4. Conclusiones ..... 663
5. Bibliografía ..... 667

Capítulo XV

## INDEMNIZACIÓN COMPENSATORIA E INDEMNIZACIÓN MORATORIA DE PERJUICIOS

Édgar Ramírez Baquero

1. Introducción ..... 671
2. Presupuestos axiológicos de la pretensión de resarcimiento en el escenario de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento ..... 672
3. Modalidades de la inejecución obligacional ..... 672
A) Inejecución absoluta ..... 673
B) Ejecución imperfecta ..... 673
C) Ejecución tardía ..... 674
D) En el derecho alemán ..... 675
4. Correlación entre las modalidades de inejecución obligacional y las indemnizaciones compensatoria y moratoria ..... 677
5. La diferencia entre indemnización compensatoria e indemnización moratoria únicamente procede en responsabilidad civil por incumplimiento ..... 677

PÁG.

6. Esta clasificación del daño solo es pertinente en materia de daños patrimoniales ..... 678
7. Indemnización compensatoria de perjuicios..... 678
8. Indemnización moratoria de perjuicios..... 680
9. Indemnización moratoria de perjuicios y las obligaciones dinerarias ..... 681
10. Compatibilidad o incompatibilidad entre la indemnización moratoria y la indemnización compensatoria de perjuicios ..... 683
11. Contenido de las prestaciones indemnizatorias compensatoria y moratoria ..... 684
12. Indemnización compensatoria e indemnización moratoria en el marco de los contratos de prestaciones recíprocas. Su incidencia en punto de los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio..... 685
13. Relaciones entre la prestación penal (cláusula penal) y las indemnizaciones compensatoria y moratoria. Cláusulas penales compensatorias y moratorias ..... 688
14. Relaciones con la clasificación del daño que distingue entre daño emergente y lucro cesante ..... 689
15. Algunos aspectos de la ejecución coactiva de la indemnización compensatoria de perjuicios (c. g. p., arts. 428, 437 y 439)..... 689
16. Algunos aspectos de la ejecución coactiva de la indemnización moratoria de perjuicios (C. G. P., arts. 426, 435 y 439). ..... 690
17. Régimen probatorio de la indemnización compensatoria y de la indemnización moratoria de perjuicios ..... 690
18. Reajuste o corrección monetaria de las indemnizaciones compensatoria y moratoria..... 692
19. Propuesta de enmienda legislativa..... 695
20. Bibliografía ..... 695

CAPÍTULO XVI

EL DERECHO DE RETENCIÓN

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

1. Concepto y propósito del derecho de retención..... 698
2. Presupuestos para el ejercicio del derecho de retención..... 700
3. Casos en los que procede alegar el derecho de retención..... 702

PÁG.

A) Casos legales de retención ..... 703
a) En el Código Civil ..... 703
b) En el Código de Comercio ..... 707
B) La retención convencional ..... 709
4. Naturaleza jurídica ..... 710
A) Tesis de la excepción personal ..... 711
B) Derecho de retención: derecho real ..... 712
C) Retención como derecho "sui generis" ..... 714
D) Nuestra opinión ..... 715
5. Características del derecho de retención ..... 716
A) Accesoriedad ..... 716
B) Indivisibilidad ..... 716
C) Unilateralidad ..... 717
D) Oponibilidad "erga omnes" ..... 717
E) Renunciabilidad ..... 719
F) Provisionalidad ..... 720
G) Transmisibilidad ..... 720
6. Contenido y alcance del derecho de retención ..... 720
A) Facultades, limitaciones y prohibiciones respecto de la cosa retenida ..... 721
B) Facultades del retentor sobre los frutos de la cosa ..... 722
C) Aplicación de las disposiciones sobre el contrato de prenda, por analogía ..... 723
D) Alcance del derecho en caso de ejecución o concurso ..... 723
a) La retención ante la ejecución individual iniciada contra el retinente ..... 724
b) Concurso de acreedores, quiebra o liquidación judicial del acreedor retenedor ..... 724
c) La retención ante la ejecución iniciada contra el deudor, dueño de la cosa, por uno o más de sus acreedores ..... 724
7. Obligaciones y responsabilidad del acreedor-retinente ..... 727
A) Cuidado y conservación de la cosa ..... 727
B) Restitución ..... 728
C) Responsabilidad del retenedor ..... 728
D) Retención de bienes consumibles y de sumas de dinero ..... 729
a) Bienes consumibles ..... 729
b) Sumas de dinero ..... 729
8. El derecho de retención frente a la excepción de contrato no cumplido ..... 731

PÁG.

9. Derecho de retención y compensación ..... 733
10. Extinción del derecho de retención..... 734
11. El derecho de retención como garantía mobiliaria ..... 735
12. Propuestas de modernización ..... 739
13. Bibliografía ..... 744

CAPÍTULO XVII

LAS ACCIONES RECONSTITUTIVAS DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR

NICOLÁS PÁJARO MORENO

1. Introducción ..... 749
2. El patrimonio como garantía general de los acreedores ..... 751
A) La responsabilidad patrimonial ..... 751
B) Insolvencia, iliquidez y otros detonantes de crisis ..... 752
C) Actos que deterioran el patrimonio del deudor ..... 753
a) Actos del deudor que comprometen su solvencia ..... 755
b) Actos del deudor que comprometen su liquidez..... 756
c) Actos del deudor que alteran el orden de prelación de pagos o la par conditio creditorum ..... 758
d) Actos del deudor que cambian sus condiciones de operación ..... 759
3. La acción pauliana ..... 760
A) Naturaleza de la acción pauliana..... 761
B) Titulares de la acción pauliana ..... 763
a) Legitimación en la causa ..... 764
b) Interés para obrar ..... 765
C) Actos revocables ..... 766
D) Elementos de la acción pauliana ..... 768
a) Daño al acreedor ("eventus damni") ..... 769
b) Mala fe ("consilium fraudis" o "scientia damni")..... 770
E) Extinción de la acción pauliana..... 775
4. Las acciones revocatorias concursales..... 776
A) Acciones revocatorias de la ley 1116 de 2006 ..... 777
a) Naturaleza de la acción revocatoria concursal ..... 777
b) Titulares de la acción revocatoria concursal..... 779
c) Actos revocables..... 781

PÁG.

d) Elementos de la acción revocatoria concursal ..... 782
e) Régimen de recompensas ..... 787
f) Extinción de la acción revocatoria concursal ..... 788
B) Acciones revocatorias de la ley 550 de 1999 ..... 788
C) Acciones revocatorias del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) ..... 789
D) Acciones revocatorias en el régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante, en el Código General del Proceso ..... 789
5. La acción de simulación ..... 790
A) Concepto y especies de acción de simulación ..... 791
a) Simulación absoluta ..... 792
b) Simulación relativa ..... 793
B) Naturaleza de la acción de simulación ..... 796
C) Titulares de la acción de simulación ..... 799
a) Las partes del negocio simulado ..... 799
b) Los terceros ..... 800
D) Elementos de la acción de simulación ..... 804
a) Existencia de un acto jurídico aparente ..... 804
b) Existencia de una situación jurídica oculta ..... 804
c) Daño al tercero ..... 807
d) Otros elementos (no esenciales) de la acción de simulación ..... 808
E) Extinción de la acción de simulación ..... 810
F) La acción de simulación concursal ..... 811
6. La acción subrogatoria ..... 811
A) Naturaleza de la acción subrogatoria ..... 813
B) Titulares de la acción subrogatoria ..... 814
a) Legitimación en la causa ..... 814
b) Interés para obrar ..... 814
C) Elementos de la acción subrogatoria ..... 815
a) Condición de acreedor del demandante ..... 815
b) Existencia de un derecho subjetivo en favor del deudor . 815
c) Inactividad del deudor frente a dicho derecho subjetivo . 815
d) Daño al acreedor ..... 815
D) Extinción de la acción subrogatoria ..... 816
7. Algunas reflexiones con miras a la modernización de los temas aquí tratados ..... 816

PÁG.

A) Necesidad de modernizar la acción pauliana ..... 816
B) Necesidad de una regulación general y expresa sobre las acciones de simulación y oblicua ..... 817
C) Simplificación, unificación o —¿por qué no?— eliminación de regímenes especiales de las acciones revocatorias y de simulación concursales ..... 818
D) Problemas derivados de la insuficiencia en las funciones jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia de Sociedades ..... 819
E) De nuevo sobre la buena fe ..... 821
8. Bibliografía ..... 821
Índice de autores ..... 829
Índice de disposiciones ..... 835
Índice de materias ..... 843

Capítulo I

# El hecho ilícito. Nociones fundamentales El sistema de responsabilidad civil*

Marcela Castro de Cifuentes**

## 1. Introducción

El sistema normativo confiere amplia iniciativa y autonomía a los particulares para obrar según su propio interés, pero impone como principio superior para la justicia y la convivencia social, el respeto de los derechos ajenos. Este principio se plasma en la regla "a nadie es permitido agraviar al prójimo"[1], enunciado que acarrea consecuencias prácticas cuando una persona de manera injusta causa un daño a otra. La respuesta del derecho es la responsabilidad jurídica, por la cual se impone al sujeto una consecuencia prevista por el orden legal, en caso de trasgresión.

En el sistema colombiano existen diversas formas de responsabilidad jurídica, atendiendo el tipo de normas que resulten vulneradas. Existe —por citar las dos más comunes— la responsabilidad penal y la civil. En la primera, la conducta ilícita se encuentra descrita específicamente por las normas penales y su realización genera la imposición de una pena que también se señala de antemano por la ley (principio de legalidad)[2]. Este comportamiento vulnera un bien jurídico protegido

* http://dx.doi.org/10.15425/2017.175

** Abogada de la Universidad de los Andes, con Maestría en Derecho Comparado de la Universidad de Illinois, como becaria Fulbright. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Profesora titular, docente e investigadora, autora de libros y artículos especializados en derecho civil y comercial, ha sido directora del área de derecho privado de la misma universidad. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. La autora agradece a Laura Bermúdez, Andrea Solano y Felipe Yamin, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes su labor de investigación para la revisión de este capítulo en la segunda edición del libro. (e-mail: macastro@uniandes.edu.co).

[1] Es el principio de derecho romano *alterum non laedere*.

[2] C. P., art. 6º.

por el derecho penal que involucra el interés general de la sociedad, aunque las conductas criminales suelen afectar, al mismo tiempo, derechos individuales[3].

Por su parte, la responsabilidad civil se desencadena cuando una persona, con su conducta dolosa o culposa causa un daño al patrimonio de otra, o vulnera intereses que son protegidos por el ordenamiento, como se expondrá posteriormente. Las normas de responsabilidad civil tienen, por consiguiente, una función reparadora antes que propiamente sancionatoria, es decir, buscan colocar al perjudicado en la posición más parecida posible a la que tendría si no hubiese sufrido el daño, pero su objetivo no es castigar al autor del perjuicio, sino resarcir a la víctima[4].

Aunque estas especies de responsabilidad pertenecen a ramas distintas del derecho y cada una tiene un ámbito propio de acción, es posible que una misma conducta produzca consecuencias tanto de responsabilidad civil como penal cuando aquella se encuentra tipificada como punible en las normas penales, a la vez que infiere daño al patrimonio de otra persona[5].

El sistema de responsabilidad civil no prohíja la ventaja indebida en favor del perjudicado, y por ello la indemnización no puede ser fuente de enriquecimiento para la víctima del daño; ella está encaminada en forma exclusiva a remediar en la justa medida el perjuicio irrogado[6]. Si bien toda lesión patrimonial ocasionada por dolo o culpa debe ser

[3] Por ejemplo, como hay interés general en proteger la vida humana, se consagra el delito de homicidio así: "El que matare a otro incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años" (C. P., art. 103). En la responsabilidad penal el autor debe soportar la imposición de la sanción prevista ante la realización de una conducta tipificada en la ley penal. Para que surja este tipo de responsabilidad se requiere que la conducta enjuiciada sea: 1) típica: descrita específicamente por la ley (art. 10 del C. P.); 2) antijurídica: que viole un interés protegido por la ley penal (art. 11 del C. P), y 3) culpable: que la conducta del autor se haya realizado con dolo, culpa o preterintención (art. 12 del C. P.).

[4] Véase C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 abril 1997, exp. 4422, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, "G. J.", t. CCXLVI, núm. 2485, págs. 397 y ss.

[5] Al tiempo de estar tipificado el hecho como delito por la ley penal (principio de legalidad-tipicidad), la conducta pudo generar el daño a un patrimonio ajeno. Por ejemplo, en un accidente de tránsito causado por imprudencia de un conductor, puede surgir responsabilidad penal por homicidio o lesiones personales culposas y responsabilidad civil por los daños pecuniarios causados a la víctima o a sus familiares.

[6] JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, *El daño*: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado de derecho colombiano y francés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pág. 45.

reparada en forma integral, esta reparación se limita a la pérdida efectivamente sufrida[7].

Este capítulo versará exclusivamente sobre la responsabilidad civil, consagrada en las normas de derecho privado que tutelan los derechos de los particulares, contenidas de manera principal en el Código Civil y en el Código de Comercio. Estas disposiciones han sido interpretadas a lo largo del tiempo por nuestros tribunales, que al resolver casos concretos, precisan su alcance. Los autores expertos en el tema han contribuido igualmente a comprender las instituciones jurídicas propias de la responsabilidad. El conjunto de normas, decisiones judiciales y opiniones doctrinales sobre el tema integra el sistema de responsabilidad civil, el cual servirá de marco para nuestros comentarios.

La finalidad del capítulo es presentar los conceptos fundamentales de la responsabilidad civil, los cuales se ilustran de manera esquemática en el mapa conceptual que hemos incorporado de manera previa y que se desarrollan en los capítulos siguientes de esta obra.

## **2**. El hecho ilícito como fuente de obligaciones

El hecho ilícito es, junto con la ley y el acto voluntario, fuente de obligaciones. Se considera ilícita toda conducta humana que causa un perjuicio injustificado a otro, sea que el deterioro se manifieste en la persona misma o en su patrimonio. Cabe aclarar que el sistema jurídico reconoce la responsabilidad civil de las personas jurídicas por conductas de sus agentes o dependientes que son personas físicas al servicio de aquellas.

En el terreno de la responsabilidad civil, del hecho ilícito surge una relación jurídica entre el causante de un daño y su víctima en virtud de la cual el primero —como deudor— debe reparar a la segunda —en calidad de acreedora— el perjuicio causado[8]. La indemnización de perjuicios es la prestación como objeto de la obligación. Una vez establecida de manera cierta la existencia de la obligación de resarcir, el perjudicado tiene en su patrimonio un derecho subjetivo patrimonial (derecho personal o crediticio) y el autor del daño tendrá, correlativamente, una deuda consistente en el pago de la indemnización propiamente dicha.

[7] Phillipe Le Tourneau, *La responsabilidad civil*, trad. de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Legis Ediciones, 2004, pág. 68.

[8] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 enero 1967, "G. J.", t. cxix, núms. 2285 y 2286, M. P. Enrique López de la Pava.

Esta responsabilidad se manifiesta de diferentes formas, según sea la situación en la que se ocasiona el daño:

— es contractual cuando el perjuicio se causa por el incumplimiento de obligaciones pactadas en un contrato;

— es extracontractual —llamada también responsabilidad aquiliana— si el daño surge como consecuencia de violar un deber general de diligencia y prudencia que se impone al realizar actividades en sociedad, sin que exista un vínculo jurídico previo entre las partes, y

— se denomina precontractual cuando en la etapa de las negociaciones previas a la celebración de un contrato alguna de las partes causa un daño a la otra al terminar en forma abusiva, injustificada o intempestiva las negociaciones atentando contra el interés de confianza que se ha generado, y cuando, en general, se violan los deberes propios de dicha etapa (información, buena fe, lealtad, confidencialidad)[9].

El perjudicado en todos los casos debe acudir ante la justicia para que el juez competente determine si están presentes los presupuestos de la responsabilidad civil y consecuencialmente declare que esta existe para condenar al demandado al pago de la respectiva indemnización. Aunque todos los casos enumerados pertenecen al sistema de responsabilidad civil, cada uno tiene particularidades en su régimen, de manera que el perjudicado no puede, en principio, exigir la reparación invocando cualquiera de ellos, varios o todos a la vez. Debe escoger aquella que corresponda a la situación fáctica del caso particular. Es decir, las acciones contractual, extracontractual o precontractual no pueden acumularse ni la víctima tiene plena libertad para elegir a cuál de ellas acude para demandar el resarcimiento (prohibición de opción)[10].

[9] El art. 863 del Código de Comercio dispone al respecto: "Las partes deberán proceder de buena fue exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen." La responsabilidad precontractual se estudia en un capítulo especial de esta obra sobre la "Formación del contrato", escrito por PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA, y en el capítulo sobre la "Responsabilidad de las personas jurídicas" del profesor ALBERTO ZULETA LONDOÑO, publicado en este tomo. Véase, además, C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 28 junio 1989, M. P. Rafael Romero Sierra, en *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XVIII, núm. 213, Bogotá, Legis, septiembre de 1989; 23 noviembre 1989, "G. J.", t. CXCVI, núm. 2435, pág. 114, M. P. José Alejandro Bonivento Fernández; 27 junio 1990, "G. J.", t. CC, núm. 2439, pág. 296, M. P. Pedro Lafont Pianetta; 13 diciembre 2001, exp. 6775, M. P. Manuel Ardila Velásquez.

[10] Véase sobre la no acumulación de la responsabilidad contractual y la extracontractual, de la C. S. de J., Sala de Casación Civil, la sent. de 19 abril 1993, M. P. Pedro Lafont Pianetta. "G. J.", t. CCXXII, núm. 2461, págs. 391 y ss.

## **3**. La responsabilidad civil contractual[11]

La responsabilidad contractual nace cuando una parte incumple, sin justificación alguna, un negocio jurídico previamente acordado y ello genera un perjuicio a la otra parte.

Para que surja la responsabilidad civil contractual deben concurrir los siguientes requisitos:

— la existencia de un contrato válidamente celebrado;

— el incumplimiento de una o más obligaciones contractuales, imputable al deudor por dolo o culpa;

— un perjuicio indemnizable y

— un vínculo de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio.

Todos y cada uno de estos elementos deben quedar plenamente probados en el proceso judicial que debe instaurar el perjudicado, correspondiéndole como demandante la carga de la prueba[12]. Al finalizar el proceso el juez declarará si existe o no la responsabilidad, y en caso afirmativo, proferirá una condena que señale el valor de la indemnización a cargo del culpable de daño.

### A) *Primer requisito: contrato válido*

El contrato es un acuerdo de voluntades encaminado a crear obligaciones. Como fuente de obligaciones, impone a las partes el deber de ejecutar las prestaciones asumidas voluntariamente: en los bilaterales, por ejemplo, cada una es deudora de dar, hacer o no hacer alguna cosa

[11] La responsabilidad contractual se define "como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación cuyo origen es un contrato válido. [...] Para que ésta opere, deben coincidir los siguientes presupuestos estructurales: la existencia del vínculo negocial; el incumplimiento por culpa o dolo de las obligaciones surgidas de la convención; que ese incumplimiento hubiese causado daño a quien reclama la indemnización y, finalmente, que exista un nexo causal entre aquel y éste". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 febrero 2015, providencia SC038-2015. Las normas generales de responsabilidad contractual se encuentran principalmente en los arts. 1604 a 1617 del Código Civil colombiano. Además, hay reglas especiales de responsabilidad para ciertos contratos, por ejemplo: C. C., art. 2259 para el contrato de depósito; art. 522 del C. de Co. para el arrendamiento de locales comerciales; art.1031 del C. de Co. para el transporte de cosas, y el art. 1324 del C. de Co. para la agencia comercial.

[12] Principio general: el que alega prueba. C. G. P., art. 167. No obstante, debe aclararse que en el régimen de responsabilidad civil operan algunas presunciones de culpa, como se verá posteriormente. Además, el art. 167 citado introdujo en la ley el principio de la carga dinámica de la prueba en virtud del cual corresponde dicha carga a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias.

de contenido patrimonial en interés o beneficio de la otra. Como el contrato válidamente celebrado es una ley para las partes[13], su incumplimiento es contrario a derecho, y cuando dicho incumplimiento genera un daño, nace la obligación de resarcimiento. Esta obligación tiene su fuente en el hecho ilícito y constituye una fuente autónoma del contrato mismo como acto jurídico.

Para que puedan reclamarse perjuicios en la responsabilidad contractual, es indispensable acreditar, en primer lugar, la presencia de un contrato válido celebrado previamente por las partes, perfeccionado con el lleno de los requisitos legales necesarios para que produzca efectos, es decir, aquellos exigidos para la existencia y la validez del negocio.

En cuanto a la existencia:

— debe existir un acuerdo de voluntades formado por el consentimiento mutuo de los contratantes, sin el cual no hay contrato;

— debe haberse surtido la solemnidad correspondiente cuando ella es sustancial, es decir, exigida por la ley para la existencia del acto[14];

— deben estar presentes los elementos esenciales del contrato particular de que se trate[15].

Si el acto carece de uno o más de tales requisitos al momento de su celebración, se estará en el terreno de las causales de inexistencia, pero no de indemnización por incumplimiento. Como puede observarse, la responsabilidad civil se concreta en la etapa de ejecución del contrato y no en la de su perfeccionamiento; en esta se examina fundamentalmente si el negocio cuenta con las condiciones necesarias para su eficacia jurídica, mientras que en la fase de ejecución se determina si las partes han cumplido cabalmente con sus obligaciones.

En cuanto a la validez, el negocio jurídico debió celebrarse sin contravenir el ordenamiento jurídico, con observancia de los requisitos de fondo que se señalan para la eficacia de toda declaración de voluntad, a saber[16]:

[13] C. C., art. 1602.

[14] Véase el inc. 2º del art. 898 (C. de Co.). La ley en ciertos casos exige formalidades especiales para celebrar ciertos actos y contratos, como suele ser una escritura pública ante notario cuando se trata de negocios relativos a bienes inmuebles (decr. 960 de 1970, art. 12).

[15] Cada contrato tiene unos rasgos que permiten distinguirlo de otros contratos. Por ejemplo, en la compraventa los elementos esenciales son la cosa vendida y el precio (C. C., art. 1501, art. 1849; C. de Co., art. 898).

[16] C. C., art. 1502; C. de Co., arts. 899 y 900. Con todo, pueden existir algunas situaciones en las cuales, a pesar de que el negocio jurídico adolezca de algún vicio que

— capacidad legal;

— consentimiento libre de vicios (error, fuerza y dolo);

— objeto lícito;

— causa lícita.

Reunidos los requisitos para la existencia y validez, el contrato nace con la aptitud de ser fuente de obligaciones para las partes intervinientes y para sus sucesores. Ya perfeccionado el negocio, sigue la etapa de ejecución: como norma para los contratantes, durante esta nueva fase el contrato debe cumplirse cabalmente y las partes deben satisfacer diligentemente y de buena fe sus respectivas obligaciones[17].

En el siguiente cuadro se resumen los requisitos mencionados:

| EXISTENCIA | VALIDEZ |
|---|---|
| 1. Declaración de voluntad | 1. Capacidad |
| 2. Consentimiento | 2. Libre de vicios |
| 3. Objeto | 3. Lícito |
| 4. Causa | 4. Lícita |
| (*) Solemnidad *ad substantiam actus* | (*) Ausencia lesión enorme |
| (*) Elementos esenciales particulares a cada contrato. | |

B) *Segundo requisito: incumplimiento doloso o culposo*

a) *Incumplimiento del contrato.* Para que haya responsabilidad contractual se requiere también que una de las partes —técnicamente de-

---

pueda acarrear su nulidad, sea posible solicitar la indemnización de perjuicios por su incumplimiento. En efecto, tratándose de las nulidades relativas, las cuales requieren necesariamente petición de la parte interesada en su declaración, en el evento en que las partes guarden silencio sobre la existencia del vicio que afecta la legalidad del negocio jurídico, si el *petitum* que motiva el respectivo proceso judicial es la declaratoria de responsabilidad civil del contratante incumplido, el juez no tendrá otra alternativa que estudiar la procedencia de dicha petición. Pero debe tenerse en cuenta que las nulidades absolutas pueden y deben declararse de oficio por el juez solo cuando aparecen de manifiesto en el acto o contrato respectivo. Los actos afectados con causales de nulidad absoluta no pueden sanearse por ratificación de las partes (salvo por motivo de incapacidad). En suma, como regla general del derecho privado, salvo los casos mencionados en que pro- cede la declaración oficiosa, las nulidades deben pronunciarse judicialmente tras un proceso de conocimiento. Ante una causal de nulidad, se presume la validez del negocio y de esta se deriva su obligatoriedad.

[17] C. C., arts. 1602, 1603 y C. de Co., art. 871.

nominada deudor— no ejecute una o más obligaciones a su cargo, asumidas bajo el acuerdo.

El incumplimiento puede presentarse en una de varias formas[18]:

— Incumplimiento total: el deudor simplemente se sustrae del cumplimiento de su obligación. Por ejemplo, el comprador en un contrato de compraventa no paga el precio convenido.

— Incumplimiento parcial: se presenta cuando el objeto debido es divisible y el deudor cumple solo parte de la prestación. Es incumplimiento porque su contraparte, el acreedor, tiene derecho a que se le cumpla a plenitud y no está obligado a recibir por partes[19]. Ejemplo: si el precio pactado es $ 100, el deudor paga $ 50.

— Ejecución defectuosa: existe en las obligaciones de hacer cuando, a pesar de haber realizado el deudor la labor u obra encomendada, esta no cumple con las especificaciones pactadas o con los estándares propios de la actividad en cuestión. El deudor no se sustrajo de satisfacer su obligación, pero su ejecución fue imperfecta. Esta situación puede ilustrarse con el trabajo de un ingeniero que realiza un estudio técnico que resulta deficiente.

— Cumplimiento retardado: en esta modalidad el deudor cumple su obligación, pero lo hace en forma extemporánea y no en la época fijada en el contrato.

Si, como se ha mencionado reiteradamente, el contrato es ley para las partes, el deudor está ligado al compromiso ineludible de dar, hacer o no hacer aquello que pactó, en el tiempo, modo y lugar acordados. Cualquier desviación relevante se considera incumplimiento para efectos de la responsabilidad civil.

b) *El dolo y la culpa.* Para que haya obligación de indemnizar debe establecerse que en el incumplimiento de las obligaciones contractuales el deudor obró con dolo o culpa, es decir, que el daño le es imputable jurídicamente, esto es, que le es atribuible subjetivamente. Como principio general del sistema de responsabilidad civil, se afirma que no hay lugar a indemnizar por la simple producción de un daño a una persona si ello no ha ocurrido mediando el dolo o la culpa de un sujeto distinto a la víctima.

[18] Los arts. 1613 y 1614 del C. C., al definir el daño emergente y el lucro cesante, señalan que la pérdida puede provenir de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento.

[19] C. C., art. 1649.

Este es el elemento subjetivo de la responsabilidad, que exige realizar un juicio de valor sobre la conducta del deudor incumplido[20].

El dolo consiste en la intención positiva de causar daño a la persona o propiedad de otro[21]. En consecuencia, el incumplimiento se considera doloso cuando el deudor en forma consciente y malintencionada, a sabiendas del perjuicio que puede ocasionar, no satisface la prestación debida[22].

Por su parte, la culpa es la actuación contraria a la diligencia y esmero; se concreta en las nociones de imprudencia, negligencia e impericia. La imprudencia consiste en la conducta descuidada que se despliega sin tomar las precauciones y medidas necesarias para evitar el daño. Una persona imprudente actúa en forma impulsiva y temeraria, al paso que una negligente se abstiene de actuar cuando lo aconsejable es tomar acciones, realizar actividades exigidas por las circunstancias. La impericia se refiere, en cambio, a actuar sin poseer los conocimientos y la experiencia que demanda una actividad o ciencia determinada y por esa ignorancia o falta de destreza, el comportamiento es torpe e inexperto.

Existe culpa cuando el deudor no prevé las consecuencias nocivas de su conducta habiendo debido preverlas o cuando habiéndolas previsto confía imprudentemente en lograr evitarlas[23]. En la responsabilidad contractual culposa, el deudor incurre en incumplimiento, no por malicia, sino por ligereza, torpeza o falta de previsión.

[20] Sin embargo, el ordenamiento jurídico prevé que en ciertos casos especiales puede surgir la obligación de indemnizar aunque no haya dolo o culpa del causante del perjuicio (responsabilidad objetiva). Véase el art. 88, inc. 3º de la Constitución Política, que autoriza al legislador para definir eventos de responsabilidad civil objetiva cuando se infiera daño a los derechos e intereses colectivos. La jurisprudencia civil colombiana también ha interpretado la legislación civil y comercial encontrando algunos casos de responsabilidad sin culpa. En materia contractual, por ejemplo, la responsabilidad de los bancos por pago de cheques falsos (C. de Co., art. 1391). En el campo de la responsabilidad aquiliana, los daños causados por animal fiero (C. C., art. 2354), las actividades peligrosas (C. C., art. 2356, según las sents. de 24 agosto y 18 septiembre 2009 de la Sala de Casación Civil de la C. S. de J. —tesis esta revaluada hoy día de manera que desde 2010 la Sala de Casación Civil sostiene la tesis de responsabilidad subjetiva con culpa presunta— y los daños causados por aeronaves a cosas y personas en la superficie (C. de Co., art. 1827).

[21] Véase art. 63, último inciso, del C. C. Según esta norma, en materias civiles la culpa grave o lata equivale al dolo.

[22] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 31 julio 1945, M. P. Arturo Tapias Pilonieta, "G. J.", t. XLIX, núms. 2022, 2023 y 2024, pág. 403.

[23] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 junio 1958, M. P. Arturo Valencia Zea, "G. J.", t. LXXXVIII, núm. 2198, pág. 135.

*Contrario sensu*, se espera que la actuación de las partes en el contrato sea diligente y prudente, adoptando todas las medidas que sean necesarias para el cabal cumplimiento de sus obligaciones. Por ello se les exige actuar de manera cuidadosa e informada, calculando razonablemente, conforme a la ciencia respectiva o a las reglas de la experiencia, los riesgos, costos y tiempos que demanda la ejecución de su prestación. Les corresponde así mismo observar las precauciones y emprender en forma oportuna las acciones que demande la satisfacción de las obligaciones a su cargo, evitando así perjuicios a la otra parte. En los negocios civiles, el deudor debe actuar como un buen padre de familia y, en los comerciales, como un buen hombre de negocios[24].

Para determinar si en un caso concreto hay culpa del deudor, se debe hacer un "*test*" a su conducta para establecer si actuó conforme al estándar esperado de diligencia y prudencia. Así, se compara objetivamente la actuación del deudor con aquella que hubiese observado un modelo abstracto, el del buen padre de familia (actos civiles) o buen hombre de negocios (negocios comerciales), situado en las mismas circunstancias.

La culpa se considera entonces un error de conducta en el que no hubiera incurrido una persona prudente y diligente afrontando la misma situación. Se reprocha al deudor no haber actuado de la manera esperada por el derecho.

Sobre la culpa en materia contractual deben hacerse algunas precisiones adicionales, concretamente respecto de la graduación de culpas y las obligaciones de medio y de resultado.

a') *Graduación de culpas*[25]. Nuestro sistema legal ha establecido un sistema de graduación de culpas según el beneficio que las partes deriven del contrato[26]. Existen tres tipos o grados de culpa, a saber: la grave o lata, la leve y la levísima[27], que se aplican según los criterios siguientes.

— Si el contrato es útil a ambas partes, es decir, si ambas reportan de él un provecho, la conducta del deudor se valorará según el estándar normal, del buen padre de familia o buen hombre de negocios. Este es

[24] C. C., art. 63; C. de Co., art. 1267 y ley 222 de 1995, art. 23.

[25] Véase C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 diciembre 1962, M. P. Enrique López de la Pava, "G. J.", t. C, núms. 2261-2264, pág. 269.

[26] Véase C. C., art. 1604.

[27] Véase C. C., art. 63. Esta teoría se llama de la culpa tripartita o de prestación de culpas.

el caso de la mayoría de los negocios bilaterales como la compraventa y la prestación de servicios, en los que los contratantes intercambian sus prestaciones y obtienen recíproco beneficio. En estos eventos cada parte es deudora de su obligación y responde hasta por la culpa leve, entendiéndose que también comprende la grave. La culpa leve es la falta de aquella diligencia que las personas emplean ordinariamente en sus propios negocios. Se opone a la diligencia o cuidado mediano.

— Si el negocio es útil solo a la otra parte (acreedor) soportando el deudor todas las obligaciones sin recibir ningún beneficio su culpa se apreciará con mayor laxitud. Esto sucede en ciertos contratos como el depósito gratuito, en el cual el deudor (depositario) sin recibir remuneración, debe custodiar y restituir un bien ajeno que le ha sido confiado. En estos casos, no será responsable sino cuando actúe con culpa grave o lata. Este tipo de culpa consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios. En materia civil, la culpa lata equivale al dolo.

— Por último, si el deudor es el único que reporta beneficio del contrato, se le exigirá mayor diligencia y responderá hasta del más pequeño descuido. En este tipo de contratos, como el comodato, que le permite al deudor usar gratuitamente un bien ajeno, el deudor responderá incluso de la culpa levísima, es decir, responde también por la leve y con mayor razón por la grave, esto es, por toda culpa. La levísima es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.

b') *Obligaciones de medio y de resultado.* La doctrina y la jurisprudencia han creado una distinción entre obligaciones de medio y de resultado, con importantes consecuencias en el régimen de la responsabilidad contractual[28]. Se consideran de resultado aquellas obligaciones en las que el deudor está en capacidad de asegurar y en realidad garantiza la producción de un resultado determinado en beneficio del otro contratante (acreedor), resultado que se identifica con la prestación misma. Si no se produce, se considera que hay incumplimiento del contrato. Ejemplos de este tipo de obligaciones son la del transporta-

[28] Véase C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 5 noviembre 1935, M. P. Juan Francisco Mújica, "G. J.", t. XLIII, núms. 1905-1906; 31 mayo 1938, M. P. Juan Francisco Mujica, disponible en *www.lexbasecolombia.net*; 3 noviembre 1977, M. P. Ricardo Uribe Holguín, "G. J.", t. CLV, núm. 2398; 26 noviembre 1986, M. P. Héctor Gómez Uribe, "G. J.", t. CLXXXIV, núm. 2423; 18 mayo 2005, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, exp. 14415, entre otras.

dor de llevar las personas o cosas a su destino sanas y salvas y la del vendedor, de entregar la cosa vendida.

En cambio, son de medio aquellas obligaciones en las que si bien se persigue un resultado determinado, el deudor no lo garantiza, aunque sí se obliga a emplear con diligencia todos los medios a su alcance, a realizar sus mejores esfuerzos, o los necesarios para obtenerlo. Pero si el resultado no se logra, ello no implica de plano el incumplimiento del contrato en la medida en que pueden mediar contingencias, es decir, circunstancias que no necesariamente se encuentran bajo el control del obligado. La prestación consiste entonces en la conducta diligente y prudente del deudor. Cuando el médico se compromete a tratar un paciente con miras a una mejoría en su estado de salud y cuando el abogado recibe el encargo de representar judicialmente a su cliente, están asumiendo obligaciones de medio, pues deben actuar con diligencia y cuidado, con miras a curar la dolencia y ganar el pleito, respectivamente, pero no garantizan el resultado positivo. Si el paciente muere o no se alivia y si el pleito se pierde, ello no lleva a la necesaria conclusión de que hubo incumplimiento. Lo habrá si se acredita que la no obtención del resultado perseguido obedece a la actuación culposa o dolosa del deudor, que no procedió como era debido, es decir, por no emplear la diligencia, prudencia y pericia exigidas.

La principal consecuencia de esta distinción es que en las obligaciones de resultado la culpa del deudor se presume cuando el resultado no se alcanza, mientras que en las de medio la culpa no se presume sino que debe probarse por el perjudicado. En las primeras se altera la regla de que el que alega prueba y se le otorga una ventaja al demandante, excusándosele de acreditar el elemento subjetivo de la responsabilidad. Frente a esta presunción, quien debe asumir la defensa probando que el perjuicio no le es imputable por obedecer a una causa extraña es el deudor, es decir, se invierte la carga de la prueba. La causa extraña es una circunstancia sobreviniente, ajena y extraordinaria que ha hecho imposible el cumplimiento como la fuerza mayor, el caso fortuito y la culpa exclusiva del acreedor. No procede como causal de exoneración del deudor la prueba de que actuó con la debida diligencia o cuidado.

En cambio, en las obligaciones de medio, para exonerarse de responsabilidad al deudor se le permite alegar y probar no solo la causa extraña, sino su propia diligencia y prudencia, aunque el resultado no se hubiere obtenido[29]. Probada una causal de exoneración, el deudor

[29] C. C., art. 1604.

se libera de la responsabilidad pues se fractura el vínculo de causalidad entre la conducta y el perjuicio; además, al hacer el juicio de valor sobre el comportamiento del deudor, nada hay que reprocharle.

Debe aclararse que cuando se alega incumplimiento contractual doloso, el demandante perjudicado debe probar la intención dañosa con la que actuó el deudor, pues el dolo no se presume; al contrario, el derecho presume la buena fe[30].

C) *Tercer requisito: perjuicio indemnizable*

No hay responsabilidad si no existe un perjuicio indemnizable. El perjuicio es el detrimento patrimonial que sufre un sujeto como consecuencia de un hecho ilícito de otro y, como ya vimos, en la responsabilidad contractual el hecho ilícito consiste en el incumplimiento de un contrato.

Aunque suelen emplearse los vocablos "daño" y "perjuicio" como sinónimos, en el régimen de responsabilidad civil se restringe el último para referirse al menoscabo causado a otra persona o a su patrimonio y que debe ser resarcido, al paso que el daño es el resultado fáctico de la conducta culposa. En otras palabras, el daño equivale a la lesión o pérdida, y el perjuicio es el detrimento que la víctima sufre como consecuencia de esa lesión o pérdida. Por ejemplo, si un peatón es atropellado en un accidente de tránsito, y sufre una lesión física permanente que le impide caminar y desempeñar el trabajo que realizaba, esta es la situación dañosa. Los gastos, erogaciones y la pérdida de ingresos integrarán la noción de perjuicio indemnizable.

Pasamos a examinar a continuación los aspectos relevantes del perjuicio como presupuesto de la responsabilidad civil, para lo cual se mencionarán sus requisitos, las categorías más relevantes y algunas nociones relativas a su indemnización.

a) *Perjuicio cierto.* Para que el perjuicio sea indemnizable debe ser cierto, es decir, debe haber certidumbre sobre su ocurrencia y no puede ser simplemente hipotético, especulativo o eventual[31]. Esta certeza implica que el daño ya ocurrió (pasado); está ocurriendo (presente) o va a ocurrir (futuro), en el curso normal de los acontecimientos, situación que se identifica con el concepto de daño virtual.

[30] Const. Pol., art. 83 y C. C., art. 1516.

[31] Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. ii, Bogotá, Ediciones Legis, 2007, 2ª ed., 3ª reimp., págs. 341 y ss.

b) *Perjuicio directo.* El perjuicio debe ser directo, pues debe surgir como efecto necesario del incumplimiento doloso o culposo que se constituye como causa. Este requisito se relaciona con el vínculo de causalidad que veremos posteriormente.

c) *Perjuicios presentes y futuros.* Los perjuicios pueden ser presentes o futuros: los primeros son los que ya está sufriendo la víctima y los futuros son los que sufrirá con toda certeza en un tiempo posterior como consecuencia directa del incumplimiento. Todos los hechos futuros son inciertos, pero en materia de daños será indemnizable el perjuicio cuando es razonable deducir que muy probablemente sucederá.

d) *Perjuicios materiales.* La ley colombiana reconoce como tales el daño emergente y el lucro cesante. Teniendo en cuenta los principios estudiados en la parte inicial, la indemnización procede ante la disminución o pérdida que ha sufrido una persona en su patrimonio, buscando precisamente resarcirlo integralmente. Se pretende entonces reparar los daños materiales, y la indemnización debe comprender el daño emergente y lucro cesante[32]. El daño emergente es la pérdida derivada del incumplimiento mismo, y el lucro cesante consiste en la ganancia o provecho que deja de reportarse por razón del incumplimiento[33].

e) *Perjuicios extrapatrimoniales.* Aunque como regla general la indemnización se debe por un deterioro patrimonial representable en un valor monetario, nuestro sistema jurídico ha aceptado, de tiempo atrás y con el propósito de lograr una reparación integral, que en forma excepcional se deban, junto con los materiales, aquellos perjuicios causados por la pérdida de derechos extrapatrimoniales, en los que se comprenden los perjuicios morales, el daño fisiológico y más recientemente, el daño a la vida de relación[34].

[32] C. C., arts. 1613 y 1614.

[33] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 7 mayo 1968, M. P. Guillermo Ospina Fernández —no publicada en la Gaceta Judicial— citada en las sentencias de 29 septiembre 1978, M. P. José María Esguerra Samper ("G. J.", t. CLVIII, núm. 2399, pág. 248) y 28 junio 2000, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo (exp. 5348), entre otras.

[34] Véanse, entre otras, C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 25 noviembre 1992, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, exp. 3382, "G. J.", t. CCXIX, núm. 2458 segundo semestre, págs. 665 y ss.; 5 marzo 1993, M. P. Pedro Lafont Pianetta, exp. 3656, "G. J.", t. CCXXII, núm. 2461, págs. 101 y ss.; 30 marzo 1993, M. P. Alberto Ospina Botero, "G. J.", t. CCXXII, núm. 2461, págs. 287 y ss.; 25 octubre 1994, M. P. Eduardo García Sarmiento, "G. J.", t. CCXXXI, núm. 2470, págs. 843 y ss.; 12 septiembre 1996, M. P. Nicolás Bechara Simancas, "G. J.", t. CCXLIII, núm. 2482, págs. 378 y ss.; 24 mayo 1999, M. P.

En el caso de los perjuicios morales, se busca compensar a la víctima por un detrimento que, aunque no puede medirse en términos económicos, sí representa para ella una pérdida significativa que el derecho no puede ignorar[35]. Tal es el caso del dolor, el sufrimiento, la ansiedad, la tristeza, la angustia, la perturbación emocional y psicológica producida por la muerte o la incapacidad de un ser querido como consecuencia del incumplimiento de un contrato.

Un caso ilustrativo de perjuicio moral en la responsabilidad contractual es el de la persona que muere o queda inválida por un tratamiento médico realizado en forma negligente. Aquí la víctima o sus familiares, según se trate, y teniendo en cuenta la afectación mencionada y los lazos de parentesco y de afecto que los unen, pueden reclamar los perjuicios morales, aunque es claro que con ellos no logrará recuperarse la vida o la salud; tampoco tienen carácter punitivo ni de poner a la víctima o sus herederos en el estado anterior al incumplimiento por ser ello imposible. Se busca con este tipo de reparación *sui generis* que la víctima reciba una satisfacción mínima o simbólica frente a la pérdida sufrida y exigir al responsable la indemnización tan completa como sea posible[36].

Además de las categorías clásicas de perjuicio, la jurisprudencia ha reconocido el daño fisiológico cuando el hecho culposo genera pérdida de una función o facultad biológica que resta bienestar a la víctima, independientemente del daño material o moral. Así mismo, la jurisprudencia actual considera indemnizable como una categoría autónoma el daño a la vida de relación, esto es, cuando la víctima pierde la posibilidad de realizar actividades vitales que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen más agradable la existencia[37].

---

Pedro Lafont Pianetta, exp. 5244, "G. J.", t. CCLVIII, núm. 2477, págs. 501 y ss., y 13 mayo 2008, M. P. César Julio Valencia Copete, ref: 11001-3103-006-1997-09327-01.

[35] El perjuicio moral es una figura prevista inicialmente en el Código Penal, pero ha sido aceptada también para la responsabilidad civil. Bajo la legislación anterior, se liquidaban estos perjuicios en gramos de oro y posteriormente en salarios mínimos mensuales. A mayor afección, mayor indemnización. El juez, en uso de su criterio y atendiendo las pruebas presentadas, graduará el valor de la indemnización sin que ello pueda convertirse en fuente de enriquecimiento para la víctima o sus familiares.

[36] Los perjuicios morales son distintos de los daños punitivos que existen en el sistema del *common law* que buscan castigar al responsable cuando el daño ha sido causado con particular sevicia.

[37] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 mayo 2008, M. P. César Julio Valencia Copete, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01.

f) *La pérdida de oportunidad.* También se predica que hay perjuicio indemnizable si el incumplimiento ha ocasionado al acreedor una pérdida de oportunidad, es decir, se ha frustrado una probabilidad de ganar un premio o concretar una ventaja económica[38]. En estos casos suele repararse el daño atribuyendo a quien lo reclama un porcentaje equivalente a las probabilidades razonables de ganancia que tenía de no haberse interpuesto el incumplimiento culposo.

g) *Perjuicios previsibles e imprevisibles.* En materia contractual, si el deudor incumplido actuó con culpa, responde de los daños directos que pudieron preverse en el momento de la celebración del contrato. En cambio, si se prueba que el incumplimiento fue doloso, el deudor responderá por los perjuicios directos, tanto los previsibles como los imprevisibles. Esto significa que el deudor que actúa dolosamente debe indemnizar en forma más amplia que quien incumple por descuido o negligencia[39].

h) *Indemnización compensatoria y moratoria.* La indemnización resarcirá, respectivamente, 1) los perjuicios causados por el incumplimiento y servirá para compensar o reemplazar la prestación incumplida y 2) el daño causado por la ejecución tardía de la obligación.

i) *Formas de evaluar los perjuicios.* La determinación del valor a pagar por concepto de perjuicios corresponde generalmente al juez; pueden también establecerlo de común acuerdo las partes mediante pactos especiales y muy excepcionalmente, la ley misma se encarga de fijar la cuantía a cargo del deudor incumplido, en casos particulares.

1) Judicialmente. Con fundamento en las pruebas apreciadas en el proceso declarativo que instaura el perjudicado para que se determine la existencia de la responsabilidad civil junto con la condena monetaria y generalmente con apoyo en un dictamen de expertos, el juez determina el monto de los perjuicios por pagar, salvo los perjuicios morales, en los cuales impera el criterio informado del juez y su sentido de justicia para el caso concreto (arbitrio judicial). La carga de probar la naturaleza y la cuantía de los daños la tiene el demandante.

2) Convencionalmente. En los contratos las partes pueden tasar anticipadamente los perjuicios que pagarán en caso de incumplimiento, mediante la cláusula penal como elemento accidental del contrato,

[38] TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de la responsabilidad civil*, *op. cit*., t. II, págs. 357-360.

[39] Véase, C. C., art. 1616.

cuando tiene la función precisa de estimar anticipadamente los daños[40]. Si hay incumplimiento, la parte afectada puede pedir el valor de la cláusula penal sin tener que probar el monto de su pérdida. Puede incluso pactarse que la pena se pague junto con la obligación principal. El incumplido no puede desvirtuar el monto de la estimación alegando que la otra parte sufrió un perjuicio menor. Sin embargo, si el demandante alega que sufrió daños en una cuantía superior a la pactada, no puede valerse de la cláusula penal y tendrá la carga de probar la totalidad de los perjuicios que alega haber sufrido[41].

3) Legalmente. En casos excepcionales, la ley fija directamente el monto de la indemnización por incumplimiento de contratos. Por ejemplo, en los contratos laborales, cuando el empleador da por terminado sin justa causa un contrato de término indefinido, la misma ley establece el valor que aquel debe pagar como indemnización, relevando al trabajador de esta prueba[42]. La estimación legal no admite prueba en contrario, aun si se considera que el trabajador sufrió efectivamente menores perjuicios.

D) *Cuarto requisito: vínculo causal*

Es indispensable que entre el perjuicio sufrido por el acreedor y el incumplimiento doloso o culposo del deudor exista un claro nexo de causalidad; lo uno debe ser consecuencia necesaria de lo otro. En nuestro sistema legal solo se indemnizan daños directos; los que surgen indirectamente no son indemnizables, pues nadie debe responder por efectos dañosos que no le sean imputables.

Cuando de una conducta se desprenden daños que a su vez causan otros y así sucesivamente, generándose una "cascada de perjuicios", se debe determinar a quién o quiénes les son jurídicamente imputables los perjuicios. En estos casos, cuando el daño final aparece muy remoto respecto de la conducta del demandado, el juez debe examinar si está más bien en presencia de un daño indirecto que no es indemnizable por aquel.

[40] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 7 octubre 1976, M. P. Alberto Ospina Botero, "G. J.", t. CLII, núm. 2393, págs. 441 y ss; y 7 junio 2002, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno, exp. 7320 (consultada en www.lexbasecolombia.net).

[41] Véase C. C., arts. 1592-1601. Sobre la cláusula penal puede consultarse el cap. IV, t. I de la presente obra.

[42] Véase C. S. del T., art. 65.

Por otro lado, si un daño proviene de la combinación o concurrencia de varias causas, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado distintas teorías sobre el vínculo de causalidad para establecer quién es el civilmente responsable del perjuicio resultante[43]. En principio, deberá(n) indemnizar quien(es) sea(n) responsable(s) de la(s) conducta(s) u omisión(es) que haya(n) resultado determinante(s) en la producción del daño cuya reparación se demanda.

Cuando el daño ocurre por el hecho de varias personas, la ley dispone que respondan solidariamente frente al perjudicado de manera que este tiene acción contra todas y cada una de ellas para exigir la totalidad de la indemnización[44].

Finalmente, cuando el acreedor contribuye a causar su propio daño, la indemnización a cargo del deudor podrá reducirse, al haberse expuesto aquel imprudentemente al perjuicio. La porción que debe asumir cada uno será determinada por el juez según la valoración que haga de las pruebas en el proceso[45]. Pero si la culpa del acreedor ha sido la causa exclusiva del perjuicio, el deudor-demandado podrá exonerarse de responsabilidad por constituir dicha conducta una causa extraña no imputable al deudor.

[43] "La teoría de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*) se funda sobre la premisa de que es necesaria la concurrencia de múltiples causas para que un daño se produzca. Según VON BURI, ninguna causa es por sí misma suficiente para engendrar el perjuicio, sino que todas, por el contrario, deben concurrir para causar un perjuicio. En consecuencia, como todas las concausas contribuyen a la producción del daño, todos los involucrados en la producción de todas las causas son civilmente responsables. De acuerdo con la teoría de la causa eficiente, la causa productora del perjuicio es aquella que, por sí misma, tiene la suficiente entidad para causar un resultado. Así, en aplicación de esta teoría, se debe establecer cuál de las causas ha contribuido más poderosamente a que el perjuicio se concrete. Por consiguiente, se deben desechar todas aquellas condiciones que no han desempeñado un papel preponderante y que, en consecuencia, no han producido verdaderamente el daño". JORGE SUESCÚN MELO, *Derecho privado*. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, t. I, Bogotá, Ediciones Legis, 2004, págs. 145-163. La jurisprudencia actual en Colombia prefiere la teoría de la causalidad adecuada, según la cual de varias causas concurrentes debe escogerse aquella que por sí misma se considera adecuada o idónea para causar el daño.

[44] Véase C. C., art. 2344, norma situada en el capítulo de la responsabilidad extracontractual pero que se ha considerado aplicable a todo el sistema de responsabilidad civil. Véase al respecto, entre otras, la sent. de 2 noviembre 1982 de la Sala de Casación Civil de la C. S. de J., M. P. Alberto Ospina Botero, "G. J.", t. CLXV, núm. 2406, pág. 263.

[45] Véase C. C., art. 2357. Esta disposición también reglamenta la causalidad en la responsabilidad extracontractual, pero se aplica igualmente a la responsabilidad por incumplimiento de contrato.

## 4. La responsabilidad civil extracontractual

Bajo esta modalidad, también llamada responsabilidad delictual o aquiliana, no existe vínculo contractual previo entre el causante del perjuicio y la víctima. El daño se produce por la acción u omisión dolosa o culposa de una persona que no ha contraído previamente obligaciones en el marco de una relación negocial.

Para que surja la obligación extracontractual de indemnizar, deben reunirse las condiciones siguientes:

— Una conducta dolosa o culposa;

— Un daño y

— Un vínculo causal entre la conducta y el daño[46].

En este campo, el hecho ilícito consiste en la violación de un deber general de diligencia y prudencia que tiene toda persona al realizar sus actividades en el conglomerado social.

### A) *Primer requisito: conducta dolosa o culposa*

En primer lugar, el causante del daño debe haber incurrido en una conducta dolosa o culposa, sea activa u omisiva. Recordemos que es dolosa cuando actúa con intención de causar agravio, y culposa cuando su comportamiento es descuidado, negligente o imprudente.

Con respecto a la culpa, en la responsabilidad extracontractual no opera el sistema de graduación o culpa tripartita (grave, leve y levísima) con el régimen estudiado en el aparte anterior correspondiente a la responsabilidad surgida del incumplimiento de obligaciones contractuales. La culpa es simplemente culpa.

En el campo de la responsabilidad aquiliana, nuestra legislación prevé distintas situaciones que tienen que ver con el régimen de la culpa, su prueba y las causales de exoneración:

a) *Responsabilidad directa.* Es la regla general prevista en el artículo 2341 del Código Civil: el que causa un daño con dolo o culpa debe indemnizarlo. La persona autora de la conducta es la misma que debe responder con su patrimonio del daño causado[47].

[46] Véase C. C., art. 2341.

[47] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 21 mayo 1983, M. P. Jorge Salcedo Segura, "G. J.", t. CLCCII, núm. 2411, págs. 72 y ss.

b) *Responsabilidad indirecta.* Las personas no solo son responsables de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que están bajo su cuidado. Así, los padres son responsables del hecho de los hijos menores; el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia; los directores de colegios responden del hecho de los discípulos mientras estén bajo su cuidado[48].

Este tipo de responsabilidad también se aplica, según los principios clásicos del Código Civil, a los "amos" por daños causados por sus "criados o sirvientes" con ocasión del servicio prestado[49], en el marco de las relaciones que implican dependencia de una persona respecto de otra.

En la responsabilidad indirecta opera una presunción de culpa sobre el encargado del cuidado o de la supervisión, pues se da por cierto que el daño ha ocurrido por una culpa consistente en no vigilar suficiente y diligentemente al menor, pupilo o dependiente (culpa *in vigilando*); o en no elegir correctamente a sus subordinados (culpa *in eligendo*). Los indirectamente responsables podrán exonerarse de responsabilidad desvirtuando la presunción mencionada, probando que no fue posible evitar el hecho o que no tenían modo de prever o impedir la conducta impropia empleando el cuidado ordinario[50].

c) *Responsabilidad por daños causados por las cosas.* Los perjuicios a terceros pueden causarse también por cosas y en tal caso la responsabilidad recae sobre el dueño o quien se sirve del bien. Por ejemplo, los daños causados por la ruina de un edificio deben ser resarcidos por el propietario si dicha ruina ha ocurrido por omitir las reparaciones necesarias; los ocasionados por cosas que caen de un edificio son imputables a todas las personas que habitan en esa parte del edificio, a menos que se pruebe que el daño proviene de la culpa o mala intención de alguna persona, exclusivamente[51]. De igual forma,

[48] Véase C. C., arts. 2347 y 2348.

[49] Véase C. C., art. 2349. La Corte Const., en sents. C-1235 de 2005 y C-1267 de 2005 declaró inexequibles las expresiones "amos", "criados" y "sirvientes" y las sustituyó por "empleadores y trabajadores".

[50] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 9 mayo 1994, exp. 4156, "G. J.", t. CCXXVIII, núm. 2467, págs. 1085 y ss.; y de 15 marzo 1996, exp. 4637, "G. J.", t. CCXL, núm. 2479, págs. 434 y ss., ambos fallos con ponencia del Magistrado Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

[51] Véase C. C., arts. 2350 y 2355. En estos dos casos, si son varios los dueños o los habitantes del edificio, no hay responsabilidad solidaria entre ellos, sino que responden

los dueños de los animales son responsables de daños que estos causen, salvo que no pueda imputarse al dueño o dependiente encargado de la guardia o servicio del animal[52].

d) *Responsabilidad en actividades peligrosas*. Existe un régimen especial aplicable a la reparación de perjuicios causados en ejercicio de una actividad peligrosa. Estas actividades son lícitas y muchas veces necesarias en la vida moderna, pero despliegan mayor potencial de daño para los terceros. Con fundamento en una antigua norma del Código Civil[53], la jurisprudencia ha ampliado la gama de actividades que se consideran peligrosas para incluir no solo el uso de armas de fuego y los demás casos previstos en el artículo 2356 del Código Civil, sino la conducción de vehículos y maquinaria, la construcción de edificios y obras públicas, la operación de aeronaves y trenes, el manejo de energía eléctrica y nuclear, el transporte de gas e hidrocarburos y la manipulación industrial de tóxicos, entre otras[54].

Como dichas actividades requieren un máximo cuidado de quien las practica y se realizan en provecho del titular o dueño con detrimento de la seguridad de personas ajenas a ellas, la jurisprudencia estableció una presunción de culpa contra quien causa un daño en ejercicio de actividades peligrosas. De acuerdo con esta postura, el factor de imputación sigue siendo la culpa conservando la responsabilidad su carácter subjetivo, pero la víctima no tiene la carga de probar el elemento "culpa" pues el riesgo fue creado por quien desarrolla la actividad peligrosa. Así las cosas, el perjudicado solo debe acreditar la existencia del hecho (daño ocurrido cuando el demandado se encontraba realizando la

---

conjuntamente, configurándose una excepción a la solidaridad consagrada en el art. 2344 ibidem.

[52] Véase C. C., art. 2353.

[53] Véase C. C., art. 2356.

[54] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 1º octubre 1963. M. P. Gustavo Fajardo Pinzón, "G. J.", t. CIII-CIV, núms. 2268-2269, págs. 161 y ss., C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 31 mayo 1965, M. P. Gustavo Fajardo Pinzón, "G. J". t. CXI-CXII, núms. 2276-2277, págs. 111 y ss.; C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 mayo 1972, M. P. Ernesto Gamboa Álvarez, "G. J.", t. CCVII, núms. 2352-2353, págs. 183 y ss., C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 abril 1976, M. P. Humberto Murcia Ballén, "G. J.", t. CLII, núm. 2737, págs. 112 y ss., C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 8 octubre 1992, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, exp. 3446, "G. J.", t. CCXIX Segundo semestre, núm. 2458, págs. 518 y ss. y C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 octubre 1999, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, exp. 5012, "G. J.", t. CCLXI, vol. 2, núm. 2500, págs. 872 y ss., entre otras.

actividad peligrosa o tenía la guarda de dicha actividad), del perjuicio y del nexo causal entre el primero y el segundo. Por su parte, el demandado solo podrá exonerarse de responsabilidad probando que el daño fue producto de una causa extraña, pero no puede alegar su propia diligencia y prudencia.

Conforme a esta tesis de la culpa presunta, cuando el daño ocurre mientras ambos, demandante y demandado, ejercen una actividad considerada peligrosa, la jurisprudencia ha considerado que desaparece la presunción de culpa, pues al colisionar dos actividades de ese tipo no puede darse la ventaja probatoria a ninguna de las partes y entran a operar las reglas generales: quien pide la reparación de un daño debe probar todos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, incluida la culpa. Pero si quien resulta perjudicado es un tercero a las actividades peligrosas que colisionan, opera en su favor el beneficio de la presunción de culpa y puede haber responsabilidad solidaria que recae sobre quienes causaron el perjuicio[55].

En decisiones recientes (año 2009), la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia varió su jurisprudencia de muchos años e introdujo la tesis de la responsabilidad sin culpa en las actividades peligrosas, apoyada en que ellas generan un riesgo para los demás miembros de la comunidad, y sobre ese riesgo creado y no en el factor de la culpa debe fundamentarse la obligación de reparar. Así las cosas, durante un breve lapso, la Corte analizó los daños sufridos en razón de actividades peligrosas desplegadas por terceros bajo los criterios de la responsabilidad civil objetiva, en la que se prescinde del elemento culpa y basta la prueba del daño, del hecho (actividad peligrosa) y del vínculo causal[56].

Tratándose de colisión de actividades peligrosas, bajo la tesis de la responsabilidad objetiva no habría neutralización de las presunciones de culpa, sino que el juez deberá detenerse en el examen del nexo causal para establecer en qué medida corresponde la reparación de los daños a cada uno de los intervinientes.

[55] Véase C. C., arts. 2356 y 2344.

[56] Véase al respecto C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 24 agosto de 2009, exp. 11001-3103-038-2001-01054-01 y 18 septiembre 2009, exp. 20001-3103-005-2005-00406-01, M. P. William Namén Vargas (consultadas en *www.lexbasecolombia.net*). En fallo más reciente, de 13 mayo 2010, la mayoría de la Corte regresó a la tesis de la culpa presunta (M. P. Edgardo Villamil Portilla, exp. 73319-31-03-002-2001-00161-01). La Corte ha mantenido esta postura en sentencias posteriores. Véase, por ejemplo, la sent. de 26 agosto 2014, M. P. Margarita Cabello, SC5438-2014, rad. 11001310302620070022701.

Sin embargo, al poco tiempo (año 2010) la Sala Civil regresó a la arraigada tesis de la culpa presunta en actividades peligrosas, la cual se ha mantenido hasta la fecha.

B) *Segundo requisito: perjuicio indemnizable*

En el régimen extracontractual son plenamente aplicables los conceptos y criterios que respecto del perjuicio indemnizable se hicieron en aparte anterior dedicado a la responsabilidad contractual, comentarios a los cuales nos remitimos.

Solo falta aclarar que en el régimen extracontractual deberá indemnizarse todo daño (previsible e imprevisible) que surge directamente de la conducta dolosa o culposa. No existe la distinción que al respecto explicamos previamente sobre la extensión de los perjuicios que se han de indemnizar en la responsabilidad contractual cuando el incumplimiento es doloso (daños directos previsibles e imprevisibles) y cuando es culposo (solo daños directos previsibles al celebrar el contrato)[57]. Es decir, en la responsabilidad aquiliana, en presencia de dolo o culpa del demandado, este debe reparar todos los perjuicios que sean resultado directo de su conducta.

C) *Tercer requisito: nexo de causalidad*

En el campo extracontractual también es indispensable acreditar que el perjuicio causado a la víctima es consecuencia directa y necesaria de la conducta dolosa o culposa del autor, siendo pertinentes todas las observaciones que ya hicimos alrededor del requisito del vínculo causal en la responsabilidad contractual.

## **5**. Causales de exoneración de la responsabilidad civil

El sistema de responsabilidad civil consagra ciertas figuras que le permiten al demandado en un proceso judicial demostrar que, aun empleando la mayor diligencia posible o que, sometido a una fuerza irresistible e imprevisible, no le fue posible evitar el daño[58].

La causa extraña y la debida diligencia y prudencia son las causales de exoneración de responsabilidad civil que agrupan tales supuestos

[57] C. C., art. 1616.

[58] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 julio 1935, M. P. Eduardo Zuleta Angel, "G. J.", t. xlii, núm. 1897, págs. 52 y ss.

de hecho. Bajo la figura de la causa extraña, representada en la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero y la culpa exclusiva de la víctima, el demandado puede alegar que no fue su propia conducta, sino un hecho externo, súbito e imposible de superar en sus consecuencias el que impidió el cumplimiento de la obligación (responsabilidad contractual) o la producción del daño (responsabilidad extracontractual). La causa extraña es un género de causales de exoneración de responsabilidad que busca desvirtuar la existencia de un vínculo causal entre la conducta del demandado y el perjuicio ocasionado.

La debida diligencia y prudencia, de aplicación en los regímenes de responsabilidad contractual de obligaciones de medio y en responsabilidad extracontractual directa e indirecta, le permite al demandado demostrar que obró de acuerdo con los criterios de cuidado exigibles y que aun así, no fue posible evitar que se causara el daño.

En el proceso judicial en el que se debata la existencia de la responsabilidad civil, el demandado, para salvar su responsabilidad, deberá proponer la correspondiente excepción y tendrá la carga de la prueba respecto de los elementos fácticos que sustentan la correspondiente causal de exoneración.

En los primeros capítulos del segundo tomo de esta obra, los autores invitados abordarán con profundidad y detalle cada uno de los mencionados elementos de la responsabilidad civil de manera transversal, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, comenzando con el perjuicio, siguiendo con la culpa y finalizando con el nexo de causalidad. Además, se dedicarán capítulos especiales a la responsabilidad objetiva, a la responsabilidad civil de las personas jurídicas, a las causales de exoneración, a las acciones de *iure hereditatis* y al abuso del derecho.

## **6**. PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN

El régimen de responsabilidad civil que de manera muy escueta se presentó en los apartes precedentes se encuentra vigente en Colombia desde hace más de 120 años. Durante ese largo período se ha demostrado que la doctrina nacional y extranjera, pero sobre todo la jurisprudencia, han hecho posible la adaptación del sistema a la realidad social y económica de los siglos XX y XXI. Sin embargo, es evidente que la normativa del Código Civil de BELLO acusa obsolescencia, tiene vacíos y omite la regulación de diversos fenómenos que hoy día forman parte esencial del derecho de daños.

Por ello consideramos que se hace necesario actualizar y modernizar nuestra legislación en materia de responsabilidad civil. Los principales puntos de esa modernización se proponen a continuación, con apoyo en proyectos académicos, legislaciones recientes y proyectos de modernización que cursan en otros países[59]. Lo anterior, sin perjuicio de otras sugerencias que puedan hacerse para remediar problemáticas puntuales en el régimen de la responsabilidad civil.

A) *Definición del concepto de responsabilidad civil o planteamiento del principio indemnizatorio*

Salvo el artículo 2341 del Código Civil que pertenece al capítulo de la responsabilidad extracontractual, en el régimen vigente no hay una norma general que consagre la obligación de reparar los perjuicios causados a otra persona o a su patrimonio. En el régimen contractual vigente no existe una disposición que consagre la obligación de indemnizar los perjuicios causados por el incumplimiento de un contrato. Por ello, es necesario que la ley enuncie claramente el principio indemnizatorio cuando quiera que se genere un daño en la esfera contractual, en la extracontractual e incluso en la precontractual, expresando con mayor precisión lo que hoy día disponen los artículos 2341 del Código Civil y 863 del Código de Comercio.

B) *Factores de atribución*

Conviene igualmente dejar sentado lo que al respecto se ha decantado durante décadas: los factores de atribución en la responsabilidad civil son la culpa y el riesgo. Si bien nuestro sistema se funda aún hoy en el elemento subjetivo (culpa o dolo) como presupuesto de la responsabilidad y por ello se hace necesaria la valoración de la conducta para deducir si el demandado actuó cumpliendo el estándar del "buen padre de familia" o "el buen hombre de negocios", también es cierto que nuestra jurisprudencia desde hace varias décadas ha aceptado que la creación de un riesgo es un factor suficiente para imputar responsabilidad a quien lo haya creado. Así, sobre una base explícita, se conservaría un sistema donde la exigencia del elemento subjetivo sigue siendo la

[59] En las propuestas que se presentan, se hará referencia a algunas de las soluciones planteadas por el Código Civil y Comercial de la Nación argentina, al Código Europeo de Contratos, al *Draft Common Frame of Reference*, a los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil Extracontractual, al Proyecto Valencia Zea de Código de Derecho Privado de 1980 y al Proyecto de Ley colombiano sobre daños a la persona.

regla general, y se añadiría el riesgo que ha servido para explicar, por ejemplo, el régimen de daños causados en la esfera extracontractual por animales y en ejercicio de actividades peligrosas.

C) *Perjuicios*

El principio de reparación integral debe presidir la normativa aplicable a la responsabilidad civil, por lo cual debe aparecer en el régimen general de esta disciplina y no en una norma aislada, como sucede hoy día. Además, para nadie es un secreto que el enunciado de nuestro Código Civil sobre los perjuicios indemnizables es precario. Los artículos 1613 y 1614 del Código se limitan a las consecuencias puramente patrimoniales del hecho dañoso y proveen una definición incompleta, en función del incumplimiento de obligaciones contractuales. Nada dice nuestra codificación sobre este tipo de daños en la responsabilidad aquiliana ni en la precontractual.

De igual forma, la jurisprudencia civil ha señalado desde principios del siglo XX que en materia de responsabilidad civil procede el reconocimiento de perjuicios extrapatrimoniales, en particular los morales. En tiempos más recientes se dio cabida a otros reclamos por pérdidas no monetarias, consistentes en afectaciones a intereses y derechos de la persona que se tutelan por el ordenamiento jurídico. Así, se incluyen desde hace algunos años las categorías de daño fisiológico y daño a la vida de relación. Sin embargo, nuestro Código Civil nada menciona sobre la reparación de daños extrapatrimoniales y debe acudirse para los perjuicios morales, por ejemplo, al artículo 95 del Código Penal.

En el proyecto de ley que se tramita en el Congreso colombiano al tiempo de escribir estas líneas[60], se aborda esta problemática y se modernizan, de manera técnicamente acertada, los conceptos involucrados en el perjuicio indemnizable. Por ejemplo, se define el daño emergente como "la modalidad de perjuicio patrimonial que consiste en las erogaciones en que efectivamente se ha incurrido o en las que razonable y previsiblemente se incurrirá con ocasión del hecho dañoso", y por lucro cesante entiende "la modalidad de perjuicio patrimonial que consiste en los beneficios, réditos, rendimientos o ingresos que la víctima ha dejado de percibir o razonablemente dejará de percibir con ocasión del hecho dañoso". Así mismo, reconoce expresamente el carácter indemnizable de los perjuicios extrapatrimoniales, que comprende el daño moral, el perjuicio psicofísico y el daño a la vida de relación. Finalmente, el pro-

[60] Proyecto de Ley 122 de 2015.

yecto proporciona unos criterios y una matriz (baremo) que los jueces deben aplicar para la valoración de los respectivos perjuicios.

D) *Deber de mitigar los daños*

Es un principio aceptado en los modernos sistemas de responsabilidad civil, que las víctimas deben mitigar sus propios daños y evitar la extensión del perjuicio[61]. Cierto es que en materia de seguros existe un deber legal explícito consistente en que "[o]currido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas. El asegurador se hará cargo, dentro de las normas que regulan el importe de la indemnización, de los gastos razonables en que incurra el asegurado en cumplimiento de tales obligaciones" (C.C., art. 1074).

Esta obligación es clara en los ordenamientos del *common law* y poco a poco ha pasado a extenderse más allá del ámbito del seguro para cobijar todas las situaciones en las que se reclama una indemnización, como desarrollo del principio de la buena fe. Así, la víctima debe emplear la diligencia que le es exigible a una persona razonable para mitigar los daños sufridos e impedir que se agrave el perjuicio, pues no se considera leal actuar de manera tal que los propios daños evitables se incrementen, en busca de una indemnización más cuantiosa.

De otra parte, se considera apropiado que la víctima incurra en gastos razonables en cumplimiento de este deber, caso en el cual el demandado puede ser obligado a su reembolso, aplicando por analogía el artículo 1074, ya citado. En un proceso de modernización legal, es muy pertinente incluir este principio en el régimen de la responsabilidad civil.

E) *Responsabilidad de las personas jurídicas en materia contractual, extracontractual y precontractual*

La responsabilidad de las personas jurídicas es un campo en el cual la evolución de nuestra jurisprudencia ha sido muy interesante. Al no contemplar el Código Civil este fenómeno en forma expresa, los jueces optaron por aplicar el régimen de la responsabilidad indirecta o por el hecho de otro (C. C., arts. 2347 y 2349), figura contenida en

[61] Al respecto véase: C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 16 diciembre 2010, M. P. Arturo Solarte, ref.: 11001-3103-008-1989-00042-01 y Carlos Ignacio Jaramillo, *Los deberes de evitar y mitigar el daño*, Bogotá, Universidad Javeriana – Editorial Temis, 2013.

el capítulo de la responsabilidad aquiliana. Como es bien sabido, tras la célebre sentencia de 30 de junio de 1962 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, se determinó que la responsabilidad de las personas morales por los hechos de sus dependientes es directa (C. C., art. 2341) siempre que los daños se causaran por dichos dependientes en ejercicio de sus funciones.

La Corte descartó la teoría organicista de la responsabilidad directa de los entes morales puesto que en fallos posteriores precisó que la obligación de reparar también surge cuando los perjuicios ocurren "con ocasión" de tales funciones. Alrededor de la responsabilidad civil contractual y precontractual de las personas jurídicas no es mucho lo que ha elaborado la jurisprudencia, aunque puede afirmarse que, en línea con la postura mencionada, acoge también la responsabilidad directa.

En una futura reforma al régimen privado colombiano, consideramos de utilidad plasmar los principios anotados, que han sido decantados por la jurisprudencia y hoy se consideran más que doctrina probable. Pero en el esfuerzo modernizador, debe dejarse bien claro si, como lo plantea la jurisprudencia reciente, la víctima tiene la opción de demandar tanto a la persona jurídica como a la persona natural que con su conducta causó el daño, en forma solidaria, dando una interpretación amplia y flexible el artículo 2344 del Código Civil.

En ese caso, conforme con las normas generales, la persona moral que pague la totalidad de la reparación ¿podrá subrogarse contra el dependiente o empleado culpable por el 100 por ciento? ¿Esta solución está en concordancia con las normas laborales? ¿O será más prudente consagrar una acción de repetición al estilo de la que existe en el artículo 2352 del Código Civil para la denominada responsabilidad indirecta? En todo caso, es conveniente que la ley aclare este punto para no dejar abierta la puerta a que el dependiente cargue sobre sus hombros en forma exclusiva el peso de la indemnización cuando el daño fue provocado en ejercicio o con ocasión de las funciones cumplidas por aquel en beneficio del ente moral.

F) *Apreciación de la culpa en materia contractual*

En la tradición de nuestro Código Civil, para valorar la conducta del deudor cuyo incumplimiento se debate y determinar si actuó culposamente, se emplean principalmente dos enfoques:

a) Por un lado, la teoría de la culpa tripartita consagrada en el artículo 1604 del Código Civil, en concordancia con el artículo 63, ibídem

(culpa lata o grave asimilada al dolo en materias civiles, culpa leve y culpa levísima). Esta teoría de la "graduación" o "prestación" de culpas se basa en la antigua distinción relativa a la utilidad que obtengan las partes en el contrato según la naturaleza de este.

b) Por otro lado, la clásica distinción entre obligaciones "de medio", conocidas así mismo como "de mejores esfuerzos", y "de resultado" —distinción a la cual ya se hizo referencia en este capítulo— que lleva al juez a declarar si el contrato fue incumplido e indagar por el verdadero contenido de la prestación, en otras palabras a responder la pregunta: ¿a qué se obligó el deudor?, ¿acaso su obligación era la de entregar un resultado, el cual garantizó desde la celebración del contrato? O ¿su compromiso era actuar desplegando todo su conocimiento, diligencia y cuidado para lograr un resultado, sin que pudiese asegurar que lo obtendría?

Bien se sabe, conforme ya se explicó, que esta distinción —de creación doctrinal y jurisprudencial mas no legal— acarrea importantes consecuencias en el régimen de la prueba de la culpa y de las causales de exoneración.

A nuestro juicio, en un futuro régimen de la culpa contractual debe suprimirse la teoría de la culpa tripartita considerando las críticas que denuncian su escasa utilidad, a pesar de su innegable larga vida. En cambio, debería pensarse en una noción de culpa que obedezca a un estándar objetivo y verificable de diligencia media que pueda predicarse de una persona razonable en las mismas circunstancias, eliminando los patrones del "buen padre de familia" o "buen hombre de negocios". Por supuesto, ello no sería incompatible con criterios adicionales que permitan exigir un estándar de conducta más elevado al deudor cuando este sea un profesional que conoce con suficiencia su actividad o industria. En particular, ello se hace imperioso, con fundamento en el artículo 13 de la Constitución Política, tratándose de relaciones asimétricas entre profesionales y los usuarios de bienes y servicios. Así mismo, debe hacerse la correspondiente remisión a las reglas especiales de protección a la parte débil cuando hay incumplimientos contractuales en las relaciones de consumo.

De otra parte, nuestro derecho privado, al igual que otros sistemas jurídicos como el francés, acogió desde hace mucho tiempo la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, de suerte que sería plausible su consagración legal con definiciones claras y suficientemente amplias para permitir el juego de la autonomía privada cuando ello sea pertinente. Además, podrían introducirse en el régimen de la

responsabilidad contractual reglas que ya existen pero que no tienen previsión legal expresa, por ejemplo, si la culpa debe probarse cuando se alega incumplimiento de una obligación de medio o si la culpa se presume cuando la obligación es de resultado. Para mayor seguridad jurídica, también podría complementarse esta reglamentación de la culpa en el campo contractual haciendo las precisiones necesarias sobre las causales de exoneración que proceden en uno y otro caso, a saber, la de la debida diligencia y prudencia que empleó el deudor que no pudo impedir, sin embargo, que el daño se consumara, o la causa extraña que fracturó el vínculo causal entre la conducta del deudor y el perjuicio.

G) *Responsabilidad por hechos de otros en materia contractual*[62]

La responsabilidad civil de una persona —natural o jurídica— por hechos de sus dependientes, auxiliares, subcontratistas o contratistas independientes, de los cuales se vale para ejecutar un contrato celebrado con un tercero, ha sido objeto de múltiples debates. Podría pensarse que la solución a este problema se encuentra en las reglas de la responsabilidad indirecta de las personas naturales (C. C., arts. 2347 y 2349) o la directa de las personas jurídicas (C. C., art. 2341), que se encuentran en el capítulo de la responsabilidad extracontractual y que serían aplicables por analogía a los daños irrogados por un incumplimiento contractual. Pero esta solución no es rigurosa ni técnicamente aceptable.

En efecto, el deudor contractual debe cumplir la prestación en la forma y tiempo estipulados y para ello —a menos que sea una prestación *intuitu personae* o que le haya sido prohibido— puede emplear los medios que considere idóneos, y valerse de otras personas como sus propios empleados, auxiliares, e incluso contratistas independientes. Aquí la omisión del cumplimiento de las obligaciones, el cumplimiento incompleto o imperfecto se predica del deudor mismo y por ello no es aplicable la "responsabilidad indirecta", donde el factor de imputación al demandado es una culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

En materia contractual este criterio no tiene cabida porque la responsabilidad del deudor surge por el incumplimiento del contrato, independientemente de los medios o personas que haya empleado al efecto. Lo que procede es la aplicación del principio que subyace al ar-

[62] MARCELA CASTRO RUÍZ "La necesaria modernización del régimen de la responsabilidad civil en Colombia. La propuesta pionera del maestro Arturo Valencia Zea en su Proyecto de Código de Derecho Privado", en *Jurista y Maestro*. Homenaje a Arturo Valencia Zea, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2014, págs. 395-429

tículo 1738 del Código Civil, según el cual "[e]n el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable". Aunque esta norma pertenece al Título XIX del Libro Cuarto del Código Civil, sobre la pérdida de la cosa que se debe, en realidad merece ser tratado como un principio general para todas las obligaciones contractuales incumplidas por la conducta de los empleados, auxiliares o contratistas que el deudor haya vinculado a su ejecución: la responsabilidad es directa, sin perjuicio lógicamente de acciones de repetición que procedan de cláusulas de indemnidad que hayan sido acordadas entre el deudor y dichas personas.

Por ello, consideramos que en el futuro régimen normativo se hace necesario precisar la responsabilidad contractual cuando el incumplimiento es atribuible a conductas de personas a las que el deudor ha confiado la ejecución, en los términos expuestos.

### H) *Acumulación de responsabilidades contractual y extracontractual*

La prohibición que existe para la víctima de intentar simultáneamente los dos tipos de acciones (prohibición de opción) tiene como fundamento la necesidad de evitar el doble cobro y, por esa vía, el enriquecimiento injusto. Tampoco está permitido a quien ha sufrido el daño que pueda escoger, a su arbitrio, por conveniencia o capricho, alguna de las dos acciones: el reclamo será contractual si los perjuicios provienen del incumplimiento de un contrato, y será extracontractual cuando el agravio obedece a la violación del deber general de diligencia y prudencia.

La jurisprudencia colombiana ha sentado estos principios de tiempo atrás[63], pero no existen criterios legales claros que resuelvan esta problemática. En casos dudosos, por ejemplo, cuando se ha celebrado un contrato entre las partes y una de ellas causa un daño que no puede

[63] Véanse, entre otras, las siguientes sentencias de la Sala de Casación Civil: 25 de febrero de 1942, M. P. Hernán Salamanca, "G. J.", t. LIII, núm. 1983, págs. 82-88; 18 marzo 1942, M. P. Ricardo Hinestrosa Daza, "G. J.", t. LIII, núms. 1984-1985, págs. 247-250; 21 febrero 1947, M. P. Álvaro Leal Morales, "G. J.", t. LXI, núms. 2042-2044, págs. 768-770; 14 octubre 1959, M. P. Hernando Morales, "G. J.", t. XCI, núms. 2217-2219, págs. 758-767; 17 junio 1964, M. P. Arturo Posada, "G. J.", t. CVII, Primera parte, núm. 2272, págs. 309-341; 19 abril 1993, M. P. Pedro Lafont Pianetta, "G. J.", t. CCXXII, núm. 2461, págs. 391-406.

[63bis] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 11 septiembre 2002, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, exp. 6430.

atribuirse claramente al incumplimiento total o parcial, al cumplimiento defectuoso o tardío de la obligación, no hay en el régimen legal de la responsabilidad civil unas directrices al respecto[63bis]. Por ello, es muy pertinente que en un esfuerzo de modernización se incluyan algunos principios que resuelvan este dilema, cuidando siempre la función indemnizatoria de la responsabilidad civil, la protección de las víctimas, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas y evitando que el sistema permita el enriquecimiento injusto de las víctimas.

I) *Acciones in iure proprio, iure hereditatis*

Como acción patrimonial de carácter personal, la de responsabilidad civil puede ejercerse por la propia víctima o por sus herederos. El artículo 2342 del Código Civil consagra este principio en el campo extracontractual pero lo hace de manera incompleta puesto que se refiere tan solo al reclamo de perjuicios por daños a las cosas. De nuevo, la jurisprudencia ha sido la encargada de decantar las reglas aplicables a aquellas situaciones en las que las víctimas indirectas o de rebote (generalmente herederos de la víctima directa) reclaman perjuicios que hubiese correspondido demandar a su causante —acción hereditaria— y además pretenden la reparación de perjuicios propios que han padecido como consecuencia del hecho ilícito[64].

Estos casos son comunes en el transporte de pasajeros cuando una persona natural muere en un accidente de tráfico, como ocupante del medio de transporte (responsabilidad contractual) o como tercero ajeno al contrato de transporte calificado en estos eventos como actividad peligrosa (responsabilidad extracontractual). También se ha analizado esta problemática en el ámbito de la responsabilidad civil del médico, entre otras. En estos escenarios es importante que la nueva ley precise la procedencia de ejercitar simultáneamente la acción propia y la hereditaria en casos especialmente señalados, teniendo en cuenta la derogatoria de la prohibición contenida en el artículo 1006 del Código de Comercio, tratándose del contrato de transporte[65].

---

[64] Véase al respecto ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ "Las acciones *iure hereditatis* en la responsabilidad civil", en *Derecho de las obligaciones* (Marcela Castro, Coord.), t. II, vol. I, Cap. IX, Bogotá, Uniandes-Temis, 2010.

[65] El Código General del Proceso, en su art. 626 derogó el art. 1006 del C. de Co. que disponía: "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

J) *Régimen de la fuerza mayor o caso fortuito como causal de exoneración en la responsabilidad contractual*[66]

La fuerza mayor o caso fortuito es una eximente de responsabilidad con alcance general y además de vigencia universal. Es de alcance general porque constituye una defensa a disposición del demandado en todos los casos en que se demanda la reparación de perjuicios: cuando surgen de un incumplimiento contractual, de un hecho dañoso que se produce en ausencia de vínculo contractual, o se origina en conductas contrarias a la buena fe debida en la fase de negociación del contrato. Y es además, universal, porque es una causal que —sin temor a equivocarnos— se reconoce en todos los sistemas jurídicos por obedecer al principio inveterado, que se funda en la equidad y la razonabilidad, de que "nadie está obligado a lo imposible". No obstante lo anterior, la propuesta que se esbozará en las líneas siguientes se limitará a la fuerza mayor o caso fortuito como causal liberatoria en la responsabilidad contractual, sin perjuicio de otras reflexiones que podamos presentar en una futura oportunidad.

El Código Civil colombiano, en su artículo 64, acogió una definición de fuerza mayor o caso fortuito que resulta incompleta: el imprevisto a que no es posible resistir, seguida de varios ejemplos a título ilustrativo, a saber, "un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc." y asimila los efectos exoneratorios de la fuerza mayor y el caso fortuito. Es una definición incompleta porque enuncia solo el carácter imprevisto e irresistible del fenómeno pero omite señalar que debe tratarse de un hecho sobreviniente, es decir, posterior a la celebración del contrato y tampoco señala uno de los requisitos fundamentales para que se constituya la causa extraña en cuestión: que el evento sea totalmente ajeno al deudor, quien no puede haberlo provocado por su culpa o la culpa de las personas por las que debe responder.

Por otra parte, al concepto de fuerza mayor no siguen, como debería ser, las consecuencias jurídicas del acaecimiento del evento imprevisto,

---

del perjuicio que personalmente les haya inferido su muerte; pero podrán intentarlas separada o sucesivamente. En uno y otro caso, si se demuestra, habrá lugar a la indemnización del daño moral".

[66] Consúltese sobre este particular, Marcela Castro "Cómo afrontar lo inesperado: las cláusulas de fuerza mayor en la contratación internacional", en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 74, 2015. Visible en: *http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/13605*.

irresistible e inimputable, las cuales se encuentran de manera dispersa en los artículos 1604, 1729 a 1739 del Código Civil, entre otros, normas estas que se enmarcan en "la pérdida de la cosa que se debe" como modo de extinguir las obligaciones, y no como imposibilidad de la ejecución por fuerza mayor o caso fortuito para cualquier obligación —de dar, hacer o no hacer— como sería lo apropiado.

La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (GISG por sus siglas en inglés) suscrita por Colombia —que además recoge los usos y prácticas del comercio internacional— requiere para la configuración de esta causal de exoneración un impedimento ajeno a la voluntad del deudor, fórmula que encontramos más acertada frente a la prevista en el artículo 64 del Código Civil. El artículo 79 del Convención expresa:

"Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias [...]".

Por su parte, el artículo 7.1.7 de los Principios Unidroit para la contratación internacional, enuncia los elementos constitutivos de la fuerza mayor o el caso fortuito a semejanza del artículo 79 de la CISG, pero añade unas disposiciones que consideramos de suma utilidad en el régimen que se estudia, como el impedimento que tiene carácter temporal y no definitivo, la obligación a cargo del deudor de notificar la ocurrencia del evento sobreviniente. Transcribimos a continuación, a título ilustrativo, el artículo 7.1.7 de las reglas Unidroit.

"(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.

"(2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

"(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte

será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.

"(4) Nada de lo dispuesto en este artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido".

### K) *Cláusulas de exoneración, exclusión y limitación de responsabilidad*

Como se ha esbozado en el presente capítulo, los principios y reglas de la responsabilidad civil contractual persiguen la reparación integral de los perjuicios injustamente causados por una persona que incumple un contrato al que se encuentra válidamente ligado. El acreedor tiene derecho a exigir el resarcimiento. Sin embargo, cabe indagar si tales principios o reglas pueden ser modificados por las partes contratantes en ejercicio de su autonomía y si ello es así, cuáles son los límites a dicha autonomía para no desdibujar la finalidad del sistema hasta el punto de hacerlo nugatorio.

Es bien conocido el principio de renunciabilidad de los derechos por sus titulares (C. C., art. 15) y también la existencia de límites en la autonomía negocial, de suerte que los pactos son válidos siempre que no traspasen la barrera del orden público (C. C., art. 16). El artículo 1525 del Código Civil contiene una aplicación de este principio al declarar que tiene objeto ilícito la condonación del dolo futuro. De otro lado, nuestro añejo Código Civil contiene unas pocas disposiciones a este respecto, y en ciertos casos permite que los contratantes acuerden el endurecimiento o la flexibilización del régimen de responsabilidad del deudor incumplido, como son los artículos 1604, 1616 y 1732 de ese ordenamiento.

En este orden de ideas, dentro del esfuerzo modernizador que se propone en este escrito, es conveniente que la ley civil consagre en forma expresa —como lo hacen otros sistemas jurídicos, v. gr. el italiano, el peruano y más recientemente el argentino— el régimen de las cláusulas de exclusión, exoneración y limitación de responsabilidad[67]. Estas no deben proscribirse de entrada pero sí es necesario señalar los casos en que tales estipulaciones son ineficaces, a saber: a) cuando

[67] Marcela Castro "Propuesta para la modernización del régimen de responsabilidad civil contractual en Colombia: cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad", en AA. VV., *Modernización de las obligaciones y los contratos. Seis estudios*, Cap. IV, Bogotá, Uniandes –Temis, 2015, págs. 124-151

eliminan o reducen sustancialmente la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato; b) cuando a través de ellas se renuncia a derechos que son irrenunciables, como la vida y la salud de las personas; c) cuando pretendan excusar la responsabilidad por perjuicios causados por dolo o culpa grave del deudor o de las personas a las que este ha encargado la ejecución del contrato, como empleados y contratistas independientes; d) cuando sean abusivas; e) cuando violen normas imperativas o atenten contra el orden económico o social, y f) cuando limiten el monto indemnizable a una suma irrisoria o abiertamente desproporcionada.

### L) *Casos y régimen de responsabilidad extracontractual objetiva*[68]

En el campo extracontractual es igualmente necesaria la modernización de varios aspectos. En este documento, que resume algunas propuestas, me limitaré a mencionar la responsabilidad objetiva, la cual indudablemente y de acuerdo con la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, obedece al riesgo como factor de atribución. La responsabilidad civil sin culpa viene abriéndose paso en el derecho privado en casos especiales que infortunadamente no se encuentran delineados de manera sistemática, por lo cual no cuenta con unas reglas claras que contribuyan a la seguridad jurídica y a la predictibilidad de las soluciones[69].

Al lado de los casos de responsabilidad civil objetiva que la Constitución Política autoriza por los perjuicios inferidos a los intereses y derechos colectivos (art. 88), en necesario que en el futuro la ley civil establezca los casos en que la responsabilidad civil puede deducirse sin probar ni presumir la culpa del demandado. Estas situaciones pueden comprender, por ejemplo, las denominadas actividades anormalmente

[68] Véase MIQUEL MARTÍN-CASALS "La «modernización» del derecho de la responsabilidad extracontractual", en AA.VV., *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, La Coruña, 8 y 9 de abril de 2011. Murcia, APDC-Editum, 2011, y MAXIMILIANO ARAMBURO CALLE, "Modernizar la responsabilidad extracontractual. Un mapa de problemas", en AA.VV., *Modernización de las obligaciones y los contratos. Seis estudios*, Cap. V, Bogotá, Uniandes –Temis, 2015, págs. 153-212.

[69] MARCELA CASTRO "La responsabilidad civil objetiva: componente indispensable para la modernización del derecho de daños", en AA.VV., *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, t. IV, vol. II, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Edit. Temis, 2010, págs. 33 y ss.

peligrosas (v. gr., emisión, utilización o transporte de sustancias tóxicas) y los daños causados por animales. Y al lado de esta definición, es indispensable precisar un régimen legal que se ocupe de las causales de exoneración admisibles, que por la naturaleza de la responsabilidad objetiva deben referirse a la causa extraña como generadora de la ruptura del vínculo causal entre la conducta y el daño. La debida diligencia y prudencia del demandado, por supuesto, no debe ser admisible en estos casos.

M) *Otros asuntos*

Existen otros asuntos en los que es evidente la necesidad de actualización de las reglas de la responsabilidad civil. En este aparte, se enunciarán varios puntos de manera sintética:

a) Unificación de las reglas sobre indemnización de perjuicios por incumplimiento de las obligaciones dinerarias previsto en los artículos 1617 del Código Civil, 884 del Código de Comercio y normas concordantes, con el régimen de intereses de mora.

b) Prescripción de acciones: debe unificarse el plazo para demandar la indemnización porque hoy día, como regla general rige el plazo de prescripción de las acciones ordinarias (diez años, según el art. 2536 del C. C.) pero para la responsabilidad indirecta, el plazo de prescripción es de tres años desde la perpetración del acto (C. C., art. 2358). En este punto es necesario también que se corrija el sometimiento de la prescripción de las acciones civiles a los plazos previstos en el Código Penal (C. C., art. 2358) porque aquellas pueden intentarse en proceso separado al penal y en este caso deberían estar cobijadas por la regla general de las acciones ordinarias. Por último, es conveniente fijar las reglas para el cómputo de la prescripción cuando el daño ocurre en forma sucesiva y cuando la víctima conoce de esta situación con posterioridad a la fecha en que el daño comienza a producirse.

c) Unificación y redacción de un régimen más claro de la cláusula penal —en todas sus funciones— pero especialmente como estimación anticipada de perjuicios. Podría igualmente precisarse los criterios aplicables por el juez cuando considere procedente la reducción de la cláusula por considerarla excesiva.

d) La viabilidad y eficacia de las cláusulas en las que la víctima o el acreedor asuma riesgos en la responsabilidad civil, por ejemplo en actividades deportivas.

e) Sobre el vínculo causal, parece conveniente establecer criterios para el análisis de este elemento de la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual, cuando hay varias posibles causas que explican la producción del daño, por ejemplo, la teoría de causalidad adecuada u otra que encuentre sustento y suficiente claridad al momento de su valoración y aplicación.

f) La fórmula de los daños previsibles e imprevisibles en la responsabilidad contractual (C. C., art. 1616) parece mantener su vigencia en las legislaciones recientes como la argentina (Código Civil y Comercial unificado). Ello no obsta para que se intente una redacción más clara que facilite su comprensión y aplicación.

g) En el ámbito extracontractual, debe introducirse una regla más clara y coherente que reemplace la prevista en el artículo 2346 del Código Civil, en virtud de la cual carecen de capacidad para ser responsables los menores de diez años y las personas con alguna discapacidad. Este punto debe articularse con las normas vigentes sobre capacidad de las personas, prevista en la ley 1306 de 2009.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

### A) *Doctrina*

ARAMBURO CALLE, MAXIMILIANO: "Modernizar la responsabilidad extracontractual. Un mapa de problemas", en AA.VV., *Modernización de las obligaciones y los contratos. Seis estudios* Bogotá, Uniandes –Edit. Temis, 2015.

CASTRO, MARCELA: "La responsabilidad civil objetiva: componente indispensable para la modernización del derecho de daños", en AA.VV., *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, t. IV, vol. II, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana- Edit. Temis, 2010.

— "La necesaria modernización del régimen de la responsabilidad civil en Colombia. La propuesta pionera del maestro Arturo Valencia Zea en su Proyecto de Código de Derecho Privado", en *Jurista y Maestro*. Homenaje a Arturo Valencia Zea, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2014.

— "Cómo afrontar lo inesperado: las cláusulas de fuerza mayor en la contratación internacional", en *Revista de Derecho*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 74, 2015. Visible en: *http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/13605*

— "Propuesta para la modernización del régimen de responsabilidad civil contractual en Colombia: cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad", en AA. VV., *Modernización de las obligaciones y los contratos. Seis estudios*, Bogotá, Uniandes–Edit. Temis, 2015.

European Group on Tort Law (EGTL) Principles of European Tort Law (PETL). Visible en: *http://egtl.org/*

Jaramillo, Carlos Ignacio: *Los deberes de evitar y mitigar el daño*, Bogotá, Universidad Javeriana – Edit. Temis, 2013.

Le Tourneau, Phillipe: *La responsabilidad civil*, trad. de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Ediciones Legis, 2004.

Martin-Casals, Miquel: "La «modernización» del derecho de la responsabilidad extracontractual", en AA.VV., *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. La Coruña, 8 y 9 de abril de 2011, Murcia, APDC-Editum, 2011.

Mazeaud, Henri y Léon: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

Munar Cadena, Pedro Octavio: "Formación del contrato", en *Derecho de las obligaciones*, 2ª ed. (Marcela Castro, Coord.), t. II, Cap. I, Bogotá, Uniandes-Temis, 2016.

Pérez, Juan Carlos: *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

Solarte Rodríguez, Arturo: "Las acciones *iure hereditatis* en la responsabilidad civil", en *Derecho de las obligaciones* (Marcela Castro, Coord.), t. II, vol. I, Cap. IX, Bogotá, Uniandes-Temis, 2010.

Suescún Melo, Jorge: *Derecho privado*. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, t. I, Bogotá, Ediciones Legis – Uniandes, 2003.

Tamayo Jaramillo, Javier: *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, Bogotá, Ediciones Legis, 2013

Zuleta, Alberto: "Responsabilidad civil extracontractual, contractual y precontractual de las personas jurídicas", en *Derecho de las obligaciones* (Marcela Castro, Coord.), t. II, vol. I, Bogotá, Uniandes-Edit. Temis, 2010.

### B) *Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*

Sent. de 5 julio 1935, M. P: Eduardo Zuleta Ángel, "G. J.", t. XLII, núm. 1897.

Sent. de 5 noviembre 1935, M. P. Juan Francisco Mújica, "G. J.", t. XLIII, núms. 1905-1906.

Sent. de 31 mayo 1938, M. P. Juan Francisco Mújica, disponible en *www.lexbasecolombia.net*

Sent. de 31 julio 1945, M. P. Arturo Tapias Pilonieta, "G. J.", t. XLIX, núms. 2022-2024.

Sent. de 31 julio 1945, M. P. Arturo Tapias Pilonieta, "G. J.", t. LIX, núms. 2022-2023-2024.

Sent. de 2 junio 1958, M. P. Arturo Valencia Zea, "G. J.", t. LXXXVIII, núm. 2198.

Sent. de 13 diciembre 1962, M. P. Enrique López de la Pava, "G. J.", t. C, núms. 2261-2264.

Sent. de 1º octubre 1963, M. P. Gustavo Fajardo Pinzón, "G. J.", ts. CIII-CIV, núms. 2268-2269.

Sent. de 26 enero 1967, M.P. Enrique López de la Pava, "G. J.", t. CXIX, primera parte, núms. 2285 y 2286.

Sent. de 7 mayo 1968, M. P. Guillermo Ospina Fernández, sin publicar, citada en las sents. de 29 septiembre 1978, M. P. José María Esguerra Samper ("G. J.", t. CLVIII, núm. 2399) y 28 de junio de 2000, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo (exp. 5348).

Sent. de 18 octubre 1972, M. P. Ernesto Gamboa Álvarez, "G. J.", t. CCVII, núms. 2352-2353.

Sent. de 7 octubre 1976, M. P. Alberto Ospina Botero, "G. J.", t. CLII, núm. 2393.

Sent. de 3 noviembre 1977, M. P. Ricardo Uribe Holguín, "G. J.", t. CLV, primera parte, núm. 2396, págs. 320 y ss.

Sent. de 21 mayo 1983, M. P. Jorge Salcedo Segura, "G. J.", t. CLCCII, núm. 2411.

Sent. de 26 noviembre 1986, M. P. Jorge Salcedo Segura, "G. J.", t. CLCCII, núm. 2411.

Sent. de 28 junio 1989, M. P. Rafael Romero Sierra, *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XVIII, núm. 213, Bogotá, Legis, septiembre de 1989.

Sent. de 20 noviembre 1989, M. P. Alberto Ospina Botero. "G.J.", t. CXCVI, núm. 2435.

Sent. de 23 noviembre 1989, M. P. José Alejandro Bonivento Fernández, "G. J.", t. CXCVI, núm. 2435.

Sent. de 27 junio 1990, M. P. Pedro Lafont Pianetta, "G. J.", t. CC, núm. 2439.

Sent. de 25 noviembre 1992, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, exp. 3382, "G. J.", t. CCXIX, núm. 2458.

Sent. de 5 marzo 1993, M. P. Pedro Lafont Pianetta, exp. 3556, "G. J.", t. CCXXII, núm. 2461.

Sent. de 30 marzo 1993, M. P. Alberto Botero Ospina, "G. J.", t. CCXXII, núm. 2461.

Sent. de 19 abril 1993, M. P. Pedro Lafont Pianetta, "G. J.", t. CCXXII, núm. 2461.

Sent. de 9 mayo 1994, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, exp. 4156, "G. J.", núm. 2467.

Sent. de 25 octubre 1994, M. P. Eduardo Sarmiento Garcia, exp. 3000, "G. J.", t. CCXXXI, núm. 2470.

Sent. de 15 marzo 1996, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, exp. 4637, "G. J.", t. CCXL, núm. 2479.

Sent. de 24 junio 1996, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, exp. 4424, "G. J.", t. CCXL, núm. 2479.

Sent. de 12 septiembre 1996, M. P. Pedro Lafont Pianetta, exp. 5739, "G. J.", t. CCXLIII, núm. 2482.

Sent. de 24 mayo 1999, M. P. Pedro Lafont Pianetta, exp. 5244, "G. J.", t. CCLVIII, núm. 2497.

Sent. de 13 diciembre 2001, M. P. Manuel Ardila Velásquez, exp. 6775.

Sent. de 7 junio 2002, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno, exp. 7320

Sent. de 18 mayo 2005, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, exp. 14415.

Sent. de 13 mayo 2008, M. P. César Julio Valencia Copete, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01.

Sent. de 24 agosto 2009, M. P. William Namén Vargas, exp. 11001-3103-038-2001-01054-01.

Sent. de 18 septiembre 2009, M. P. William Namén Vargas, exp. 20001-3103-005-2005-00406-01.

Sent. de 13 mayo 2010, M. P. Edgardo Villamil Portilla, exp. 73319-31-03-002-2001-00161-01.

Sent. de 26 agosto 2014, M. P. Margarita Cabello Blanco, exp. SC5438-2014, rad. 11001310302620070022701.

Capítulo II

# EL CONCEPTO DE DAÑO*

Luis F. Botero Aristizabal**

## 1. Quimera

Todo ser humano —en su salud o patrimonio— ha sido, es o será una víctima —real o potencial— de la acción u omisión de otro ser humano. De igual manera, todo ser humano ha sido, es o será un victimario real o potencial —por acción o por omisión— de otro u otros seres humanos. Hoy somos víctimas, mañana victimarios; drama pendular y eterno que nos recuerda una dualidad de roles ineludibles en el ámbito de la interacción social[1]. *One man's fun is another's hell* decían los poetas eléctricos de finales del siglo xx[2].

En esta magnitud de frecuencia finita que es la existencia colisionan, por un lado, los instintos más básicos de nuestra humanidad y, por otro, las ideas y acciones de mayor racionalidad y sofisticación intelectual. El *Coliseum Romanorum Universalis* ha presenciado las batallas entre la fuerza, la razón, el riesgo y el azar; y en su arena quedan los vestigios imborrables de sus consecuencias —vida y muerte, sangre y sudor, alegría y llanto—.

Una sociedad de hombres libres no puede mostrarse impávida frente a esas consecuencias. No se nos ha podido relegar a la condición de meros espectadores. Tanto es así que hemos confeccionado diversas

* http://dx.doi.org/10.15425/2017.176

** Abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en derecho administrativo de la misma Universidad. Ha sido profesor de la cátedra de obligaciones y de responsabilidad en varias universidades del país. Consultor y Litigante. Fbotero@bytlegal.com

[1] Hannah Arendt, *The human condition*, Chicago, University of Chicago, 1958, pág. 190: "Because the actor always moves among and in relation to other acting beings, he is never merely a "doer" but always and at the same time a sufferer. To do and to suffer are like opposite sides of the same coin, and the story that an act starts is composed of its consequent deeds and sufferings".

[2] METALLICA, *My friend of misery*, The Black Album, Elektra Records, 1991.

maneras de reaccionar ante estos embates. Si bien algunos de los riesgos de vivir en sociedad son inevitables y otros indiferentes, el espacio de duda respecto a lo inaceptable es cada vez menor —aunque esa órbita siga siendo enorme—. Es aquí en donde hemos de concentrar nuestra atención para proponer y desarrollar algunas ideas centrales acerca de nuestro objeto de estudio: el daño.

Y es que las anomalías que se pueden presentar en la interacción social generan, las más de las veces, la turbación del orden y la paz de una comunidad. Según la magnitud del evento, incluso, su subsistencia puede verse comprometida. Esa ruptura de la "normalidad deseada" ha cautivado desde sus orígenes al derecho y puede decirse que las normas que hoy aplicamos para solucionar o enfrentar esta problemática son fruto directo de primitivas reglas. Se espera que algo pase una vez una persona o grupo de personas reclama la condición de víctima: la venganza, el castigo corporal, el rechazo social, el perdón, la restauración de la memoria o, también, el pago de una indemnización.

Acaso es esta una de las razones por las cuales la cuestión del daño es axial en el universo de las obligaciones. Se halla inevitablemente encadenado a lo que nos hace o define como personas. Cuando se afirma como dogma que tenemos la obligación de no dañar a otro, se viene a nuestra mente la utopía de un colectivo de hombres buenos que obran bajo la recta orientación de una asepsia moral en la que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se arriesgan los derechos e intereses propios para salvaguardar los ajenos. Esta evanescencia ha sido derogada una y otra vez por la tozudez de la historia. Ya por decisión, ya por reacción, los hombres no caminan regularmente por esta senda de ángeles.

Sabedores de esta fatalidad inescapable, los centros de poder normativo han confluido mayoritariamente en imponerle al dañador algún tipo de consecuencia. En palabras de SHAPIRO, es esa búsqueda de un plan general que cree condiciones favorables para que el orden emerja espontáneamente[3]. Ya veremos cómo se pasó de la vindicta a la indemnización de perjuicios. Lo cierto es que una regulación consistente del daño debería permitirle al hombre entender anticipadamente qué es aquello que no puede hacer a los demás (libertad en sentido negativo[4]) y, simultáneamente, qué debe hacer, autónomamente o en la forma de

[3] SCOTT SHAPIRO, *Legalism*, Belknap Harvard, 2011, pág. 134.

[4] ISAIAH BERLIN, *Two concepts of liberty*, Original Dictation, 1958, pág. 4. The Isaiah Berlin Virtual Library.

una coacción institucional, para sanear las consecuencias de sus actos u abstenciones (principio de responsabilidad).

Por ahora, estas reflexiones nos arrojan una doble ecuación: es deseable que una sociedad establezca reglas para que sus miembros eviten en la medida de lo posible el daño ajeno (prevención), pero si este se causa, se repara (reacción). De una obligación genérica, peligrosamente indeterminada, se desemboca en una obligación que tiende a ser más precisa.

Esta composición algebraica peca de ingenuidad cuando se la contrasta con el variopinto fenómeno fáctico del daño en su dimensión naturalista y se la pone en un plano cartesiano con el eje del tiempo. Lo que hoy se estima como daño no es lo mismo de lo que se ocupaban las primeras sociedades y sus codificaciones. Basta recordar la segunda regla del Código de Hammurabi que sentenciaba: "Si un hombre embrujó a otro hombre y no puede justificarse, el embrujado irá al río sagrado y se arrojará en él; si el río lo ahoga, el que lo ha embrujado heredará su casa. Si el río sagrado lo absuelve y lo devuelve salvo, aquel que pronunció el embrujo será sancionado con la muerte y aquel que se arrojó al río sagrado tomará la casa de quien pronunció el embrujo"[5].

Los daños se multiplican y sofistican con la misma velocidad con la que nos avasallan los acontecimientos. En el año 1728 antes de Cristo o el 26 de mayo de 1873 era inimaginable que el nacimiento de un ser humano pudiera ser considerado como un daño. Sin embargo, qué pasa si un individuo de la especie humana nace con desfiguraciones severas por una patología congénita que era previamente conocida por sus padres antes de la gestación, ¿puede el hijo obtener una reparación de parte de estos, más allá de sus obligaciones alimentarias?, ¿qué ocurre con la mujer que decide someterse a un tratamiento para no tener hijos y este no es realizado correctamente por el médico y termina embarazada? ¿Es responsable el médico por el daño sufrido por la mujer? ¿Y por el ser no deseado? ¿Es este un verdadero daño?

También el surgimiento de nuevos derechos e intereses apareja el advenimiento de nuevos daños. Si un Estado reconoce la existencia del derecho a morir dignamente, ¿puede un paciente terminal obtener la reparación del daño producto de un procedimiento médico errado que no ocasiona su deceso? ¿O por la dilación en recibir el procedimiento? ¿Qué pasará con los tratamientos médicos experimentales para

[5] C. H. W. Johns, *The Oldest Code of Laws in the World*, Morrison and Gibb Limited, Edinburgo, 1903, pág. 5 (traducción libre del autor).

aquellas patologías que no tienen cura conocida; los efectos adversos en su aplicación pueden ser catalogados como daño?

¿Y qué puede decirse de los nuevos avances tecnológicos y de la crisis del derecho a la privacidad alentado por la masificación y el abaratamiento de los mecanismos de difusión? ¿La persona que tiene un avatar en *Second Life* podría demandar a otra que participe en dicha plataforma, por la difamación que sufra ese "individuo virtual"? ¿O qué ocurre con la persona que publica una foto en Facebook en la que inadvertidamente aparece un tercero en condiciones bochornosas y por esa razón es despedido de su empleo? ¿O con quien envía un mensaje privado injurioso por *Whatsapp* a un amigo y por error lo recibe la víctima de la injuria?

Ya tenemos que pensar en el dilema de resolver casos de responsabilidad por daños causados por robots, como el que recientemente se reportó en la fábrica de Volkswagen en Kassel, o por daños colaterales causados por los *lethal autonomous weapons systems*. También ha de pensarse si algoritmos con que se toman decisiones de inversión en bolsa pueden causar daño a sus usuarios cuando hacen compras equivocadas en el mercado accionario.

Pero el fenómeno de daños no se agota en la esfera de interacción individual. La categoría de daños ahora enfrenta también los retos de la supraindividualidad, esto es, de situaciones jurídicas que superan los contornos del individuo-patrimonio para ingresar a la circunferencia difusa de los intereses que amalgaman a colectivos humanos indeterminados o determinados. ¿Qué ocurre cuando una empresa comercializa —sin saberlo— un producto electrónico que tiene la particularidad de emitir unas vibraciones que desorientan a las abejas e impiden que estas cumplan su función polinizadora? ¿Se puede decir que se ha causado un daño? ¿Quién lo sufre? ¿Puede ser considerado como daño la ruptura de 12 centímetros que sufrió la piedra *Intihuatana* en Machu Picchu al caerle una grúa contratada para la filmación de un comercial de una reconocida compañía cervecera? ¿Cómo se repara lo irreparable?

Obviamente la posibilidad fáctica del daño es infinita y ha tenido —por lo menos en Colombia— un actor protagónico inesperado: el Estado. ¿Es responsable patrimonialmente el Estado por los daños que cause a los ciudadanos la expedición de una ley inconstitucional? ¿O la adopción de incentivos a una determinada industria que afecte los intereses de otras? ¿Puede una decisión judicial lesionar la honra y buen nombre de un sujeto que no ha sido parte del proceso pero que en desarrollo del mismo, con ocasión de una prueba, se obtuvo infor-

mación sensible respecto de su conducta sexual privada? ¿Pueden considerarse víctimas las personas que vivían en la zona de distención del antiguo proceso de paz y fueron objeto de abusos por la guerrilla y los paramilitares? ¿Debe estudiarse el problema del daño de manera uniforme con independencia de quien lo sufra y quien lo cause?

Por otro lado, ¿puede ser la transgresión a un derecho ajeno fuente de beneficio para su titular? ¿Será esto un daño? Imaginemos por un momento un individuo que de forma negligente hace que se derramen en una finca vecina unas corrientes de agua que inundan sus tierras por un mes. El efecto de la anegación es un aumento en la fertilidad que de otra manera no se hubiera producido. ¿Hubo daño? ¿Toda limitación o invasión de las facultades jurídicas que tiene un titular de un derecho sobre un bien, es daño?

Contestar estas preguntas nos sitúa en complejos debates filosóficos, políticos, jurídicos y económicos y nos avienta a otro precipicio cuando tenemos que definir la forma cómo se han de reparar. ¿Debemos tener en cuenta los intereses, emociones y sentimientos de las víctimas respecto a cuál es la magnitud de su daño y, por tanto, a cuánto corresponde el monto de la reparación? O, por el contrario, ¿nos tenemos que conformar con una especie de racionalización con pretensiones objetivistas que tarife esa obligación siguiendo el estándar de algún modelo?, o ¿le dejamos la tarea a un tercero para que con algún asomo de juiciosa discrecionalidad haga uso de su arbitrio y fije el monto de la compensación?

Pues bien, demos paso a estas apretadas reflexiones que esperamos dejen más preguntas que respuestas y advirtamos desde ya un temor constante y recurrente en los análisis más sesudos sobre la materia: si concluimos que cualquier incomodidad, miedo, frustración, riesgo o molestia a los derechos o intereses ajenos es sinónimo de daño, estamos abriendo las puertas a la petrificación de la libertad (o de la acción del Estado si queremos que la noción de daño que propongamos sea universal y sea aplicable también en la órbita del derecho público) y, con ello, a una parálisis social por el temor que desencadena tener que pagar una indemnización o cualquier otra consecuencia jurídica relevante. De la misma manera, estimar que cualquier mala suerte debe tener siempre un responsable a quien demandar para atribuirle nuestras desgracias, por ejemplo, por la carencia de recursos económicos[6],

[6] Juan Antonio García Amado ¿Quién responde por la mala suerte de cada uno?, en *http://www.garciamado.es/2014/03/quien-responde-por-la-mala-suerte-de-cada-uno*

puede terminar socavando irremediablemente las bases sobre las que se edifica el Estado, incluido el social de derecho. En fin, ya el lector advertirá que al abrir las puertas del fenómeno del daño se están descubriendo las premisas esenciales que estructuran un ordenamiento jurídico y, de paso, las de nuestras propias creencias. Demos paso pues a la quimera.

## **2.** El diagnóstico o la introspección crítica del derecho de daños en Colombia

En un volumen considerable de estudios provenientes de nuestro derecho se encuentra un problema constante que nos ha alejado de la construcción de instituciones jurídicas duraderas: la ignorancia de las raíces que nutren nuestro sistema. Existe una natural inclinación a revisar una institución jurídica desde el prisma de otros sistemas legales que son o han sido referente. Esta senda ha proporcionado soluciones interesantes pero, a nuestro juicio, afectan regularmente la integridad y consistencia del orden jurídico. En efecto, acoger una solución legal —en apariencia justa o más sofisticada— pero lejana a las "reglas de juego" del mismo sistema, termina por horadar su coherencia y convierte a los problemas jurídicos en simples juegos de azar, llevándose de un tajo el paradigma de estabilidad de las normas sociales.

Permítasenos por ello hacer un breve examen de cómo se encuentra regulado el daño en nuestro derecho, sus orígenes y los dogmas que se han integrado al entramado neuronal de nuestra responsabilidad patrimonial. Esperamos con tal ejercicio decantar suficiente materia prima para la elaboración de una propuesta de definición de daño[7].

### A) *Un sucinto recuento*

Explorar las cavernas de la historia del derecho para desentrañar las raíces del fenómeno del daño es un ejercicio al que no puede escapar

[7] En adelante usaremos la expresión responsabilidad patrimonial que nos parece más comprensiva del fenómeno universal del daño, frente a la equívoca expresión "responsabilidad civil". Asimismo, este matiz es indicativo de una pretensión generalizadora del estudio del daño en todos los ámbitos del derecho y no simplemente como la fragmentación de un capítulo de la teoría de las obligaciones del derecho privado. Aceptamos también que la noción de responsabilidad patrimonial no se encuentra exenta de críticas, particularmente por la aceptación de daños que trascienden la esfera patrimonial y porque la reacción institucional frente al daño no se agota con la imposición de una obligación de pagar una suma de dinero.

quien se tome en serio esta materia. No se trata de un purismo histórico académico, sino de la más necesaria tarea de comprensión de la realidad. La enorme caverna a la que invitamos entrar al lector está integrada por dos gigantescas bóvedas. Una que explica la formulación de nuestros textos legales vigentes y, la otra, la que se refiere a nuestra cultura. La primera se descubre con la historiografía, la segunda con la antropología y la sociología. Obviamente debemos centrar nuestra atención, por el marco de referencia de este análisis, en la primera.

En este viaje, en vez de dar curso lineal al que nos tienen acostumbrados los historiadores, proponemos iniciar nuestra observación a partir del Código Civil, régimen legal aún vigente y norma general que, salvo reglas especiales, arbitra los denominados casos de responsabilidad patrimonial en el derecho privado y residualmente —aunque se insista en lo contrario por los iuspublicistas— en el derecho público.

No existe en nuestro estatuto civil —ni en ninguna otra de las codificaciones nacionales— una definición general de daño[8]. Existe, por un lado, la regla según la cual quien cause un daño de forma dolosa o culposa debe indemnizarlo (C. C., art. 2341) y, por otro, aquella que pretende fijar lo que comprende la indemnización de perjuicios (C. C., art. 1613). Encontramos también una serie de subreglas que leídas individualmente imponen la existencia del daño como requisito *sine qua non* del nacimiento de la obligación de indemnizar perjuicios, así, los artículos 2343, 2344, 2345, 2347, 2348, 2349, 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y el 2356 del Código Civil.

Esta hechura, tan común en la mayoría de sistemas jurídicos afines al colombiano, nos permite identificar un trazado que despeja en algo nuestro horizonte investigativo: un primer problema es encontrar una noción satisfactoria de daño, otra delimitar con precisión los requisitos para considerarlo indemnizable y otra, muy distinta, es precisar la forma como se lo ha de reparar. Esta trifurcación marcará una gran parte de la disección que se hará en los siguientes párrafos.

Por ahora, ¿cuáles fueron las fuentes de las que se sirvió don Andrés Bello para optar por esta regulación del fenómeno de la indemnización de perjuicios? No es, como suelen repetirlo algunos, el Código Civil de Francia. Cuando se observan las anotaciones que el mismo

[8] Contrasta esta omisión definicional, con el art. 1068 del antiguo Código Civil argentino de Velez Sarsfield: "Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades".

BELLO hizo en sus proyectos de Código Civil (tanto el inédito como el de 1853), se encuentra una marcadísima influencia del derecho español, en particular, de las *Siete Partidas*. De los veintiún artículos que componían el título sobre delitos y cuasidelitos, todas las anotaciones marginales hechas por BELLO[9], salvo una, remiten a las *Siete Partidas*[10]. Así las cosas, vale la pena reconstruir lo que dicho cuerpo normativo decía respecto del daño y saber si contamos con algún tipo de información importante sobre el carácter de nuestra legislación.

En la Séptima Partida, Título XV, Ley I encontramos la siguiente definición:

"Ley I. Que cosa es Daño, e quantas maneras son del daño es empeoramiento, o menoscabo, o destruymiento, que ome rescibe en si mesmo, o en sus cosas, por culpa de otro. E son de tres maneras. La primera es, quando empeora la cosa, por alguna otra que mezclan, o por otro mal quel fazen. La segunda, quando se mengua, por razón del daño que fazen en ella. La tercera es, quando por el daño se pierde, o se destruye la cosa del todo"[11].

Llama la atención de esta definición una especie de continuidad histórica con el derecho romano, una de las fuentes primarias de las *Siete Partidas*[12] y que, en materia del daño, conservó la noción naturalista del mismo. Esto quiere decir que el daño era principalmente entendi-

[9] ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *et al*., *Curso de derecho civil*, t. I, vol. I, Santiago, 1983, pág. 17: "Hay que dejar bien en claro que las notas fueron redactadas por el señor BELLO, "con el propósito de que sirvieran de fuentes al Proyecto del año 1853 y no al Código, como lo piensan algunos".

[10] JUAN CARLOS GONZALEZ HERNÁNDEZ, *Influencia del derecho español en América*, Madrid, MAPFRE, 1992, pág. 50: "Según OTS Y CAPDEQUI, el código de las *Siete Partidas*, promulgado bajo Alfonso X *el Sabio*, hacia 1263, es la obra más importante del derecho histórico castellano, a la vez que la de mayor difusión doctrinal en los países del occidente europeo. Su carácter erudito, pues son obra de juristas y no de legisladores, no las hizo demasiado populares y dificultó notablemente su aplicación real. Las partidas no consiguieron alcanzar fuerza legal hasta que, en 1348, Alfonso XI las incluyó en el Ordenamiento de Alcalá como fuentes del derecho castellano, si bien de carácter supletorio y aplicables en último lugar. Pese a todos los inconvenientes, este frustrado intento de unificación legislativa tuvo en Indias una enorme difusión e influencia, consiguiéndose una vigencia efectiva más real al ser frecuentemente aludidas, tanto por su carácter de derecho supletorio, como por su valor doctrinal".

[11] *Los Códigos Españoles, concordados y anotados*, Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1848, t. III, pág. 585.

[12] A. RODRÍGUEZ DEL BUSTO, *Apuntes para la historia de la legislación*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1912, pág. 35.

do como el efecto nocivo y perceptible sobre una cosa, en pocas palabras, aquella afectación valorada negativamente, reconocible por los sentidos y que producía una pérdida, reducción u alteración en la materialidad de la cosa o en sus funciones.

En efecto, ese también era el tipo de daño que originalmente daba paso a la acción prevista en la *Lex Aquilia* y a lo que sus intérpretes nos han dado a conocer de ella. Pero antes de examinar brevemente el derecho romano y sus lecciones frente al daño, hemos de confesar que desconocemos absolutamente la razón por la cual don Andrés Bello omitió incluir una definición de daño en sus proyectos de codificación. Revisadas sus *Instituciones de derecho romano* era perfectamente claro para él que "el daño injurioso (*damnum injuria datum*) que se vindica *por la Ley Aquilia, es cualquier disminución de nuestro patrimonio irrogada contra derecho por un hombre libre*"[13]. Esta circunstancia se vuelve aún más enigmática y azarosa por la ambigüedad con que los términos daño[14], perjuicio[15], pérdida, lesión, gastos, expensas, costas, injuria, reparación, resarcimiento e indemnización han sido usados en el Código Civil. Enfermedad por cierto que se ha mantenido en las legislaciones posteriores[16] e incluso en instrumentos internacionales

[13] Andrés Bello, "Instituciones de derecho romano", en *Obras completas*, t. xvii, Caracas. La Casa de Bello, 1981, pág. 174.

[14] El término "daño", sin otra calificación, aparece en los siguientes artículos del Código Civil: 315, 637 nums. 5, 901, 984, 988, 995, 997, 1000, 1003, 1005, 1007, 1649, 1784, 1988, 2075, 2266, 2267, 2268, 2326, 2341, 2342, 2343, 2345, 2346, 2347, 2348, 2349, 2350, 2351, 2352, 2353, 2354, 2355, 2356, 2357, 2358, 2359, 2497, 2620.

[15] La palabra "perjuicios", sin otra calificación, aparece en los siguientes artículos del Código Civil: 110, 148, 224, 235, 384, 418, 561, 609, 613, 668, 705, 737, 993, 994, 997, 1386, 1507, 1512, 1515, 1578, 1590, 1591, 1605, 1610, 1613, 1615, 1616, 1617, 1731, 1804, 1822, 1870, 1878, 1882, 1888, 1912, 1989, 1992, 2007, 2017, 2018, 2021, 2026, 2109, 2115, 2119, 2193, 2208, 2213, 2217, 2228, 2259, 2421, 2463, 2559 y 2640.

[16] En el Código de Comercio la expresión "daños y perjuicios" aparece en los arts. 222, 707, 749, 1543, 1544, 1899. La expresión "daños o perjuicios" aparece en el art. 358. El art. 945 se refiere a "pérdidas, averías o daños". Los arts. 1032 "daño o avería". Los arts. 1105, 1519, 1526, 1609, 1623, 1632, 1643 y 1843 contienen la expresión "pérdidas o daños". Los arts. 1115, 1481 y el 1529 se refieren al "daño o la pérdida". ¡El 1545 se refiere a "gastos o daños" y el 1611 "daños y gastos"! El 1684 se refiere a los "deterioros y daños". El 1842 a "destrucción, pérdida, daños, retrasos o perjuicios". En el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se usa la expresión daño en el art. 140 para el medio de control de reparación directa, pero cuando la pretensión resarcitoria es grupal se califica de "perjuicio" (art. 145). El Código General del Proceso usa la palabra "daños" en los arts. 25, 206, 283, 586 y 590; y el término "perjuicios" en los artículos 26, 35, 48, 57, 67, 80, 85, 86, 92, 206, 278,

vigentes en Colombia[17]. Pretender crear una interpretación coherente que permita identificar si todos esos términos son sinónimos[18] o no[19], bien sea por su fuente, o por el bien jurídico lesionado, o por el alcance de la obligación, o por el ejercicio de la acción, o por si tienen o no efecto económico, o por el tipo de autor, o por la condición de la víctima o por el factor de atribución, nos ha resultado imposible.

No contar con una definición legal de daño puede conducir al intérprete a sostener con ligereza que ello lo convierte en un concepto jurídico indeterminado y que, en consecuencia, puede ser llenado de contenido por el operador jurídico usando las reglas de la hermenéutica tradicional. Esto significaría que daño debe ser entendido en su "sentido natural y obvio"[20]. En este caso, dañar sería lo que dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua: "Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia"[21]. Por lo que explicaremos más adelante, este reducido ejercicio interpretativo es inexacto: no todo

---

280, 283, 284, 308, 309, 316, 317, 341, 355, 359, 384, 389, 394, 399, 426, 427, 428, 430, 432, 433, 434, 435, 437, 439, 442, 443, 460, 590, 597 y 599. Por su parte, usa la expresión "daños y perjuicios" en el art. 589. El Código Penal no escapa tampoco a esta disfuncionalidad. Los siguientes artículos usan el término daño: 38B, 39, 55, 58, 61, 65, 94, 96, 97, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 116A, 125, 134B, 136, 157, 164, 166, 188B, 200, 203, 242, 265, 267, 268, 269D, 296, 304, 331, 338, 351, 354, 357. El término "perjuicios civiles" se encuentra en el artículo 92. El término perjuicio se encuentra en los siguientes artículos: 16, 100, 170, 192, 194, 246, 249, 250A, 250B, 251, 254, 255, 256, 262, 269, 269H, 269J, 299, título del capítulo segundo, 399, 418, 456, 457.

[17] La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (ley 518 de 1999) usa la expresión "daños y perjuicios" en sus arts. 34, 37, 44, 45, 47, 48, 61, 63, 74, 75, 76, 78, 79 y 81. Pero también usa la expresión "pérdida", entre otros, en el art. 77. La Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena también usa la expresión "daños y perjuicios". Así, por ejemplo, en los arts. 172, 232, 237, 241, 243, 245, entre otros.

[18] El art. 2072 del Código Civil se refiere a la responsabilidad del transportador por el "daño o perjuicio" que sobrevenga por mala calidad del carruaje, barco o navío. La expresión "lesión o perjuicio" aparecía en el art. 636 del Código Civil. El art. 1494 del Código Civil se refiere a la "injuria o daño" al referirse al delito como fuente de las obligaciones. El art. 468 contiene la expresión "pérdida o daño". El 868 se refiere a "daños o deterioros".

[19] La expresión "daños y perjuicios" aparecía en el art. 384 del Código Civil (derogado por el art. 123 del decr. 1260 de 1970). La expresión "daños y pérdidas" se encuentra en el art. 2005 del Código Civil. El art. 2497 se refiere a "expensas y daños".

[20] Código Civil, art. 28.

[21] Diccionario de la Real Academia de la Lengua, en http://dle.rae.es/?id=BrdY6R

detrimento, perjuicio, molestia o dolor es daño, ni en sentido natural, ni en sentido jurídico.

Regresando al derecho romano: ¿qué decía la *Lex Aquilia*? Nadie lo sabe. No hay un texto original que nos lo indique. Su reconstrucción ha partido de las referencias recopiladas en el *Corpus Iuris Civilis*, que reproducimos por su capital importancia, por lo menos en la primera y tercera de sus reglas, que conocemos gracias a Gayo y a Ulpiano:

"[...] quien asesinare injustamente a un esclavo o esclava ajenos o a un cuadrúpedo o a una res, que sea condenado a dar al dueño el valor más alto que tuvo en aquél año"[22].

"[...] respecto de las demás cosas, sea de esclavo y res que hayan sido muertos, si alguien hiciere daño a otro porque hubiere quemado, quebrado o roto injustamente, que sea condenado a dar al dueño el valor que la cosa alcance en los treinta días próximos"[23].

Es inmenso el debate doctrinal sobre estas dos nebulosas reglas[24]. Sintetizarlas sería una proeza fuera del alcance de quien esto escribe. Empero, sí podemos adelantar un muy elemental resumen:

a) La *Lex Aquilia* alteró la forma de valoración del daño de un sistema de tarifas previsto en las Doce Tablas[25] a uno que se aproximaba al de valoración de mercado. Y daño propiamente era o se entendía como

[22] D. 9.2.2pr: "(…) *ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto*" (en http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest9.shtml).

[23] D. 9.2.27.5: *"(...) ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto*" (en http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest9.shtml).

[24] Ver Ramón Rodríguez Montero, "Regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial del daño «aquiliano» en Roma. Aspectos generales de una experiencia histórica", en AFDUC 15, 2011, ISSN: 1138-039X, págs. 647-670. También, Eugene Petit, *Tratado elemental de derecho romano,* Buenos Aires*,* Editorial Araujo; Juan Iglesias, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado,* Barcelona, Ediciones Ariel, 1958. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*. Oxford University Press, 2006, págs. 953-1049. O. E. Tellegen-Couperus, *The limits of culpa levissima. Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* = The Legal History Review, (2008) 76(1), 19-25. Cristián Aedo Barrena, "Los requisitos de la lex Aquilia, con especial referencia al daño. Lecturas desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero", en Revista Iu et Praxis, Santiago de Chile, págs. 311-337.

[25] Por ejemplo, la regla 12 de la 7 tabla: "12. El que rompiese un diente a un hombre libre, le pagará trescientos ases; y si fuese a un esclavo, ciento y cincuenta". en José María Antequera, *Historia de la legislación romana desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*, Madrid, España: P. Infante, 3ra, 1874, págs. 273-283.

la disminución del patrimonio, tal y como lo sugiere la definición de PAULO[26].

b) De la regla tercera parece inferirse que no había una correlación aritmética entre la magnitud del daño a la cosa, con el monto de la obligación a pagar impuesta al dañador.

c) El daño era la manifestación física de la agresión. Los especialistas llaman a este principio *corpore corpori* o *si qui corpore suo damnum dederit* (exigido por lo menos en el período clásico), es decir, aquel "producido con el esfuerzo muscular del delincuente a la cosa considerada en su estructura física"[27].

d) En un principio, la obligación indemnizatoria correspondía al valor de la cosa en el mercado y solo en un estadio posterior de la evolución del derecho romano se empezó a reconocer también su valor de afección (*id quod interest*)[28].

El derecho postclásico y las obras de los glosadores y postglosadores avanzaron notablemente la causa del fenómeno del daño. Así, la famosa definición de PLACENTINO: "*Damnum est deminutio rei in rem. Dictum autem damnum, a demo vel ab adimo. Datur autem damnum tribus modis, ubi res perditur, ubi deterior efficitur, si alias quis damno afficiatur: puta, si servus compeditus solvatur. Item datur damnum etiam per separationem et per immixtionem ítem alias circa rem, alias circa speciem*"[29]. En sus *Recitaciones del Derecho Civil según el Orden de la Instituta*, HEINECIO al referirse sobre la *Lex Aquilia* interpretaba que daño era "*cualquier disminución del patrimonio*"[30]. VINNIO con-

[26] D. 39.2.3 *Damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt*, en *http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest39.shtml*

[27] VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de derecho romano*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1973, pág. 418.

[28] LUIS CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santiago, 1979, pág. 9: "En el lenguaje de las fuentes, las expresiones *id quod interest, quanti ejus interest*, etc., indican no solamente el interés pecuniario, sino todo interés jurídicamente protegido. La jurisprudencia había llegado a esta idea, que en la vida humana la noción del valor no consiste en dinero solamente, que al contrario, además del dinero, hay otros bienes a los cuales el hombre civilizado atribuye un valor que quiere ver protegido por el derecho".

[29] PLACENTINI, *Summam Institutionem sive elementorum D. Iustiniani*. Libri III. P.141. 1536. Citada también de forma incompleta en: VICTORIANO SAIZ LÓPEZ "Interpretación doctrinal de las disposiciones contenidas en el Título de Lege Aquilia del Codex", artículo compilado en *La responsabilidad civil en Roma al derecho moderno*, Universidad de Burgos. Coordinador: Alfonso Murillo Villar, 2001, pág. 748.

[30] J. GOTTLIEB HEINECCIO, *Recitaciones del derecho civil según el Orden de la Instituta*, Paris, Librería Garnier Hermanos, 1875, pág. 321.

sideraba que daño en la *Lex Aquilia* era "toda rebaja y disminución de una cosa ajena; bien con ánimo de lucro o no; bien se trata de cosas en buen estado o echadas a perder. Pues el daño se dice por la rebaja y disminución del patrimonio"[31].

Ahora bien, ¿cuál era el estado de nuestra legislación referente al daño antes de la expedición del Código Civil? En el derecho precolombino —cuyos vestigios infortunadamente son de inextricable reconocimiento— hemos podido advertir que los cronistas daban cuenta, por lo menos en aquellas tribus con población importante y extendida —como los chibchas— de un sistema de aplicación de justicia primordialmente basado en el castigo corporal para las conductas más severas y una aparente visión sobre el daño concebida desde una cosmogonía auténtica y mística[32].

En la colonia, las reglas de las *Siete Partidas* tuvieron aplicación en el territorio colombiano, así como otras normas de la legislación española. Al revisar las interpretaciones sobre tal legislación en el siglo XVIII quedan a la vista los rastros del derecho romano y de un marcado sentido punitivo de la responsabilidad:

[31] Arnoldus Vinnius, *Institutionum Imperialum Commentarius, Tomus Secundus,* Venecia, *Typis Antonii _Graziosi,* 1768, pág. 250.

[32] Otto Morales Benítez, *Derecho precolombino*, Raíz del Nacional y del Continental. Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2007. También, Vicente Restrepo, *Los chibchas antes de la conquista española*, Bogotá; Imprenta de la luz, 1895, Cap. XI: "Tenían los diferentes estados chibchas leyes de inmemorial antigüedad que por tradición oral se transmitían unas generaciones a otras. Atribuían las primitivas a Bachué, quien tenía por madre de su raza. Cada cacique daba, además las leyes particulares que creía convenientes para el buen gobierno de sus dominios. De Nompaném, cacique de Iraca, se refiere que luego que desapareció Bochica se propuso hacer observar los preceptos que este había enseñado, pero que conociendo que no los habían de cumplir si no imponía una sanción al que los infringiera, los redujo a leyes. Dispuso que el homicida fuera condenado a la pena de muerte, y que el embustero, el ladrón y el que quitase la mujer ajena fuese bien castigado: la primera vez con azotes, la segunda con pena de infamia y la tercera infamando al delincuente con toda su parentela. La ley del guayabita era ley de sangre, puesto que la generalidad de los delitos se castigaba con la pena de muerte. Entre las penas que imponían los Guanes son de notarse las siguientes. Al ladrón se le amarraba a un palo cuando reincidía, y se le hacía flechar; a los flecheros que acertaban a herirlo en la boca o en un ojo, les daba el cacique en premio una manta. Las travesuras de los muchachos se castigaban echándoles en los ojos agua de ají, lo que les producía fuerte escozor. Si sospechaban que alguna mujer hubiera cometido adulterio, la embriagaban con zumo de borrachero, y si en el estado de beodez se permitía algún acto de sensualidad, daban por cierta la sospecha, y la mataban; en el caso contrario la daban por libre, haciéndola volver en sí con el zumo de otra yerba".

"Otras obligaciones hay que se contrahen sin voluntad, y son las que nacen de quasi delito, que cometen todos los que yerran en cosas de su oficio, incurriendo en la pena de resarcir todos los daños que con su error huviesen ocasionado, como si por malicia se huviesen cometido"[33].

Es así como se encontraban reglas en las que el daño era tasado previamente como castigo:

"El que injuria a otro de palabra con algunas de las de la Ley, que son: Cabron, Ladron, Sodometico, Cornudo, Traydor, Herege, ó Gafo, ú otras semejantes: ó Puta a mujer casada, tiene la pena, siendo del Estado general el injuriante, de desdecirse públicamente, y la de trescientos sueldos de multa para el injuriado [...]"[34].

Así también se conservó una regla muy similar de valoración del daño en los términos que lo hacía la *Lex Aquilia*[35].

Estas normas del Estatuto Alfonsino extendieron su vigencia incluso después de lograda nuestra independencia, tal y como lo previó —entre otras— la ley del 29 de julio de 1858 de la Confederación Granadina, que dispuso el orden de aplicación de las leyes, señalando a las *Siete Partidas* en el último de sus renglones.

También contamos con producción legislativa "autóctona" durante el siglo XIX que tangencialmente se ocupaba de temas de responsabilidad patrimonial y del derecho a la reparación. Así, por ejemplo, la ley 1ª de 31 de julio de 1823 reconoció el derecho de los propietarios para que se les indemnizara los perjuicios causados por obras públicas. Respecto del daño, el artículo 37 disponía que "la tasación de los terrenos i edificios ocupados, suprimidos, o desmejorados de cualquier manera, por causa de una obra pública, se hará siempre con arreglo al valor que tenían al tiempo de empezarse la obra". La ley 8ª de 3 de agosto de 1824 en su artículo 6º imponía la obligación de "resarcimiento de daños i perjuicios" a los que realizaban la diligencia de examen o registro de la correspondencia privada y "comunicare[n] o divulgare[n] los conocimientos i noticias puramente particulares". El Código Penal de 1837 en su artículo 76, establecía como pena no corporal lo siguiente: "Asimismo, en todo delito de que resulten daños i perjuicios contra la causa pública o contra los particulares, se deberá condenar de mancomun i solidariamente a los autores, a los cómplices

[33] MANUEL SYLVESTRE MARTÍNEZ, *Librería de Jueces*, t. I, Madrid, 1774. pág. 81.

[34] MARTÍNEZ, ob. cít., t. VIII, pág. 152.

[35] *Siete Partidas*, Séptima Partida, Ley XVIII.

y ausiliadores, sin perjuicio de que se pueda gravar a unos mas que a otros como queda espresado, al resarcimiento de todos los daños, i la indemnización de todos los perjuicios que hayan resultado". La ley 127 de 1867 o Código de Minas del Estado Soberano de Antioquia, en su artículo 193, disponía que el valor de los perjuicios que podía reclamar el predio afectado por una servidumbre minera "tendría en cuenta todos los perjuicios que sufra el terreno donde la mina está situada, ya por la extensión del terreno ocupada con los edificios y obras de laboreo [...]; pero nunca se calculará íntegramente el valor del terreno ocupado por el minero, para hacer á éste responsable de dicho valor, en calidad de perjuicio causado por el laboreo de la mina". Podríamos seguir con una lista generosa pero inconexa de normas. Lo cierto es que esta rápida mirada por la naciente obra legislativa colombiana nos permite concluir que nuestro órgano de representación popular, en materia de regulación del fenómeno del daño ha sido asistemático, reactivo y fragmentario.

Permítasenos culminar este análisis con la reseña de los aportes doctrinales nacionales más destacados sobre la materia en los siglos XX y XXI. Así, siguiendo una especie de cronología, encontramos que Vélez al referirse al contenido del artículo 1613 del Código Civil consideró que "Las leyes generalmente hablan de daños y perjuicios. Escriche dice que los unos se han distinguido de los otros, teniendo como daño el mal que directamente se hace, y como perjuicio el mal que indirectamente se causa, impidiendo un bien. Quizá esta distinción equivale a la de daño emergente y lucro cesante, según veremos después"[36]. Pérez Vives incluyó la siguiente definición detallada de perjuicio: "se entiende toda lesión patrimonial o moral, todo menoscabo o pérdida, todo quebranto o dolor, que una persona sufra en su patrimonio o en sí misma (en su integridad física, en sus derechos extrapatrimoniales y de la personalidad, en su honor, crédito, afectos, creencias, etc.)"[37]. Valencia Zea definía daño o perjuicio "cuando se destruye o menoscaba alguno de los derechos subjetivos de las personas"[38]. Martínez Rave propuso que "daño es 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

[36] Fernando Vélez, *Estudio sobre el derecho civil colombiano,* Imprenta Paris América, Paris, 1929, pág. 243.

[37] Álvaro Pérez Vives, *Teoría general de las obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis,1954, pág. 273.

[38] Arturo Valencia Zea, *Derecho civil*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1960, pág. 196.

para que exista el daño"[39]. En el ámbito contractual, OSPINA FERNÁNDEZ sostiene que daño es "detrimento que experimenta el acreedor por la inejecución total o parcial, o por la ejecución tardía o defectuosa de la prestación"[40]. TAMAYO LOMBANA escribió que "a pesar de que el Código Civil no definió el perjuicio, su noción resulta clara, por cuanto coincide con el significado corriente de la palabra: es un daño, una lesión en el patrimonio, en el honor, en los sentimientos, en las prerrogativas de orden afectivo e intelectual"[41]. HENAO PÉREZ define daño como "la aminoración patrimonial sufrida por la víctima"[42]. CUBIDES CAMACHO estima que el daño "es el detrimento o demérito que sufre una persona en sus derechos o en sus sentimientos"[43]. En su magna obra sobre responsabilidad civil, TAMAYO JARAMILLO estima que "daño civil es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial"[44]. VELÁSQUEZ POSADA[45] acogió íntegramente la definición de TAMAYO JARAMILLO. Para TAPIAS ROCHA "el daño para el Código Civil, es la lesión de un derecho, de un derecho de aquellos que por tener contenido económico integran el patrimonio de una persona, en particular la violación, detrimento, o menoscabo de un derecho real o de un derecho personal o de crédito, pero se da también cuando se lesionan los derechos que tiene toda persona, sobre su vida, salud, integridad corporal"[46]. GONZÁLEZ BRICEÑO definió perjuicio como "la alteración negativa e ilícita de los bienes o intereses patrimoniales y extrapatrimoniales de la víctima como con-

[39] GILBERTO MARTÍNEZ RAVE, *Responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá, Edit. Temis,1998, pág. 160.

[40] GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis, 1994, pág. 120.

[41] ALBERTO TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones. La responsabilidad civil*. Bogotá, Edit. Temis, 1994, pág. 33.

[42] JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, *El daño*, Bogotá, Universidad Externado, 1998. pág. 76.

[43] JORGE CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones,* Bogotá, Universidad Javeriana, 2005, pág. 297.

[44] JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, Bogotá, Legis, 2007, pág. 326.

[45] OBDULIO VELÁSQUEZ POSADA, *Responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá, Universidad de La Sabana-Edit. Temis, 2009, pág. 233.

[46] HERNANDO TAPIAS ROCHA, "La concepción del daño en el Código de Bello", en FABRICIO MANTILLA, *et al*, *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*, Bogotá- Santiago, Universidad del Rosario-Fundación Fueyo-Universidad Diego Portales, 2008, pág. 207.

secuencia del hecho dañoso"[47]. El profesor Ramírez Baquero en la esfera contractual define daño (resolutorio) así: "es toda entidad lesiva, esto es, todo menoscabo, detrimento o afectación padecido por un interés o inclinación del ánimo de un sujeto de derecho, sea o no estimable en una suma de dinero, merecedor de tutela jurídica [...]"[48]; mientras que Marín Martínez afirma que "es el menoscabo de un bien, material o inmaterial, jurídicamente tutelado, o bien, es la lesión que sufre una persona en su integridad, la cual puede ser física o en su personalidad"[49]. Aramburo Calle en su magnífico artículo sobre modernización de la responsabilidad extracontractual propone "reivindicar la distinción entre daño y perjuicio (o, en la terminología de la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, entre *daño evento* y *daño consecuencia*) teniendo al primero como la afectación del derecho o interés lesionado y al segundo como la proyección económica de esa afectación"[50]. Finalmente, en su esclarecedor artículo sobre las formas de reparación en la responsabilidad del Estado y su propuesta de unificación sustancial de todas sus acciones, Henao Pérez extractó de su tesis doctoral la siguiente definición: "daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátese de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como la lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil —imputación y fundamento del deber de reparar— se encuentran reunidos"[51].

[47] Álvaro González Briceño, "El daño o perjuicio", en Marcela Castro de Cifuentes, (Coord), *Derecho de las obligaciones*, t. II, vol. I, Bogotá, Universidad de los Andes-Edit. Temis, 2010. pág. 52.

[48] Edgar Ramírez Baquero, *Obligaciones y contratos*. Ensayos, Bogotá, Universidad del Rosario, 2013. pág. 199.

[49] Óscar Marín Martínez, *Liquidación de perjuicios y ajuste de pérdidas de seguros*, Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2013, pág. 31.

[50] Maximiliano Aramburo Calle, "Modernizar la responsabilidad extracontractual. Un mapa de problemas", en *Modernización de las obligaciones y los contratos. Seis estudios*, Marcela Castro de Cifuentes (Coord.), Bogotá, Universidad de los Andees-Edit. Temis, pág. 201.

[51] Juan Carlos Henao Pérez, "Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado", en *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Bogotá, Universidad Externado, 2015, pág. 35.

Este frenético recuento apunta a la necesidad de una definición de daño en derecho colombiano que disipe las dudas —que se hacen manifiestas tanto con las normas legales especiales, como con la abundante y variopinta producción jurisprudencial y doctrinal— y que denotan la ausencia de una regulación coherente.

B) *El manto de lo inasible*

Cuando se investiga el estado del tema en materia del concepto de daño, el escenario es relativamente claro. Son poquísimas las normas vigentes internas que proponen una definición y lo mismo ocurre en el derecho comparado. En efecto, en nuestro "sistema" de derecho solo conocemos las siguientes definiciones referidas a ámbitos concretos y de aplicación ciertamente limitada:

a) El artículo 6º de la ley 610 de 2000 define el daño patrimonial al Estado en los siguientes términos: "Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, que en términos generales no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías".

b) El artículo 2º de la ley 945 de 2005, por medio de la cual se aprobó el "Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación", define daño de la siguiente manera: "c) Por «daño» se entiende: i) Muerte o lesiones corporales; ii) Daños o perjuicios materiales, salvo a los bienes de propiedad de la persona responsable de los daños de conformidad con el presente Protocolo; iii) Pérdidas de ingresos directamente derivadas de un interés económico en el uso del medio ambiente incurridas como resultado de un deterioro significativo del medio ambiente, teniendo en cuenta los ahorros y los costos; iv) Costo de las medidas de restablecimiento del medio ambiente deteriorado, limitado al costo de las medidas efectivamente adoptadas o que vayan a adoptarse; y v) Costo de las medidas preventivas, incluidas cualesquiera pérdidas o daños causados por esas medidas, en la medida en que los daños deriven o resulten de propiedades peli-

grosas de los desechos objeto de movimientos transfronterizos y eliminación de desechos peligrosos y otros desechos sujetos al Convenio".

c) La ley 1591 de 2012, por medio de la cual se aprobó el "Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales", en su artículo 1º, define daño como "la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales u otros perjuicios a la salud, así como la pérdida de bienes o los perjuicios causados a bienes de Estados o de personas físicas o morales, o de organizaciones internacionales intergubernamentales".

En otros sistemas jurídicos que hemos tenido la oportunidad de revisar encontramos una tendencia a evitar definir el daño por vía legislativa[52].

Son muy pocos los sistemas de derecho que se atreven a definirlo. En el derecho austríaco, por ejemplo, el artículo 1293 del ABGB incluye la siguiente noción de daño: "Daño es todo detrimento infligido a la persona, derechos o propiedad de otro"[53]. En América Latina, el nuevo Código Civil argentino en su artículo 1737 trae la siguiente definición: "Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva".

De estos esfuerzos legislativos podemos extractar una estructura molecular relativamente común:

a) El daño jurídicamente relevante es aquel que ocasiona un impacto negativo. Las definiciones —tácitamente— descartan el daño que produce un beneficio o que tiene un impacto neutro en la víctima.

b) Se excluye —también tácitamente— el daño auto infligido, esto es, el causado por la propia víctima. Ese acto dispositivo de los propios derechos o intereses no se tendrá, en principio, como daño indemnizable.

c) El daño se define *per relationem*, vale decir, como el efecto sobre algo. Modernamente se lo aprecia como el impacto no deseado sobre un

[52] Tal es el caso de Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Holanda, España, Inglaterra, Gales, Irlanda, Escocia, Finlandia, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Suecia. Ver al respecto, Christian von Bar, *The Common European Law of Torts*. Great Britain, Oxford University Press, 2000. Lo mismo ocurre en Sur Africa y Estados Unidos. Ver Ulrich Magnus, *Unification of Tort Law: Damages. European Centre of Tort and Insurance Law*, Kluwer Law International, Great Britain, 2001.

[53] "*Schade heißt jeder Nachtheil, welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden* ist (…)", en *https://www.ris.bka.gv.at*

derecho, un interés legítimo o, al menos, por una situación jurídica que no es rechazada por el ordenamiento jurídico.

d) Es recurrente el uso de definiciones circulares: daño es lesión, daño es detrimento, daño es pérdida, daño es perjuicio, daño es menoscabo. ¿Al leerlas, sabemos realmente qué es daño, o simplemente estamos diciendo que el color blanco es albo?

Aunque no hemos centrado nuestra atención en las nociones de daño que han sido propuestas por nuestra jurisprudencia, no podemos dejar de mencionar una. En ella se devela la importancia que una definición de daño puede tener para nuestro sistema jurídico. Se trata de la decisión proferida por la Corte Constitucional (C-052 de 2012) en la que se analizó la constitucionalidad del inciso 2° del artículo 3° de la ley 1448 de 2011, "por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones". La norma en comento en su parte inicial definió el término víctima del conflicto armado interno así: "Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan *sufrido un daño* por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno". Trasluce la esencialidad del término daño para entender quién es víctima. Con todo, la misma ley no definió el término daño. En las motivaciones de la sentencia la Corte tuvo que proponer una noción de daño, y lo hizo en estos términos:

"[...] en relación con el inciso 1°, cuya exequibilidad no se juzga en esta oportunidad, destaca la Sala que se reconoce como víctimas a todas las personas que hubieren sufrido un daño, como consecuencia de los hechos que el mismo precepto determina a continuación. Así, pese a que existen también otros criterios relevantes, el concepto de daño es el más significativo de todos, pues es de la acreditación de su ocurrencia que depende que las personas interesadas logren ser reconocidas como víctimas y accedan a los importantes beneficios establecidos en esta normativa.

"Ahora bien, es importante destacar que el concepto de daño es amplio y comprehensivo, pues abarca todos los distintos fenómenos usualmente aceptados como fuente generadora de responsabilidad, entre ellos el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral en sus diversas formas, el daño en la vida de relación, el desamparo derivado de la dependencia económica que hubiere existido frente a la persona

principalmente afectada, así como todas las demás modalidades de daño, reconocidas tanto por las leyes como por la jurisprudencia, ahora o en el futuro.

"Según encuentra la Corte, la noción de daño comprende entonces incluso eventos en los que un determinado sujeto resulta personalmente afectado como resultado de hechos u acciones que directamente hubieren recaído sobre otras personas, lo que claramente permite que a su abrigo se admita como víctimas a los familiares de los directamente lesionados, siempre que por causa de esa agresión hubieren sufrido una situación desfavorable, jurídicamente relevante".

Daño, entonces, es toda situación desfavorable jurídicamente relevante. ¿Será esto suficiente?

Cerramos este acápite con dos referencias doctrinales foráneas notables. Los *Principles of European Tort Law* (PETL)[54] contienen una cláusula general a la que se le suma unos criterios para determinar si existe o no un interés jurídicamente protegido digno de tutela. El artículo 2:101 señala que el "daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido" y, por "intereses protegidos" el artículo 2:102 precisa que "el alcance de la protección de un interés depende de su naturaleza" y que "su protección será más amplia cuanto mayor sea su valor, la precisión de su definición y su obviedad".

A su turno, los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (DCFR) listan casos de daño jurídicamente relevante (como la lesión corporal y los daños que resultan de ella, daños sufridos por terceros como consecuencia de la lesión o muerte de otra persona, lesiones a la dignidad, libertad e intimidad, daño por la comunicación de información incorrecta sobre otra persona, daño por la infracción de la confidencialidad, de la propiedad y de la posesión, por la confianza en información o consejo incorrectos) junto a una noción de cierre en estos términos; dice el Libro VI, artículo 2:101:

"Meaning of legally relevant damage

"(1) Loss, whether economic or non-economic, or injury is legally relevant damage if:

"(a) one of the following rules of this Chapter so provides;

"(b) the loss or injury results from a violation of a right otherwise conferred by the law; or

[54] Principles of European Tort Law: Text and Commentary, Viena, Nueva York, Springer, 2005.

”(c) the loss or injury results from a violation of an interest worthy of legal protection.

”(2) In any case covered only by sub-paragraphs(b) or (c) of paragraph

”(1) loss or injury constitutes legally relevant damage only if it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention, as the case may be, under VI. – 1:101 (Basic rule) or VI. – 1:102 (Prevention).

”(3) In considering whether it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention regard is to be had to the ground of accountability, to the nature and proximity of the damage or impending damage, to the reasonable expectations of the person who suffers or would suffer the damage, and to considerations of public policy”.

C) *Transversalidad*

Es prácticamente imposible encontrar un ámbito de la experiencia humana y, por ende, del derecho, en el que el concepto de daño no haga parte. Así, en el derecho público se ha considerado que el principio de responsabilidad por daño forma parte de una de las columnas que junto al principio de legalidad soportan nuestro derecho público[55]. Tal aserto se demuestra en Colombia con la lectura del artículo 90 constitucional. Lo interesante del derecho público moderno es advertir que los daños tienen hoy un reconocimiento simbiótico. El Estado —agente— hoy también es considerado víctima. Si se bucea en las diferentes subáreas que integran el derecho público se patentiza aún más la presencia del daño como una noción eje de las distintas categorías que lo integran. Piénsese, por ejemplo, en el circuito intelectual menos ortodoxo del derecho internacional público: la responsabilidad patrimonial internacional del Estado[56], la responsabilidad transfronteriza, la responsabilidad por violación de derechos humanos —entre otros— son capítulos de tales materias con una marcada y creciente ascendencia. Lo propio puede decirse del derecho penal: la indemnización a favor del afectado por un delito es pilar de lo que se considera el núcleo irreductible de protección a la víctima[57]. Puede así también nombrarse el derecho

[55] DIEGO TOBÓN ARBELÁEZ, *Principios fundamentales del derecho administrativo*, Medellín, Tipografía Industrial, 1939, págs. 282 y 283.

[56] Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001. Quincuagésimo sexto período de sesiones.

[57] Código Penal, art. 94.

tributario, en el que el daño causado por el evasor es deficientemente regulado por las normas especiales[58]. También en el derecho procesal —con ocasión de la regulación del llamado juramento estimatorio— esta materia se convierte en determinante objeto de estudio y todo un desafío al derecho al acceso a la administración de justicia[59].

Si pasamos al ámbito del derecho privado la realidad no es diferente. Tanto en el campo civil, como en el mercantil, los casos de responsabilidad precontractual[60], contractual[61], extracontractual[62] y postcontractual ejercen una fuerza gravitacional que arrastra casi en su totalidad al resto de instituciones.

Es exótico encontrar una actividad con efectos económicos en el que el contrato de seguro (una de las herramientas principales para hacer frente a las consecuencias de la imposición de una obligación indemnizatoria) no esté presente.

Finalmente, no debe olvidarse que a la clásica división entre derecho público y derecho privado le ha surgido un *tertium genus*; se trata de la protección de los derechos supra o transindividuales que no pueden simplemente situarse en el conjunto de lo público o de lo privado. Allí también hay un fuerte dominio del daño como elemento de relevancia conceptual, hasta el punto que se han empezado a formar nociones autónomas de daño prototípico: el daño difuso, el daño colectivo y el daño masivo[63].

El carácter transversal del daño nos revela un diagnóstico ciertamente desafiante: la complejísima configuración de una noción universal que alivie para siempre la patología tropical de asistematicidad. La teoría del todo nos sigue huyendo también como lo sigue haciendo en la física teórica. Veamos cómo esa universalidad frustrada puede horadar la coherencia de un sistema jurídico que clama a gritos racionalidad.

### D) *Universalidad frustrada: los gemelos enfermos*

Imagínese por un momento el caso de un médico que tiene dos trabajos. En la mañana atiende —como funcionario público— en un hospital

[58] Estatuto Tributario, arts. 634 y ss.

[59] Código General del Proceso, art. 206.

[60] Código de Comercio, art. 863.

[61] Código Civil, art. 1613 y Código de Comercio, art. 870.

[62] Código Civil, arts. 2341 y ss. y Código de Comercio, art. 1006.

[63] Ley 472 de 1998.

del Estado y, por la tarde, en su consultorio privado. La especialidad de este médico es la pediatría infantil. Pensemos que en un fatal día, este profesional atiende en la mañana —en el hospital público— a un niño de 7 años y, en la tarde, en su consulta privada, a su gemelo también de 7 años. El procedimiento que debe realizar es exactamente el mismo: la vacunación. Por razones que no vale la pena discutir ahora, ese día, el médico realiza de forma errada ambos procedimientos, dando paso al fallecimiento de ambos niños tres días después. ¿Es el daño sufrido por sus padres el mismo? ¿De serlo, la consecuencia jurídica prevista debería ser igual en lo que respecta a la reparación del daño? Si nos concentramos en la posición de las víctimas creemos que se debería concluir que ambos fenómenos de daño son iguales. La única diferencia es que el centro de imputación no es el mismo. En la mañana sería el Estado. En la tarde, el médico de forma personal.

A pesar de la evidente identidad fáctica del daño, en lo que respecta a Colombia, la indemnización de perjuicios de nuestro doloroso caso no sería necesariamente igual. Si bien no hay duda de que ambos casos serían considerados como daño —a efectos de estructurar la ecuación de la responsabilidad patrimonial—, la forma de repararlo no es la misma. En una visión universalista esto es desastroso.

E) *Dislocación jurisdiccional: ¿tenemos un sistema jurídico?*

Los gemelos están enfermos, entre otras razones, por el fraccionamiento de nuestra jurisdicción y la ausencia de un tratamiento legislativo consistente frente al daño. Quien quiera ahondar en este drama tiene materia abundante. Las decisiones de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de su Sala Penal y de su Sala Civil, de las cinco secciones y subsecciones del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional en sede de tutela, con cada una de sus salas y también en sede de control de constitucionalidad, así como de los entes administrativos dotados de función jurisdiccional como la Superintendencia de Industria y Comercio etc., más los órganos internacionales que cumplen función jurisdiccional, son claramente representativas de la ausencia unificadora de soluciones para hacer frente al fenómeno del daño. Bástenos estos sencillos ejemplos de nuestra jurisprudencia. En cuanto a la tasación del daño moral, la Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo —en oposición a otras decisiones proferidas por esa misma subsección[64]— que "el principio de proporcionalidad

[64] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C., sent. de 9 agosto 2011, rad. 63001-23-31-000-1998-00812-01(20144).

no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral"[65]. Por su parte, la Corte Constitucional en sede de tutela ha sostenido que "los jueces administrativos han de actuar siguiendo racionalmente la libertad probatoria, pero su discreción debe ser prudente y siempre sustentada, dentro de los marcos de equidad, igualdad y reparación integral, sin dejar de lado que un tope no es para ser asumido en forma caprichosa e invariable, sino con razonabilidad, a partir de la observación de precedentes y del establecimiento de similitudes y diferencias"[66].

También pueden revisarse las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que condenan por daño moral a los responsables de un acto de tortura[67] por cifras infinitamente inferiores a las otorgadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por actos similares[68].

Pero no solo el problema está en la cuantificación. También hay uno igualmente grave: la tipificación. ¿Cuáles son las tipologías de daño reconocidas por nuestra jurisprudencia? Hagamos un breve repaso de las posiciones más recientes:

La Sección Tercera del Consejo de Estado reconoce los siguientes conceptos de daños inmateriales: perjuicio moral, daño a bienes constitucionales y convencionales y daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico), derivado de una lesión corporal o psicofísica[69]. Estos conceptos se pueden sintetizar así con ocasión de sus decisiones[70] más recientes:

*Perjuicio moral*: es la indemnización por afectaciones en la órbita interna y aflictiva del ser humano.

*Daño a la salud*: garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona.

[65] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sent. de 14 marzo 2012, exp. 05001232500019942074 01.

[66] Corte Const., sent. T-169 de 1º abril 2013.

[67] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sent. de 14 septiembre 2011.

[68] Corte Interamericana de Derechos Humanos, decisión de 12 septiembre 2005, serie C No. 132. En nuestra respetuosa opinión, el que los centros de imputación sean distintos —en el de la Corte Suprema de Justicia, personas naturales y en el de la Corte Interamericana el Estado—, no justifican un tratamiento diferenciado.

[69] Acta de 28 de agosto de 2014. Ver también sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014.

[70] Consejo de Estado, Sección Tercera (Subsección B), sent. de 28 mayo 2015, C. P. Stella Conto.

*Cualquier otro bien, derecho o interés legítimo*: constitucional o jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de daño corporal o afectación a la integridad psicofísica y que merezca una indemnización mediante las tipologías tradicionales, como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia, o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (como el derecho al buen nombre, el honor o la honra, o a tener una familia, entre otros, siempre que se acredite su concreción). No obstante lo anterior, dado que en nuestro país no existe un sistema abierto y asistemático del perjuicio inmaterial, será la jurisprudencia del Consejo de Estado la encargada de definir la posibilidad de reconocer otras categorías o tipos de daños distintos al daño a la salud.

Respecto de los daños materiales ha reconocido los conceptos tradicionales del derecho civil de daño emergente[71] y lucro cesante[72]. Asimismo, ha acogido la noción de pérdida de oportunidad[73].

Para la Sección Primera del Consejo de Estado los conceptos parecen no ser los mismos. Así las tipologías discutidas serían daño emergente, lucro cesante y daño moral[74]. En su Sección Segunda se han usado estas denominaciones: daño emergente, lucro cesante, perjuicios morales, daño a la salud, y lesión a cualquier otro bien, derecho o interés legítimo[75].

Para la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, los conceptos de daño son en la órbita extrapatrimonial el daño moral, a la vida de relación, o a bienes jurídicos de especial protección constitucional[76]. En cuanto a los materiales: daño emergente, lucro cesante y pérdida de una oportunidad[77]. Por su parte, la Sala Penal de la Corte usa otros conceptos

[71] Entre otras, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, 12 noviembre 2014, C. P. Hernán Andrade.

[72] Entre otras, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, 12 junio 2014, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 13 abril 2105.

[73] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, 24 octubre 2013, C. P. Enrique Gil Botero.

[74] Consejo de Estado, Sección Primera, C. P. Guillermo Vargas Ayala, 22 enero 2015.

[75] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, 4 julio 2013.

[76] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P. Álvaro Fernando García Restrepo, 9 junio 2015.

[77] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P. Margarita Cabello Blanco, 4 agosto 2014.

de daño inmaterial: daño moral objetivado, daño moral subjetivado y daño a la vida de relación[78]. Finalmente, la Sala Laboral de la Corte, respecto de los daños inmateriales también usa los conceptos de daño moral objetivado y daño moral subjetivado[79].

F) *Ausencia de políticas públicas en torno al fenómeno del daño*

Muchas voces calificadas han denunciado la falta de una política estatal criminal coherente. El panorama en materia del daño no puede ser peor. El abandono legislativo respecto a la necesidad de tener una estructura coordinada de protección de bienes jurídicos, tanto en la esfera de lucha contra el delito, como en la lucha contra el daño[80], es dramático[81]. En nuestra opinión, la separación que viene dominando los debates científicos en torno al divorcio entre derecho penal y derecho privado, así como entre derecho público y derecho privado, están creando múltiples contradicciones que trastocan la coherencia valorativa de una sociedad que dice o pretende crear reglas de conducta para asegurar un orden social justo. Así, por ejemplo, es impresentable que la infracción de un derecho marcario sea tratada de forma más severa que las lesiones a la integridad de un ser humano.

G) *Los dogmas*

Nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina han permitido el enquistamiento de una serie de dogmas en torno a la responsabilidad patrimonial. Estas ideas —provenientes en su mayoría de jurisdicciones en las

[78] Corte Suprema de Justicia, Sala penal, 14 de octubre de 2015, M. P. Fernando Alberto Castro Caballero, rad. 42175.

[79] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve, 27 agosto 2014.

[80] Tímidamente el Estado colombiano ha empezado a desarrollar una política pública de "prevención del daño antijurídico", que más se parece a una estrategia de reducir el impacto indemnizatorio de las condenas contra el Estado (decr. 1069 de 2015, art. 2.2.4.3.1.2.2)

[81] Mientras escribimos estas letras tenemos conocimiento de la existencia del proyecto de ley 122 de 2015 en el Senado por medio del cual se regula "la indemnización de los daños a la persona en los procesos de responsabilidad". El proyecto, por cierto, solo tiene por objeto la regulación de daños a la persona, y los define como "toda afectación o menoscabo que sufra una persona natural sobre su integridad física, su integridad psíquica o sus derechos a la personalidad". El proyecto distingue entre daño y perjuicio, y define los últimos como "las repercusiones negativas que sufran las víctimas como consecuencia directa del hecho dañoso".

que se requiere de pasaporte para transitar— han desdibujado muchos de nuestros textos legales hasta el punto que nadie teme en afirmar que ¡el derecho de daños es un derecho jurisprudencial! Entender el fenómeno de la responsabilidad patrimonial en Colombia sin hacer venia a estos dogmas que se deben recitar todos los días a las cinco de la tarde, equivale a una pronta excomunión académica. Veámoslos:

a) *No hay responsabilidad patrimonial sin daño.* Es dominante la tesis según la cual el daño es el elemento más importante de la responsabilidad patrimonial y que, sin él, no surge la obligación de reparar. También se añade a esta idea la frase según la cual el daño es elemento necesario mas no suficiente para configurar la responsabilidad. En pocas palabras, sin daño no hay responsabilidad, pero para que exista responsabilidad no basta el daño (haría falta el nexo causal y el factor de atribución).

Esta regla muy consolidada está siendo reemplazada en varias hipótesis por casos en donde sin daño hay responsabilidad, como en el de los daños punitivos. O donde, existiendo daño sin factor de atribución, se imputa responsabilidad, como en los casos de responsabilidad por razones de equidad. Ha de recordarse también cómo la causalidad es muchas veces juzgada con suma flexibilidad, hasta el punto que ha de preguntarse si realmente es ya un requisito de la responsabilidad.

b) *El daño y nada más que el daño.* Este dogma forma parte del cuestionamiento sobre la valoración de la obligación indemnizatoria. La propuesta es que siempre es posible hacer una equivalencia aritmética entre el daño sufrido y la indemnización que se debe pagar, de tal suerte que se neutralicen los efectos patrimoniales del daño. Basta hablar con una víctima o verla en un estrado judicial para entender que esa suposición jurídica es una entelequia. El dinero no es una máquina del tiempo y, en cualquier caso, la reparación pecuniaria del daño —incluso una muy bien tasada— nunca podrá sanear sus consecuencias negativas, especialmente las imprevisibles, para la víctima al momento de ser reparada.

El principio que refleja esta aspiración de la responsabilidad es conocido como integralidad o principio de reparación integral, acogido legislativamente en el artículo 16 de la ley 446 de 1998 y reiterado en el artículo 283 del Código General del Proceso. Según este, debe dejarse a la víctima en una situación lo más cercana posible a la que se encontraba antes del acaecimiento del daño.

c) *El daño no puede ser fuente de enriquecimiento para la víctima.* Muy cerca al anterior dogma esta aquel que limita de cierta forma los

derechos de la víctima. El derecho a recibir una indemnización no puede dejar a la víctima en una situación mejor a la que se encontraba antes del acaecimiento del daño. Por eso también se ha dicho que no se puede recibir más de una indemnización por el mismo perjuicio.

Esta premisa ha sido derrotada por otro dogma conocido como *compensatio lucri cum damno*, esto es, casos en los que se admite que la víctima reciba más de una contraprestación por el daño sufrido sin que ello vulnere el principio de la proscripción de enriquecimiento de la víctima. Normalmente se sostiene que ese derecho está dado en que las prestaciones que reciba la víctima tengan distinta fuente.

d) *Para ser indemnizable el daño debe ser cierto, personal y directo.* Estos requisitos son repetidos mayoritariamente por nuestra doctrina y jurisprudencia, a pesar de que no exista una norma que los consagre. El origen de estos requisitos es el derecho francés. En resumen, significan lo siguiente: el requisito de personalidad del daño se orienta a calificar la legitimación de quien reclama la reparación. Solo la víctima a quien se le ha lesionado un derecho o interés es admitida para que reclame la indemnización. La condición de certeza del daño significa que debe tener una entidad tal que puede ser reconocido, sea que haya ocurrido en el pasado, en el presente o en el futuro. Se opone al daño cierto el daño hipotético, esto es, aquellas elucubraciones que no pasan de ser meras especulaciones sin posibilidad de ser probadas o que, de serlo, no le dan al juzgador suficiente seguridad sobre su ocurrencia. Por su parte, el daño es directo si y solo si es explicable como consecuencia de una situación imputable al agente de daños. Esto lo convierte en una reproducción del vínculo o nexo causal que es exigido como elemento de la responsabilidad patrimonial.

e) *El daño sufrido pero no susceptible de ser valorado puede ser reparado sobre la base del principio de equidad.* El principio de equidad como criterio de valoración del daño fue acogido legislativamente en el artículo 16 de la ley 446 de 1998 y reiterado en el artículo 283 del Código General del Proceso. Sus bases conceptuales son tan etéreas como el concepto mismo de equidad. Este principio ha sido usado para justificar la reparación de los daños inmateriales y también para la reparación de daños que no logran ser cuantificados.

f) *No se repara a quien pretende la protección de ventajas obtenidas ilícitamente. Los intereses espurios no son dignos de tutela*. Las reglas de responsabilidad no se han construido para proteger intereses ilícitos o contrarios a derecho. Si bien técnicamente una persona que ejecuta

una actividad ilegal puede sostener que ha sufrido un daño porque otro le ha impedido continuar con su empresa delictiva, esos perjuicios no son indemnizables. Sería un gran contrasentido y se desafiaría la lógica elemental de un sistema jurídico que lo reprochable jurídicamente sea simultáneamente digno de protección por el mismo sistema.

g) *El daño debe probarlo quien lo sufre.* Si bien este dogma no es propiamente conceptual sino procesal, ha generado ciertamente muchas nociones de infranqueable ruptura. El punto de partida para su aceptación en derecho colombiano es el artículo 1757 del Código Civil. Su rigurosa aplicación ha dado paso a que muchas víctimas que no cumplen tal carga, se queden sin reparación a pesar de lograr probar el resto de elementos estructurales de la responsabilidad. Este principio se ha reforzado con los requisitos del juramento estimatorio ex artículo 206 del Código General del Proceso; pero ha de esperarse que colisione de frente con el principio de equidad antes discutido y muy principalmente con el de carga dinámica de la prueba, consagrado en el artículo 167 del Código General del Proceso. ¿Puede ordenar el juez que el demandado tenga la carga de probar el daño del demandante?

## **3**. ¿QUIÉN PUEDE DECIR QUÉ ES DAÑO?

Seguramente los que lo sufren. Son ellos los que de manera inmediata experimentan esa circunstancia que altera su "normalidad"[82] o que la pone en un riesgo tal que afectan su tranquilidad o "equilibrio". Sin embargo, esa es solo una manifestación prejurídica que solo hallará abrigo en el derecho si se satisfacen otros requisitos que permitan considerar a ese afectado o afectados sujetos dignos de tutela. ¿Y entonces, quién nos ha de decir qué es daño en sentido jurídico? Siempre hemos considerado muy peligrosa la propuesta en donde el juez tiene la plena soberanía para definir qué es daño, los conceptos que lo integran y cómo ha de reparárselo. Esta preocupación se encuentra con alguna frecuencia en nuestra doctrina. Sin embargo, no ha dado paso a una reacción más contundente de la academia. No preocupa, por ejemplo, que los jueces empiecen a crear categorías de daño imprevistas incluso para las propias víctimas. No se trata de ninguna manera de una desconfianza subcutánea respecto al ejercicio de la función judicial. Es la legítima

[82] Entendemos por normalidad no un estado parametrizado del individuo que pueda ser calificado como neutro, sino unas particulares condiciones psicofisiológicas en un momento y tiempo determinados, de quien se dice afectado.

preocupación por impedir que el proceso de responsabilidad sea terreno propicio en el que se protegen víctimas para crear otras víctimas. Si a un demandado le corresponde pagar una indemnización porque causó un daño, así debe ser juzgado. Allí estaremos en el funcionamiento ideal del sistema. Pero, si en el momento en que se define el alcance de su obligación, le imponen reparar un daño del que no tuvo oportunidad de defenderse o controvertir (porque la víctima nunca lo reclamó o bien porque el juez estima que tiene un poder oficioso o de interpretación de la demanda tan amplio que puede condenar *extra petita* sin comprometer la legalidad de su decisión), estamos ante el resquebrajamiento del principio de imparcialidad judicial y abrimos las ventanas al invierno sepulcral que causará la letal pulmonía al derecho fundamental del debido proceso. ¿Cómo evitar esto? La respuesta nos resulta muy clara: una regulación legislativa comprensiva y coherente del fenómeno del daño y de sus formas de reparación. ¿Por qué del legislador? Porque nuestra Constitución en su artículo 150, numeral 2 le ha otorgado la competencia residual al órgano de representación popular y, al no estar asignado este tema a otra rama del poder público, es dicha corporación quien debe ejercerla, tal y como nuestra Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de precisar:

"Como lo ha señalado de manera consistente y reiterada la jurisprudencia de esta corporación, corresponde al Congreso de la República, en desarrollo de su libertad de configuración política, regular el régimen de la responsabilidad, las modalidades del daño y todo lo relacionado con los medios para cuantificarlo"[83].

También ha dicho:

"Por lo anterior, el legislador, al definir el alcance de la «reparación integral» puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables. Puede también el legislador fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pueden consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para

[83] Corte Const., sent. C-1008 de 2010.

ciertos perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados"[84].

Estas dos citas son muy dicientes de varias preocupaciones que rondan el ámbito de la responsabilidad: (i) el riesgo de arbitrariedad judicial, y (ii) la necesidad de la razonabilidad y proporcionalidad en la imposición de la obligación indemnizatoria.

## **4**. ¿LA DEFINICIÓN DEL DAÑO DESDE EL DERECHO PROCESAL?

Mientras no exista una decidida intervención legislativa, no queda otra alternativa que tratar de extractar una respuesta desde la integración e interpretación del ordenamiento vigente. Al respecto, pensamos lo siguiente:

La tradicional disección del derecho en sustancial y procesal que tanto ha entretenido a los estudiosos, nos avoca a la siguiente premisa: las normas sustanciales de responsabilidad no son nada si a ellas no las acompaña una correlación armónica de normas procesales que las hagan operativas, como cualquiera otra norma de derecho sustancial valga decirlo. Nos atrevemos a afirmar que en el mundo de los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y a la tutela cautelar efectiva, las normas procesales se convierten en una de las cúspides definicionales del sistema de daños. Intentaremos absorber los elementos que componen los "nuevos" estatutos procesales para proponer una definición que sea (i) afín al sistema jurídico colombiano y por tanto provenga de sus normas jurídicas, (ii) universal desde el punto de vista de la transversalidad y, (iii) que pueda servir como guía conductual del hombre que quiere conocer los límites de su libertad. Así las cosas, daño en sentido jurídico sería:

Aquella amenaza, privación o alteración del núcleo de protección (en adelante "NP") de un sujeto de derecho, individual o colectivo, causado por otro sujeto de derecho, individual o colectivo, de tal intensidad, que un sistema de derecho justo no puede aceptar como irrelevante, tenga o no un efecto económico mensurable. Al considerarlo digno de tutela, el sistema dota a la víctima (daño individual), víctimas (daño masivo) o al actor popular (daño difuso y colectivo) de una serie de remedios que le(s) permiten prevenir el daño, hacerlo cesar, obtener su reparación, restitución, compensación y, en algunos casos, legal o contractualmente previstos, su castigo.

[84] Corte Const., sent. C-916 de 2002.

Nuestra definición se explica así:

A) *La definición de daño como manifestación de una relación obligatoria*

El fenómeno del daño—en sentido jurídico— se nos presenta como una composición relacional dual. En un extremo, una víctima (sujeto individual o colectivo) y en el otro un agresor (sujeto individual o colectivo). De cumplirse ciertas condiciones definidas en una norma jurídica, el agresor queda obligado para con la víctima (consecuencia jurídica de la responsabilidad) a cumplir una cualquiera de las siguientes prestaciones (en la forma como la norma jurídica las imponga): (i) no hacer algo (especialmente para el caso de una amenaza) o, (ii) hacer algo (como en los casos de reparaciones simbólicas, restauraciones de la verdad y ofrecimiento de perdón) o, (iii) dar algo (como en el caso del pago de una suma de dinero a título de indemnización, o la restitución de provechos obtenidos indebidamente por un tercero)

B) *No toda amenaza, privación o alteración a un derecho o interés es daño y el derecho a la reparación no es, en principio, un derecho fundamental*

Como lo adelantábamos en las primeras ideas de este escrito, es sumamente peligroso (y financieramente inviable) configurar una noción de daño tan amplia que haga pensar que cualquier molestia, por mínima o irrelevante que sea, es un daño. No sería daño por ejemplo el sufrimiento constante que un equipo de fútbol mal administrado le cause a sus fanáticos por sus constantes derrotas. Aceptar este tipo de conclusiones implica, de rebote, estimar que el derecho a la reparación no es un derecho absoluto. Es más, no sería ni siquiera un derecho fundamental como lo empiezan a reclamar algunos. Al respecto, vale recordar que nuestra Corte Constitucional solamente le ha reconocido el carácter de fundamental —en una sentencia muy discutible— al derecho a la reparación integral que tienen las víctimas de nuestro conflicto armado:

"[...] la reparación se cataloga como un derecho fundamental porque: 1) busca restablecer la dignidad de las víctimas a quienes se les han vulnerado sus derechos constitucionales; y 2) por tratarse de un derecho complejo que se interrelaciona con la verdad y la justicia, que se traduce en pretensiones concretas de restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y no repetición. De esta manera, el reconocimiento de la reparación como derecho fundamental

se ajusta a los estándares internacionales en la materia y hace posible su amparo por vía de tutela"[85].

Que sepamos, los derechos de indemnización expresamente previstos en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia y en la Constitución son solo, el previsto en el artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece el derecho a la indemnización de la persona condenada penalmente por error judicial[86] y la garantía indemnizatoria por expropiación del artículo 21[87]. En cuanto a nuestra Carta: la garantía indemnizatoria por expropiación por utilidad pública o interés social prevista en el artículo 58 de la Constitución, la responsabilidad del Estado por expropiación en caso de guerra del artículo 59, la obligación del Estado de exigir la reparación de los daños causados por deterioro ambiental del artículo 80, el artículo 90 sobre responsabilidad del Estado por daño antijurídico y, finalmente, el derecho a la indemnización de aquellos que sean privados del ejercicio de una actividad lícita por la creación de un monopolio estatal, previsto en el artículo 336. A su turno, en el ámbito privado, los derechos de indemnización solo tienen su fuente en el orden legal y, como ya recordamos, para la Corte Constitucional el derecho a la reparación es regulable y objeto de configuración legislativa. Es más, en el foro contractual es asunto que —salvo para el

[85] Corte Const., sent. C-753 de 30 octubre 2013. Desborda el ámbito de este escrito el problema de si el derecho a la reparación de daños es un derecho fundamental independiente de su causa. Sin embargo, bien vale la pena contrastar la noción que la Corte ha venido edificando sobre lo que es un derecho fundamental. Al respecto, consultar TULIO CHINCHILLA, ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2009, pág. 167.

[86] Solo algún sector doctrinal aboga por la ampliación de la noción a condenas civiles o administrativas. Ver THOMAS ANTKOWIAK, "art. 10 Derecho a la Indemnización", en obra colectiva: *Convención Americana de Derechos Humanos*, Bogotá, Edit. Temis y Konrad Adenauer Stiftung, 2014, págs. 263 y ss.

[87] Es cierto que el art. 63 de la Convención le da competencia a la Corte para los casos de violación de un derecho o libertad protegido por la Convención para disponer, si ello fuera procedente, "el pago de una justa indemnización a la parte lesionada". Sin embargo, esa competencia de ninguna manera se traduce en la elevación del derecho de reparación a la categoría de derecho humano. Por supuesto que también queda por resolver el enigma de nuestro art. 94 constitucional que establece que "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos".

dolo o la culpa grave futuros— se encuentra dentro del imperio de la autonomía de la voluntad[88].

C) *La amenaza puede ser daño. El daño contingente-daño inminente*

Aceptar como daño solo aquello que implica un lesión cierta a un derecho fue un mito que logró ser superado desde el mismo derecho romano. Para ciertos bienes jurídicos el solo hecho de ponerlos en riesgo justificaba la concesión de una protección especial. Una reacción institucional legítima que permitiese alterar una secuencia causal que se mostraba como inevitable. De manera muy tímida en nuestro derecho, sin embargo, esta noción fue reflejada en las primeras normas procesales, lo cual mantuvo en la sombra al denominado por nuestro derecho civil como daño contingente. Asimismo, este concepto fue interpretado de manera restrictiva por un largo tiempo por nuestras Cortes para entender que solo procedía por la amenaza a "personas indeterminadas", por la redacción del artículo 2359 del Código Civil. Empero, esa restricción ha cedido sustancialmente frente a las nuevas realidades económicas y sociales, las cuales han obligado a la reingeniería de varias de nuestras figuras procesales más ortodoxas, en particular, a las medidas cautelares. Es por todos conocido que el derecho cautelar efectivo es una de las premisas basilares de un sistema procesal moderno. Imbuido en esa corriente, nuestro Código General del Proceso en su artículo 590 amplió el portafolio de medidas cautelares en los llamados procesos declarativos, para incorporar las cautelas innominadas que, entre otros fines, tienen por objeto "la protección del derecho objeto de litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, *prevenir daños*, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión". Nótese pues que la amenaza de daño daría paso a la protección cautelar, sea que se trate de un derecho o interés subjetivo o supraindividual e incluso para los denominados intereses individuales homogéneos[89]. Esta función cautelar preventiva también se incluyó expresamente en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 230 y en el artículo 234 para las llamadas medidas cautelares de urgencia.

[88] Código Civil, art. 1604.

[89] Ley 472 de 1998, art. 58.

Pero, ¿qué es amenaza? En nuestra opinión, ese concepto ha venido siendo depurado por nuestro legislador en distintos escenarios. Por un lado, no podemos caer en la tentación de interpretar literalmente el término "contingente" del artículo 2359 del Código Civil. No puede ser que el poder cautelar se use para daños que simplemente "pueden o no suceder". Es imprescindible que el poder cautelar no sea usado para tutelar lo irreal, lo hipotético o lo meramente especulativo, ello causaría el desquiciamiento de la libertad y equipararía al juez con un dios regulador de los espacios más íntimos. Afortunado fue el concepto de "daño inminente" que para la protección de derechos colectivos desarrolló el artículo 25 de la ley 472 de 1998. Sería un contrasentido que se otorgara una protección cautelar más amplia a derechos o intereses individuales que a derechos o intereses colectivos. Así las cosas, la inminencia de daño se convierte en un criterio orientador para entender qué es la amenaza. Podríamos decir entonces que, en aquellas situaciones en las que exista la posibilidad de advertir con un grado de certeza mayor al especulativo, que existe una secuencia causal tal que, de no hacer nada, fatalmente desencadenará en la materialización de un daño, se debe dar paso al concepto de amenaza. Discutiremos en un momento posterior, cómo el derecho ambiental y el derecho sanitario han ampliado la noción de amenaza por mérito de la aplicación del principio de precaución.

D) *La privación puede ser daño*

Por privación hemos de entender el despojo, total o parcial, de un derecho o interés que afecta al sujeto lesionado. Ya explicaremos líneas más adelante, cuándo esa privación ha de considerarse como daño. Lo cierto es que la privación es el grado máximo de irrupción en el NP de un sujeto y, por supuesto, el caso más grave de daño es la privación de la vida de las víctimas.

E) *La alteración puede ser daño*

En ocasiones el agresor no priva a la víctima de su derecho o interés, sino que afecta su regular ejercicio, trastocando el NP del sujeto. En esas condiciones, puede decirse que el afectado ha sufrido un daño. También constituyen alteración los gastos que debe asumir una potencial víctima para impedir que su daño se materialice.

F) *¿Qué es el núcleo de protección de un sujeto (individual o colectivo)?*

El NP de un sujeto pretende ser un concepto que ayude a reducir el ámbito de duda sobre lo que significa daño en derecho colombiano. No tiene aún reconocimiento legal expreso, pero su construcción parte desde el sistema jurídico patrio. Lo primero que debe decirse es que el NP no coincide con la noción de patrimonio, eje conceptual del derecho civil más imbricado en nuestra genética legal. Y no coincide con el patrimonio por varias razones:

a) Nuestra noción de daño involucra a sujetos colectivos de los cuales no puede decirse que sean titulares de un patrimonio en sentido estricto. Una comunidad indígena puede decirse que tiene un patrimonio cultural e histórico propio, pero todos sabemos que el término patrimonio no se emplea allí como el conjunto de "derechos apreciables en dinero que conforman una universalidad jurídica y que tiene como sujeto activo o pasivo a una misma persona"[90].

b) De igual forma, las tipologías de perjuicio han evolucionado de tal manera, que el reconocimiento de los llamados "daños extrapatrimoniales"[91] hace innecesaria una referencia al patrimonio como categoría definitoria. Y

c) No existe en derecho colombiano una definición legal de patrimonio.

El NP pretende superar la discusión de si el daño es solo la afectación a derechos subjetivos o también incluye los intereses, esto es, las posiciones de ventaja o "ámbitos de libertad difusos" que si bien no encuentran venero en el ordenamiento jurídico al no contar con una calificación como derechos (y en las que por lo tanto no hay propiamente un deudor), son dignos de tutela, entre otros, mediante el expediente de la reparación de perjuicios. A guisa de ejemplo, pensemos en la protección del interés de la "lealtad" entre amigos.

La conformación del NP no se propone desde la intuición, sino que tiene pleno soporte legal. Por un lado, respecto del escenario del derecho privado, el Código General del Proceso —no sabemos si de forma consciente— incluyó en su artículo 2º el derecho de acceso a la justicia en los siguientes términos: "Toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus

[90] Francisco Ternera Barrios, *Bienes*, Bogotá, Universidad del Rosario, pág. 79.

[91] Código General del Proceso, art. 206.

derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable".

Así las cosas, el legislador procesal civil le reconoció suficiencia jurídica a los intereses para ser objeto de defensa y protección, lo cual por obvias razones incluye los remedios diseñados para la reparación de perjuicios. También amplió a los sujetos titulares del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, para incluir a la persona y a los grupos de personas. Traumático resulta contrastar la norma citada con aquella que define el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, incorporada en el artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que, en apariencia, sería más restrictiva: "Los procesos que se adelantan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución y la ley y la preservación del orden jurídico".

¿Por qué no se incluyeron los "intereses" como objeto de protección? Lo desconocemos. Sin embargo, creemos que este *impasse* se superaría con una lectura integradora del artículo 1º de nuestra Ley Estatutaria de la Administración de Justicia:

"Administración de justicia. La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional".

Si bien la norma no incluyó expresamente los intereses, estos pueden deducirse de la expresión "libertades consagrados en ellas", ya que los intereses son al menos su manifestación mediata. Así, por ejemplo, el interés en que se tutele la posición jurídica del adicto a las drogas como un enfermo que tiene derecho a un tratamiento, surge —entre otros— de su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. También es cierto que nuestro constituyente primario se ha referido a los intereses privados, propios o particulares en los artículos 23, 58, 82 y 179 de la Constitución, entre otros.

Por su parte, nuestro constituyente y nuestro legislador han reconocido expresamente en el foro de los derechos supraindividuales, tanto a los derechos colectivos como a los intereses colectivos[92], por lo que no habría discusión en torno a la protección de ambos en el NP.

[92] Const. Pol., art. 88 y ley 472 de 1998, art. 1º.

Hagamos una pausa en este momento para explicar brevemente el tema de la protección jurídica de los intereses y cómo ellos se integran al NP. Está claro que la estructura del NP se forma principalmente por los derechos humanos —individuales y colectivos—. Su protección institucional se facilita en tanto que tengan expreso reconocimiento en una norma jurídica. Sin embargo, en Colombia, el poder atributivo de derechos (subjetivos o colectivos) no es facultad exclusiva y excluyente de los centros de poder normativo. El mismo sistema jurídico reconoce y acepta que el sujeto de derecho —individual y colectivo— puede ser protegido incluso cuando se lesionan derechos o intereses que no tienen expreso reconocimiento[93]. Entonces, ¿qué otras situaciones hacen parte del NP?

Los estudiosos del derecho de daños han identificado, al menos, una bifurcación fenoménica. El daño como hecho físico y el daño como hecho jurídico. Solo algunos de los hechos físicos logran trascender a la calificación de hechos jurídicos y son ellos a los que denominamos daño en sentido jurídico. El resto serán considerados hechos irrelevantes o indiferentes para el derecho. Si seguimos nuestra metodología, los hechos jurídicos que implican la amenaza, alteración o privación de un interés humano (individual o colectivo) que no sea irrelevante o indiferente, será considerado como integrador del NP. Fue el maestro italiano De Cupis uno de los primeros en contribuir al esfuerzo de delimitar el objeto del daño a partir de la relación sujeto-necesidad-bien:

"El objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica, y consiguientemente, es siempre un interés humano [...], interés [sería] la relación objetiva existente entre el ente que experimenta la necesidad y el ente idóneo para satisfacerla (bien), relación que permite al primero disfrutar de la capacidad de satisfacción de la necesidad, inherente al segundo. [...] Indudablemente, la esencia final del derecho exige que no desenvuelva su tutela sino a una entidad existente en el dominio de la utilidad humana [...], la tutela jurídica no tiene por objeto los bienes en sí considerados, sino las particulares situaciones de los sujetos respecto a los bienes"[94].

[93] Así, por ejemplo, para derechos fundamentales el art. 94 de la Constitución. Para el caso de derechos colectivos y a pesar de lo previsto en el art. 7º de la ley 472 de 1998, han de revisarse las decisiones del Consejo de Estado que han abierto el sistema como *numerus apertus.*

[94] Adriano de Cupis, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil,* Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1975, págs. 107 a 116.

¿Cómo evitar que el derecho de daños se ocupe de la protección de intereses humanos teóricos o irrelevantes? Por ejemplo, que un esposo reclame una reparación del daño que dice sufrir con ocasión de la omisión de su esposa en cocinarle los alimentos que le gustan.

Resulta imposible hacer una lista de cuáles son los derechos e intereses que integran el NP, por lo que debe acudirse a una serie de criterios que puedan coadyuvar en la labor judicial, y reduzcan la posibilidad de manipulación y desafueros del sistema, para que la atipicidad de los intereses humanos no sea un hoyo negro que atraiga de tal manera la luz del sistema legal que terminen atrapándolo en su propia oscuridad. En tal sentido, proponemos este *test*:

a) El interés humano que integra el NP no puede ser ilegal. Esta premisa básica del *fraus omnia corrumpit* le brinda coherencia al sistema. Si el interés que se pretende proteger es contrario a una norma jurídica prohibitiva, no podrá ser tutelado. Pero también es cierto que todo interés humano ha de presumirse lícito hasta que se demuestre lo contrario.

b) El interés humano que integra el NP no puede ser desproporcionado. Esto quiere decir que ese interés humano debe ser ponderado respecto de su interacción con otros derechos e intereses. En particular con los intereses y derechos del presunto sujeto dañador y, también, del interés público. El principio *favor libertatis* requiere que las pequeñas molestias no se consideren integradoras del NP cuando estas implicarían serias restricciones al derecho de libertad del sujeto dañador. En nuestro ejemplo del esposo frustrado por las decisiones culinarias de su esposa, sería desproporcionado coartar la libertad de la chef *impromptu* para privilegiar el "gusto" de su cónyuge. Lo mismo ocurre con el interés general o público. Cuando la víctima proponga la protección de su interés individual o grupal, este no puede significar la vulneración del interés general o público[95].

c) El interés humano que integra el NP no puede ir en contravía de los deberes constitucionales de las personas[96]. Así, por ejemplo, la tutela de un interés humano no puede representar un acto de insolidaridad.

d) El interés humano que integra el NP debe propiciar el respeto por la dignidad humana[97].

[95] Const. Pol., art. 58, modificado por el art. 1º del acto legislativo 1 de 1999. CPACA, art. 231 num. 3.

[96] Const. Pol., arts. 1º y 95.

[97] Const. Pol., art. 1º.

e) Los intereses humanos que integran el NP deben ser posibles de representación en una relación exteriormente objetiva que coincida con los valores de una sociedad concreta en un momento dado.

f) Los intereses humanos que integran el NP pueden ser oportunidades de consolidación de un derecho o de un interés. Con ello se legitimaría el reconocimiento de la pérdida de oportunidad como tipología resarcitoria.

Desborda el objeto de este escrito hacer un pormenorizado análisis del anterior test, pero creemos que en su ampliación se pueden reducir —que no eliminar— las dudas en torno a la noción de daño en sentido jurídico. Bien vale la pena indicar que esos intereses pueden tener un valor de mercado que los haga circulables (transables) y que su amenaza, privación o alteración no supone siempre la imposición de una obligación indemnizatoria en sentido estricto, o carecer de aquel valor.

Finalmente, no todo interés se protege de la misma manera ni con la misma intensidad. El *quid* de esta afirmación se refleja en la coherencia del sistema. Tiene que existir una axiología límpida que conduzca al juez a entender cuáles son los derechos o intereses que tienen mayor jerarquía. Muy interesante nos parece el ejercicio hecho en el interior del *European Group on Tort Law* y de sus *Principles of European Tort Law* (PETL). En el artículo 2:102 de los PETL se consignó esta regla:

1) El alcance de la protección de un interés depende de su naturaleza; su protección será más o menos amplia cuanto mayor sea su valor, la precisión de su definición y su obviedad.

2) La vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia.

3) Se otorga una amplia protección a los derechos reales, incluidos los que se refieren a cosas incorporales.

4) La protección de intereses puramente patrimoniales o de relaciones contractuales puede tener un alcance más limitado. En tales casos debe tenerse en cuenta, de modo especial, la proximidad entre el agente y la persona protegida, o el hecho de que el agente es consciente de que causará un daño a la víctima a pesar de que sus intereses sean necesariamente objeto de una valoración inferior a los de esta.

5) El alcance de la protección puede verse afectado igualmente por la naturaleza de la responsabilidad, de tal modo que, en caso de lesión dolosa, el interés puede recibir una protección más amplia que en los demás casos.

6) Para establecer el alcance de la protección también deben tenerse en cuenta los intereses del agente, en especial, su libertad de acción y el ejercicio de sus derechos, así como los intereses públicos.

Cerramos nuestro análisis con un interrogante que cautiva al derecho de daños desde hace un tiempo: ¿es necesario analizar las condiciones del agente de daños respecto a su obligación indemnizatoria? Si la reparación deja al dañador en una condición de sumisión patrimonial que lesionan su dignidad, ¿se debe reducir la reparación del daño causado accidentalmente? En derecho colombiano, salvo la intervención constitucional mediante una acción de tutela, la respuesta es negativa.

Capítulo III

# ELEMENTO SUBJETIVO: LA CULPA Y EL DOLO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL[*]

Juan Ignacio Gamboa Uribe[**]

## 1. Responsabilidad subjetiva

Se acepta sin vacilación en los sistemas jurídicos modernos que debe haber un mecanismo de responsabilidad civil, es decir, que dadas ciertas circunstancias, la víctima de un daño tiene derecho a ser resarcida por el autor del hecho lesivo. No obstante, al momento de precisar el fundamento de la responsabilidad civil o definir sus requisitos, se han suscitado desde tiempo atrás enconadas discusiones.

La dificultad no se encuentra en los elementos objetivos de la responsabilidad. Nadie duda de que el hecho lesivo y el daño sean necesarios para configurar la responsabilidad, siendo ambos susceptibles de prueba material y de comprobación por el simple examen objetivo de dicha prueba. Existe también consenso sobre la necesidad del vínculo causal, es decir, de haberse acreditado, antes de ordenar la indemnización, que el daño sufrido por la víctima haya sido efectivamente causado por hecho del demandado. El elemento del vínculo causal entre el hecho y el daño, además del simple examen fáctico, requiere del juzgador un esfuerzo intelectual que puede tomar visos de etéreo; no obstante,

[*] http://dx.doi.org/10.15425/2017.177

[*] Abogado de la Universidad de los Andes; Diplôme Supérieur de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) en Droit Civil; socio de la firma Valbuena, Gamboa, García, Cardona Abogados. Ha sido profesor de la Universidad de los Andes en las cátedras de Derecho Romano, Obligaciones y Derecho Internacional Privado. Ha sido socio de las firmas Cárdenas & Cárdenas Abogados Ltda. y Gamboa & Ardila Abogados Ltda., y asesor legal de la Presidencia de la República. Adelanta una práctica profesional centrada en la asesoría a empresas nacionales e internacionales en temas de derecho civil, comercial y administrativo, con énfasis en contratación privada y pública, inversión extranjera, estructuración de negocios y responsabilidad civil con experiencia en litigio y arbitraje.

todavía se debe considerar un elemento objetivo, en la medida en que el juez no hace otra cosa que aplicar la lógica para comprobar si el hecho probado y el daño acreditado se enlazan causalmente.

El elemento culpa, en cambio, involucra un juicio subjetivo y constituye por ello el eje central de controversia en materia de responsabilidad civil. Se ha discutido no solo sobre el fundamento, el concepto y la necesidad de la culpa en responsabilidad civil, sino también sobre su apreciación, graduación, justificación y sobre la carga de la prueba de la culpa, entre otros aspectos.

Antes de analizar cuál es el régimen de la culpa en Colombia, nos proponemos dilucidar su concepto y naturaleza desde una aproximación histórica.

## **2**. CONCEPTO Y NECESIDAD DE LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

### A) *Fundamentación histórica de la responsabilidad civil en la culpa*

La culpa ha existido en la responsabilidad desde su misma cuna y ha sido su soporte y justificación tanto en lo contractual como en lo extracontractual.

Por una parte, la culpa fue un elemento necesario en la responsabilidad contractual del derecho romano, por aplicación del principio de la equivalencia, que dio paso a la graduación según el interés en el contrato: quien derivaba utilidad debía prestar diligencia. Quien no recibía utilidad, por consiguiente, no tenía que prestar diligencia, pero en todo caso respondía por dolo, por cuanto se reprobaba la mala fe por sí misma. Este régimen pasó casi incólume hasta nuestro Código Civil, en el cual la culpa sigue siendo central.

Por otra parte, en la *lex aquilia*, antecesora del sistema moderno de responsabilidad extracontractual, la necesidad de la culpa provenía de la naturaleza punitiva de la acción. El *damnum iniura datum*, delito similar a nuestro actual daño en bien ajeno, del cual evolucionó el concepto de responsabilidad extracontractual, tenía por consecuencia la imposición de una pena y no la indemnización del perjuicio. Por tanto, solo se justificaba el castigo cuando el autor del daño había incurrido en una injuria, que consistía en un hecho positivo cometido sin el debido cuidado o con mala fe. Sin culpa del autor, repugnaría el castigo. *Del damnum iniura datum* en conjunción con los cuasidelitos romanos

evolucionó después la responsabilidad extracontractual moderna, y la culpa siempre estuvo en su médula.

Como se ve, en su origen los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual estuvieron separados. Vamos a tratar separadamente la evolución del concepto 'culpa' en lo contractual y en lo extracontractual porque la tendencia a regular separadamente la responsabilidad contractual y la extracontractual se mantuvo posteriormente en el derecho antiguo europeo, como se observaba por ejemplo en el derecho francés anterior a la codificación y en el derecho español. Si bien algunos elementos tendieron a unificarse, como la apreciación de la culpa in abstracto y los medios de justificación, las diferencias en cuanto a la graduación de la culpa y la carga de la prueba eran imperantes. Estos principios pasaron a nuestro orden jurídico, en el cual la culpa se necesita como principio y se regula de modo diferente en contractual y en extracontractual.

a) *Evolución de la culpa contractual.* El elemento culpa fue fundamento y base de la responsabilidad contractual en Roma. Es necesario recordar la distinción que se planteaba entre los contratos de derecho estricto y los de buena fe. En los primeros, el concepto de culpa estuvo limitado por el estrecho margen de apreciación que tenía el juez, y solo se consideraba que había culpa cuando el incumplimiento procedía de un hecho positivo del deudor[1].

Esta manifestación del formalismo romano, al igual que el contacto *corpore corpori datum* exigido en la lex aquilea primitiva, como se verá más adelante, evidencia la trascendencia de la forma en el pensamiento filosófico antiguo, que posteriormente Aristóteles denominó ileformismo. Según el hombre antiguo, fuera griego o romano, la realidad estaba formada por dos elementos inseparables, a saber: materia y forma sustancial. No podía existir el concepto del cero, ni de un Dios sin forma, ni tampoco el del contrato consensual o la culpa por omisión. Solo se concebía como real el contrato, o la culpa, en su caso,

[1] "Para decidir acerca de la culpabilidad del deudor en estos convenios se utiliza un criterio rudimentario: el hecho positivo. El promitente no queda sujeto a responsabilidad contractual más que por una actividad comitiva, por ejemplo, si mata al esclavo que tenía que entregar (D. 45,1, 91pr.). Por el contrario, si no cuida bien del esclavo que debía transmitir o lo envenena y lo entrega todavía vivo, no es responsable (D. 4,3,7,3). En el primer caso la pérdida de la cosa no procede de un acto realizado por el deudor; en el segundo, entregado ya el esclavo, se ha respetado la forma de las condiciones del contrato". Paul Ourliac y J. de Malafosse, *Derecho romano y francés histórico*, t. i, Derecho de obligaciones, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1960, pág. 337.

si se manifestaba mediante la forma o la materialización de un acto en el contacto corpóreo o hecho positivo de la parte, porque el fondo, es decir, el consentimiento, podía manifestarse por medio de la forma. Por tanto, el concepto de culpa contractual que desarrollaron los jurisconsultos de la época clásica se empleaba básicamente en los contratos de buena fe, y se refería precisamente al principio de la buena fe que se traducía, como explica el profesor ÁLVAREZ-CORREA, en la conciencia de equidad en la celebración y ejecución de los contratos, manteniendo la equivalencia económica de las prestaciones[2].

Los jurisconsultos romanos de la época clásica formulaban el principio así: *uti inter bonos agier oportet* (entre buena gente se actúa como se debe). El incumplimiento del contrato daba lugar a acción si había culpa del deudor[3], porque derivaba en un rompimiento de la equivalencia. El vocablo "negligencia" se originó de los componentes "nec" y "lego" y significaba "no doy lo debido"[4].

Por tanto, el concepto de culpa estaba ligado a la equivalencia, y el corolario obvio de este principio era la graduación de la culpa, dependiendo del interés en el contrato, que a su vez era una función de la utilidad[5].

[2] "En un sentido igualmente amplio que el anterior, la buena fe apunta a un concepto ideal de equivalencia entre las partes contratantes: si el vendedor entrega una cosa que vale 100, se supone que el comprador debe pagar 100. Esta equivalencia resulta de las fórmulas otorgadas por el pretor para los contratos o pactos de buena fe. Aparece especialmente en las acciones personales, que son precisamente las que derivan de las obligaciones contractuales". EDUARDO ÁLVAREZ-CORREA, *El derecho de obligaciones y los contratos romanos*, Primera parte, Derecho de obligaciones, Bogotá, Uniandes, 1984.

[3] Se discute si la responsabilidad del deudor de una cosa con deber de custodia era objetiva, en cuanto solo se podía eximir de responsabilidad demostrando fuerza mayor. Sin entrar en tal discusión, basta señalar que de haberlo sido, constituiría un régimen de excepción, siendo el principio el de la necesidad de la culpa.

[4] "La diligentia es tener cuidado, ser atento a las cosas, obrar con precisión o exactitud; en general, tener diligencia. Deriva de diligo, vocablo compuesto de dis (rico, riqueza) y lego (en general, «dar», como en legar), y por lo tanto «dar riqueza» o, por elipse, gestionar con prudencia con el fin de no perder riqueza".

"La negligentia es tener descuido, ser inatento, tener negligencia. Deriva de negligé, vocablo compuesto de nec (no) y de lego (dar), o sea «no dar» y, por elipse, gestionar con imprudencia de manera a perder riqueza". ÁLVAREZ-CORREA, *op. cit*.

[5] "Sobre esta base MODESTINO graduó la responsabilidad del deudor según el principio de la utilidad. En aquellos contratos en que el deudor obra gratuitamente, es decir, no obtiene él mismo ninguna utilidad, solo responde por dolo (sola *deponentis utilitas versatur*). Es el caso del depositario que custodia la cosa gratuitamente, y del mandatario que cumple su obligación de hacer sin remuneración. Al contrario, el comodatario, que

Debe actuar diligentemente aquel de quien depende mantener la equivalencia, es decir, quien tiene una prestación a su cargo. El acreedor que no tenía prestación a su cargo respondía únicamente por dolo, en caso de causar perjuicio al deudor. En los contratos en que se beneficiaban ambas partes, el deudor debía actuar con la diligencia, de manera que debía responder por la inejecución de su prestación no solo en caso de incumplimiento doloso, sino también por falta de diligencia. Para apreciar la culpa del deudor en los contratos de buena fe, se acuñó el principio de apreciación in abstracto, comparando la conducta del deudor con la de un modelo de *pater familias* corriente, quien gestiona o debe gestionar sus asuntos con diligencia[6]. El concepto de culpa levísima que dio lugar a la graduación tripartita acogida por don Andrés Bello en nuestro Código Civil fue formulado como principio por primera vez durante el imperio bizantino.

Desde el derecho bizantino y continuando posteriormente durante la Edad Media, el esquema romano de la culpa contractual tuvo pocos cambios visibles, conservando sus manifestaciones externas como la graduación tripartita, pero de manera sutil tuvo una transformación de fundamento. Los jurisconsultos y glosadores comenzaron el largo proceso de reemplazar el concepto romano de culpa contractual basada en el formalismo y en la falta de equidad, por el concepto cristiano de culpa basada en la reprochabilidad de la conducta por violación a la ley moral y el derecho natural.

En Roma, como se vio, solo se respondía por culpa, cuando derivando utilidad del contrato el deudor dejaba de cumplir con su prestación[7], pues ello rompía la equivalencia. Si el deudor "no dio" (nec lego = negligente) a pesar de tener interés, se apreciaba su culpa leve in abstracto.

Pero si no tenía interés ni derivaba utilidad del contrato, no respondía por culpa, porque en caso de no ejecutar su prestación, no se rompía la equivalencia. Solo respondía por dolo, como sanción por la mala fe.

---

deriva el uso de la cosa prestada, el fiduciario, que conserva la cosa como garantía de su crédito, el marido deudor de la dote, que se beneficia de esta, son responsables por culpa, además de dolo, por cuanto tienen un interés en el negocio. Teniendo un interés, se les exige diligentia".

"Resulta de ello que solamente el deudor, interesado en el negocio, debe velar con diligencia sobre la cosa (*praestare culpam, diligentiam*), y responde por la pérdida causada por su falta de cuidado, por su culpa in non faciendo". Ibid., pág. 81.

[6] Paul y Malafosse, *op. cit*., pág. 338.

[7] Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vols. v y vi, De las obligaciones, t. xii, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, pág. 501.

JUSTINIANO introdujo el concepto según el cual la mala fe se debía equiparar al dolo. En su concepto, quien faltaba a su obligación incurriendo en culpa grave actuaba de manera inexcusable, y tenía que darse a esta especie de culpa igual tratamiento que al dolo. Es decir, a pesar de no derivar utilidad, debía responder no solo por dolo, sino también por culpa grave[8]. El deudor, en todo caso, había dado su palabra al contratar, y por tanto, aunque no guardara interés, el no prestar diligencia de manera deliberada o incurriendo en grave negligencia, resultaría inmoral y se daría paso a la obligación de indemnizar.

La asimilación de la culpa grave al dolo fue apenas uno de tantos síntomas de la transformación de fondo: la responsabilidad contractual, como el contrato mismo, dejó atrás los principios romanos de equivalencia y formalismo para fundarse esencialmente en la ética cristiana, traducida en la autonomía de la voluntad y el consensualismo. El contrato nacía a la vida como consecuencia del encuentro de las voluntades libres de las partes, y su incumplimiento hacía presumir un error de conducta. La reprochabilidad provenía del concepto cristiano según el cual el libre albedrío le permitía al hombre tener una voluntad libre y por tanto obligarse. El rompimiento del compromiso adoptado libremente constituía violación de la ley natural y la moral. Sobre este nuevo cimiento teórico, apoyado sobre el viejo sistema romano, que se edificó el sistema moderno de responsabilidad contractual, y la culpa, lejos de perder protagonismo, continuó siendo la piedra angular de la responsabilidad contractual.

b) *Evolución de la culpa en la responsabilidad extracontractual.* A diferencia de lo ocurrido en materia de responsabilidad contractual, el derecho romano clásico no llegó a plantear un principio general de lo que hoy llamaríamos responsabilidad civil extracontractual. Se aproximó a él desde dos puntos de partida diferentes: por una parte, el delito privado denominado *damnun iniura datum* en la *lex aquilia*, y por otra parte los casos sancionados como cuasi ex-delicto, que posteriormente JUSTINIANO erigió en fuente independiente de obligaciones. Ninguna de estas instituciones llegó a constituir un sistema general de responsabilidad civil, pues la Lex Aquilia tuvo un carácter penal

[8] JUSTINIANO mantuvo estas conclusiones con algunas modificaciones, disminuyendo la responsabilidad de ciertos deudores y agravando la de otros. Distingue una culpa grave, culpa lata, que en los contratos de buena fe será asimilada al dolo, culpa que no cometería el administrador más descuidado, el hecho de no haber tomado una precaución que todo el mundo habría juzgado necesaria, id est non intelligere quod omnes intelligunt", ibid., pág. 502.

incuestionable mientras los cuasidelitos permanecieron en el campo casuístico sin llegar a erigirse en principio.

Hoy se le denomina comúnmente a la responsabilidad extracontractual "aquiliana", evocando los delitos privados sancionados por la Lex Aquilia. No obstante, en realidad el *damnum iniura datum* tenía menos rasgos de responsabilidad civil que de responsabilidad penal. La Lex Aquilia fue el producto final de una lenta evolución de la ley del talión. A medida que el Estado consolidó su poder, procedió primero a estandarizar la venganza a la que tenía derecho la víctima en cada caso, creando una lista o catálogo de autocomposición y luego a reemplazar a la víctima en el ejercicio de la venganza, imponiendo el juez directamente la pena correspondiente.

La Lex Aquilia otorgaba a la víctima del delito consistente en el daño a una cosa de propiedad de la víctima[9], una acción que conducía al establecimiento de una pena que llegó a asimilarse a una indemnización, pues el monto se calculaba con base en el valor de la cosa[10]. No obstante el objeto no era indemnizar el daño, sino imponer la pena, como ocurría en todos los demás delitos privados romanos. Además, no había un principio general de indemnización que pudiera asimilarse al principio contenido en el artículo 2341 de nuestro Código Civil[11], sino un listado de casos específicos de delito, similar a lo que existe hoy en día en el Código Penal.

Establecido un contacto *corpore corpori datum*, es decir, contacto material mediante un acto positivo del autor del daño con la cosa corporal destruida o deteriorada, el caso era considerado *damnum injuria datum*, es decir, daño causado sin justificación o autorización de la ley, y se otorgaba acción al propietario del bien que fuera ciudadano romano.

[9] Se sancionaba como delito privado el causar la muerte a un esclavo o una cabeza de ganado de otro, causar heridas a un esclavo o un animal, la destrucción o deterioro a cosas corporales ajenas o la remisión de deuda por el acreedor accesorio en perjuicio del principal.

[10] "Por el contrario, las sanciones que dispone la Lex Aquilia son muestra de la evolución de las ideas; la noción de reparación tiende a prevalecer sobre la pena, calculándose la sanción a partir del valor en cambio de la cosa [...]. En la Lex Aquilia el valor de la indemnización se funda en el valor en venta de la cosa (D. 9,2,21), por su valor más alto en el año que precedió al delito". Ourliac y Malafosse, *op. cit*., pág. 579.

[11] C. C., art. 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".

Durante la República, los jurisconsultos y pretores ampliaron al rango de acción de la Lex Aquilia, otorgando acciones útiles a los titulares de derechos reales diferentes de los de propiedad, aún no siendo romanos, e incluso acciones útiles para el caso de daños no acaecidos por contacto material. Con todo, la Lex Aquilia nunca abandonó el régimen penal, y permaneció casuístico y carente de un principio general de responsabilidad civil.

La Lex Aquilia declaraba la inimputabilidad de niños y dementes, pero no mencionaba expresamente la culpa. Su enfoque estaba centrado en la ocurrencia de un hecho material y positivo (acción y no omisión) causante del daño. Una simple negligencia por abstención no daba lugar a la acción aquiliana, aunque el daño tuviera origen en dicha negligencia. Hacia el fin de la República, los tratados de varios jurisconsultos recopilados en las Institutas de GAYO concluyeron que no incurría en responsabilidad aquiliana quien hubiera causado un daño sin culpa o dolo[12]. El enfoque, que fue importado del régimen de los contratos de derecho estricto traslaticios de dominio, consistía en clasificar los "accidentes" en aquellos que hubieran podido ser evitados por el autor del daño y aquellos que no, imputando responsabilidad aquiliana únicamente a los primeros.

Se estableció así la culpa como requisito necesario de la responsabilidad aquiliana, bajo el presupuesto de que la más leve culpa[13], ligada a un hecho material positivo, hacía incurrir al autor en la pena prevista.

Cuando el "accidente" podía ser evitado por el autor y no lo era, se comprobaba que este había faltado al cuidado que le era exigible, que era el que pondría un hombre cuidadoso en el manejo de sus propios asuntos.

Es decir, se concebía la culpa como una "falta del cuidado debido", y se apreciaba en abstracto utilizando el criterio de culpa levísima. Al margen de la Lex Aquilia, el pretor concedió una acción de dolo para algunos casos en que se causaba daño intencionalmente o con mala fe.

[12] "Fueron tan solo los jurisconsultos de fines de la República, entre otros Quinto Mucio Escévola, 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 committi" (GAYO, 3. 211). "La palabra injuria se convirtió en sinónima de culpa". FLINIAUX, Cours de Droit Romain de 2e année, dictado en la apertura de un curso de la Facultad de Derecho de Paris, diciembre de 1927. (Annales de l'Université de Paris, pág. 107), citado en HENRI y LÉON MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vols. 1 y 2, 5ª ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, pág. 43.

[13] In lege Aquilia et levissima culpa venit.

Así mismo, el pretor introdujo el cuasidelito romano, concediendo acción para algunos daños que se asimilaban a los previstos en la Lex Aquilia, declarando que su autor quedaba obligado como si hubiera existido delito, "quasi ex delicto". Posteriormente Justiniano recopilando estos casos, erigió el cuasidelito en fuente independiente de obligaciones[14].

No obstante, tanto la acción de dolo como los casos reconocidos como cuasidelitos fueron muy pocos, y ciertamente no constituyeron un principio general de responsabilidad civil extracontractual. Se trataba de los casos de error judicial cometido por negligencia[15], la indemnización al transeúnte lesionado por objeto arrojado desde una ventana[16] y, el objeto suspendido o colocado peligrosamente en lugar alto[17] o el daño por robo o deterioro de equipaje causado por los comisionados de un hotelero, patrón de nave o dueño de establo[18].

En el antiguo derecho europeo se estableció un principio general de responsabilidad civil extracontractual al desligar totalmente la acción penal de la acción indemnizatoria civil[19]. La responsabilidad penal engendraba la imposición de una sanción con objetivos retributivos, ejemplarizantes y en ocasiones resocializadores, mientras que se asignó a la acción civil un objetivo exclusivamente resarcitorio del daño[20].

[14] Manuel Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. ii, 5ª ed., núm. 25, Paris, 1954.

[15] El juez parcializado o negligente podía ser demandado mediante acción pretoriana (D. 13.6.18 pr).

[16] "El hecho de lanzar alguna cosa sobre una calle o camino de uso frecuente desde un edificio y causar daño a un transeúnte o a sus bienes, daba lugar a una *Actio de effusis et dejectis* en contra del ocupante del edificio", Álvarez-Correa, *op. cit*., pág. 53.

[17] "El hecho de que una cosa suspendida de un edificio cayera sobre un camino o calle de uso frecuente, dañando a un transeúnte o sus bienes, daba lugar a una *actio in factum* o *actio positis et suspensis*, al doble en contra del ocupante del inmueble", ibid., pág. 53.

[18] D. 13.6.5.2.

[19] Mazeaud y Tunc, *op. cit.,* pág. 51.

[20] Demogue enuncia los primeros antecedentes en el derecho medieval francés en los siguiente términos: "En la segunda mitad del siglo xii fue cuando se puso en claro la separación de la reparación y la de la pena. La comprobamos por primera vez en el medio día, donde la costumbre de la Isla de Jourdain (condado de Tolosa) condena al homicida, o al que haya golpeado, a una pena corporal o a una multa y, además, a «restituere damnun». Un poco más adelante, la costumbre de Tejía en Querey, de 1266, declara que, en los casos que lleven consigo confiscación de los bienes, se comienza por reparar el daño (art. 30). La de Puymirol, de 1286, en caso de vías de hecho o de robo, habla también de reparación según estimación del baile o de su corte (cap. xii).

Es decir, un mismo hecho podría dar lugar a la acción penal, que era de competencia del Estado, y daba como resultado una pena, o a la acción civil, de incumbencia de la víctima, y daba por resultado la indemnización del perjuicio.

De esta manera se llega a la conclusión de que la víctima de un daño cualquiera, causado con culpa, tiene derecho a la reparación, independientemente de la tipificación penal de la conducta.

El principio fue recogido por JEAN DOMAT, que sentó el concepto de la necesidad de la culpa[21], extraído de la responsabilidad contractual y delictiva en el derecho romano, y lo complementó con el planteamiento cristiano de la violación de la ley natural, que se representaba en el deber general de cuidado exigible a toda persona imputable[22].

POTHIER, por su parte, elaboró un concepto general de culpa que mantenía las dos características centrales de la culpa contractual romana, esto es, la apreciación in abstracto y la graduación de la culpa[23], pero justificando también la reprochabilidad de la conducta en el principio cristiano del libre albedrío. Según POTHIER, la conciencia del hombre, por la gracia divina del libre albedrío, le permite consultar consigo mismo y obtener un juicio razonable de su actuar y del actuar ajeno. Por

---

Esa distinción, debida sin duda a la influencia del derecho romano, se produjo además mucho tiempo antes de generalizarse completamente, sobre todo en los países del Norte. En el siglo XIII, BEAUMANOIR no concibe todavía la reparación del perjuicio de manera absolutamente clara, separada de toda idea penal. En otros documentos de su época, esa noción es más confusa aún. Tan solo algo después de comprendió con claridad esa noción, como dotada de la exclusiva finalidad de restablecer a la víctima en su situación anterior. Esa idea no se encuentra del todo sino en las cartas de fines del siglo XIII, en la Somme rurale de Bouteiller, en el Coutumier de Carlos VI". RENÉ DEMOGUE, *De la réparation civile des délits:* étude *de droit et de legislation*, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1898, págs. 9 y 10.

[21] "Si se produce algún daño por una consecuencia imprevista de un hecho inocente, sin que pueda imputársele culpa al autor de ese hecho, no estará obligado por tal consecuencia". JEAN DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, lib. II, tít. VIII, sec. IV, § III, 1777, Paris, Ed. de Héricourt, 1835.

[22] "En su interesante tesis de doctorado (La responsabilité civile dans Domat, Paris, 1943, mecanografiada), YVES RANJARD ha mostrado que, en la materia de la responsabilidad civil, los guías de DOMAT han sido los Evangelios y el derecho romano o, más bien, el derecho romano reformado por los principios del Evangelio". MAZEAUD y TUNC, *op. cit*., pág. 51.

[23] En el campo extracontractual se mantenía la apreciación in abstracto, es decir, la comparación de la conducta con el modelo del buen *pater familias*, pero limitando el examen al de la culpa levísima.

tanto, el juez no requiere sondear el estado espiritual del demandado, sino que puede averiguarlo comparando su actuar con el del hombre abstracto.

B) *El concepto de culpa: examen subjetivo* "*objetivado*" *de la conducta*

Culpa, desde una acepción netamente moral o ética, es la conciencia de haber actuado contra las reglas o principios aceptados por el propio sujeto. Esta conciencia, para ser culpa, normalmente va unida a un sentimiento de arrepentimiento o remordimiento y posiblemente el deseo de enmendar el mal realizado.

El individuo que tiene principios morales hace un examen constante de la propia conciencia, y si encuentra su actuar de acuerdo con sus principios y normas morales, concluye que dicho actuar fue bueno, y él no tiene culpa. En caso contrario, califica su actuar como malo o reprochable y se considera a sí mismo culpable. Por consiguiente, una conducta es moralmente ilícita cuando viola las normas morales, las cuales, gracias al actuar de la conciencia, abarcan todos los campos de la actividad humana. Por último, la conciencia de culpa implica sufrimiento moral y por ende constituye a un mismo tiempo la sanción que se impone el individuo que acepta determinada norma moral y considera que la rompió.

En el orden jurídico, la culpa civil no es conciencia ni sanción, sino un requisito para que el juez declare la responsabilidad y sus efectos. El juicio debe ser externo, al igual que sus efectos, es decir, que la conducta debe ser evaluada por la autoridad, que en caso de encontrar culpable al demandado, le ordenará indemnizar. La exterioridad genera un problema evidente: el juez no puede penetrar la conciencia del demandado y de nada le sirve comparar el actuar del demandado con las normas legales. A diferencia de la conciencia, la ley no llega ni puede llegar a regular o abarcar toda actividad humana. Por tanto, el juez debe apreciar la conducta del demandado, esto es, comparar la conducta con la moral colectiva, para determinar si la conducta es aceptable o reprochable. El juez se debe erigir en una especie de conciencia pública y aplicar de manera directa el orden moral generalmente aceptado, en el juicio civil. Lo anterior ha sido previamente aceptado por el orden jurídico al incorporar las mores o las buenas costumbres como fuente de derecho que aplica el juez al decidir el aspecto de la culpa. El juez tratará de encarnar lo más fielmente las mores generalmente aceptadas cuando por sus labios hable el bonus *pater familias*.

Los ordenamientos jurídicos que conocemos hoy en los sistemas romano-germánicos, continentales y kelsenianos, por principio guardan una relación mediata con el orden moral, siendo el legislador quien debe interpretar los mores colectivos y plasmarlos en las normas, mientras el juez debe limitarse a aplicar las normas positivas. En el campo de la responsabilidad civil, por excepción se impone una relación inmediata del orden jurídico con el moral, pues el juez debe determinar si el actuar del demandado es aceptable o reprochable, o lo que es lo mismo, aplicar directamente en el orden jurídico los mores colectivos.

Tal planteamiento pugna con el purismo kelseniano y en verdad implica un riesgo, colocando la equidad y la justicia en manos del juicio de valor que hace el juez. En materia de responsabilidad civil subjetiva, existe un rezago necesario e insuperable del derecho natural, como en su momento lo expuso DOMAT, pues en ausencia de una norma que pueda determinar si la conducta es o no contraria al ordenamiento, se requiere un juicio de valor que defina si es aceptable o reprochable, de donde surge un punto de contacto o aplicación directa del ordenamiento moral de parte de los jueces. El riesgo anotado ha creado un repudio histórico a la apreciación in concreto de la culpa como principio[24]. No puede el juez penetrar la mente del autor del hecho lesivo para indagar su estado de conciencia, y además es posible que la conciencia del autor del daño no se adecue a la conciencia colectiva. Por tanto, se plantea el problema de determinar la manera como el juez podría valorar una conducta que no necesariamente es contraria a una norma jurídica o violatoria de una obligación previamente adquirida, o que siéndolo, puede presentar justificación o atenuación. Las variadas definiciones de culpa que se han propuesto buscan abordar este problema, y en nuestro concepto pueden clasificarse en tres grupos principales.

El primer grupo intenta asimilar o equiparar la culpa a la ilicitud del hecho unida, bien sea al vínculo causal[25], bien sea a la conciencia (real o debida) de ilicitud[26]. Los teóricos kelsenianos y algunos parti-

[24] "La apreciación «in concreto» del error de conducta hace de la culpa una noción puramente subjetiva, ya que hay que sondear el estado espiritual del agente, puesto que no cabría condenarlo por daños y perjuicios si su conciencia estuviera en paz, si estuviera en su naturaleza o en su hábitos proceder como ha procedido". MAZEAUD y TUNC, *op. cit*., pág. 71.

[25] Lo cual en últimas implica negación de la culpa. Véase SAVATIER VINIER, "Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels", en D. H., 1931, Cron., págs. 9 y ss.

[26] Aquí están autores como DEMOGUE, SOURDAT, DELIYANNIS y DARBELLAY, MAZEAUD y TUNC, *op. cit*., pág. 44.

darios de la responsabilidad objetiva han abogado por este concepto "objetivizado" de culpa. No obstante, ilicitud implica violación de una norma legal, y por tanto esta vertiente se encuentra con la dificultad de que es imposible para el legislador abarcar todas las manifestaciones del actuar humano. Por tanto, esta noción de culpa encuentra tropiezos insalvables para su aplicación, que sus defensores han tratado de resolver ampliando el concepto de ilicitud de la violación de normas tácitas (evidente contradicción)[27]. Esta idea, mucho mas plausible, implica no obstante volver al concepto subjetivo de culpa, en tanto que hablar de violación de un deber general de cuidado, a cualquier otro deber tácito no previsto en las normas, no es más que un pleonasmo para referirse a los principios morales generalmente aceptados.

Un segundo grupo de doctrinantes propone sistematizar o tipificar los patrones de conducta que deben considerarse reprochables, para limitar al juez en su examen. Se define culpa como: 1) la intención de generar el daño (dolo) que se asimila a la comisión del hecho, a pesar de la conciencia del daño que producirá (culpa lata o mala fe); o 2) la negligencia, consistente en omitir las acciones que la diligencia indica o dejar de representarse las consecuencias del hecho siendo ello posible; 3) la imprudencia, consistente en confiarse en la capacidad de evitar dichas consecuencias, cuando en realidad no se tiene; o 4) la impericia, consistente en acometer actividades para las cuales una persona no está capacitada.

Esta teoría de la culpa ha tenido eco en el derecho penal, pero en materia civil sufre similar tropiezo que la anterior, pues la realidad es compleja, y siempre surgen tipos de conducta que no se amoldan fácilmente a los patrones descritos. Además se acerca peligrosamente a la apreciación in concreto de la culpa, debiendo el juez intentar abordar el estado de espíritu del demandado para averiguar si podía o si debía representarse una posible consecuencia lesiva de su hecho, o si habiendo previsto la consecuencia se confió en poder evitarla.

Finalmente, el tercer grupo de definiciones adopta la noción de culpa como error de conducta que debe apreciarse comparando la conducta del autor con el modelo del buen padre de familia. Esta idea de culpa ha sido ampliamente aceptada en la mayor parte de los sistemas legales occidentales, incluso el nuestro. Con base en este concepto de culpa, la doctrina mayoritaria, no solo en nuestro sistema jurídico, sino en la mayor parte de los sistemas romano-germánicos modernos concurre,

[27] Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 11ª ed., t. II, núm. 863, Pichon, 1912.

palabras más, palabras menos, en la siguiente definición de culpa: *Culpa es un error de conducta que no hubiera cometido un buen pater familias puesto en las mismas circunstancias externas que el autor del hecho lesivo.*

Esta noción implica que el juez debe encarnar al modelo abstracto del buen padre de familia, es decir, debe representarse cual "debe ser" la conducta correcta, que es lo mismo que preguntarse cómo actuaría un buen padre de familia en las mismas circunstancias externas. Comparar la conducta del demandado con la del buen pater familias no es otra cosa que formular el "deber ser" social. Esta doctrina tiene opositores quienes desde un punto de vista pragmático advierten del riesgo que implica la aplicación directa del orden moral por el juez, o desde un punto de vista garantista, abogan por un principio de indemnización automática para facilitarles a las víctimas la indemnización.

Nuestro Código Civil acoge esta noción de culpa. Define culpa en el artículo 63 en los siguientes términos:

"Culpa leve, descuido leve o descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa".

El juez debe comparar el actuar del autor del daño con el patrón abstracto del buen padre de familia. La culpa puede consistir en la intención deliberada de causar un daño, la intención deliberada de llevar a cabo el hecho conociendo el daño que generará, o a una falta de cuidado, que no hubiera cometido un buen padre de familia. No se define o limita el concepto de falta de cuidado, dejándolo por tanto muy cercano al planteamiento general del error de conducta.

C) *La culpa en sentido estricto, y el dolo*

Cuando se concibe culpa como un error de conducta que no hubiera cometido un buen padre de familia, se quiere con ello definir el género culpa (o la culpa en sentido amplio) que abarca a su vez dos especies de culpa:

Por una parte está el dolo, que consiste, según se define en el artículo 63 del Código Civil[28], en la voluntad de causar daño a un tercero, es

[28] C. C., art. 63: "El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

decir, que se comete el hecho buscando sus efectos lesivos; no obstante, en materia contractual podrá tratarse también del incumplimiento consciente y deliberado de la obligación[29]. Sin querer los efectos lesivos del hecho, estos se conocen y se aceptan de manera que en todo caso se realiza el hecho a sabiendas.

Por otra parte está la culpa en sentido estricto, cuando el autor no quiere o no conoce los efectos lesivos que habrán de derivarse del hecho, pero su conducta, comparada con la del buen pater familias, es reprochable. La reprochabilidad puede revestir múltiples modalidades que el juez identificará en cada caso. Por ejemplo: 1) negligencia, cuando omitió cuidados necesarios; 2) imprudencia, cuando se confía en poder evitar los efectos lesivos; 3) impericia, cuando acomete la actividad sin estar calificado; 4) ignorancia, cuando cree equivocadamente estar autorizado o legitimado para el hecho.

D) *La teoría del riesgo de* "*lege ferenda*"

No pretendemos abordar en profundidad el tema de la responsabilidad objetiva, lo cual se hará en un capítulo independiente. No obstante, es importante planearse aquí si existe y si puede existir un principio general de responsabilidad civil sin culpa, es decir, la responsabilidad objetiva como principio. La respuesta, en nuestro concepto, es negativa a ambas preguntas.

No se ha aceptado la teoría del riesgo como principio, porque su aplicación deriva en fallos carentes de justicia y equidad. Por otra parte, independientemente del nombre que se le quiera dar, la indemnización implica una sanción en tanto se afecta el patrimonio del condenado, y repugna la imposición de una sanción sin ilicitud de la conducta. En materia de responsabilidad civil el legislador no puede, como en penal, tipificar los casos en que habría lugar a indemnizar. Por tanto, es el juez y no el legislador quien debe determinar en cada fallo si la conducta del demandado fue lícita o ilícita. Despojando la responsabilidad del elemento culpa, se llega en gran medida a la inseguridad jurídica y en todo caso a aplicar un derecho civil amoral, situación inaceptable, en tanto los destinatarios del derecho no son amorales, salvo desafortunadas excepciones.

[29] "En matière contractuelle, la faute est dolosive non seulement lorsqu'il y a intention méchante, mais aussi lorsqu'elle a été commise de propos délibéré". Henri, Léon y Jean Mazeaud y François Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, Obligations. Théorie générale, 9ème ed., Paris, Éditions Montchrestien, 1998, pág. 448.

Durante el siglo XIX se empezó a plantear en Europa la idea de una responsabilidad civil objetiva, como consecuencia de la Revolución Industrial y el crecimiento de los accidentes de trabajo[30].

La misma idea había sido ya propuesta en materia penal por FERRI, que argumentaba la dificultad de la apreciación in concreto. En materia civil y administrativa fue planteada por laboristas[31] bajo la loable idea de facilitarles a los trabajadores establecer la responsabilidad de sus empleadores por causa de accidentes de trabajo causados por máquinas. El propio SALEILLES planteaba como objetivo "materializar" el derecho para que normara relaciones entre patrimonios más que relaciones entre personas, teoría sacada del materialismo histórico.

Se planteó principalmente que quienquiera que desarrollara una actividad generadora de riesgo debería indemnizar cuando se causara un daño, independientemente de que hubiere o no culpa. Luego se dijo simplemente que quienquiera que causara un daño debía indemnizar sin tomar en consideración la culpa. La teoría empezó a calar en la doctrina[32] y la jurisprudencia[33] francesas, pero después de una circunstancial efervescencia declinó tan rápido como había surgido.

La idea tenía una falla irreparable *ab initio*, al intentar equiparar a las víctimas con los trabajadores o, en general, con los proletarios, y a los autores de daños con los capitalistas o propietarios de los medios de producción. El campo de la responsabilidad civil es mucho más amplio que el de los accidentes de trabajo, pues este requiere un régimen especial, como a la larga se adoptó. El campo laboral evidentemente requiere reglas que faciliten la reparación a las víctimas trabajadoras, incluso responsabilidad objetiva, lo cual no puede volverse regla

[30] "On a déjà indiqué pourquoi SALLEILLES et JOSSERAND furent amenés à nier la nécessité de la faute: afin de dispenser les ouvriers, victimes d'accidents du travail, de la preuve souvant impossible d'une faute de l'employer" (ibid., pág. 437).

[31] SALEILLES y DUGUIT se cuentan entre los más fervorosos partidarios.

[32] Juristas de la talla de JOSSERAND, DEMOGUE, SAVATIER y RIPERT defendieron la teoría. Este reconoció posteriormente la necesidad de volver al concepto de culpa.

[33] En materia de responsabilidad por el hecho de las cosas, puede consultarse la sentencia de la Corte de Chambery de 12 julio 1905 (D. 1905. 2. 417); sent. de la Corte de Lyon de 18 enero 1907 (D. 1909. 2. 245); sent. del Tribunal de Lectoure de 10 abril 1925 (D. 1925. 2. 105); sent. del Tribunal de Vienne de 5 marzo 1926 (D. 1926. 2. 21); sent. del Tribunal de Pau de 19 octubre 1945. La Corte de París planteó la teoría del riesgo- provecho no solo en materia de responsabilidad por el hecho de las cosas sino también en materia de responsabilidad por el hecho de terceros, en sent. de 15 marzo 1910 (D. 1922. 1. 25).

general para la responsabilidad civil, llamada a resolver conflictos surgidos entre pares.

La crítica demoledora planteada por autores tan importantes como Planiol rápidamente probó estar acertada. Fueron famosas las sentencias de los tribunales franceses, que rechazaron la teoría del riesgo como principio para evitar injusticias intolerables. Una decisión desarraigada de toda moralidad y equidad no podía ser aceptada por los tribunales.

La teoría del riesgo y la responsabilidad objetiva como principios permanecen como teoría de *lege ferenda* sin ser acogida como principio general en los sistemas jurídicos modernos. Se aplica por excepción la responsabilidad objetiva por disposición legal expresa, en algunos casos taxativamente señalados que lo justifican, como por ejemplo el célebre daño causado por animal fiero. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido claramente la necesidad de la culpa y rechazado la teoría del riesgo como principio[34].

[34] "La teoría del riesgo se funda, según Ripert, en que todo perjuicio causado debe ser atribuido a su autor y reparado por él, porque todo problema de responsabilidad civil se reduce a otro de causalidad; por eso cualquier hecho del hombre que cause perjuicio causa reparación a favor de la víctima. Según esta teoría, desaparece el concepto o la idea de culpa, para dar cabida de una manera exclusiva a la idea de causalidad, la cual fundamenta exclusivamente la responsabilidad. Según esa teoría no puede examinarse si en el perjuicio inferido a la víctima ha mediado la culpa ni si esta se presume, pero ni si quiera alegar la fuerza mayor o el caso fortuito. El concepto de exculpabilidad no existe a la luz de esta teoría, porque según ella basta que el hecho se produzca, o la relación de causalidad, para que nazca la responsabilidad. Acorde la Corte con la doctrina de países extranjeros que no la han aceptado, no podría aceptar la teoría del riesgo porque no hay texto legal que la consagre ni jurisprudencialmente podría llegarse a ella desde luego que la interpretación del artículo 2356 del C. C. se opondría a ello. Cuando la Corte ha hablado de riesgo en algunas sentencias de casación no lo ha entendido en el concepto que este vocablo tiene en el sentido de la responsabilidad objetiva, lo cual se claro y obvio si se considera que en tales fallos se ha partido de la doctrina de la presunción de culpabilidad, que es contraria y opuesta a la del riesgo creado".

"La doctrina de la responsabilidad reposa sobre la idea de la culpa probada o presumida. El título 34 del libro 4 del C. C. que consagra esta doctrina, puede dividirse en tres grupos: el primero, constituido por los artículos 2341 y 2345 que contienen los principios generales de la responsabilidad delictual y cuasi delictual del hecho personal; el segundo, formado por los artículos 2346, 2347, 2349 y 2352 que regulan lo relativo a la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro, y el tercero, que comprende los artículos 2350, 2351, 2354, 2355 y 2356, se refiere a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas o inanimadas. Todos esos grupos contemplan situaciones distintas y se resuelven de manera diferente. En los dos últimos grupos se presume la culpa, al paso que en el primero de ellos esa

## 3. RÉGIMEN DE LA CULPA EN COLOMBIA: REGULACIÓN DUAL CON ELEMENTOS COMUNES

Una de las principales controversias planteadas en el derecho antiguo francés en torno a la responsabilidad civil radicó en si debía conservarse una regulación dual, diferenciando la responsabilidad contractual de la extracontractual, o si, por el contrario, los regímenes debían unificarse en uno solo.

Había en las legislaciones continentales una tendencia natural a la regulación dual por cuenta del legado romano. En contractual se retomaba por regla general la graduación tripartita romana de la culpa[35], mientras en extracontractual se aplicaba el adagio "in lege Aquilia et levísima culpa venit", aduciendo que la más leve culpa hacía incurrir en responsabilidad. En contractual se aceptaba en principio la presunción de culpa, mientras en extracontractual en principio se requería de su prueba.

Con el objetivo de promover la unificación, varios autores franceses se opusieron a la graduación de la culpa según el interés en el contrato, alegando que solo se encontraba en textos aislados del derecho romano que no permitían deducir un principio general y que la graduación era inaplicable en la práctica. Así mismo, los defensores de la teoría monista desconocieron la presunción de culpa en contractual como principio y propusieron más bien sujetar la carga de la prueba de la culpa a la distinción entre obligaciones de medio y de resultado.

---

presunción no existe, y la culpa demostrada o presumida se traduce, como consecuencia jurídica y necesaria, en responsabilidad".

"El principio fundamental en que se basa la culpabilidad de la víctima, está expresado en esta fórmula: «volenti non fit injuria» respecto de la cual observa LALAU que si la víctima por su consentimiento ha aceptado un riesgo, no puede luego quejarse del perjuicio que le resulte de esa aceptación". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 noviembre 1940, "G. J.", t. L, pág. 439 (bastardilla fuera de texto).

[35] "Este sistema era bastante complejo; y en la Edad Media, movidos por las necesidades de la práctica de establecer los principios del derecho, los glosadores se empeñaron en fijarlos con claridad. Establecieron así, sobre la prestación de la responsabilidad contractual, y atendiendo a la naturaleza de cada contrato, la división de la culpa en lata, leve y levísima, que pasó a ser la doctrina corriente: es ella la doctrina de ACCURSIUS, ALCIATES, CUJACIUS, DUARENUS, AVEZAN, VINNIUS, HEINECCIUS, ANTONIO FABER; y de acuerdo con ellos fue formulada netamente por POTHIER en sus diferentes tratados, quien, para decidir de que especie de culpa debía responder el deudor en los diferentes contratos y cuasicontratos establecía, siguiendo la doctrina común, tres principios". CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 503.

Se alegaba que incluso en responsabilidad extracontractual habría deberes preexistentes vulnerados por el hecho lesivo, y esos deberes podrían clasificarse, como las obligaciones, en deberes de medio y deberes de resultado.

Estas corrientes midieron fuerzas en el momento de la codificación, y el Código de Napoleón dio como resultado un régimen ecléctico. En efecto, se eliminó del Código de Napoleón la idea de la graduación de la culpa en contractual, lo cual, en gran medida, unificaba los regímenes, pero se rechazó también la idea monista de generalizar la distinción de obligaciones o deberes de medio y de resultado poniendo la carga de la prueba de la culpa en cabeza del demandante en el caso de los de medio, y en el demandado, en el caso de los de resultado. Este criterio de obligaciones de medio y de resultado se aplicó únicamente en materia contractual, y se dejó para el campo extracontractual el principio general de que quien alega prueba.

En nuestro Código Civil, redactado por don Andrés Bello durante el siglo xix, el resultado fue también ecléctico pero con predominancia dualista. Es decir, se mantuvo intacta la división de la responsabilidad en contractual y extracontractual. Se reguló la responsabilidad contractual como un efecto del contrato en los artículos 1604 y siguientes del Código, y en otro capítulo totalmente separado (arts. 2341 y ss.) se reguló la responsabilidad extracontractual a semejanza de la *Lex Aquilea*. No solo se dejó planteado como principio en materia contractual que la carga de la prueba de la culpa radicaba en el demandado, sino además se mencionó específicamente en el Código la división tripartita de la culpa en contractual. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha negado reiteradamente la posibilidad de acumular los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual[36].

A manera de excepción a este principio, sin embargo, en materia de responsabilidad por producto defectuoso la Corte ha llegado a una conclusión diferente. Para la Corte en esta materia existe una responsabilidad solidaria entre el vendedor directo del producto que tiene vínculo contractual con el consumidor, y el productor del mismo que no

[36] "Como lo ha dicho la Corte, ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de una acción híbrida, según la expresión de los expositores, en que se involucran de manera inaceptable la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual en una misma relación jurídica, porque la yuxtaposición o acumulación de estas dos especies diferenciadas de responsabilidad es imposible, ya que la contractual, por su propia naturaleza, excluye la generada por el delito". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 agosto 1950, "G. J.", t. lxvii, pág. 764.

lo tiene. No obstante, ambos tienen un mismo régimen de responsabilidad, y deben comparecer en el mismo proceso[37].

A) *Culpa en la responsabilidad civil contractual*

Incumplido el contrato, el contratante puede exigir judicialmente la ejecución forzosa de la prestación en mora, bien sea en especie o por equivalente mediante perjuicios compensatorios[38]. Si el contrato es

[37] La responsabilidad de unos y otros (fabricadores y proveedores) (…), se caracteriza porque:

Trasciende la relación contractual derivada de la compraventa o adquisición de bienes y servicios, entre otras cosas porque emana de una relación (la de consumo) especialmente regulada por el ordenamiento y que liga a personas que, incluso, no han celebrado contrato alguno.

En este punto, la Corte precisó que al amparo del principio consagrado en el art. 78 de la Const. Pol., bien "puede afirmarse que la tutela efectiva de los intereses de los consumidores y usuarios, habida cuenta de la posición de inferioridad o debilidad que ordinariamente ocupan en el tráfico mercantil y la asimetría que caracteriza sus relaciones jurídico-económicas con los distribuidores o fabricantes, no puede verse restringida o limitada por el principio de la relatividad de los contratos, cuyo alcance, por cierto, tiende cada vez a ser morigerado por la doctrina jurisprudencial, puesto que, con independencia del vínculo jurídico inmediato que ellos pudieran tener con el sujeto que les enajenó o proveyó un determinado bien o servicio, las medidas tuitivas propias de su condición han de verse extendidas hasta la esfera del productor o fabricante, como quiera que este es quien ha gestionado, controlado o dirigido el diseño y elaboración del producto, entre otros aspectos, así como ha determinado ponerlo en circulación o introducirlo en el mercado, adquiriendo, por contera, un compromiso en torno a la calidad e idoneidad del mismo, por lo que, desde luego, no puede resultar ajeno o indiferente a sus eventuales defectos o anomalías, ni a los peligros o riesgos que estos pudieran generar, como tampoco a las secuelas de orden patrimonial que llegaren a afectar a su destinatario final —consumidores o usuarios— o a terceros, con lo que queda claramente establecida una 'responsabilidad especial' de aquel frente a estos —*ex constitutione*—, que los habilita para accionar directamente contra el fabricante en orden a hacer efectivas las garantías a que hubiere lugar o a reclamar el resarcimiento de los daños que les fueron irrogados, sin que tal potestad pueda ser coartada por la simple inexistencia de un vínculo de linaje contractual (…)" (Cas. civ., 7 febrero 2007, exp. 1999-00097-01).

Precisamente por lo anterior, se desdibuja o atenúa en estos asuntos la importancia de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, al punto de ser irrelevante.

Es una responsabilidad solidaria, siguiendo los derroteros previstos en el artículo 2344 del Código Civil.

(Sent. de 30 abril 2009, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena).

[38] El art. 1602 del C. C. consagra la obligatoriedad del contrato en los siguientes términos: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes [...]".

sinalagmático, puede además optar por no ejecutar su prestación, pues no está en mora[39], o pedir la resolución del contrato con restituciones mutuas[40].

Hasta acá el contratante cumplido no ha hecho cosa diferente de ejercer sus derechos nacidos del contrato mismo inicialmente celebrado. Es posible que a más de esos derechos se haya hecho acreedor de una nueva obligación nacida con ocasión del incumplimiento, si tal incumplimiento fue culposo y le generó perjuicios. Sea que decida ejecutar forzosamente la prestación en mora o solicitar la resolución del contrato, el contratante cumplido puede en cualquiera de estos eventos solicitar al juez que declare la existencia de responsabilidad civil contractual y se condene al deudor incumplido al pago de los perjuicios causados[41].

Los requisitos de la responsabilidad civil contractual serán entonces:

1) un hecho positivo o una abstención del deudor que implica la inejecución, ejecución defectuosa o tardía de su prestación; 2) la culpa (salvo que la ley para el caso establezca por excepción responsabilidad objetiva), es decir, la mala fe o el error de conducta imputable al deudor[42]; 3) el vínculo causal entre el hecho culposo y el incumplimiento, y luego entre el incumplimiento contractual y el daño; 4) el perjuicio cierto causado al contratante cumplido[43].

---

Además, los arts. 1605, 1610 y 1612 establecen la forma como puede ejecutarse forzosamente las prestaciones de dar, hacer y no hacer, respectivamente.

[39] C. C., art. 1609: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

[40] 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 otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato [...]".

[41] El mismo art. 1546 termina con esta afirmación: "Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios". El art. 1616, a su vez, dispone: "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".

[42] El art. 1604, inc. 1º, del C. C., determina la necesidad de la culpa en estos términos: "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".

[43] El art. 1613 dispone: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse

Los aspectos centrales que requieren atención y han generado la mayor parte de las discusiones en materia de culpa son los siguientes: 1) la manera como el juez debe apreciar la culpa; 2) la manera como el juez debe graduar la culpa; 3) la carga de la prueba de la culpa; y 4) los medios de exoneración admisibles.

a) *La apreciación de la culpa contractual.* Es el método que el juez usa o debe usar para dilucidar el elemento culpa en la responsabilidad civil. De tiempo atrás la doctrina universal ha identificado dos posibles sistemas para realizar el examen.

En materia de responsabilidad civil, tanto en contractual como en extracontractual, la culpa se aprecia en principio in abstracto y solo por excepción in concreto.

a') *Apreciación* "*in abstracto*". Consiste en comparar la conducta del demandado con un modelo abstracto de comportamiento. Desde el derecho romano clásico y hasta nuestros días se ha aceptado como principio que solo admite pocas excepciones para casos específicos. El examen consiste en preguntarse qué hubiera hecho un buen padre de familia puesto en las mismas circunstancias que el demandando. Equivale, por tanto, a comparar de manera objetiva el comportamiento considerado correcto con el del demandado, para establecer si su conducta fue reprochable o se ajusta a los mores sociales generalmente aceptados.

La abstracción de la apreciación se consigue en dos niveles, a saber: el primero, al dejar de "comprobar" el estado de ánimo del demandado (lo cual solo conseguiría el juez mediante una ficción) para en cambio comparar de manera objetiva su conducta con la del buen padre de familia. En un segundo nivel, se reemplaza el uso de la conciencia del demandado mismo (que puede estar torcida) por el uso de la conciencia colectiva representada en la voluntad del buen padre de familia, a efectos de realizar el juicio[44]. Es decir, que el juez podrá declarar culpable al

---

cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento". Se aclara que la doctrina reconoce también el daño extrapatrimonial, y si bien existe alguna jurisprudencia aislada que lo niega para la responsabilidad contractual, hay coincidencia mayoritaria en la doctrina sobre la procedencia de este perjuicio en contractual".

[44] "La culpa no intencional se aprecia en abstracto, es decir en comparación a la conducta de un tipo abstracto. Dicho tipo de comparación debe ser situada en las mismas circunstancias externas que aquellas donde se encuentra el autor del daño, pero no en las mismas circunstancias internas, es decir, que no se pueden tener en cuenta las circunstancias que tiene en sí misma la persona demandada: carácter, sentido moral,

demandado si considera que el buen padre de familia hubiera empleado un nivel de diligencia superior, aunque al demandado no le remuerda la conciencia o considere que su actuar en nada fue reprochable.

b') *Apreciación* "*in concreto*". Apreciar la culpa "in concreto" consiste en sondear la conciencia del demandado para intentar representarse su proceso volitivo o comparar la conducta del deudor con su propio criterio usual, es decir, exigiéndole la diligencia que el mismo deudor usa en sus negocios[45].

En otras palabras: debe el juez indagar si la conciencia le indica al demandado que actuó en contra de sus principios morales y le impone como sanción el sentimiento de remordimiento[46].

Este examen totalmente subjetivo ha sido rechazado como principio por la doctrina universal y nuestro ordenamiento legal. Como se lee clara mente en el artículo 63 del Código Civil, transcrito, el juez debe hacer una comparación objetiva en lugar de sondear la conciencia del demandado.

No obstante, por excepción se acepta la apreciación in concreto en determinados casos en los que resulta necesaria. Cuando se trata de imputar dolo al demandado, no queda otro remedio que intentar dilucidar, partiendo de indicios externos, su proceso volitivo.

Lo mismo sucede al intentar imputar culpa en sentido estricto en un contrato *intuitu personae*, cuando se ha contratado con una persona por sus especiales cualidades o circunstancias, esperando que las emplee para el cumplimiento de su prestación. Si se aduce responsabilidad por incumplimiento contractual, habría que intentar dilucidar, nuevamente partiendo de indicios externos, si conforme a sus particulares estándares le debería reprochar su negligencia.

En todos estos casos, se debe tener en cuenta que a pesar de que el juez deba intentar averiguar el estado de ánimo del demandado, e incluso tomar en consideración situaciones particulares de este, como sus especiales cualidades en el contrato *intuito personae*, en ningún caso debe el juez intentar usar la conciencia misma del demandado, porque bastaría aseverar la propia falta de moral o ética para exonerarse de

---

discernimiento, etc.; admitir lo contrario sería volver a la apreciación en concreto". Los Mazeaud y Chabas, *op. cit*., pág. 449.

[45] Claro Solar, *op. cit*., pág. 500.

[46] "Apprécier la faute in concreto, c'est examiner l'état d'âme de l'agent, chercher si sa conscience lui reproche quelque chose". Los Mazeaud y Chabas, *op. cit*., pág. 457.

responsabilidad. El juez no debe preguntarse si el demandado se reprocha su conducta, sino que debe preguntarse si se le debería reprochar su conducta tomando en consideración sus especiales circunstancias.

b) *Graduación de la culpa contractual.* La graduación de la culpa tuvo su origen en el derecho romano y se estableció en el derecho bizantino, de donde pasó al derecho antiguo europeo. En Francia la escuela de DOMAT se opuso a la división tripartita de la culpa, en su afán de propender por un único régimen de responsabilidad civil, oposición que tuvo eco durante la redacción del Código de Napoleón, en el cual apenas se menciona la graduación para efectos de la obligación de conservación de la cosa debida.

No obstante, las leyes españolas mantuvieron la graduación de la culpa glosada del derecho romano, de donde pasó a nuestro derecho[47]. En efecto la graduación tripartita de la culpa contractual es una realidad indiscutible en derecho colombiano[48]. No solo el artículo 63 del Código Civil define las tres culpas, sino que adicionalmente el artículo 1604 del mismo Código explica la manera como se gradúa la culpa.

a') *Concepto de culpa grave, leve y levísima.* El artículo 63 del Código Civil definió los tres tipos de culpa así:

"La ley distingue tres especies de culpa o descuido".

"Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo".

"Culpa leve, descuido leve o descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa

[47] "[...] nuestro Código ha mantenido la distinción que hacían las leyes romanas y españolas en cuanto a la utilidad contractual de las partes y a la división tripartita de la culpa que con ella se relaciona, en lata, leve y levísima, cuya definición da el art. 44, a que ya nos hemos referido". CLARO SOLAR, *op. cit*., pág. 500. Se aclara que el art. 44 equivale al art. 63 del C. C. col.

[48] "[...] solamente la culpa contractual, esto es, la que incide en el cumplimiento de una obligación preexistente, es la que admite las tres graduaciones de grave, leve y levísima que establece y define el art. 63 del C. C. con el objeto muy importante de determinar el alcance de la responsabilidad del deudor en los distintos contratos según el beneficio exclusivo o común que de ellos reporten los contratantes, como lo estatuye el art. 1604 del mismo código". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 febrero 1942, "G. J.", t. LII, pág. 85.

culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa".

"Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado".

b') *Sistema de prestación de culpas en responsabilidad contractual.* El artículo 1604 del Código Civil dispone la manera como debe aplicarse el sistema de prestación de culpas en los siguientes términos: "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".

Como se lee, el legislador acogió el mismo sistema de graduación tripartita conocido desde el derecho romano y basado en el interés en el contrato. Mazeaud y Tunc lo explican en los siguientes términos:

"En los contratos celebrados en interés exclusivo del acreedor, tales como el depósito, no declaran responsable al deudor, por el incumplimiento de su obligación, más que en el caso en que ese incumplimiento se deba a una culpa grave, culpa lata; es decir, una culpa «que consiste en no poner en un asunto ajeno al cuidado que las personas menos cuidadosas y más necias no dejan de poner en sus propios asuntos»".

"En los contratos celebrados en interés común del acreedor y del deudor, tales como la compraventa, la responsabilidad del deudor es mayor: este último responde de todo incumplimiento debido a una culpa leve, culpa levísima; la cual corresponde «al cuidado ordinario que las personas prudentes ponen en sus asuntos»".

"Por último, en los contratos celebrados en interés exclusivo del deudor (préstamo de uso o comodato, etc.), este último está sujeto a la mayor vigilancia: debe reparar el perjuicio de cualquier incumplimiento debido a una culpa levísima; la cual «consiste en no poner el cuidado que las personas más solícitas ponen en sus asuntos»"[49].

[49] Mazeaud y Tunc, *op. cit*., pág. 388.

Se ha planteado en contra de la teoría[50] que en un mismo contrato puede haber múltiples obligaciones a cargo de cada parte, pero la graduación no puede ser la misma para todas ellas.

Se cita como ejemplo que si bien el mandatario está obligado a cumplir el encargo y también a no hacer uso de los efectos o bienes confiados para llevar a cabo el mandato, no habría lugar a graduar la culpa a la segunda obligación, tratándose de una prestación de no hacer. Nos parece que la prestación de no hacer puede ser transgredida por negligencia, imprudencia o impericia, si por ejemplo el mandatario no lleva un registro adecuado de los activos propios y los confiados, o si confunde unos con otros.

Frente al incumplimiento de esta prestación de no hacer, debería responder por culpa leve si el mandato era remunerado, o por culpa grave, si era gratuito y el mandante era el único que reportaba interés. Veamos por qué: si el mandato era remunerado y ambas partes tenían interés en el contrato, se le exige al mandatario que se esfuerce como las personas comunes y medianamente prudentes lo hacen en sus propios asuntos, es decir, como actuaría un buen padre de familia. Debería llevar un registro pormenorizado y mantener los activos separados, de manera que no pueda haber confusión. Pero si el contrato era gratuito, el mandatario estaba actuando con liberalidad y por tanto el mandante no está en condiciones de exigir diligencia más allá de aquella que una persona menos cuidadosa aplicaría en sus negocios. Nos parece que el mandatario no respondería si después de un esfuerzo razonable de registro de los activos este falló o si los bienes se mezclaron sin su voluntad. La lógica de la graduación tripartita aplica perfectamente y resulta apenas equitativa y justa.

Se ha dicho también que no cabe plantear la graduación como principio general, porque en la mayoría de los casos es inaplicable o irrelevante. Por ejemplo, el arrendatario está obligado a pagar el canon y la graduación debería ser irrelevante tratándose de una obligación de género[51]. Es cierto que el género no perece, lo cual indica que el deudor no podría invocar que su obligación se extinguió al parecer la cosa debida. Pero de allí no puede concluirse que la graduación sea inaplicable. Responderá por culpa leve, en caso de incurrir en mora en el pago de los cánones.

[50] JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad civil*, t. I, Teoría general de la responsabilidad. Responsabilidad contractual, Bogotá, Edit. Temis, 1999, págs. 310 y ss.

[51] Ibid., pág. 311.

c) *Carga de la prueba de la culpa contractual*

a') *Presunción de culpa como principio en responsabilidad contractual.* El artículo 1604 del Código Civil, referente a las obligaciones contractuales, en el inciso 3º dispone lo siguiente: "La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo".

Lo anterior sienta el principio de la presunción de culpa en materia contractual, como lo ha reconocido la jurisprudencia[52]. En efecto, según dispone el texto legal, el deudor de la obligación contractual, que ha debido emplear diligencia o cuidado en el cumplimiento de su prestación, debe probar su diligencia si pretende desvirtuar la existencia de culpa[53]. Es decir, en principio se presume su culpa, admitiéndose evidentemente la prueba en contrario para desvirtuar tal presunción.

La presunción de culpa se basa en el incumplimiento de la obligación. Es de notar que para que aplique la presunción de culpa debe haberse previamente probado la existencia de la obligación contractual incumplida, y en principio, también el incumplimiento.

De manera frecuente, sin embargo, existe un problema práctico que fuerza a invertir también la carga de la prueba del incumplimiento, si este consiste en la inejecución del hecho positivo acordado (dar o hacer)[54]. En otros casos la ley misma hace presumir el incumplimiento en virtud de norma expresa. En estos casos al acreedor le bastará afirmar que el deudor no cumplió, siendo esta una negación indefinida que no puede probarse en la práctica. El acreedor deberá probar el incumplimiento que alega cuando consista en la realización de un hecho prohibido, la existencia de un vicio o cualquier otro hecho lesivo positivo, que sí admite prueba.

[52] "[...] la responsabilidad contractual parte de la base de que el deudor dejó por su culpa de cumplir una obligación previamente estipulada. Así, el acreedor solo está obligado a probar el contrato, correspondiendo al primero, para liberarse, demostrar, contra dicha presunción, que lo cumplió o que ha estado en imposibilidad de hacerlo (C. C., arts. 1604, 1730 y 1757)". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 17 octubre 1951, "G. J.", t. LXX, pág. 479.

La misma posición se repite en C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 marzo 1988 y C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 12 junio 1990.

[53] "La prestación de la culpa exige del deudor el empleo de la diligencia y cuidado correspondiente: y como la obligación debe ser ejecutada en los términos indicados en el contrato, si el deudor no le ha dado cumplimiento, debe suponérsele culpable de no haber empleado esa diligencia y cuidado". Claro Solar, *op. cit*., pág. 524.

[54] "[...] los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 3 noviembre 1977.

La clasificación en obligaciones de medio y de resultado tiene importancia a la hora de entrar a evaluar si hubo incumplimiento de la obligación contractual. En efecto, si el deudor se obligó válidamente a obtener determinado resultado, su no obtención implica por sí mismo el incumplimiento de la obligación. Si en el contrato el deudor se obligó a desplegar los medios a su alcance para procurar cierto resultado, la determinación del incumplimiento será más compleja y requerirá una precisión sobre cuáles fueron los medios al alcance del deudor que dejaron de ser desplegados. Ahora bien, esta clasificación no tiene incidencia alguna en la carga de la prueba del incumplimiento contractual, que como se vio, depende únicamente de que el incumplimiento admita prueba.

b') *Excepción jurisprudencial para algunas obligaciones de medio.* Si bien algunos autores como DEMOGUE y DOMAT hablaban ya de obligaciones de medio y de resultado en el derecho antiguo francés anterior a la codificación, hasta mediados del siglo XIX se aceptaba mayoritariamente que en materia contractual, a diferencia de la extracontractual, debía presumirse la culpa[55].

No obstante, no se reconoce la existencia en el Código Civil francés de una disposición similar al tercer inciso del artículo 1604 del Código Civil colombiano que siente como principio la presunción de culpa en contractual, por lo cual desde principios del siglo XX los autores franceses comenzaron a aceptar cada vez con mayor decisión, que la carga de la prueba debía depender del contenido de la obligación[56].

Hoy día casi la totalidad de los autores franceses admite que si la obligación es de medio, deberá probarse la culpa del deudor, mientras que siendo la obligación de resultado, se podrá presumir la culpa. Los autores monistas o que propenden a unificar la responsabilidad contractual y la extracontractual en un solo régimen, como por ejemplo los señores MAZEAUD, CHABAS, TUNC, y otros muchos, han buscado aplicar

[55] "entre les responsabilités délictuelle et contractuelle quant á la charge de la preuve: la victime que se prévaudrait de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle devrait prouver au moins une imprudence ou négligence de l'auteur du dommage; celle qui se prevaudrait de la responsabilité contractuelle en serait dispensée, et il incomberait à l'auteur du dommage de démontrer que l'inexécution de son obligation provient d'une cause qui lui est étrangère [...]". MAZEAUD y CHABAS, *op. cit*., pág. 386.

[56] "[...] la prueba de la culpa no se realiza siempre de igual manera: la culpa puede presumirse en las obligaciones de resultado, y debe probarse en las obligaciones de medio". JEAN CARBONNIER, *Droit civil. Le droit des obligations*, t. II, vol. II, 17e ed., Presses Universitaires de France, 1993, pág. 250.

la misma teoría a la responsabilidad extracontractual, bajo el supuesto de que incluso sin contrato, el hecho lesivo implica la violación de un deber preexistente que puede ser catalogado, igual que las obligaciones, como de medio o de resultado. La Corte de Casación francesa admitió también sin reservas la teoría de las obligaciones de medio y de resultado para zanjar el tema de la carga de la prueba en contractual.

Durante la primera mitad del siglo xx, nuestra Corte Suprema de Justicia se contagió de esta tendencia innovadora en materia de responsabilidad y se propuso introducir la institución en nuestro régimen[57]. La doctrina nacional también en buena parte ha acogido la teoría de las obligaciones de medio y de resultado, asignándole la función de definir la carga de la prueba de la culpa y también de limitar las defensas admisibles en el caso de las obligaciones de resultado. Incluso algunos autores se han alineado con teorías francesas más radicales como las del profesor Larroumet, que ven en los casos de responsabilidad contractual por obligación de resultado una responsabilidad objetiva. Estas teorías parecen querer ser recogidas en nuestro sistema por autores como Fernando Hinestrosa y Javier Tamayo.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia ha sido equívoca en cuanto al alcance que debe dársele a la excepción en comento. Las sentencias que acogen la teoría se han limitado en la práctica a devolver la carga de la prueba de la culpa al acreedor en casos muy limitados de responsabilidad profesional. No obstante, en algunos casos, al momento de hacer las consideraciones la Corte hace afirmaciones generales que causan confusión sobre el alcance de la sentencia.

A este respecto vale la pena mencionar el tratamiento jurisprudencial que la Corte Suprema de Justicia le ha dado al caso de la responsabilidad por producto defectuoso en las relaciones de consumo. Considera la Corte que el expendedor responde en situación de culpa presunta, dada la obligación de resultado que por disposición legal es imperativa

[57] La Corte comenzó a referirse a la teoría en los fallos de 5 y 30 de noviembre de 1935, y luego nuevamente la retomó en el fallo de 31 de mayo de 1938 y en muchos otros posteriores. Puede citarse: "En las obligaciones de medio [...] no hay lugar a confundir el incumplimiento con la culpa. No basta para deducir la responsabilidad del deudor, comprobar la existencia de una inejecución sino que se hace indispensable estimar si ella es culposa, para lo cual debe compararse la conducta del deudor, con la que hubiera observado un hombre de prudencia ordinaria, normal y usual, colocado [*sic*] en la misma situación objetiva de aquel. Si el resultado de la comparación es desfavorable al deudor, surge entonces la responsabilidad". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 31 mayo 1938.

y no admite pacto en contrario, consistente en garantizar la seguridad del consumidor[58].

En nuestra opinión, pretender que en las obligaciones de medio la carga de la prueba de la culpa recaiga sobre el acreedor, constituye una alteración indebida del orden de las cosas. Antes de entrar a determinar si hubo culpa, se debe establecer si la obligación fue incumplida. Siendo de medio la obligación, hay dos hipótesis:

1) si el deudor inejecutó totalmente su obligación, es decir, que no desplegó ningún medio a su alcance, basta afirmarlo porque es una negación indefinida. 2) Si el deudor cumplió defectuosa o tardíamente su obligación (por ejemplo se equivocó en los medios que debía desplegar o no avocó toda la actividad necesaria y posible), será algo que el acreedor deba demostrar para establecer que hubo el incumplimiento.

Recibida la aseveración del incumplimiento total de la obligación de medio, o acreditado su incumplimiento defectuoso o tardío, necesariamente tendrá el deudor que entrar a defenderse, bien sea alegando que sí ejecutó, en cuyo caso desvirtúa la existencia del supuesto incumplimiento, o alegando que no hubo culpa.

Este es un régimen especial referente a la responsabilidad por producto defectuoso, en el cual considera la Corte que la presunción de culpa obedece a que el vendedor tiene una obligación de resultado consistente en garantizar la seguridad del consumidor en el uso del producto. Volviendo al principio general que ha de aplicarse en materia contractual, en las obligaciones de medio se invierte la carga de la prueba para determinar si hubo o no incumplimiento, pero no para determinar si el incumplimiento fue o no culposo. Ahora bien, parecida tesis ha defendido el tratadista JORGE SUESCÚN MELO, que ha llegado

[58] "Como ha quedado visto, conforme al mandato constitucional previsto en el artículo 78 de la Carta Política, sobre unos y otros recae una obligación de seguridad a favor de los consumidores, esto es, que el conjunto de prestaciones a su cargo no se agota con el deber de poner en circulación cosas con la calidad e idoneidad requeridas, sino que incorpora, también, la garantía de que el consumidor no sufrirá en su persona o sus bienes ningún daño por causa de estas.

"Y si bien el contenido del deber de seguridad puede ser variable, habida cuenta que en ocasiones, quizás las menos, corresponde, simplemente, a un deber de prudencia y diligencia encaminado a evitar la ocurrencia de algún incidente que lesione a otro, de modo que el acreedor asume la carga de probar la negligencia del deudor, en otras oportunidades, que cada vez son más, tiene el carácter de una obligación de resultado, en cuyo caso el deudor se compromete a evitar que el acreedor sufra cualquier accidente que lesione su persona o sus bienes, salvo, claro está, que el daño obedezca a una causa extraña" (sent. de 30 abril 2009, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena).

a la conclusión de que determinar el incumplimiento de la obligación de medio y definir la culpa del deudor constituye una misma cosa[59]. Determinar si hubo incumplimiento, incluso en obligaciones de medio, es un ejercicio objetivo que en últimas se comprueba mediante los sentidos. Determinar la culpa es, en cambio, un ejercicio subjetivo que realiza el juez comparando la conducta con el "deber ser" social para concluir si hubo error de conducta, es decir, si fue reprochable el actuar del deudor.

Para ilustrar la diferencia, cabe pensar en el caso de un médico que para tratar un cáncer de pronóstico reservado se desvía del tratamiento que aplican los médicos con resultado positivo en algunos casos, por considerar que el tratamiento puede resultar más eficaz con determinadas variaciones. Si el paciente muere, es posible afirmar que el médico incumplió su obligación por no desplegar los medios a su alcance. ¿Pero puede decirse que la conducta del médico fue reprochable y atribuirle culpa? Esta será una situación subjetiva que deberá determinar el juez en su sano criterio. Claramente se presume la culpa del médico por el incumplimiento, de conformidad con lo previsto en el inciso 3º del artículo 1604 del Código Civil, pero la responsabilidad no puede volverse objetiva, sino que necesariamente el médico debe tener la posibilidad de desvirtuar la presunción de culpa. Por ejemplo, podría demostrar que la conclusión que adoptó estaba médicamente sustentada y no constituía negligencia, imprudencia o impericia, de modo que su conducta fue irreprochable.

Nos parece inaceptable pensar que el acreedor tiene en Colombia la carga de demostrar que hubo culpa. Desde el punto de vista formal, cuando el legislador no distingue no le es lícito al intérprete distinguir, de manera que no se entiende de donde la jurisprudencia puede concluir que en determinados casos sencillamente puede inaplicar el inciso 3º del artículo 1604, cuando no existe disposición legal que establezca la excepción en las obligaciones de medio. Por otra parte, la teoría confunde la prueba del incumplimiento con la prueba de la culpa. En

[59] "Con apoyo en lo anteriormente expuesto, puede concluirse que el paciente demandante debe demostrar el contrato de prestación de servicios médicos, las prestaciones a cargo del galeno, su incumplimiento por ejecución defectuosa y el daño cierto y directo que haya sufrido, así como su cuantía. Demostrado el incumplimiento del profesional, quedará probada necesariamente su culpa y de todos estos elementos se deducirá la responsabilidad civil y la obligación de indemnizar los perjuicios, sin que quepa ya ninguna defensa a favor del médico, ni medio de exoneración". Jorge Suescún Melo, *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Santa Fe de Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá-Universidad de los Andes, 1996, pág. 403.

efecto, la prueba del incumplimiento normalmente corresponde al acreedor de la obligación de medio, porque debe demostrar el aspecto en el cual el deudor falló en desplegar los medios a su alcance. La prueba de la culpa siempre debe recaer en el deudor de la obligación de medio, pues la prueba de la diligencia incumbe al que ha debido emplearla.

d) *Exoneración de la culpa contractual.* El inciso 3º del artículo 1604 del Código Civil no solo determina cuál es la carga de la prueba de la culpa en responsabilidad contractual, sino increíblemente (para un texto tan corto) también determina cuáles son las excepciones admisibles para desvirtuar la culpa.

Vale la pena trascribir el artículo en cuestión una vez más:

"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.

"[...]

"La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito, al que lo alega",

El artículo no deja duda sobre dos aspectos: por una parte, en responsabilidad contractual se requiere que haya culpa del deudor y se presume la culpa por la cual se deba responder, es decir, grave, leve o levísima, según el caso. Por otra parte, el artículo también deja absolutamente claro que el deudor puede exonerarse demostrando bien su diligencia, bien la causa extraña, y en ambos casos tiene la carga de demostrar la causal. La jurisprudencia ha admitido que el deudor tiene los dos medios de defensa señalados[60].

Ahora bien, lógicamente tales medios no están a disposición del deudor en los casos en que la ley los limita mediante disposición expresa (por ejemplo permitiendo solo la exoneración mediante la prueba de una causa extraña, como sucede en el estatuto del consumidor) o los elimina estableciendo casos de responsabilidad contractual objetiva.

La jurisprudencia, por ejemplo, limita las excepciones admisibles en la responsabilidad por producto defectuoso, exigiendo la prueba de la

[60] En obligaciones contractuales de resultado: "Fuerza mayor y diligencia son, obviamente, dos defensas y como tales debe acreditarlas el demandado y debe hacerlo porque se presume de entrada que el incumplimiento de sus obligaciones obedece a culpa de su parte, o en otras palabras, que dicho incumplimiento le es imputable al deudor", *op. cit*., C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 3 noviembre 1977.

causa extraña y no admitiendo la simple prueba de la diligencia para exonerar[61].

En ausencia de excepción legal especial, como la que encuentra la Corte para el caso de la responsabilidad por producto defectuoso, el juez debe aplicar el principio contenido en el inciso 3º del artículo 1604, permitiendo todos los medios exceptivos permitidos. Cabe mencionar que algún sector de la doctrina opina que si la obligación es de resultado, no solo se presume la culpa del deudor, sino adicionalmente se le limitan las defensas admisibles, porque no podrá exonerarse demostrando diligencia, sino únicamente causa extraña. Nuevamente debemos señalar que no existe sustento formal que permita semejante interpretación contra *legem*.

Además no tiene sentido limitar las defensas del deudor por el simple hecho de que la obligación sea de resultado. El examen de la culpa trata de determinar si el hecho o abstención que lleva al incumplimiento de la obligación constituye una conducta reprochable del deudor. No necesita este demostrar causa extraña para acreditar que su conducta no fue culposa.

B) *La culpa en la responsabilidad civil extracontractual*

Conviene comenzar por el régimen general, que es la responsabilidad por el hecho propio, analizando, entre otros aspectos, la imputabilidad,

[61] "Si bien, se decía, el deber de seguridad puede tener cualquiera de esas dos connotaciones, lo cierto es que, dadas las condiciones de inferioridad en las que se encuentra el consumidor, la asimetría de la relación que lo une con el productor, la superioridad económica de este, la particular protección que en su favor estructura el ordenamiento, entre una muchedumbre de razones, en la hipótesis en estudio, a juicio de esta Corporación, *adquiere la entidad de una evidente obligación de resultado*, *cuyo incumplimiento* impone a fabricantes y comercializadores *el deber ineludible de resarcir el daño* padecido por el consumidor, a menos claro está, que demuestren que este sobrevino por causa de *un hecho extraño* que, en cuanto tal, disloca el nexo causal entre la defectuosidad del producto y el perjuicio recibido por este.

"[...]

"No hay que ahondar en el tema para deducir que el hecho extraño, esto es, la fuerza mayor (en cuanto acontecer imprevisible e irresistible totalmente ajeno al empresario o a su actividad), el hecho exclusivo de la víctima o de un tercero (hipótesis esta circunscrita a los eventos en los que el producto es puesto en circulación por personas ajenas al productor, o manipulado por estas), exoneran al fabricante y a los proveedores [...] el hecho que puede aducir el demandado como constitutivo de fuerza mayor debe ser totalmente externo a su órbita de control, peculiaridad que, para decirlo con franqueza, podrá ser poco usual en la materia" (sent. de 30 abril 2009, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena).

la graduación y la carga de la prueba de la culpa, junto con los medios de defensa admisibles.

Es importante anotar que en materia de responsabilidad civil extracontractual, tal como ya lo vimos para la responsabilidad civil contractual, el principio general es el de la responsabilidad subjetiva, es decir que la culpa en principio se requiere para efectos de establecer este tipo de responsabilidad. En unos casos es necesario probar la culpa, mientras en otros se presume, siendo posible desvirtuarla. Este principio ha sido reiterado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia hasta la fecha actual[62]. Solo en algunos casos concretos se ha establecido por excepción la responsabilidad objetiva, desprovista del elemento culpa, o mediante una presunción de derecho de la culpa que no admite pacto contrario.

Luego procederemos a observar las excepciones que sobre este régimen general de culpa ha plasmado la ley o desarrollado la jurisprudencia nacional para los casos de la responsabilidad por el hecho de las personas a cargo, la responsabilidad por las cosas a cargo y la responsabilidad por actividades peligrosas.

Cada uno de estos tipos de responsabilidad tiene su régimen propio e independiente en materia de culpa, de conformidad a los artículos del Código Civil que rigen cada materia o el desarrollo de la jurisprudencia del que han sido objeto[63].

[62] "Nuestro Código Civil —que en materia de obligaciones sigue la tradición jurídica moderna y especialmente el ordenamiento civil francés—, contempla un criterio general de responsabilidad subjetiva al disponer en su Título XXXIV un régimen de «responsabilidad común por los delitos y las culpas».

"En ese contexto, el referido título puede dividirse en tres grupos: i) el primero, conformado por los artículos 2341 y 2345 que contiene los principios generales de la responsabilidad civil por los delitos y las culpas generados por el hecho propio; ii) el segundo, constituido por los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352 que regulan lo concerniente a esa responsabilidad por el hecho de las personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro; y el tercero, que corresponde a los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, concerniente a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas o inanimadas.

"Todas esas normas consagran la culpa como presupuesto jurídico necesario para la atribución de responsabilidad. Pero mientras en el primer grupo esa culpa debe ser demostrada, en los dos últimos se presume" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 18 diciembre 2012, M. P. Ariel Salazar Ramírez, exp. 2006-094).

[63] "El título 34 del libro 4 del C. C. que consagra esta doctrina, puede dividirse en tres grupos: el primero, constituido por los artículos 2341 y 2345, que contienen los principios generales de la responsabilidad delictual y cuasi delictual del hecho personal;

a) *Régimen general: responsabilidad por el hecho propio.* El principio general de la responsabilidad civil extracontractual se expresa en el artículo 2341 del Código Civil en los siguientes términos: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización [...]".

De conformidad con el artículo transcrito, los requisitos que la ley exige para imputar responsabilidad extracontractual son: 1) el hecho; 2) la culpa, consistente en el error de conducta atribuible al autor del hecho; 3) el daño sufrido por la víctima; 4) el vínculo causal entre el hecho culposo y el daño.

Por lo que hace al hecho, es necesario precisar que podrá consistir en una acción o una omisión o abstención. El autor del hecho podrá ser una persona natural o jurídica. En el primer caso, el individuo tiene que estar en capacidad de comprender la ilicitud del hecho. El artículo 2346 del Código Civil establece: "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 pudiera imputárseles negligencia". No obstante, quien comete un daño durante un trastorno mental preordenado está llamado a responder, como se colige de lo previsto en el artículo 2345 del Código Civil: "El ebrio es responsable del daño causado por su delito o culpa".

Tratándose de personas jurídicas, la jurisprudencia tuvo una larga evolución. Si bien en principio se consideraba que tratándose de una ficción no podía imputárseles responsabilidad, posteriormente se reconoció que podrían responder por el hecho de terceros cuando personas naturales a su cuidado generaran el daño[64]. Finalmente la Corte concluyó que respondía por el hecho propio cuando sus empleados cometieran el daño en ejercicio de sus funciones[65]. Ha explicado la Corte que en

---

el segundo, formado por los artículos 2346, 2347, 2349 y 2352, que regulan lo relativo a la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro, y el tercero, que comprende los artículos 2350, 2351, 2354, 2355 y 2356, se refiere a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas o inanimadas". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 noviembre 1940, "G. J.", t. L, pág. 439.

[64] "Las entidades de derecho público y las personas jurídicas no son capaces de cometer los delitos o culpas que caen bajo la sanción del C. P., pero sí lo son de cometer culpas civiles, no ellas, sino sus agentes o representantes legales, y por lo tanto son responsables de los perjuicios que causen a las personas contra quienes se cometen". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 22 octubre 1896, "G. J.", t. XI, pág. 356.

[65] "También ha establecido invariablemente la Corte que la responsabilidad directa, que corresponde a una persona natural o jurídica por el hecho dañoso que ejecuta y que

consecuencia no se presume la culpa de la persona jurídica partiendo de la responsabilidad del empleado. Establecido el hecho culposo del empleado en ejercicio de sus funciones, queda establecido el hecho culposo de la persona jurídica. Si la sociedad desplegaba una actividad peligrosa en cabeza del empleado, además de presumirse la culpa de la sociedad, dicha presunción tan solo podrá desvirtuarse demostrando causa extraña[66].

De conformidad con el artículo 2343 del Código Civil, el autor del daño es obligado a indemnizar al igual que sus herederos. Otros terceros también pueden estar obligados a indemnizar el daño, pero únicamente en la medida en que hubieren obtenido provecho del daño ajeno.

De igual manera pueden reclamar la indemnización tanto la víctima como sus herederos, y en este aspecto hay que distinguir cuando tales

---

le es imputable civilmente, comprende: a) el individuo que personalmente ejecuta el hecho; b) a las entidades de derecho público o privado que obran o actúan por medio de sus agentes, porque las faltas y errores de estos comprometen a la entidad a cuyo nombre obran, ya que la Nación, el departamento y el municipio, como personas de derecho público o las compañías o corporaciones de derecho privado, son entes [*sic*] morales que no pueden actuar sino por medio de personas naturales y los actos, hechos u omisiones directos de aquellas entidades". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 abril 1945, "G. J.", t. LIX, pág. 97.

[66] La Corte, en casación de 30 junio 1962, revaluó la doctrina sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas privadas y públicas, hasta el punto de considerar directa y no indirecta la de las primeras por la conducta de sus agentes, causantes de daños a terceros, cualquiera que fuese la posición jerárquica de aquellos dentro de la entidad jurídica.

Dice la casación, que en lo que hace a las presunciones de culpa características de la responsabilidad indirecta por los hechos ajenos (C. C., arts. 2347 y 2349), esta no se sostiene sin las dichas presunciones *in eligendo* e *in vigilando*, pero que no ocurre lo mismo en cuanto a la responsabilidad directa, porque siendo actos propios de la persona moral los actos de sus agentes, no juegan las obligaciones del organismo jurídico, de proceder diligentemente en la elección y la vigilancia de ellos, obligaciones que constituyen la base de tales presunciones.

Por ello, en la responsabilidad directa la entidad moral se redime de la carga de resarcir el daño, probando el caso fortuito, el hecho de terceros o la culpa de la víctima.

En cuanto a las actividades peligrosas, la responsabilidad por los perjuicios se rige, según la casación de 30 junio 1962, continuando una reiterada jurisprudencia, por el art. 2356 del C. C., conforme al cual, sobre el autor del daño pesa la presunción de la culpa, en razón de la peligrosidad misma que caracteriza sus actividades, presunción que puede desvirtuar mediante la prueba del caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa imputable a la víctima. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 20 febrero 1964, "G. J.", t. CVI, pág. 126.

herederos ejercen la acción que heredan de la víctima de cuando reclaman por el propio perjuicio sufrido. Otros causahabientes también pueden reclamar, al igual que terceros mandatarios que actúan por cuenta de la víctima.

El daño y el vínculo causal serán tratados en otro capítulo, por lo cual no nos vamos a detener sobre esos aspectos; basta por ahora recordar que todo aquel que hubiere concurrido a generar el daño será solidariamente obligado frente a la víctima a indemnizar la totalidad de este[67]. No obstante, si concurre el hecho culposo del autor demandado con el de la víctima demandante, se atenuará la indemnización[68].

Procedamos entonces a revisar los aspectos centrales de la culpa en la responsabilidad por el hecho propio, que como ya se mencionó, constituye el principio y el régimen general de la responsabilidad civil extracontractual.

a') *Necesidad de la culpa.* No se duda de la necesidad de la culpa para establecer la responsabilidad extracontractual por el hecho propio, que como se dijo, constituye el régimen general de responsabilidad extracontractual.

El artículo 2341 del Código Civil claramente establece que el hecho causante del daño debe ser culposo: "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".

Nuestra Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás estableció la necesidad de la culpa a partir de este texto legal[69]. En este aspecto nuestro Código sigue de cerca al Código Civil francés, y también son mayoritarias hoy día la doctrina y la jurisprudencia francesas que consideran

[67] C. C., art. 2344: "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 mismos delito o culpa [...]".

[68] C. C., art. 2357: "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

[69] "El artículo 2341 del C. C.: sienta el principio básico de la responsabilidad por culpa extra contrato. Como complemento de la norma anterior y de la teoría que ella consagra, el artículo 2356 establece la regla general e invariable de que todo daño que puede imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta. Se deduce de la letra y del espíritu de este precepto que tan solo se exige que el daño causado fuera de las relaciones contractuales pueda imputarse, para que ese hecho dañoso y su probable imputabilidad al agente o contraventor constituya la base o fuente de la obligación respectiva". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 abril 1941.

que la responsabilidad extracontractual, al igual que la contractual, es en principio y por naturaleza subjetiva y requiere el elemento culpa[70].

Se denomina tradicionalmente "culpa aquiliana" a la responsabilidad extracontractual en remembranza de la *Lex Aquilia*, que fue uno de sus antepasados remotos. Como ya vimos en la primera parte del capítulo, precisamente este origen hace que la culpa sea elemento central de la responsabilidad extracontractual. En la *Lex Aquilia* la consecuencia de la responsabilidad era una pena que se imponía como sanción al reo, y se requería por tanto la culpa para poder imponer el castigo correspondiente.

Muchos autores contemporáneos han optado por denominar la responsabilidad civil extracontractual fuente de obligaciones, "responsabilidad por el hecho ilícito". En esta teoría de las fuentes de obligaciones, las personas quedan obligadas frente a otros por su voluntad libre mediante el acto jurídico, por un enriquecimiento sin causa, por la ley directamente o por el hecho ilícito. La ilicitud del hecho proviene precisamente de la culpa. No se requiere que el hecho sea contrario a una norma legal como tal, lo cual sería imposible, porque el legislador no puede regular todas las posibles conductas humanas. El hecho es ilícito por ser culposo y por tanto contrario al ordenamiento jurídico en general. La culpa sigue inmersa en nuestro sistema de responsabilidad civil, pues el motor, la causa y la razón de ser de la obligación indemnizatoria es la ilicitud del hecho, es decir, la culpa. Despojar como principio la responsabilidad de la culpa equivale a trasladar a terceros nuestros riesgos y contingencias sin justificación alguna, generando un enriquecimiento sin causa, en el caso particular, y en general destruyendo la seguridad jurídica. También implica un rompimiento definitivo del derecho de la responsabilidad civil con la moral, lo cual es inaceptable. A manera de excepción, en cambio, la responsabilidad extracontractual objetiva puede estar justificada y ser deseable o necesaria, como ocurre en tantos casos de taxativamente señalados en la ley, de los cuales traemos el del animal fiero a colación, excepción que como todas, claramente viene a reafirmar el principio.

b') *Apreciación y graduación de la culpa.* La apreciación de la culpa en materia de responsabilidad extracontractual no reviste mayor discusión. Tanto la doctrina como la jurisprudencia concuerdan prác-

[70] "La jurisprudencia francesa no ha hesitado al afirmar que los artículos 1382 y 1383 del Código Civil francés, que contienen los principios directores de la responsabilidad civil extracontractual del hecho personal, exigen la culpa". MAZEAUD y CHABAS, *op. cit*., pág. 441.

ticamente con unanimidad, que la culpa deberá, salvo casos extraordinarios, apreciarse in abstracto.

Por tanto, el juez de conocimiento deberá comparar la conducta del autor del hecho con la de un buen padre de familia puesto en las mismas condiciones externas el demandado.

Lo cual pone de presente que no existe graduación de la culpa en extracontractual[71], pues la comparación debe hacerse siempre respecto del mismo modelo o patrón de conducta, que es la del hombre medianamente diligente. Este patrón coincide con lo que se define como culpa leve en el artículo 63 del Código Civil: "la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios".

Se acepta que por excepción al principio general de apreciación in abstracto, cuando se pretende imputar dolo al autor del hecho, la apreciación debe ser in concreto. El juez ya no intenta comparar la conducta con un patrón de conducta, sino que indaga en los medios de prueba si quedaron evidencias o indicios serios de la intención que tuvo el autor de causar el daño o de aceptarlo como probable consecuencia del hecho. Es decir, en este caso la apreciación debe ser en concreto, pues el juez ausculta el proceso volutivo mismo del autor del daño y concluye si en su concepto fue o no reprochable.

c') *Carga de la prueba de la culpa.* La culpa del autor del daño, en el régimen general de responsabilidad extracontractual, debe ser probada por la víctima para efectos de establecer responsabilidad. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1757 del Código Civil, si la víctima de un perjuicio pretende establecer la obligación de indemnizar a cargo del autor del hecho culposo causante del daño, debe demostrar la existencia de dicha obligación, es decir, de cada uno de los elementos que la ley exige[72]. Lo anterior implica que al igual que el hecho, el daño y el vínculo causal, el demandante debe probar la culpa.

Debemos aclarar que en esto parece haberse producido una evolución de la jurisprudencia, pues desde principios del siglo XX y hasta el

[71] "La graduación de culpas contemplada [*sic*] por el artículo 63 del C. C. se refiere a contratos y cuasicontratos, mas no a delitos y cuasidelitos, de los cuales esa 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. Ejemplos entre otros los arts. 298, 627, 1604, 1356, 2119, 2203 y 2347 del C. C.". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 31 julio 1945, "G. J.", t. LIX, pág. 409.

[72] C. C., art. 1757: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta".

decenio del treinta la Corte Suprema de Justicia sostuvo que al igual que en contractual, en principio se presumía la culpa en extracontractual. Al respecto sostenía la Corte lo siguiente: "La prueba de la diligencia o cuidado incumbe en todo caso al que ha debido emplearla, ya se trate de culpa contractual, ya de culpa aquiliana o extracontractual. El art. 1604, inc. 3º, del C. C., que tal regla establece, pertenece al título 12 del libro 4º, que trata «del efecto de las obligaciones», e incluye en estas las que provienen de un hecho que ha inferido injuria o daño a un tercero, de conformidad con el art. 1494 del mismo código, que determina la fuente de las obligaciones"[73].

Posteriormente la Corte rectificó esta tesis en los términos que hasta la fecha ha mantenido en línea de precedente que constituye doctrina probable: "Es sabido que en tratándose de culpa extracontractual, el actor tiene a su cargo la demostración plena de todos los factores necesarios para llevar a la conciencia del juzgador una convicción de tal naturaleza que determine lógicamente una condenación. Deberá demostrar el daño, la culpa y la relación causal entre los dos primeros elementos"[74].

Ha hecho carrera en la doctrina francesa la teoría según la cual la ilicitud del hecho en contractual proviene del incumplimiento de la obligación preexistente, y en materia extracontractual, de la violación de un deber preexistente.

El deber, a diferencia de la obligación, no tiene un sujeto pasivo determinado, porque se trata de una norma de alcance general que nos impone determinada conducta. Ahora bien, los autores que han defendido esta doctrina, entre ellos los MAZEAUD, han planteado que el deber no requiere estar expresamente establecido en la ley, puesto que puede ser simplemente una norma tácita. Esta tesis, que en el fondo propugna la unificación de los regímenes contractual y extracontractual, argumenta que en ambos la carga de la prueba de la culpa depende de que la obligación o el deber, en su caso, sea de medio o de resultado. Consideran que los deberes, como las obligaciones, pueden ser de medio, por ejemplo el deber general de cuidado, o de resultado, por ejemplo el deber de cuidado de quien dispara un arma de fuego. Si el hecho viola un deber de medio, deberá el actor probar la culpa del de-

[73] C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. de 26 junio 1924, "G. J.", t. XXXI, pág. 23; 19 noviembre 1927, "G. J.", t. XXXV, pág. 96; 2 febrero 1932, "G. J.", t. XXXIX, pág. 459.

[74] C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. de 4 octubre 1945, "G. J.", t. LIX, pág. 1135.

mandado, mientras que siendo el deber de resultado, se presume su culpa por el solo hecho de haber incumplido el deber[75].

Tal unificación es inaplicable en Colombia. El Código Civil, redactado por don Andrés Bello, dispuso de manera indiscutible la separación de ambos regímenes[76] instaurando, por ejemplo la graduación tripartita de la culpa y sentando la carga de la prueba en cabeza del deudor en lo contractual.

Así mismo en materia contractual las partes son libres de establecer un régimen propio de la culpa en el contrato, por ejemplo acordando cláusulas limitativas de la responsabilidad, imponiendo penalidades o derogando las disposiciones legales sobre culpa, salvo en aspectos que deban considerarse de orden público. De allí que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia haya adoptado el principio según el cual los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual no son acumulables[77].

[75] "La règle est la même dans les deux ordres de responsabilités. La différence est entre les obligations déterminées (ou de résultat, d'une part, et, d'autre part, les obligations générales de prudence et diligence (ou de moyens): la victime du dommage a toujours la charge de la preuve de la faute. Cette faute consiste dans l'inexécution d'une obligation (légale ou contractuelle). La vicitme doit donc prouver, outre l'existence de l'obligation et son contenu exact, son inexécution [...] Lorsque l'obligation est de prudence ou diligence, il faut que la victime, pour démontrer l'inexécution, établisse une imprudence ou une négligence. Elle se borne parfois à prouver que le dommage ne peut s'expliquer que par une faute du défendeur [...] Lorsque l'obligation est déterminée, il suffit que la victime établisse que le résultat que devait être atteinte ne l'a pas été; la loi présumant que, s'il ne l'a pas été, c'est par le fait du débiteur, il incombe à celui-ci de démontrer une cause étrangère, par example un événement de force majeure". Mazeaud y Chabas, *op. cit*., pág. 465.

[76] Mientras que la responsabilidad contractual se regula en los arts. 1602 y ss., la extracontractual se regula en los arts. 2341 y ss. del Código. Por otra parte, la jurisprudencia ha sostenido de manera reiterada la imposibilidad de acumular los regímenes y alternar las acciones correspondientes.

[77] "De allí surge la necesidad de gobernar el contrato y sus efectos por las normas que le son propias, siendo errado e injurídico pretender que para unos aspectos de su eficacia legal se regule por aquellas, y para otros por los preceptos que reglamentan fenómenos diferentes. No es posible, pues, como ya lo ha dicho la Corte, sustentar la posición de derecho de un contratante sobre mandamientos legales encaminados a crear, dirigir o desarrollar la responsabilidad extracontractual en el derecho positivo. El C. C. destina el título 12 de su libro IV a recoger cuanto se refiere a los efectos de las obligaciones contractuales, y el título 34 del mismo libro, a determinar cuáles son y cómo se configuran los originados en vínculos de derecho nacidos del delito y de las culpas, según las voces del Código. 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

Como se vio, en contractual el inciso 3º del artículo 1604 sienta el principio de la presunción de la culpa. En extracontractual no existe una norma que disponga un principio similar; por tanto, en principio, la víctima demandante tiene la carga de probar la culpa aplicando la regla general de que quien pretende la existencia de una obligación debe demostrarla. Lo cual no es simplemente un capricho del legislador, sino responde a una lógica indiscutible que describe el tratadista CLARO SOLAR:

"La prestación de la culpa exige del deudor el empleo de la diligencia y cuidado correspondiente: y como la obligación debe ser ejecutada en los términos indicados en el contrato, si el deudor no le ha dado cumplimiento, debe suponérsele culpable de no haber empleado esa diligencia y cuidado [...]

"Mientras tanto, el que reclama la indemnización del daño que se la ha causado por un hecho ilícito, debe establecer la existencia de este hecho ilícito generador de esa obligación, según el principio establecido por el Código como norma general, de acuerdo con el cual no basta el daño, ni el conocimiento del autor del daño y hay que probarle su culpabilidad"[78].

b) *Responsabilidad por el hecho de personas a cargo*

a') *Principio general de responsabilidad por el hecho de terceros y sus elementos.* Los artículos 2346 a 2349 de nuestro Código Civil contienen el régimen de responsabilidad civil extracontractual por el hecho de terceros, estableciendo un principio general y luego citando varios ejemplos o casos[79] y algunas reglas aplicables a tales casos[80].

---

en la inaplicabilidad de los preceptos y en el mecanismo probatorio". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 21 febrero 1947, "G. J.", t. LXI, pág. 770

[78] "Toda persona que ha causado injuria o daño a otra por sus hechos y omisiones está obligada a la indemnización correspondiente ya haya ejecutado el hecho o incurrido en la omisión personalmente o por medio de las personas que de ella dependen. La responsabilidad se extiende al simple descuido y omisión o negligencia". C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. de 26 junio 1924, "G. J.", t. XXXI, pág. 23.

[79] Art. 2347, inc. 2º: "[...] 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.

"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".

[80] Art. 2347 (último párrafo): "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".

Se ha discutido si los casos citados deben entenderse como taxativos, lo cual equivale a preguntarse si existe en realidad principio general. No obstante, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[81] reconocen la existencia del principio general[82] y aceptan la enumeración como meramente enunciativa.

El artículo 2347 del Código Civil establece el principio general de responsabilidad por el hecho de terceros a cargo en los siguientes términos, que a nuestro modo de ver no deja:

"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".

Si el autor de un hecho culposo lesivo "está al cuidado" de otra persona, se establecen en la práctica dos relaciones jurídicas independientes: por una parte, el autor del hecho lesivo, a quien para fácil referencia llamaremos "dependiente" o "subordinado", responde frente a la víctima por su propio hecho, y para establecer esta responsabilidad, la víctima deberá probar los elementos de la responsabilidad, es decir el hecho, el daño, el vínculo causal y la culpa.

Por otra parte se establece también una relación jurídica entre la víctima y quien debía cuidar o vigilar al autor del daño ("guardián", para fácil referencia), quien respondería solidariamente por el hecho de otro. Esta responsabilidad por el hecho de otro se parece medianamente a la responsabilidad contractual, lo suficiente para que le aplique el principio contenido en el inciso 3º del artículo 1604 del Código Civil, según el cual "incumbe probar la diligencia al que ha debido emplearla". En efecto, hay una relación jurídica preexistente bajo la cual el guardián está obligado a vigilar o controlar al dependiente y cuyo incumplimiento contribuye a generar el daño.

El incumplimiento de la obligación de guarda por un hecho u omisión del guardián debidamente acreditado permite presumir la culpa

[81] Claro Solar, *op. cit*., pág. 524.

[82] "Bien sabido es que en una de sus posibles modalidades, la responsabilidad extracontractual indirecta, denominada también refleja o de derecho, se da cuando alguien es llamado por la ley a responder frente a terceros por las secuelas nocivas de actividades desarrolladas por otras personas que se encuentran bajo su guarda o cuidado o de quienes, en situación de dependencia, reciben concurso empresarial, principio este de carácter general que aparece formulado con toda nitidez en el inciso primero del art. 2347 del C. C. cuyo texto es del siguiente tenor: «[...] 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»". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 marzo 1996, exp. 4637.

del guardián, pues habiendo debido emplear diligencia, le incumbe al guardián demostrarla.

b') *Elementos de la responsabilidad por el hecho de otros.* Son los siguientes:

Responsabilidad del dependiente o subordinado frente a la víctima. La víctima tiene que comenzar por acreditar que el subordinado incurrió en responsabilidad civil extracontractual al haberle causado un perjuicio mediante conducta reprochable. En principio se tratará de responsabilidad por el hecho propio que constituye el régimen general, y por tanto la víctima deberá probar el hecho del dependiente, el daño, la culpa del dependiente y el vínculo causal entre el hecho culposo de este y el daño. Es errado pensar que se presuma la culpa del dependiente. La culpa que se presume es la del guardián, una vez establecida la del dependiente[83].

Es necesario distinguir el caso en el cual el dependiente es un menor de diez años o un demente, a quienes el artículo 2346 del Código Civil considera incapaces de cometer culpa, no obstante lo cual a sus guardianes puede hacérseles responsables de los daños causados. Consideramos que la inimputabilidad que establece el Código es para beneficio de los menores o dementes que la ley busca proteger, y no de las víctimas. Por tanto, la víctima no podría demandar la responsabilidad por el hecho propio del menor o demente. No obstante, si aquella quiere demandar la responsabilidad del guardián del menor o demente bajo el régimen de responsabilidad por el hecho de terceros, debe acreditar la culpa del menor o demente. En efecto, no tendría ningún sentido que

[83] "Como excepción a la regla general de que la responsabilidad civil originada en los delitos o cuasidelitos es personal y directa del autor del ilícito, la ley ha consagrado ciertos casos en que algunas personas responden de los hechos dañosos de otras en razón de la especial situación de cuidado y vigilancia en que se encuentra respecto de ellas el autor del hecho culposo. Esta responsabilidad indirecta se halla concretamente establecida en los artículos 2347 y 2349 del C. C., que consagran una presunción de responsabilidad en contra de las personas a cuyo cargo corre el cuidado de la subordinada con fundamento en el hecho legalmente presumido de que la culpa ocurrió como efecto de una falta de vigilancia o de una mala elección. Para que haya lugar a esta responsabilidad por el hecho ajeno es necesario que se demuestren los tres elementos que esencialmente integran toda responsabilidad civil, esto es, una culpa que cause daño, y además, la existencia de un vínculo de subordinación o dependencia entre una persona y la autora del daño. La culpa de la persona subordinada o dependiente es la fuente de la obligación indemnizatoria, y su prueba está sometida a las reglas generales; la culpa que presume aquí la ley es la de la persona que ella señala como responsable indirecta". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 junio 1949, "G. J.", t. LXVI, pág. 131.

si la conducta del menor o demente fue irreprochable, tuviera en todo caso su guardián que indemnizar a la víctima. Si un niño, por ejemplo, al tratar de esquivar un vehículo que invade el andén, rompe el vidrio de la casa vecina, evidentemente su padre no tiene obligación de indemnizar, pues la conducta del menor es irreprochable y no hay responsabilidad alguna.

La responsabilidad del dependiente o subordinado frente a la víctima podrá también tratarse de responsabilidad por el hecho de la cosa, si el daño lo causa una cosa al cuidado de aquel. Igualmente esta responsabilidad podrá tratarse de responsabilidad por actividad peligrosa si el subordinado la está ejerciendo cuando causa el daño. En estos casos, la víctima quedará relevada de probar la culpa, y en general se aplicará a esta relación jurídica el régimen que corresponda.

Existencia de una relación de guarda o dependencia entre el dependiente y el guardián. Existe una relación de guarda o dependencia cuando una persona está obligada bajo la ley a cuidar, controlar, dirigir o vigilar la actividad de otra persona, o bajo un acto jurídico le encarga una actividad bajo subordinación, es decir, teniendo la posibilidad y la facultad de dirigir o controlar la actividad encargada. Como se ve, la institución abarca un muy amplio espectro de posibilidades.

La guarda puede derivarse directamente de la ley, por ejemplo, en los casos de patria potestad, tutela y curatela. Los artículos 250[84], 262[85] y 264[86] del Código Civil se refieren a las facultades y obligaciones de cuidado, educación y vigilancia que tienen los padres respecto a los hijos. Por su parte los artículos 428[87] y 430[88] de la misma normativa regulan la obligación de cuidado del tutor o curador general sobre el pupilo. En todos estos casos el padre, tutor o curador tienen la obligación legal de vigilar y controlar la actividad del hijo o pupilo.

[84] Art. 250: "Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres".

[85] Art. 262: "Los padres o la persona encargada del cuidado personal de los hijos, tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente".

[86] Art. 264: "Los padres de común acuerdo, dirigirán la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual, del modo que crean más conveniente para estos; así mismo colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento".

[87] Art. 428: "Las tutelas y las curadurías con cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo padre o marido que pueda darle la protección debida".

[88] Art. 430: "La tutela y las curadurías generales se extienden no solo a los bienes, sino a la persona de los individuos sometidos a ellas".

También son muchos los casos en los cuales puede establecerse guarda mediante un acto jurídico, cuando se encarga a otro el desarrollo de una actividad, con subordinación. En el contrato de trabajo hay subordinación del empleado, teniendo el empleador la facultad de instruirlo, según lo previsto en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo[89].

Hay que tener en cuenta que deberá tratarse de empleadores personas naturales, pues las personas jurídicas responden por el hecho propio del acto de sus empleados, conforme ya se explicó. En muchos otros negocios jurídicos, una parte encarga a otra una función o actividad; si además hay subordinación, se tratará de un caso de guarda para efectos de la responsabilidad por el hecho de otro. En el contrato de mandato, el artículo 2157 del Código Civil dispone que el mandatario deberá ceñirse rigurosamente a los términos del mandato, y el artículo 2160 especifica que la recta ejecución del mandato comprende no solo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo. Así, el mandatario estará, en principio, subordinado al mandante, aunque podría pactarse en contrario. Lo mismo puede ocurrir cuando un fabricante, constructor o prestador de servicios subcontrata con otro determinada parte del trabajo bajo un contrato de prestación de servicios. Pero no ocurre lo mismo cuando el contratante encarga a otro la realización de gestiones, negocios u obras que son de la especialidad del contratista, mas no del contratante, bien sea por idoneidad técnica, conocimientos especiales requeridos u otras circunstancias similares. En estos casos el contratante le permite al contratista autonomía y se desprende de la facultad de dirección, control o vigilancia de la actividad dejando al experto determinar los medios. Lo mismo ocurre si contrata a un tercero para vigilar o controlar, como en el caso de la interventoría de obra, desprendiéndose así el dueño de la obra de la facultad de control y vigilancia.

Por tanto no es suficiente con que contractualmente se encargue a otro la actividad, sino que debe haber subordinación para que quien encarga la actividad responda frente a terceros por daños que pueda causar el subordinado. Habrá subordinación cuando una persona encarga

[89] Art. 23: "Elementos esenciales. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales: [...] La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato [...]".

a otra una actividad o gestión teniendo la posibilidad y la facultad para orientar, controlar o dirigir la actividad.

Lo anterior ha sido el criterio aceptado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[90].

Ahora bien, la guarda o dependencia del dependiente frente al guardián, según el criterio de la jurisprudencia y la doctrina, implica un deber del guardián de evitar que el dependiente en ejercicio de la actividad, cause perjuicios a terceros.

Hecho culposo del guardián. El concepto jurídico de guarda o dependencia que venimos de tratar ha dado lugar para que la jurisprudencia elabore de tiempo atrás la idea del hecho culposo "in eligendo, in vigilando", que se presume del guardián cuando el dependiente causa daños a un tercero. Es decir, que la causación del daño de parte del subordinado hace presumir de tajo que el guardián incurrió en un hecho (acción u omisión) que implicó incumplimiento de su obligación de guarda, y que ese incumplimiento implica una conducta reprochable, pues se presume que el daño proviene de no haberse elegido o no haberse vigilado correctamente al subordinado[91].

La jurisprudencia y la doctrina mayoritarias aceptan que el juez deba presumir el hecho del guardián que implica incumplimiento de su deber de guarda, junto con la culpa, lo cual, en nuestro sentir, es antitécnico. El que alega prueba, y si se alega que el guardián cometió un

[90] "[...] esa relación de dependencia, más que el producto de conceptos de derecho abstractos tomados de disposiciones legales del orden laboral como las que en el caso en estudio cita el casacionista, es una situación de hecho en la cual, para su adecuada configuración en vista de la finalidad que se propone alcanzar aquella regla de la codificación civil, basta con que aparezca, caracterizado de modo concluyente desde luego en términos probatorios, que en la actividad causante del daño el dependiente, autor material del mismo, puso en práctica una función determinada para servicio o utilidad del principal, y además, que en el entorno circunstancial concreto y con respecto al desempeño de dicha función, haya mediado subordinación del dependiente frente al principal". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 marzo 1996, exp. 4637.

[91] "Como excepción a la regla general de que la responsabilidad civil originada en los delitos o cuasidelitos es personal y directa del autor del ilícito, la ley ha consagrado ciertos casos en que algunas personas responden de los hechos dañosos de otras en razón de la especial situación de cuidado y vigilancia en que se encuentra respecto de ellas el autor del hecho culposo. Esta responsabilidad indirecta se halla concretamente establecida en los artículos 2347 y 2349 del C. C. que consagran una presunción de responsabilidad en contra de las personas a cuyo cargo corre el cuidado de la subordinada con fundamento en el hecho legalmente presumido de que la culpa ocurrió como efecto de una falta de vigilancia o de una mala elección". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 junio 1949.

hecho que implicó incumplimiento a un deber preexistente de guarda, debería probarse el hecho, para luego, de allí, presumir la culpa. No obstante, estudiando con detenimiento el caso, encontramos que en la práctica esta ligereza no tiene consecuencias. El hecho constitutivo de incumplimiento del deber de selección o vigilancia consistirá casi sin excepción en una omisión, es decir, que la pretensión será una negación indefinida que no admite prueba. Por otra parte, respecto del deber de vigilancia o cuidado, se considera que el guardián está obligado a un resultado, es decir, a elegir y vigilar eficazmente de forma que se evite la generación del daño, por lo cual la generación del daño implicaría por sí misma incumplimiento del deber. Por tanto, en la práctica la víctima está de hecho exenta de la prueba del hecho y del incumplimiento del deber de guarda bajo las normas generales.

Vínculo de causalidad presunto y medios de defensa admisibles. El lenguaje del artículo 2347 del Código Civil deja duda en cuanto al alcance de la presunción establecida. Comienza señalando que toda persona es responsable del hecho de aquellos bajo su cuidado y finaliza indicando que cesará la responsabilidad si no hubieren podido impedir el hecho.

Esta redacción ha dado pie para que la jurisprudencia y algún sector de la doctrina consideren que no se presume solamente la culpa del guardián, sino la responsabilidad misma, es decir, el hecho, la culpa y el vínculo causal. No obstante, la jurisprudencia considera que la presunción de responsabilidad puede desvirtuarse demostrando la diligencia del demandado, es decir, de igual manera que se desvirtúa la presunción de culpa[92].

[92] "En armonía con estos principios, basta demostrar la situación de dependencia con relación al demandado, de la persona que ha incurrido en una culpa que ha causado un daño, en uno de los casos previstos por la ley, para que haya lugar a declarar la responsabilidad indirecta, pues en tal forma están reunidos todos los elementos que jurídicamente la configuran. Presumida legalmente de esta suerte la responsabilidad del tercero, por el obvio efecto probatorio que produce el juego de la presunción, deberá destruirla del demandado, como acontece con toda defensa o excepción, probando una de las causas capaces de exonerarlo de la responsabilidad presunta. Fuera de las que le corresponden en relación con el hecho mismo del subordinado o dependiente para destruir la fuente de la obligación indemnizatoria, como la fuerza mayor o el caso fortuito, puede también defenderse probando la ausencia de su culpa, esto es, que tanto en la escogencia como en la vigilancia y cuidado de la persona dependiente de él que causó el daño obró con diligencia y prudencia. Las personas enumeradas en el artículo 2347 del C. C. se pueden descargar de la presunción que pesa sobre ellas, demostrando que un hombre prudente y diligente, colocado en sus mismas condiciones no hubiera podido impedir el hecho; y los amos a que se refiere el artículo 2349 ibidem, comprendiendo

No de otra manera podría entenderse, visto el texto del inciso final del artículo 2347: "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"[93]. Por tanto, el efecto de la llamada presunción de responsabilidad sería únicamente invertir la carga de la prueba del vínculo de causalidad, además de invertir la carga de la prueba de la culpa.

c) *Responsabilidad por el hecho de la cosa al cuidado.* El Código Civil francés, en el artículo 1834, establece el principio general de la responsabilidad por el hecho de las cosas, así:

"Uno es responsable [...] del daño [...] que es causado por la culpa [...] de las cosas que uno tiene bajo su guarda".

De este artículo, y del artículo 1835 del mismo código (responsabilidad por el hecho de animales), se desprenden las reglas generales de la responsabilidad extracontractual por el hecho de las cosas inanimadas. Al margen de este régimen general, existen normas específicas que reglamentan otras situaciones excepcionales de ciertos daños causados por las cosas, tales como edificios en ruina, incendios, aeronaves, teleféricos, fuerza nuclear y vehículos automotores entre otros[94].

---

en esta palabra al empresario ("G. J.", núm. 1947, pág. 27), probando a su vez que sus dependientes se comportaron de un modo impropio que ellos no tenían medio de prever empleando el cuidado que ordinariamente hubiera empleado un hombre avisado en las mismas circunstancias externas. Es el demandado quien debe probar estas circunstancias exonerativas para desvirtuar la presunción legal que pesa sobre él, y puede también el juez exonerarlo oficiosamente de la responsabilidad si tales circunstancias aparecen establecidas ostensiblemente en los autos, según el artículo 343 del C. J. Tal es el sentido del citado artículo 2349 cuando establece que los amos «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 medios 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»". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 junio 1949, "G. J.", t. LXVI, pág. 131.

[93] "Entre las situaciones contempladas por el artículo 2347 del C. C. se encuentra ciertamente la de los patronos o empresarios, o sea de quienes tienen la facultad de disponer, dirigir o dar órdenes a otro, el cual está sujeto a la vigilancia de aquellos. Se consagra allí una presunción de culpa que admite prueba en contrario, pues permite a las personas civilmente responsables exonerarse demostrando que con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe no pudieron impedir el hecho ("G. J.", 1981, pág. 761). Pueden, por consiguiente, demostrar que el daño no se debió a culpa del dependiente o subordinado, salvo cuando al hecho de estos se sume el ejercicio de actividades peligrosas, por cuanto entonces entra a regular la situación el artículo 2356 del C. C.". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 17 abril 1991.

[94] Los Mazeaud y Chabas, *op. cit*., págs. 558-559.

La doctrina francesa de la responsabilidad por el hecho de las cosas establece que debe la víctima demostrar el hecho de la cosa animada o inanimada, el daño causado por la cosa y el vínculo de causalidad entre el hecho y el daño. Naturalmente no puede hablarse de culpa de la cosa generadora del daño, porque carece de voluntad. Lo siguiente que hay que establecer sería la guarda en cabeza de una persona, para lo cual ha desarrollado la doctrina cuatro criterios para determinar quién tiene la relación de guarda sobre la cosa, a saber: 1) el criterio del beneficio económico; 2) el criterio de la dirección material; 3) el criterio del derecho de dirección; y 4) el criterio de la dirección intelectual[95].

El criterio de dirección intelectual es el acogido por la jurisprudencia francesa, después de largos debates y discusiones. Consiste en que el guardián de la cosa es aquel que tiene el poder efectivo de darle órdenes relativamente a la cosa, es decir, tiene el poder de comandarla[96]. Ahora bien, la guarda puede recaer en varias personas a un mismo tiempo, si todas tienen el poder efectivo de dirección, control y gobierno, y la presunción de culpa recae en todas ellas.

Establecidos los anteriores elementos, la jurisprudencia francesa hace presumir la culpa del guardián de la cosa[97]. Además, no permite desvirtuar la culpa mediante la simple demostración de la diligencia, sino que requiere la prueba de causa extraña. Se distingue si el daño es

[95] "[...] el guardián es la persona que tiene, de hecho, el uso, la dirección y el control de la cosa, es decir que tiene, de hecho, el poder de dar las ordenes relativamente a la cosa (criterio de la dirección intelectual)". Ibid., pág. 556.

[96] "Este criterio, distinto de la dirección material, difiere igualmente del derecho de dirección, porque la situación de derecho del guardián con respecto a la cosa no se analiza; poco importa que él tenga o no el derecho de dar las órdenes relativas a la cosa, que tenga o no el derecho de hacer uso de ella, que sea o no el titular del derecho real sobre la cosa o de un derecho personal contra el propietario; solo se considera la situación de hecho: es guardián, bajo el sentido de los artículos 1834 y 1835, la persona que tiene, de hecho, un poder de comandar relativamente la cosa". Ibid., pág. 565.

[97] "Considerando que, en esas circunstancias, el demandante en este recurso no ha sido, como lo anuncia la fórmula del medio, declarado desde ya [*sic*] responsable del incendio; que la decisión atacada se limita a decidir que si la mezcladora se presume causa del daño por el simple hecho de que el fuego la había cometido, le presunción del art. 1384, inciso primero, se produce contra el propietario de la máquina; que este no puede entonces sustraerse a las responsabilidades acarreadas por el incendio, sino a condición de establecer, de una parte, que la máquina no estaba bajo su guarda o la de sus dependientes cuando el siniestro estalló, o que, de otra parte, este proviene de caso fortuito, de fuerza mayor, o de cualquiera otra causa extraña". Corte de Casación Francesa, sent. de 25 marzo 1908.

causado por la estructura o por el comportamiento de la cosa, porque ambas cosas pueden tener un guardián diferente[98].

Tomando por ejemplo un elemento explosivo que detona mientras está siendo transportado, respondería de los perjuicios causados a terceros el guardián de la estructura, es decir, quien encarga el transporte, si el elemento en sí mismo era inestable y no adoptó las precauciones correspondientes. Pero respondería, en cambio, el guardián del comportamiento, es decir el transportador, si la explosión resultare de una colisión del vehículo en el que se transportaba[99]. La teoría general de responsabilidad por el hecho de las cosas, partiendo del artículo 1384 del Código Civil francés, transcrito, ha tenido un desarrollo sin precedentes en el derecho francés, invadiendo la responsabilidad por el hecho propio[100] y abarcando también los casos de actividad peligrosa como responsabilidad por el hecho de las cosas peligrosas[101].

Nuestro Código Civil, a diferencia del francés, no contiene un principio general de responsabilidad por el hecho de las cosas[102]. Por ende,

[98] "La jurisprudencia admite hoy la distinción entre guarda de la estructura de la cosa y la guarda de la utilización (guarda del comportamiento) de la cosa". Ibid., pág. 556.

[99] "pero considerando que en lugar de limitarse a caracterizar la guarda por la sola detentación material, los jueces de fondo debían, a la luz de los hechos de la causa y habida cuenta de la naturaleza particular de los recipientes transportados y de su acondiciona- miento, investigar si el tenedor al cual la guarda había sido transferida tenía el uso del objeto que ha causado el daño, así como los poderes de vigilancia y de control de todos sus elementos". Corte de Casación Francesa, sent. de 5 enero 1956.

[100] Según decidió la Corte de Casación en sent. de 13 febrero 1930, aplica la responsabilidad por actividad peligrosa incluso cuando la cosa es accionada directamente por la mano del hombre. De allí que si una persona agrede a otra con su propia mano, se aplica la responsabilidad por el hecho propio, pero si lo hace con cualquier otro objeto aplicaría ya la responsabilidad por el hecho de las cosas.

[101] En el caso Jandheur, la Corte de Casación expresó: "pero considerando que la ley, para la aplicación de la presunción que ella establece no distingue según que la cosa que ha causado el daño estuviera o no accionada por la mano del hombre; que basta que se trate de una cosa sometida a la necesidad de una guarda, en razón de los peligros que ella puede hacer correr a otro; de donde se sigue que, estatuyendo como lo ha hecho, el fallo atacado viola el texto de la ley sub iudice. Por esos motivos, casa". Corte de Casación Francesa, sent. de 21 febrero 1927.

[102] "Cabe recordar que el Código de Napoleón fue el arquetipo, o al menos el derrotero que sirvió a don Andrés Bello para la redacción del Código Civil chileno. En ninguno de los proyectos elaborado por el señor Bello se habla de responsabilidad «por las cosas que se tienen bajo la guarda», como lo dice el Código Civil francés en el art. 1384. La disposición correspondiente a tal artículo, adoptada en el Código Civil chileno, copió del francés el principio de que "toda persona es responsable no solo de sus propias acciones,

la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana ha concluido, con razón, que en ausencia de tal principio, cabe únicamente referirse a los casos específicamente previstos en la ley, como son la responsabilidad por las edificaciones y los animales. Tales casos pueden aplicarse analógicamente cuando a ello haya lugar. La jurisprudencia ha intentado inducir de los casos reglas más generales, considerando que la responsabilidad por la ruina de edificaciones aplica para otros casos de cosas inertes o inanimadas, mientras que la responsabilidad por el hecho de los animales puede extenderse a otros daños causados por cosas animadas. Lo cierto es que no puede edificarse una teoría general que aplique siempre que medie una cosa cualquiera en la generación del daño.

De manera que cuando interviene una cosa en la generación del daño, si no puede aplicarse analógicamente algunos de los casos taxativamente señalados en la ley, habrá que aplicar la responsabilidad por el hecho propio o la responsabilidad por actividades peligrosas. Como se verá más adelante, se reconoce la existencia de un principio general de responsabilidad por actividades peligrosas, que viene a recoger la gran mayoría de los casos en que interviene una cosa en la generación del daño.

Los esfuerzos de la jurisprudencia civil francesa para desarrollar los principios de la responsabilidad por el hecho de las cosas no han sido desaprovechados por nuestra Corte Suprema de Justicia. Se ha tomado de allí el concepto de guarda de la actividad; la distinción entre guarda de la estructura y del comportamiento; los conceptos de colisión de actividades peligrosas y de actividad peligrosa en receso; el efecto de presumir la culpa del guardián; la limitación de las defensas y otros muchos aspectos[103].

---

sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado". Pero omitió decir que «se es responsable por las cosas que se tienen bajo guarda», que es lo que ha dado motivo para que se diga que el legislador francés admitió la responsabilidad objetiva. La disposición del Código Civil chileno fue literalmente trasladada al Código Civil colombiano. Lo que quiere decir que nuestro legislador no quiso tampoco consignar en texto expreso la responsabilidad «por las cosas»". C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. de 3 agosto 1949, "G. J.", t. LXVI, pág. 131.

[103] "En particular, en lo atinente a la responsabilidad por el daño causado por las cosas inanimadas, dentro de la cual se ha entendido la conducción de vehículos automotores, ha precisado la Corte, en numerosos y repetidos fallos, que la disposición aplicable en tales casos es el artículo 2356 del C. C., el que consagra una presunción de culpabilidad, por lo que le basta a la víctima demostrar el hecho dañoso como consecuencia necesaria de la actividad peligrosa desarrollada por el demandado, encontrándose, por

a') *Responsabilidad por los daños causados por la ruina de un edificio.* Los artículos 2350 y 2351 del Código Civil establecen un régimen legal especial y derogatorio de las reglas generales de la responsabilidad por el hecho propio, para el caso de los daños causados por la ruina del edificio. Es necesario comenzar por determinar el alcance y objeto de este régimen excepcional descartando un error común: no se trata de los daños causados por la actividad de la construcción, la cual se trata hoy por el régimen de las actividades peligrosas[104], ni tampoco la responsabilidad causada por las cosas que se caen o arrojan de un edificio, la cual se rige por el artículo 2355 del Código Civil[105].

---

tanto, eximida de la carga probatoria en cuanto a la culpa; y que el autor de daño solo puede exonerarse de su responsabilidad cuando acredite plenamente que el perjuicio se produjo por caso fortuito, fuerza mayor o la culpa exclusiva de la víctima o la de un tercero, no bastándole, por ende, probar diligencia o cuidado.

"Por ende, es en el citado artículo 2356, en el que se determina la responsabilidad de quien ha causado un daño, que se presume cometido, razón de originarse en desarrollo de una actividad que de por sí implica riesgos, y esta responsabilidad comprende, entonces, no solo al autor del daño por el hecho personal suyo, sino también por el hecho de las cosas que le pertenecen o que sobre ellas ejerza, de cualquier otro modo, la dirección, control y manejo, como cuando a cualquier título se detenta [*sic*] y obtiene provecho de todo o parte del bien mediante el cual se realizan actividades caracterizadas por su peligrosidad". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 mayo 1989.

[104] "Mientras se conserve y prevalezca conforme a razón el criterio subjetivo de la responsabilidad, frente al puramente objetivo, el daño, ha de ser imputable a culpa de su autor. Solo que en salvaguarda de las víctimas se invierte a su favor la carga de la prueba cuando hay presunciones de culpa, cuya contraprobanza se dificulta progresivamente en la misma medida en que avanzan las ciencias, la técnica y la experiencia, aplicadas a las industrias y a las artes, hasta el punto de que en la actualidad apenas habrá daño alguno causado por actividades peligrosas que pueda considerarse como perteneciente a la categoría de lo imprevisible.

"Comúnmente sucede que de la edificación moderna en varias plantas se desprenden daños considerables para las vecinas construcciones preexistentes, de pasado más o menos remoto. Esa actividad socialmente útil, es, sin embargo, por su naturaleza peligrosa.

"No es necesario probar el dominio del demandado sobre la construcción nueva causante del daño. Basta en derecho dirigir la acción indemnizatoria contra quien nominativamente ha recibido de la autoridad estatal competente el permiso indispensable para ejecutar la obra". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 abril 1962, "G. J.", t. XCVIII, pág. 341.

[105] "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.

Se trata de los daños causados a terceros[106] por la ruina del edificio que no acaeciere por fuerza mayor o caso fortuito, sino por haberse omitido las reparaciones necesarias o por un vicio de la construcción, los materiales o el suelo. No debe confundirse la responsabilidad contractual del constructor frente al propietario con la responsabilidad extracontractual del constructor o el propietario frente a terceros. Terceros serán en este caso primordialmente los vecinos o transeúntes. No obstante, los vecinos tienen la carga de formular querella tan pronto conocen del mal estado del edificio, so pena de perder el derecho a la indemnización[107].

---

"Si hubiere alguna cosa que de la parte de un edificio o de otro paraje elevado, amenace [con] 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 [*sic*] tendrá derecho para pedir la remoción".

[106] "Por regla general el dueño de un edificio responde a terceros de los daños que les cause la ruina culposa de esa edificación. En principio cualquier persona que sufra perjuicios por esta causa tiene derecho a exigir la reparación correspondiente. Hay, sin embargo, dos casos en que esta regla no tiene aplicación en los términos prescritos por el mismo artículo 2350. El primero de esos casos concierne a las personas que se hallan vinculadas al propietario de la construcción por un contrato relativo al uso o goce de esta. Tales personas son el arrendatario, el usufructuario, el usuario y el habitador. Cuando la víctima de la ruina es persona que tiene una de estas calidades, la responsabilidad del dueño de la edificación desplomada no es extracontractual, sino contractual, y se rige en consecuencia por las normas convencionales o legales que regulan las relaciones jurídicas de las partes. Lo cual significa en otros términos que la responsabilidad consagrada por el citado artículo 2350 del C. C. no toca con la esfera contractual, o sea en los casos en que la víctima del agravio inferido por la caída de un edificio está ligada al dueño de este por una convención relacionada con el uso o goce de la misma construcción". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 diciembre 1963, "G. J.", t. CIII, pág. 280.

[107] "El otro caso es el de los vecinos que han tenido conocimiento del mal estado del edificio y de su inminente peligro de ruina. Dispone en efecto el artículo 988 del C. C. que quien «tema que la ruina de un edificio le depare perjuicio, tiene derecho a querellarse al juez para que se mande al dueño de tal edificio derribarlo, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación; o para que si la admite, se le ordene hacerla inmediatamente». El artículo 990 ibidem prescribe que «si notificada la querella, cayere el edificio, por efecto de su mala condición, se indemnizará de todo perjuicio a los vecinos; pero si cayere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto, no habrá lugar a indemnización a menos de probarse que el caso fortuito sin el mal estado del edificio, lo hubiera derribado». Y finalmente estatuye el artículo 991 ibidem que «no habrá lugar a indemnización, si no hubiere precedido notificación de la querella»."Los preceptos anteriores se refieren a los vecinos que, teniendo conocimiento del mal estado del edificio contiguo, temen que su ruina les cause perjuicios, para el efecto de autorizarlos a promover contra el dueño el interdicto de obra vieja a fin de obtener que este derribe o repare esa construcción, según el caso. Si el edificio se derrumba, los vecinos lesionados por la caída, tienen

Los transeúntes no tienen lógicamente ninguna carga vinculada al ejercicio de la acción[108].

El hecho constitutivo de responsabilidad es entonces la ruina de un edificio. No obstante la jurisprudencia ha determinado que no es necesario el colapso total de la edificación para que aplique la presunción de culpa, sino la caída o destrucción de una parte, como áticos, cornisas, fachadas, etcétera[109]. Debe establecerse igualmente el daño

---

derecho al resarcimiento de los daños, si propusieron y notificaron la querella antes de producirse la ruina; en caso contrario, no pueden exigir la indemnización. Tales normas contemplan una relación de vecindad e imponen a los vecinos que pueden y deben darse cuenta del estado y del inminente peligro de ruina que ofrece la construcción aledaña la obligación de contribuir a precaver los posibles daños de esta, mediante la promoción y notificación de la querella de obra vieja. La abstención en el cumplimiento de esta obligación priva a dichos vecinos del derecho a la reparación de los perjuicios que les cause la caída de la edificación, y ello porque la omisión constituye una culpa que hace presumir que los propios vecinos se expusieron voluntariamente a las consecuencias nocivas de dicha ruina. Por donde se ve que el aludido interdicto de obra vieja no es un derecho renunciable a su arbitrio por los vecinos conocedores del peligro y ofrece el mal estado de la construcción contigua sino una obligación de vecindad establecida para provecho reciproco de los mismos vecinos. Quien incumple tal obligación incurre en una culpa que compensa o purga la del dueño de la edificación que se derruye por falta de las reparaciones necesarias o por cualquier otro descuido.

"Como ya ha tenido la oportunidad de notar la Corte, la doctrina anterior concierne a los vecinos que tienen conocimiento cierto del estado del edificio contiguo y de su inminente peligro de ruina, pero no a los vecinos que ignoran estas circunstancias por no estar a su alcance percibirlas, de modo que la situación y el derecho de resarcimiento de estos últimos se rigen y quedan amparados por la regla del artículo 2350 citado, y no están subordinados a notificación previa del interdicto de obra vieja que consagran los artículos 988 y ss. del C. C.". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 1959, "G. J.", t. XLIX, pág. 852. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 diciembre 1963, "G. J.", t. CIII, pág. 280.

[108] "Las acciones consagradas por los artículos 988 y ss. del C. C., 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 exigirles que conozcan el mal estado de una edificación o construcción, para que pongan los remedios indicados en el citado artículo 988 del C. C.". Ibid., C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 diciembre 1963, pág. 280.

[109] "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 C. C. encuentra una justa y evidente explicación en las leyes físicas, porque si la edificación y sus partes están dentro de la norma del plano

y el vínculo causal entre el hecho y el daño demostrando que tal ruina generó daños al vecino, transeúnte o cualquier otra persona que resulte siendo víctima. De allí es necesario establecer quién será el guardián del edificio para efectos de presumirle la culpa.

La ley distingue, para el efecto, la causa de la ruina. Si esta proviene de falta de mantenimiento o reparaciones, aplicando el principio del derecho de dirección, se presume la culpa en principio del propietario, que se tiene como guardián[110]. Mas la jurisprudencia reconoce que si el propietario se desprendió del derecho de dirección entregando el usufructo o la tenencia a un tercero, o si perdió la posesión o fue despojado sin su voluntad del derecho de dirección, se tendrá a dicho tercero como guardián[111]. Este criterio legal tiene evidente similitud con el concepto de guarda del comportamiento fue desarrollado por la jurisprudencia francesa y adoptado por la nuestra para la responsabilidad por actividad peligrosa. Quien debe responder por el correcto comportamiento

---

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 y 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". Ibid.

[110] "Art. 2350.—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".

[111] "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 [...].

"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 contenencia anticrética, acreedores pignoraticios en el supuesto de prenda manual, usufructuarios y los llamados tenedores desinteresados (mandatarios y depositarios)". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 junio 1992, "G. J.", t. XXI, pág. 506.

del edificio es su dueño, poseedor o tenedor, realizando las correspondientes reparaciones y los mantenimientos.

Si por el contrario la causa de la ruina es un vicio de la construcción o el suelo, evidentemente no tendría sentido presumir la culpa del propietario. En tal caso el artículo 2351 del Código Civil remite al inciso 3º del artículo 2060, cuyo texto es el siguiente:

"Si el edificio perece o amenaza [con] ruina, en todo o en parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio 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".

En consecuencia, se tiene por guardián en este caso al constructor que permitió el vicio de la construcción o el suelo o de los materiales, salvo que hubieren sido suministrados por el propietario. Esta regla guarda similitud con la guarda de la estructura establecida por la jurisprudencia francesa.

Sea que tenga por guardián al propietario o al constructor, se deduce de la legislación aplicable que surgen dos efectos primordiales de dicha guarda[112]: por una parte se presume la culpa del guardián, y por

[112] "Dice el artículo 2350 del Código Civil: «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 acaeciese por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto».

"Si se estudia con cuidado el artículo trascrito, fácilmente se pondrá de manifiesto que, en caso de ruina total o parcial de una edificación o de cualquier otra obra semejante, presuma la culpa del propietario, 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 Gobierno nunca ha reparado el edificio de la Aduana de Cúcuta o que ha faltado a su cuidado como buen padre de familia.

"— En el segundo inciso, la ley establece 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

otra, se limitan sus defensas no permitiéndose la simple prueba de la diligencia, sino exigiéndosele la prueba de la causa extraña, es decir, fuerza mayor o caso fortuito, culpa exclusiva de un tercero o culpa exclusiva de la víctima[113].

b') *Responsabilidad por el hecho de los animales domésticos.* Otro caso de responsabilidad por el hecho de las cosas que se prevé en el Código Civil es el de los daños causados por animales domésticos de los cuales una persona es guardiana. Dicha responsabilidad se desprende del artículo 2353 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente: "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 que no le dio conocimiento.

Se trata de animales domésticos, es decir, aquellos que por naturaleza o entrenamiento no son fieros y de los cuales puede servirse una persona. Al igual que en el caso de la responsabilidad por la ruina de un edificio, se establece la guarda mediante el sistema de guarda intelectual, es decir, la persona o personas que tienen la facultad de dirección y control del animal. Se constituye nuevamente una presunción de guarda en cabeza del dueño, pero dicha presunción puede desvirtuarse demostrando el dueño que se desprendió o perdió la facultad de dirección o control, entregando el usufructo o tenencia a un tercero, o perdiendo la

---

o el hecho de un tercero, como sería de demolición o ruina provocada por la explosión de una bomba arrojada por un extraño". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 diciembre 1963, "G. J.", t. CIII, pág. 280.

[113] "Acaecida la ruina del edificio y comprobado que ella se debió a falta de las reparaciones necesarias o del cuidado que emplea una persona prudente, queda establecida la culpa que compromete la responsabilidad del propietario por los daños causados a terceros. La omisión de las reparaciones y del cuidado expresados, constituye una presunción de culpa del dueño de la construcción derruida, presunción que no puede infirmarse sino mediante la prueba de que la ruina se produjo por caso fortuito. A este propósito dispone el inciso segundo del propio artículo 2350 que «no habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto». El propietario del edificio arruinado por su culpa no se exonera de esta sino con el aporte de la prueba de que la caída obedeció a un caso fortuito o al hecho de tercero que asume la misma categoría". Ibid.

posesión o detentación del animal en manos de un poseedor o ladrón. No es de recibo, en cambio, argumentar que se perdió la guarda por el extravío o soltura del animal, lo cual, al contrario, denotaría incumplimiento de los deberes del guardián.

El efecto primordial que la jurisprudencia reconoce en el caso de los animales domésticos es, desde luego, la presunción de culpa en cabeza del guardián. Además reconoce la jurisprudencia de la Corte Suprema que la presunción opera únicamente respecto de la culpa, debiendo en todo caso probarse el daño y vínculo causal del daño con un hecho del animal[114].

En cuanto a los medios de exoneración admisibles, la jurisprudencia ha manifestado que se limitan las defensas del demandado de forma que solo puede exonerarse mediante la prueba de una fuerza mayor o caso fortuito[115]. Consideramos que la conclusión es contraria al texto legal, que con toda claridad expresa que la presunción de culpa queda desvirtuada probándose la diligencia del guardián. Recordemos el texto del artículo: "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

[114] "En resumen de lo expuesto, como doctrina de la situación regulada por el artículo 2353 del Código Civil, cabe destacar lo siguiente:

"a) Los daños causados por un animal, «aún después de 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, pero el daño y la relación de causalidad con el hecho perjudicial debe probarlos en todo caso". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 11 marzo 1977, "G. J.", t. CLII, pág. 63.

[115] "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;

"d) Tal exoneración o reducción, según el caso, 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). Es obvio que si el perjuicio se produjo como consecuencia de culpa exclusiva del damnificado, el dueño o el guardián del animal quedan exonerados totalmente de responsabilidad". Ibid.

del animal". Nos parece evidente que tan pronto emerja en el proceso la prueba de que el guardián fue diligente, queda desvirtuada la presunción de culpa y la responsabilidad civil. Concordamos en esto con el doctrinante JAVIER TAMAYO JARAMILLO, que lo expresa en los siguientes términos: "Desde luego, no es la víctima la que debe demostrar la falta del demandado; por el contrario, a este se le presume culpable, presunción que puede ser desvirtuada mediante la prueba de la diligencia y cuidado, factor este último que se demuestra por hechos positivos de buena diligencia; de otro lado, si el daño se produjo mientras que el animal estaba extraviado o abandonado, el demandado podrá demostrar, concretamente, que la puesta en libertad o extravío no se deben a su negligencia o imprudencia"[116].

c') *Responsabilidad por el hecho del animal fiero.* El artículo 2354 del Código Civil contiene uno de los casos de responsabilidad objetiva taxativamente señalados en la ley como excepción al principio de la responsabilidad subjetiva. Se trata del daño causado por un animal fiero, es decir, un animal peligroso del cual no se reporta utilidad alguna.

El texto del artículo es el siguiente: "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".

Los elementos de esta responsabilidad se limitan al hecho del animal, el daño, el vínculo causal entre el hecho del animal y el daño y la relación de guarda.

La relación de guarda no difiere de la establecida para los animales domésticos, salvo porque no tiene sentido hablar de la persona que se sirve del animal. Se tratará de la guarda presunta del dueño, que puede desvirtuar la responsabilidad demostrando que se desprendió o fue despojado de la posibilidad de dirección, control y gobierno del animal fiero.

La culpa no se requiere para establecer la responsabilidad, de manera que no hay que demostrarla y no tiene sentido intentar desvirtuarla. No obstante, el guardián podría exonerarse desvirtuando la existencia de relación de guarda, el daño o el hecho, o demostrando que no existió vínculo causal entre el hecho del animal y el daño.

El vínculo causal se desvirtuaría demostrando que el daño se debió a causas diferentes del hecho del animal, que incluyen, desde luego,

[116] TAMAYO JARAMILLO, *op. cit.*, pág. 62.

el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima o una fuerza mayor o caso fortuito.

d) *Responsabilidad por actividades peligrosas.* Hasta mediados del siglo xix la tipificación de los casos de responsabilidad civil prevista en el Código de Napoleón era suficiente para administrar justicia respondiendo a las necesidades sociales. La responsabilidad civil en las economías existentes hasta entonces, que eran fundamentalmente rurales, se presentaba esencialmente por el hecho propio o por el hecho de los animales o de la ruina de edificaciones.

La Revolución Industrial trajo consigo el comienzo de la explotación industrial y comercial mediante el uso de maquinaria, el desarrollo de medios de transporte cada vez más veloces, la manipulación frecuente de sustancias tóxicas, explosivas, abrasivas o ardientes y en general la multiplicación de los casos de daños generados por cosas que implicaban un riesgo. La realidad enfrentó a los jueces a casos nuevos, frente a los cuales no había doctrinas acuñadas tales como accidentes de circulación de vehículos, lesiones personales causadas por máquinas de producción en serie, accidentes aéreos, etc. En dichos casos resultaba lógico buscar indemnización de quien derivaba beneficios (enormes en la mayoría de los casos) de la explotación económica, siendo prácticamente imposible para la víctima demostrar la culpa de esta persona.

El derecho francés evolucionó para adaptarse haciendo uso del principio general de responsabilidad por el hecho de las cosas contenido en el artículo 1386 del Código de Napoleón. Esta solución era adecuada porque difícilmente puede imaginarse una actividad peligrosa en la cual no intervenga una cosa. Como ya se vio, la jurisprudencia se propuso determinar los elementos generales de la responsabilidad por el hecho de las cosas para dar paso a la presunción de culpa en cabeza del guardián, y llegó incluso a limitar las defensas admisibles para facilitarles a las víctimas el acceso a la indemnización.

En Colombia la evolución tuvo que ser diferente, pues no se tipificó en el artículo 2347 del Código Civil, que es nuestro equivalente al artículo 1386 del francés, un principio general de responsabilidad por el hecho de las cosas. La jurisprudencia de la Corte Suprema se propuso, sin embargo, proporcionarles suficiente protección a las víctimas de accidentes creando un régimen de la responsabilidad por actividad peligrosa a partir del artículo 2356 del Código Civil[117].

[117] Cabe recordar que el Código de Napoleón fue el arquetipo, o al menos el derrotero que sirvió a don Andrés Bello para la redacción del Código Civil chileno. En ninguno

El artículo 2356 dispone: "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 callo 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 transiten por el camino".

Ha considerado la jurisprudencia que los tres casos enumerados en el Código, que describen actividades que implican riesgo, deben entenderse como una enumeración enunciativa por lo que el artículo termina por plantear un principio general de responsabilidad por actividad peligrosa, bajo el cual se presume la culpa del guardián, quien solo puede desvirtuarla demostrando causa extraña[118]. El argumento, que

---

de los proyectos elaborado por el señor Bello se habla de responsabilidad "por las cosas que se tienen bajo la guarda" como lo dice el Código Civil francés en el art. 1384. La disposición correspondiente a tal artículo, adoptada en el Código Civil chileno, copió del francés el principio de que "toda persona es responsable no solo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado". Pero omitió decir que "se es responsable por las cosas que se tienen bajo guarda" que es lo que ha dado motivo para que se diga que el legislador francés admitió la responsabilidad objetiva. La disposición del Código Civil chileno fue literalmente trasladada al Código Civil colombiano. Lo que quiere decir que nuestro legislador no quiso tampoco consignar en texto expreso la responsabilidad "por las cosas". C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. de 3 agosto 1949, "G. J.", t. LXVI, pág. 131.

[118] "A fin de favorecer a las víctimas de los daños ocasionados en ciertos acontecimientos, la jurisprudencia patria, apoyándose en la normación legal contenida en el artículo 2356 del Código Civil, ha admitido un régimen conceptual y probatorio propio de las denominadas actividades peligrosas, después de haber advertido que el ejercicio de una actividad de dicha naturaleza coloca [*sic*] a los asociados en inminente peligro de recibir lesión, aunque se ejecute observándose por su autor toda la diligencia que ella exige. El referido régimen especial consiste sustancialmente en que, cuando el daño se causa en el ejercicio de una actividad peligrosa, se dispensa a la víctima de presentar la prueba, con frecuencia difícil, de la imprudencia o descuido de la persona a la que demanda la reparación; es decir, que en tal evento se presume la culpa de esta por ser ella quien con su obrar ha creado la inseguridad de los asociados, presunción que no puede ceder sino ante la demostración de que el prejuicio fue la resultante de un caso fortuito, de fuerza mayor, o de la ocurrencia de un hecho extraño, dentro de la cual se haya la culpa exclusiva de la víctima. Desde vieja data la jurisprudencia de la Corte tiene

admitiría discusión teniendo en cuenta la vaguedad del artículo 2356, no ha sido objeto de críticas sonadas en la doctrina, pues nadie duda de la utilidad y necesidad de la institución. Sería totalmente inviable que la víctima de un accidente aéreo o industrial tuviese que entrar a demostrar la culpa del propietario de la explotación. Para ello tendría que indagar la causa del accidente, muchas veces con escasos medios y con dificultades o imposibilidad absoluta de acceso. Tendría la carga de demostrar que la actividad desplegada por el guardián fue culposa por haber fallado en el control, gobierno o dirección de la actividad. Se impone por equidad y simple lógica, la necesidad de invertir la carga de la prueba de la culpa, obligando al guardián de la actividad, que se ha beneficiado de la explotación, que ha generado el riesgo y que puede acceder a la información, a indagar la causa del accidente y adelantar la actividad probatoria que esté a su alcance para exonerarse.

Es importante subrayar que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha insistido históricamente y hasta nuestros días, que la responsabilidad por actividades peligrosas no acoge el principio de responsabilidad objetiva, sino que estableciendo una presunción de culpa desvirtuable mediante la demostración de una causa extraña, se mantiene dentro del marco de la responsabilidad subjetiva[119].

---

dicho que, en materia de responsabilidad civil aquiliana del artículo 2356 del C. C. se aparta del sistema general que establece, según el artículo 2341 ibidem, la reparación del perjuicio con base en la culpa probada, para consagrar la culpa presunta que solo puede desvirtuarse o infirmarse, y por ende eximir de responsabilidad al demandado cuando este demuestra caso fortuito, la fuerza mayor o la intervención de un elemento extraño. Lo cual da tanto como decir que la prueba de la conducta diligente del demandado, por sí sola, no es causal eximente de su responsabilidad civil". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 10 julio 1977, "G. J.", t. CLV, pág. 210.

[119] "Específicamente, el artículo 2356 dispone una regla de atribución de responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas: "Por regla general todo daño *que pueda imputarse a malicia o negligencia* de otra persona, debe ser reparado por esta" (se resalta).

Respecto de la anterior norma, la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido de manera constante e inveterada que ella consagra una presunción de culpa en contra del demandado, quien solo puede exonerarse de responsabilidad si demuestra que el hecho se produjo por una causa extraña. Ese criterio se ha mantenido incólume, salvo contadas excepciones, hasta la actualidad.

Esa postura ha devenido inalterable en nuestra jurisprudencia hasta la fecha, y se ha consolidado recientemente en fallos como el de 26 de agosto de 2010, en donde de manera inequívoca se señaló:

"La Corporación de modo reiterado tiene adoptado como criterio hermenéutico el de encuadrar el ejercicio de las actividades peligrosas bajo el alero de la llamada presunción

a') *Elementos de la responsabilidad por actividad peligrosa*

*—Desarrollo de una actividad peligrosa.* Se ha discutido el alcance de la "actividad peligrosa", es decir que tipo de actividad puede dar lugar a aplicar la presunción de responsabilidad del artículo 2356 del Código Civil. Toda actividad humana genera algún tipo de riesgo, pero lógicamente no toda actividad puede considerarse peligrosa. Será peligrosa, en nuestro concepto, la actividad en la cual exista un porcentaje de probabilidades de generar daño a terceros superior al del simple azar, transformando el daño de eventual a posible, probable o incluso inevitable[120]. El transitar por la calle por los propios medios de locomoción implica muy pocas probabilidades de generar un daño a otro. La Corte ha considerado igualmente que implantar el uso de escaleras mecánicas *per se* no constituye actividad peligrosa y no da lugar a la presunción

---

de culpabilidad en cabeza de su ejecutor o del que legalmente es su titular, en condición de guardián jurídico de la cosa, escenario en el que se protege a la víctima relevándola de demostrar quién tuvo la responsabilidad en el hecho causante del daño padecido cuyo resarcimiento reclama por la vía judicial, circunstancia que se explica de la situación que se desprende de la carga que la sociedad le impone a la persona que se beneficia o se lucra de ella y no por el riesgo que se crea con su empleo.

"Este estudio y análisis ha sido invariable desde hace muchos años y no existe en el momento actual razón alguna para cambiarlo, y en su lugar acoger la tesis de la responsabilidad objetiva, porque la presunción de culpa que ampara a los perjudicados con el ejercicio de actividades peligrosas frente a sus victimarios les permite asumir la confrontación y el litigio de manera francamente ventajosa, esto es, en el entendido que facilita, con criterios de justicia y equidad, reclamar la indemnización a la que tiene derecho".

En conclusión, podría decirse que la regulación de la responsabilidad por actividades peligrosas no consagra un régimen de responsabilidad objetiva y que por tanto el elemento "culpa" no puede dejarse de lado en la revisión de estos asuntos (C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 diciembre 2012, M. P. Ariel Salazar Ramírez, exp. 2006-094).

[120] "Las actividades peligrosas derivadas del uso de la máquina y de las fuerzas motrices presenta, empero, un nuevo aspecto más actual y acaso de mayor trascendencia que el del simple riesgo: muchos de esos elementos de corriente empleo en el medio social comportan no solamente la amenaza de llegar a lesionar a terceros (accidente aéreo, colisión de automóviles, estallido de una caldera, verbigracia), sino que de hecho por la mera circunstancia de hacerse uso de ellos, producen daños de diversa índole aparentemente inevitables, cuales son los ruidos ensordecedores (aviones, ferrocarriles, autobuses, motocicletas, fábricas), los olores desagradables (plantas de abonos orgánicos), las contaminaciones letales (fumigaciones aéreas), las trepidaciones o vibraciones capaces de destruir instalaciones de diverso género (decolaje [sic] o aterrizaje de aeronaves, estallido de dinamita u otros explosivos), las corrosiones (gases residuales de ciertas fábricas), el humo que afecta la salud humana y deteriora equipos y enceres (chimeneas de instalaciones industriales), para no citar sino algunos ejemplos". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 abril 1976, "G. J.", t. CLII, pág. 129.

legal, dado que el peligro es tan bajo que se considera inocuo y por ende debe probarse la culpa[121]. El azar podría hacer que resbalare y tropezare con otro, daño que a todas luces apenas podría catalogarse de eventual. Las probabilidades de que suceda el daño existen, pero dependen tan solo del azar común, de manera que no puede considerarse peligrosa la actividad. En la medida en que utilice un medio de transporte que aumente la velocidad de desplazamiento, aumentarán también las probabilidades de generarse un daño. Si atropello a alguien conduciendo un vehículo no será por azar, sino como consecuencia del riesgo creado al aumentar las probabilidades de generar el daño, convirtiéndolo en posible o probable. La jurisprudencia ha venido. acuñando ejemplos de actividades que ha considerado peligrosas[122], ejemplos que permiten deducir analógicamente otras actividades pueden llegar a serlo.

[121] "En esas condiciones, el simple tránsito y posterior resbalón por las escaleras con la fatal consecuencia, que puede ocurrir igualmente en una calle peatonal por ejemplo, no es suficiente para establecer el nexo causal entre el daño y la conducta del convocado Almacenes Éxito, pues para poder comprometer la responsabilidad de aquél como guardián de la masa física, habrá que demostrar su ilicitud [...].

"El fundamento de la exigencia de la prueba del nexo causal, no solo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino del artículo 2341 del Código Civil contentivo de la cláusula general de responsabilidad, misma que a su turno, está edificada sobre la idea de libertad, postulado esencial del iusnaturalismo que hace posible la atribución de consecuencias jurídicas, por cuanto que solo el reconocimiento de aquella permite que el daño sufrido por la víctima dé lugar a una acción reparatoria en contra de la persona que lo produjo.

"[...]

"Del análisis realizado queda patentizada la ausencia de un comportamiento imprudente o negligente de Almacenes Éxito respecto de la precaución exigible a las gradas por donde circulaba el personal que laboraba en el sitio del siniestro, proveedores, visitantes y en general personas ajenas al establecimiento.

"[...]

"En consecuencia dijo la Corte que no hay una ubicación del asunto dentro del marco del artículo 2356 del Código Civil debido a que mal puede entenderse, «que unas escaleras constituyen de por sí un objeto peligroso»" (C. S. de J., sent. de 25 febrero 2014, M. P. Margarita Cabello Blanco).

[122] "El concepto de las «actividades peligrosas», entre las cuales se encuentra la conducción de vehículos (SC 14 mar. 1938); «un convoy de ferrocarril en movimiento» (CSJ SNG 19 may. 1939, "G. J.", t. XLVIII, pág. 801); el manejo de un avión (CSJ SNG 15 jun. 1944, "G. J.", t. LVII, pág. 851); el uso de un tractor (SC 2 may. 2007, rad. 1997-03001-01); la manipulación de armas a que se refiere expresamente el ordinal primero del citado artículo 2356 del Código Civil (SC 20 ene. 2009, rad. 1993-00215-01); la realización de obras de construcción (SC 27 abr. 1972, "G. J.", t. CXLII, pág. 173 y 9 dic. 2008, rad. 1999-00206-01); la generación, transformación, transmisión y distribución

Similar criterio ha sido acogido por la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

"Empero cuando el daño tiene origen en una actividad susceptible de ser considerada como peligrosa, apoyándose en el artículo 2356 del Código Civil, la jurisprudencia igualmente ha implantado un régimen conceptual y probatorio cuya misión no es otra que la de favorecer a las víctimas de ciertos accidentes en que el hombre utilizando en sus propias labores fuerzas de las que no puede tener siempre absoluto control y por tanto capaces de romper el equilibrio antes existente, de hecho había colocado a los demás asociados bajo el riesgo inminente de recibir lesión aunque la actividad de la que se trate, caracterizada entonces por su peligrosidad, se llevare a cabo con pericia y observando toda la diligencia que ella exige"[123].

La actividad peligrosa que da lugar a la presunción de culpa puede ser desarrollada por el propio demandado, o por un tercero por quien el demandado respondería por el hecho de terceros. En tal caso se presumiría la culpa del dependiente por actividad peligrosa, y la culpa del comitente por responsabilidad por el hecho de un tercero. No obstante, siendo más estricto el régimen de responsabilidad por actividad peligrosa que el del hecho de terceros, la Corte ha considerado que le aplicaría al comitente el de la actividad peligrosa. Es decir, no podría desvirtuar la presunción de culpa demostrando que no incurrió en culpa *in eligendo-in vigilando*, sino que tendría que demostrar causa extraña[124].

---

de energía eléctrica (SC 8 oct. 1992, CCXIX, pág. 523 y SC 19 dic. 2008, rad. 1999-02191-01); y labores de explotación en una mina subterránea de carbón (SC9788-2014)" (C. S. de J., sent. de 29 julio 2015, M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez).

[123] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 junio 1992.

[124] "En tratándose de actividades peligrosas, como la conducción de un ferrocarril, de un tranvía, de un automóvil, la presunción milita en contra de la empresa o de los patrones respectivos, y se desvirtúa solo de la manera expresada por la ley o cuando se acredita que el conductor de un automóvil no estaba en el momento de producirse el accidente bajo la dependencia del respectivo patrón. No basta, ha dicho la Corte, que el dueño de una empresa de esa naturaleza acredite que con toda diligencia y cuidado tomó todos los informes del caso para establecer la buena conducta y experiencia del que maneja la máquina o que ha dictado estrictos reglamentos para regular la conducta de sus empleados, porque entonces la responsabilidad indirecta desaparece automáticamente y por completo y las víctimas de los accidentes de tránsito se encontrarían desamparadas ante la insolvencia, casi general, de quienes manejan esa clase de máquinas. Por eso los conceptos de la culpa *in vigilando* o *in eligendo* no pueden tomarse en un sentido tan estricto y limitado, que en todo caso exoneren de la responsabilidad al patrón. Esto se funda, además de lo que acaba de expresarse, en que tales empresas llevan anexas a sus actividades ciertas contingencias, como las de los accidentes de tránsito, así como las

— *Vínculo causal entre el desarrollo de la actividad peligrosa y el daño causado a un tercero.* Supuesto que el demandado desarrollaba una actividad peligrosa, es necesario determinar si el daño reclamado fue el resultado del desarrollo de dicha actividad. Al respecto debe aclararse que aplican los principios de la equivalencia de condiciones, según el cual se atribuirá a la actividad peligrosa la causación del daño si se puede considerar causa "sine qua non", es decir, causa sin la cual no se hubiese generado este.

Pero como lo ha considerado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, solo aplica la presunción cuando el daño resulta del ejercicio de la actividad peligrosa. Si el daño resulta de otras actividades no peligrosas del guardián, se aplicaría el principio general de la culpa probada por el hecho propio. En la actividad peligrosa, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha planteado que más que una simple presunción de culpa, debe aplicarse una presunción de responsabilidad; pero no se trata de presumir el vínculo de causalidad además de la culpa, como en otras materias, sino de limitar las defensas admisibles para desvirtuar la presunción de culpa[125]. La jurisprudencia

---

ganancias entran siempre a su patrimonio. Sería por lo demás aberrante que empresas de esa naturaleza, indiscutiblemente tuvieran, como tienen, pleno derecho a los beneficios del negocio y generalmente quedaran exoneradas de toda responsabilidad por accidentes causados en desarrollo de sus actividades, con la disculpa de que habían puesto el debido cuidado en la elección de sus subalternos y en la regulación de su conducta. Lo anterior no quiere decir que en todo caso y siempre haya de ser condenada la empresa cuyo empleado o dependiente causó un accidente, porque la responsabilidad de aquella, como lo ha dicho y repetido la Corte, puede quedar desvirtuada por la demostración de ciertos factores, como el de fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un elemento extraño que puede ser la misma culpa de la víctima. Y estas limitaciones y el modo como la Corte ha configurado esa responsabilidad, evitan que pueda caerse en la aplicación de la teoría del riesgo, de la guarda jurídica con el carácter de ilimitada o irrestricta, teoría que la Corte no acepta, como lo ha dicho en varios fallos". C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. de 15 junio 1944, "G. J.", t. LVII, pág. 851.

[125] "En sentencia renombrada de la Sala de Casación Civil, de fecha 14 marzo 1938, se sostuvo que el artículo 2356 del C. C. establece un principio diferente del contenido en el artículo 2341, en cuya virtud el manejo de cosas peligrosas, como los automóviles, acarrea una presunción de responsabilidad a cargo de quien causa el daño. Aunque tanto la sentencia de casación citada como el expositor Alessandri emplean la expresión «presunción de responsabilidad» tomada de la doctrina francesa, Ripert, Esmein, Libman y otros tratadistas franceses critican, como antitécnica e injurídica, esa expresión empleada por las salas de la Corte de Justicia de Francia, reunidas en la famosa sentencia de 13 de febrero de 1930, en que aceptaron la teoría acerca de la responsabilidad del guardián de una cosa inanimada, deducida de la última frase del artículo 1384 del Código Civil francés. Dicen ellos que la ley nunca presume la responsabilidad, la establece; y

y la doctrina coinciden en afirmar que la víctima demandante debe demostrar[126] que el daño ocurrió como consecuencia del desarrollo de

---

que lo que se puede presumir es la culpa, es decir, la situación determinada que surge de un hecho conocido. En cambio, JOSSERAND, paladín de la doctrina del riesgo creado, defiende con ardor, siguiéndolo en ello otros autores, la fórmula de presunción de responsabilidad, por ver en ella la consagración de la teoría de la responsabilidad objetiva. Entre nosotros el profesor ANTONIO ROCHA tampoco encuentra aceptable la expresión presunción de responsabilidad.

"El artículo 2356 de nuestro Código Civil establece una presunción de culpabilidad a cargo del autor del daño originado en el manejo de elementos peligrosos. Nótese la diferencia fundamental que existe entre el artículo 2356 de nuestro Código Civil y el artículo 1384 del Código Civil Francés, en que la doctrina francesa apoya la creación jurisprudencial de la responsabilidad del guardián por el hecho de las cosas inanimadas:

"«Se es responsable no solamente del daño causado por el hecho propio, sino también del proveniente del hecho[...] o de las cosas que uno tiene a su cuidado». Por consiguiente, si en Francia es dudoso que se pueda hablar con propiedad, de presunción de responsabilidad, no obstante la redacción de la disposición correspondiente, que empieza diciendo:

"«Se es responsable [...], etc.», en Colombia la cuestión se presenta con más claridad, porque el artículo 2356 expresamente subordina la responsabilidad a la existencia de una culpa.

"Pero en cambio el artículo 2356 suministra base firme, como ya lo observó la Sala de Casación de la Corte en la sentencia citada de 1938, para ver en esa disposición consagrada de modo expreso una presunción que opera a favor de la víctima pasiva del daño ocasionado por el manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, la cual releva de la prueba de la existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente, a la víctima, quien demostrando el daño y la relación de causalidad entre este y el perjuicio, vierte sobre el autor del daño la obligación de acreditar una causa eximente de la culpa, si aspira a liberarse de toda responsabilidad. La falta de diligencia o cuidado en el obrar, que es la culpa, en tratándose de cosas peligrosas adquiere mayor extensión y contenido. Es diferente la acción que ejerce el hombre sobre cosas inofensivas, y la que desarrolla sobre elementos virtualmente peligrosos. El cuidado en los segundos es mucho más exigente, presupone la plenitud de la atención. ¿Por qué? Porque el descuido o la falta de vigilancia, insignificantes o el detalle menos notorio, podrán producir la catástrofe. Ello coloca al autor de daño en circunstancias de que tenga que acreditar, para destruir la presunción de culpa un motivo o causa satisfactoria y suficiente de exoneración, que no deja duda de la previsión con que se procedió. Y las únicas causas que en casos tales dejan satisfecha la conciencia del juzgador son acontecimientos constitutivos de hechos positivos de relevada gravedad, que por sí mismo están indicando la ausencia de toda culpa, como la fuerza mayor, el caso fortuito, la intervención de agente extraño o de la propia víctima". C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. de 15 junio 1944, "G. J.", t. LVII, pág. 851.

[126] "[...] se presume la culpa en quien es agente de actividad peligrosa, de tal suerte que demandada indemnización por perjuicio causado por quien ejerce actividad de ese linaje, a la víctima le basta con demostrar: " a) el daño, y " b) la relación de causalidad

la actividad peligrosa, es decir, que la actividad peligrosa es causa *sine qua non* del daño.

— *Guarda de la actividad peligrosa*. La Corte Suprema de Justicia adoptó la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa en materia de guarda en la responsabilidad por el hecho de las cosas, para aplicarla en la guarda de la responsabilidad peligrosa.

Como ya se vio, en materia de hecho de las cosas, la Corte de Casación adoptó el criterio de la guarda intelectual. Después de debatir si debía responder quién jurídicamente tenía el derecho o facultad de dirigir o controlar la cosa, o quién, de acuerdo con las circunstancias, tenía la posibilidad de hecho o efectiva de hacerlo, se acogió esta última[127], que la jurisprudencia francesa denominó dirección intelectual. El guardián de la cosa es aquel que tiene el poder intelectual de dirección, control y dominio de esta, es decir, tiene el poder efectivo o de hecho para comandarla.

La Corte Suprema de Justicia ha acogido igual o muy similar criterio en los siguientes términos:

"En primer lugar, y ello constituye factor decisivo para poner en evidencia la notoria equivocación en que cayó el fallador de segunda instancia, en el caso particular que dio origen al proceso, hay una responsabilidad compleja, pues la sociedad demandada, al tener bajo su directo control, cuidado y vigilancia la caseta de peaje ubicada en el sitio «La Felisa», no solo era el guardián de hecho sino jurídico de la referida edificación, edificación esta que, en tanto se encuentra localizada en el centro de una carretera con alto índice de circulación de vehículos automotores, constituye un peligro cuando de noche no existe la iluminación correspondiente para que los conductores se percaten de su existencia. Y al tenor de los términos del contrato concertado con el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, atinente al uso de la caseta

---

entre este y el proceder del demandado, pues en tal evento se presume el tercer requisito que es la culpa [...]" , agregándose en aras de la claridad que "[...] esta construcción jurisprudencial no entraña aceptación de la teoría de la culpa objetiva o del riesgo creado, pues de un lado descansa en la existencia de culpa del demandado, aunque esta sea presunta y de otro, admite su exculpación demostrando que el daño ocurrió por fuerza mayor, por intervención de un tercero o por culpa exclusiva de la víctima [...]". C. S. de J., Sala Civil, sent. de 18 mayo 1972, "G. J.", t. CXLII, pág. 173

[127] "En el sonado affaire Franck, el auto fue hurtado previo a atropellar un peatón. Consideró la Corte que no podía aplicarse la presunción de culpa al propietario del vehículo, quien para el momento del accidente estaba privado del poder intelectual de dirección y control". Corte de Casación Francesa, sent. de 2 diciembre 1941.

para efectos del recaudo de peaje en ese lugar, era aquella compañía la que estando en contacto permanente con dicha caseta por conducto de sus agentes y empleados, tenía «[...] la obligación de resultado y el deber jurídico de desarrollar la diligencia y cuidado necesarios para que en horas de la noche tal caseta se hallara debidamente iluminada y con todas las señales que permitieran que los conductores [...] pudieran observar la existencia de ese obstáculo [...]»"[128].

No es guardián quien a pesar de estar en contacto con la actividad no tiene la capacidad de dirigirla y controlarla. Así la Corte ha descartado que existe guarda de la actividad en cabeza del pasajero de un vehículo respecto a un tercero, pues no incide en el manejo de este[129].

No obstante aceptarse el criterio de la guarda intelectual, la Corte ha querido adoptar por vía de presunciones, criterios auxiliares para determinar la guarda intelectual, basándose en los criterios de la guarda jurídica de la cosa en la jurisprudencia francesa. Considera la Corte que debe primero presumirse la guarda de la cosa en cabeza del dueño, presunción que este puede desvirtuar demostrando que se desprendió de la tenencia, posesión o usufructo o que le fue arrebatada la posesión de la cosa mediante la cual se ejerce la actividad peligrosa. En tal caso se presumirá la guarda en cabeza del tenedor o poseedor ilegítimo, según quien deba tener al momento del daño el derecho, facultad o deber de dirección, control o gobierno de la cosa mediante la cual se causa el daño. Al respecto, manifiesta la Corte:

"Y el natural corolario que se sigue de cuanto queda expuesto es que, siendo en sí misma la actividad peligrosa la base que justifica en

[128] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 22 febrero 1955, exp. 4345, pág. 873.

[129] "De ahí que si con motivo de un choque de vehículos resulta perjudicado o lesionado uno de los pasajeros, en orden a determinar la responsabilidad civil, en estrictez,

"«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». El pasajero u ocupante, a no dudarlo, en su condición de tal, no despliega —por regla general— comportamiento alguno que pueda calificarse como peligroso. Su actividad, 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 del aquel. Muy por el contrario, está sometido a uno de ellos: el que emerge de la prenotada conducción vehicular. *Mutatis mutandis*, el ocupante, en dichas condiciones, no es más que un mero espectador; un sujeto neutro enteramente ajeno a la explotación o ejecución de la actividad catalogada como peligrosa o riesgosa. Se trata, pues, de una «víctima, ajena en un todo a la actividad peligrosa que se predica del propietario del otro vehículo, a quien demanda, participante en el accidente»". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 octubre 2001, exp. 6315.

derecho la aplicación del artículo 2356 C. C., preciso es establecer en cada caso a quién le son atribuibles las consecuencias de su ejercicio, lesivas para la persona o los bienes de terceros, cuestión esta para cuya respuesta es común acudir a la noción de guardián de la actividad, refiriéndose con tal expresión a quienes en ese ámbito tengan un poder efectivo de uso, control o aprovechamiento respecto del artefacto mediante el cual se realiza dicha actividad (casación civil de 26 mayo 1989, aún no publicada). Debiendo por consiguiente hacerse de lado dos ideas que, quizás a diferencia de lo que pudiera sostenerse sobre el tema en otras latitudes, en nuestro ordenamiento y a la luz del precepto legal recién citado, resultan desprovistas de suficiente sustento legal, a saber: la primera es que el responsable por el perjuicio causado sea necesaria y exclusivamente el mero detentador físico de la cosa empleada para desplegar la actividad riesgosa toda vez que la simple circunstancia de que esa cosa se halle al momento del accidente en manos de un subordinado y no del principal, no es obstáculo para que apoyo en el artículo 2356 C. C. la obligación resarcitoria pueda imputársele al segundo directamente, mientras que la segunda, por cierto acogida a la ligera con inusitada frecuencia, es que la responsabilidad en estudio tenga que estar ligada, de alguna forma, a la titularidad de un derecho sobre la cosa. [...] en 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:

”1) 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 [...]

”2) 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 pignoraticios en el supuesto de prenda manual, usufructuarios y los llamados tenedores desinteresados (mandatarios y depositarios).

"3) Y en fin, se predica que son «guardianes» de 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"[130].

También ha acogido la jurisprudencia de la Corte Suprema el principio traído de la responsabilidad por el hecho de las cosas del derecho francés, según el cual la guarda de la actividad peligrosa puede ser acumulativa, es decir, recaer sobre varias personas a un mismo tiempo, si todas tienen el poder efectivo de dirección, control y gobierno, y recae la presunción de culpa sobre todas ellas[131].

El fenómeno de la acumulación también se presenta en la distinción que acoge la Corte Suprema entre el daño causado por la estructura y el daño causado por el comportamiento de la actividad peligrosa. Este principio, de extensa aplicación en el derecho francés, plantea que un objeto puede causar un daño por su estructura, cuando un vicio o condición intrínseca de la cosa o que proviene de su naturaleza misma causa tal daño; por otra parte, este puede ser causado por su comportamiento,

[130] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 junio 1992, "G. J.", t. XXI, pág. 506.

[131] "Tampoco el juzgador *ad quem* tuvo en consideración la teoría jurídica de la guarda acumulativa y por obra de este error concluyó que la entidad recién citada no se encuentra legitimada para responder patrimonialmente por los daños causados a los herederos de Gerardo Antonio Muñoz Quiceno y al automotor que este conducía cuando aconteció el accidente que le costó la vida. En efecto, si un ingeniero del Ministerio de Obras Públicas retiró en el mes de diciembre de 1989 el transformador del peaje en el municipio de Supía, lo que demuestra semejante estado de cosas es la responsabilidad solidaria entre el organismo estatal mencionado y la sociedad contratista, pues es palmario que esta última era la que estaba en permanente contacto directo con la caseta cuya intervención en la producción del daño no se discute, de suerte que era ella «[...] la más obligada» a tomar todas las precauciones necesarias para la correcta iluminación «[...] que como ya fue observado y dado el lugar de su ubicación, se convierte en obstáculo fatal para los conductores [...]», y quedó así mismo probado con amplitud que esa noche del accidente no había iluminación de ninguna naturaleza «[...] lo que demuestra la negligencia, la falta de cuidado y diligencia, de la sociedad demandada [...]»". C. S. de J, Sala de Casación Civil, sent. de 22 febrero 1995, "G. J.", núm. 4345, pág. 873.

cuando se le da a la actividad un tratamiento, mantenimiento o uso defectuoso o diferente del normal. Hay lugar entonces a distinguir entre la guarda de la estructura y la guarda del comportamiento, pudiendo suceder que una misma actividad tenga un guardián de su estructura y otro de su comportamiento, cuando por ejemplo el dueño entrega la cosa a un tercero para ser transportada, explotada o a cualquier otro título no traslaticio de dominio. Si el daño es causado por la peligrosidad intrínseca de la actividad, por ejemplo si consiste en manipular una sustancia inestable que explota, deberá presumirse la culpa al propietario, considerado guardián de la estructura, especialmente si no advierte al transportador. Pero si la sustancia explota como consecuencia de un accidente de circulación, debe presumirse la culpa del transportador, considerado guardián del comportamiento. Nuestra Corte Suprema se ha referido indirectamente a la distinción en algunos fallos[132], aunque vale decirlo, la estructura y el comportamiento se predican fácilmente de una cosa y no tan fácilmente de una actividad. Por tanto, es en Francia donde realmente ha tenido aplicación práctica la figura.

b') *Régimen de la culpa en la responsabilidad por actividad peligrosa*

— *Presunción de culpa.* Ha sido clara la jurisprudencia a la hora de determinar el efecto primordial de la responsabilidad por actividad peligrosa, esto es, establecer una presunción de culpa en cabeza del guardián de la actividad peligrosa[133].

[132] "En efecto, si peligrosa es la actividad que, debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva ínsito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que —de ordinario— despliega una persona respecto de otra (cf. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 junio 1992), la presunción de culpa que, por su ejecución, ha entendido la jurisprudencia de la Corte que consagra el artículo 2356 del Código Civil, únicamente puede predicarse «en aquellos casos en que el daño proviene de un hecho que la razón natural permite imputar a la incuria o imprudencia de su autor» (t. CLII, pág. 108, reiterada en sent. de 14 marzo 2000, exp. 5177), es decir, de quien tenía el gobierno o control de la actividad, hipótesis esta que «no sería aceptable en frente de un tercero, como lo sería el peatón o el pasajero de uno de los automotores (t. LIX, pág. 1101)»". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 octubre 2001, exp. 6315.

[133] "Sin embargo, cuando el daño se produce como consecuencia de una actividad peligrosa, dentro de la cual se ha enlistado siempre la conducción de vehículos automotores, la norma aplicable es el artículo 2356 ibidem, que consagra explícita e inequívocamente una presunción de culpabilidad (LXXXIX, 823; LXXXIII, 2169; XCV, 784). Así pues, a la víctima que pretende ser indemnizada le basta demostrar el hecho dañoso ocurrido como consecuencia directa y necesaria del desarrollo de la actividad peligrosa que desempeñaba el demandado, es decir, está exenta de la carga probatoria en cuanto

Cabe preguntarse qué tipo de culpa es la que presume el juez. Podrá tratarse de dolo, si se desea que la actividad peligrosa genere el perjuicio, o cuando se conoce la posible existencia del daño y se acepta. También podrá tratarse de negligencia, cuando se dejan de adoptar medidas necesarias para impedir el daño que la actividad amenaza causar; impericia, si se acomete la actividad sin tener la experiencia necesaria para controlarla adecuadamente; o imprudencia cuando el guardián se confía imprudentemente en poder evitar el daño. Lo cierto es que demostrado el ejercicio de la actividad peligrosa y el daño producido de ella[134], el juez presume que la conducta del guardián fue reprochable. Al respecto, la jurisprudencia plantea que el guardián tiene el deber de adoptar todas las precauciones necesarias para evitar que la actividad que despliega pueda causar daños a terceros, y ha mencionado que dicho deber (que equivocadamente denomina obligación) es de resultado, posiblemente bajo influencia de las teorías monistas de los MAZEAUD[135].

---

al elemento culpa (LIX, 820; LXXI, 114; LXXIII, 649)". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 17 abril 1991.

[134] "[...] presunción llamada a operar entonces en contra del demandado, siempre que el actor pruebe que concurren los fundamentos fácticos legalmente adecuados para ponerla en práctica, es decir, la existencia del perjuicio cuya reparación se reclama, que este se causó en ejercicio de una actividad peligrosa y, si a ello hubiere lugar por ser persona distinta el autor material del evento dañoso, que de la mencionada actividad es responsable el demandado, luego ante este estado de cosas y del efecto indemnizatorio que de allí emerge [...]" ("G. J.", t. CXLII, pág. 175). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 junio 1992, "G. J.", t. XXI, pág. 619.

[135] "En primer lugar, y ello constituye factor decisivo para poner en evidencia la notoria equivocación en que cayó el fallador de segunda instancia, en el caso particular que dio origen al proceso, hay una responsabilidad compleja pues la sociedad demandada, al tener bajo su directo control, cuidado y vigilancia la caseta de peaje ubicada en el sitio «La Felisa», no solo era el guardián de hecho sino jurídico de la referida edificación, edificación esta que, en tanto se encuentra localizada en el centro de una carretera con alto índice de circulación de vehículos automotores, constituye un peligro cuando de noche no existe la iluminación correspondiente para que los conductores se percaten de su existencia. Y al tenor de los términos del contrato concertado con el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, atinente al uso de la caseta para efectos del recaudo de peaje en ese lugar, era aquella compañía la que estando en contacto permanente con dicha caseta por conducto de sus agentes y empleados, tenía «[...] la obligación de resultado y el deber jurídico de desarrollar la diligencia y cuidado necesarios para que en horas de la noche tal caseta se hallara debidamente iluminada y con todas las señales que permitieran que los conductores [...] pudieran observar la existencia de ese obstáculo [...]".C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 22 febrero 1995, "G. J.", núm. 4345, pág. 873.

En nuestro concepto la presunción de culpa no se deriva claramente de un texto legal. No puede decirse que el artículo 2356 del Código Civil claramente imponga tal presunción, por lo cual debe atribuirse la presunción más a un desarrollo jurisprudencial que a un mandato legal. La jurisprudencia ha buscado justificar suficientemente esta interpretación liberal o extensiva del texto legal a la necesidad de proteger a las víctimas[136], necesidad real y universalmente reconocida.

— *Medios de defensa admisibles.* A la simple presunción de culpa añade la jurisprudencia de la Corte Suprema el principio según el cual dicha presunción no puede desvirtuarse por la sola prueba de la diligencia, siendo necesario demostrar causa extraña, vale decir, culpa exclusiva de la víctima, culpa exclusiva de un tercero, fuerza mayor o caso fortuito[137]. Aclara la Corte que el hecho o la intervención del tercero debe ser ajeno al guardián[138] y que debe ser causa exclusiva del daño. Así mismo expone que la intervención deberá ser imprevisible e

[136] "El manejo de un avión, de un automóvil etc., requiere extremado cuidado y diligencia, o de lo contrario seguramente se ocasiona una catástrofe. ¿Cómo exigirle al transeúnte o al pasajero desprevenido, víctima del accidente, que acredite cuál fue el detalle culposo preciso que ocasionó la caída del avión o produjo el choque automovilístico? En tales casos el origen de la culpa lo conocerá mejor el autor del hecho. Luego es él quien debe arrostrar la carga de la prueba de su inculpabilidad, respecto de un hecho que aparentemente ha violado las reglas de la solidaridad social y la obligación de dar- les seguridad a terceros en la ejecución de actos que conllevan manifiesto peligro". C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. de 15 junio 1944, "G. J.", t. LVII, pág. 851.

[137] "[...] no podrá liberarse dicho demandado amparándose en el criterio de la diligencia normal pues le corresponde desvirtuar la base misma de la imputación, probando una causa extraña, es decir, la concurrencia de hechos capaces de descartar cualquier hipó- tesis de responsabilidad por acarrear ellos la completa eliminación del «nexo causal», propiedad que por sabido se tiene, únicamente es dable asignarse el caso fortuito o fuerza mayor, al hecho de un tercero o al hecho de la propia víctima, supuestos los dos últimos que podrán tener esa significación tan solo en la medida en que, respecto del guardián de la actividad, constituyan verdadera fuerza mayor para él y, por lo tanto, infortunios que por serle del todo ajenos, evitan que en derecho pueda estructurarse imputación alguna en su contra". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 junio 1992, "G. J.", t. XXI, pág. 619.

[138] "Precisamente, en tratándose de actividades peligrosas, suele ocurrir que la prueba de la diligencia es tan difícil, que usualmente se exige al demandado que demuestre con precisión cómo fue que el accidente ocurrió a pesar de haber empleado el debido cuidado. De manera que, en el fondo, la carga de la prueba de la diligencia se traduce en la demostración de que el daño se produjo por un hecho que no tiene ninguna relación con el ámbito de cuidado del presunto responsable" (C. S. de J., sent. de 18 diciembre 2012, M. P. Ariel Salazar Ramírez, exp. 2006-094).

irresistible para el guardián porque de lo contrario debía adoptar las medidas para evitar la acción del tercero[139].

*— Necesidad de la culpa en la responsabilidad por actividades peligrosas.* Con razón se ha preguntado la doctrina si como consecuencia del régimen estricto de culpa anteriormente expuesto, no resulta una responsabilidad objetiva en el caso de la responsabilidad civil por actividad peligrosa.

Los defensores de esta teoría afirman que la presunción no es de culpa sino de responsabilidad, es decir, no se permite desvirtuar la presunción de culpa, sino únicamente el vínculo causal, de donde se sigue que no se tiene en cuenta la culpa al momento de imputar responsabilidad.

No obstante, la jurisprudencia ha sido categórica al afirmar que la responsabilidad por actividad peligrosa se basa en la culpa[140], y que

[139] "Dicho en otras palabras, el hecho en cuestión tendrá que ser de tal naturaleza que, en tanto borra la autoría, deje fuera toda posibilidad jurídica de imputación, lo que obliga a entender, de un lado, que la obligación resarcitoria emanada de un hecho ilícito ajeno no desaparece si la actuación correspondiente debe reputarse como propia en virtud de una relación previa existente entre el autor material de daño y quien se presupone responsable e igualmente que tampoco cesa dicha obligación si de alguna manera la conducta de este último, cotejada frente a normas de comportamiento prudente previstas en la ley o impuestas por las circunstancias particulares que conforman el caso, ha de tenerse como antecedentes inmediatos de la ejecución del hecho por el tercero, todo en consonancia con lineamientos conceptuales atrás rememorados y por fuerza de los cuales se sostiene con razón que, respecto del presunto responsable, el proceder del tercero deberá ser imprevisto e irresistible, puesto que sí era evitable y por negligencia o descuido no se adoptaron medidas convenientes para impedirlo o para suprimir sus secuelas perniciosas, la imputación que a aquel se le haga será indiscutible, criterio por cierto acogido muchas veces por la Corte al señalar, invocando la reconocida autoridad de expositores franceses, que si bien la prueba del hecho de un tercero puede destruir la presunción de culpa de quien se dedica a actividad peligrosa, «[...] ese hecho no puede serle imputable al demandado: cuando la culpa de este haya provocado el hecho de tercero del que haya resultado un daño, esa culpa es la causa verdadera del perjuicio. El hecho del tercero, entonces, no es ajeno al demandado [...]»" ("G. J.", t. CXLII, pág. 175). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 junio 1992, "G. J.", t. XXI, pág. 619.

[140] "En el artículo 2356, por el contrario, se determina la responsabilidad directa o indirecta de quien ha causado un daño que se presume cometido por su negligencia o malicia, en virtud de originarse en el desarrollo de una actividad que se por sí implica riesgos; en otras palabras como se presume la culpa del autor del daño, para que el lesionado pueda obtener la indemnización en el evento a que se refiere el artículo 2356, indispensable es que se prueben solo dos de los tres clásicos elementos configuradores de la culpa aquiliana o extracontractual: el daño padecido y la relación de causalidad entre esta y la acción u omisión del autor del daño. Sin embargo, conviene precisar que en uno y otro caso, tanto en el contemplado en el artículo 2341 como en el caso a

no se admite desde ningún punto de vista la teoría del riesgo, ni de la responsabilidad objetiva[141].

La Corte Suprema de Justicia profirió (sent. de 4 mayo 2009) una decisión contrapuesta a su doctrina tradicional, y manifestó que la responsabilidad por actividad peligrosa constituye un régimen de responsabilidad objetiva basada en el riesgo. Partiendo del hecho de que otras normas establecen responsabilidad objetiva para múltiples situaciones que pueden enmarcarse en la actividad peligrosa (como por ejemplo el caso de daños causados por desechos tóxicos, accidentes laborales, pago de cheques falsos, productos defectuosos, transporte aéreo y accidentes de circulación de vehículos), concluye el fallo que quiso el legislador tipificar este mismo tipo régimen en el artículo 2356 del Código Civil[142].

---

que se refiere el 2356, la culpa es el fundamento de la responsabilidad; en el primero es la culpa probada y en el segundo es la culpa presunta". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 marzo 1976, "G. J.", t. CLII, pág. 73.

[141] "La interpretación que se ha de dar al art. 2356 C. C. no equivale ni con mucho a la admisión de la teoría del riesgo, acerca de la cual ha puesto presente repetidamente la Sala que nuestras leyes no la acogen, aunque sí ha dicho en todos los fallos por qué las actividades peligrosas llevan por su misma peligrosidad una presunción de culpa en los daños causados por su ejercicio y que el perjudicado tiene con ella la ventaja anexa a toda presunción de echar a su contrario la carga de la prueba. Claro es que lo que se presume es la culpa y no el daño y que quien demanda indemnización está obligado a probar que lo ha sufrido. Partiendo de la base de que un demandante de indemnización de perjuicios lo ha demostrado, sobre ese pie obra la presunción, no del daño repítese, sino de la culpa, si es que lo ha causado el ejercicio de una actividad peligrosa". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 7 septiembre 1948, "G. J.", t. LXIV, pág. 745.

[142] "Con estas premisas, para la Sala, el régimen de responsabilidad por las actividades peligrosas es singular y está sujeto a directrices específicas en su etiología, ratio y fundamento. Por su virtud, el fundamento y criterio de imputación de la responsabilidad es el riesgo que el ejercicio de una actividad peligrosa comporta por el peligro potencial e inminente de causar un daño a los bienes e intereses tutelados por el ordenamiento. La culpa no es elemento necesario para estructurar la responsabilidad por actividades peligrosas ni para su exoneración; no es menester su demostración, ni tampoco se presume; el damnificado tiene la carga probatoria exclusivamente de la actividad peligrosa, el daño y la relación de causalidad; y, el autor de la lesión, la del elemento extraño, o sea, la fuerza mayor o caso fortuito, la participación de un tercero o de la víctima que al actuar como causa única o exclusiva del quebranto, desde luego, rompe el nexo causal y determina que no le es causalmente atribuible, esto es, que no es autor.

"[...]

"Forzoso es concluir que toda persona que en ejercicio de una actividad peligrosa cause un daño, está en la imperiosa obligación de repararlo y solo podrá eximirse probando la causa extraña, esto es, demostrando que no es autor, en tanto el daño no pueda

En nuestra opinión, el razonamiento de la Corte en el fallo carece de lógica, pues repugna a la lógica jurídica variar el principio partiendo de la excepción. Si para casos especiales la ley regula responsabilidad objetiva, ello no indica que esa sea la regla, sino por el contrario, reafirma que esos casos requieren una excepción, o de lo contrario caerían bajo la regla o principio general resultando innecesaria la regulación especial. Por otra parte, cuando el juez condena al guardián de la actividad peligrosa, lo hace sobre la base de que mediante un hecho ilícito causó un daño. El hecho es ilícito porque la conducta se considera reprochable, es decir, porque se incurrió en culpa[143]. De manera que la culpa es fundamento de la responsabilidad por actividad peligrosa.

Cuando se permite la exoneración por causa extraña, se está al mismo tiempo descartando el vínculo causal y la presunción de culpa. Al demostrar fuerza mayor, culpa exclusiva de un tercero y culpa exclusiva de la víctima, se está primordialmente desvirtuando la ilicitud del hecho del demandado, es decir, demostrando que su conducta es irreprochable. No se discute que al desvirtuar la presunción mediante la prueba de la causa extraña, se esté a un mismo tiempo desvirtuando el vínculo causal.

De cualquier modo, la propia Corte Suprema de Justicia aclaró en varios fallos posteriores, entre ellos en la sentencia de 24 de agosto de 2009[144] y luego en la sentencia de 18 de diciembre de 2012, ya

---

imputarse al ejercicio de su actividad peligrosa ni a su conducta". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 mayo 2009.

[143] "En efecto, si peligrosa es la actividad que, debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva ínsito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que —de ordinario— despliega una persona respecto de otra (cfr. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 junio 1992), la presunción de culpa que, por su ejecución, ha entendido la jurisprudencia de la Corte que consagra el artículo 2356 del Código Civil, únicamente puede predicarse «en aquellos casos en que el daño proviene de un hecho que la razón natural permite imputar a la incuria o imprudencia de su autor» (CLII, pág. 108, reiterada en sent. de 14 marzo 2000, exp. 5177), es decir, de quien tenía el gobierno o control de la actividad, hipótesis esta que «no sería aceptable en frente de un tercero, como lo sería el peatón o el pasajero de uno de los automotores" (LIX, pág. 1101). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 octubre 2001, exp. 6315".

[144] "La importancia de ese fallo se concreta, entonces, en haber reiterado que frente a una eventual concurrencia de culpas en el ejercicio de actividades peligrosas, el sentenciador tendrá que examinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produce el daño, a fin de valorar la equivalencia o asimetría de las actividades peligrosas concurrentes y su incidencia en la cadena de causas generadoras del daño, con el fin de establecer, a partir de la magnitud de esa injerencia, el grado de responsabilidad que

citada, que la responsabilidad por actividades peligrosas constituye responsabilidad subjetiva, por cuanto la culpa continúa siendo factor necesario para establecerla[145]. Esta sentencia tuvo salvamentos de voto que proponían establecer como doctrina probable la responsabilidad

---

corresponde a cada uno de los actores, en la forma prevista en el artículo 2357 de la ley civil.

"Mas lo anterior no comporta ninguna novedad en la línea jurisprudencial de esta Corte ni tampoco implica la aceptación de un enfoque de responsabilidad objetiva, pues como ya lo había precisado esta Sala en consolidada doctrina, «La reducción del daño se conoce en el derecho moderno como el fenómeno constituido por la compensación de culpas, 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» (sent. de 29 abril 1987).

"No existe ninguna duda de que para efectos de establecer *la graduación* de la responsabilidad de cada una de las actividades concurrentes en la producción del daño, resulta necesario verificar «de modo objetivo» la incidencia de esas acciones en el flujo causal desencadenante del perjuicio; mas ello no es suficiente porque para llegar a esa solución es preciso indagar como paso antelado, en cada caso concreto, quién es el responsable de la actividad peligrosa, y ello solo es posible en el terreno de la culpabilidad.

"Es claro, entonces, que la sentencia que se viene comentando solo hizo alusión a la cuantificación del impacto del hecho en la producción del daño atendiendo a su grado de injerencia en el nexo causal, con la finalidad de determinar si la valoración del perjuicio está sujeta a reducción; lo que no significa, de ninguna manera, que a esta última fase de la imputación de responsabilidad pueda llegarse con prescindencia del factor de atribución de culpa, entre otras razones, porque el artículo 2357 del Código Civil exige la configuración del elemento subjetivo cuando dispone que «la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él *imprudentemente*»" (C. S. de J., sent. de 24 agosto 2009).

[145] "Precisamente, en tratándose de actividades peligrosas, suele ocurrir que la prueba de la diligencia es tan difícil, que usualmente se exige al demandado que demuestre con precisión cómo fue que el accidente ocurrió a pesar de haber empleado el debido cuidado. De manera que, en el fondo, la carga de la prueba de la diligencia se traduce en la demostración de que el daño se produjo por un hecho que no tiene ninguna relación con el ámbito de cuidado del presunto responsable" (C. S. de J., sent. de 18 diciembre 2012, M. P. Ariel Salazar Ramírez, exp. 2006-094):

"No es, entonces, que la observancia del deber de cuidado no sea suficiente para refutar la presunción de culpa, sino que la demostración de ese hecho es de tal rigor en esta especie de actividades que, por obra de la presunción legal, se forma en la mente del sentenciador la convicción de que el perjuicio se causó con culpa de su autor; de manera que únicamente la prueba de la causa extraña resulta idónea para corroborar la ausencia de culpa del demandado.

objetiva en el campo de las actividades peligrosas, lo cual indica que continúa el debate a este respecto. No obstante, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 29 de julio de 2015, reiteró su doctrina mayoritaria, según la cual la responsabilidad por actividades peligrosas es indudablemente subjetiva, al pronunciarse la Sala de Casación Civil sobre la responsabilidad del Club del Nogal en relación con el atentado perpetrado en sus instalaciones. La Corte reiteró el carácter subjetivo de la responsabilidad por actividad peligrosa[146], pero adicionalmente se refirió a las sentencias anteriores, aclarando que no tuvieron el alcance de eliminar el carácter subjetivo de la responsabilidad por actividad peligrosa[147].

---

"Lo anterior, obviamente, es muy distinto a afirmar que debido a que solo el elemento extraño es una causal eximente de responsabilidad, entonces haya que inferir, de modo necesario, que la culpa del autor no es un factor determinante para la imputación de responsabilidad, o lo que es lo mismo, que esa responsabilidad obedezca a factores estrictamente objetivos.

"Es más, el solo examen de los hechos dentro del nexo de causalidad no es tan «objetivo» como a simple vista pareciera serlo, toda vez que le es inherente un juicio de reproche que, en últimas, tiene un fuerte componente subjetivo en la libertad del responsable.

"El rompimiento del nexo de causalidad no puede interpretarse de manera abstracta y desligada de la conducta del agente, sino que su demostración es signo inequívoco de la ausencia de culpa. Ello indica que la culpa no solo es el fundamento sino el límite de la responsabilidad civil, porque más allá de ella solo puede existir la causa extraña" (C. S. de J., sent. de 18 diciembre 2012, M. P. Ariel Salazar Ramírez, exp. 2006-094).

[146] "No obstante, el artículo 2356 id. establece una situación particular para aquellas conductas imputables a «malicia o negligencia de otra persona» que, por regla general, «debe ser reparado por esta», partiendo de un principio de presunción de culpa, cuya exoneración solo sería el producto del caso fortuito, la fuerza mayor o la intervención de un elemento extraño, como lo es la «culpa exclusiva de la víctima».

"No quiere decir ello que se prescinda del concepto de culpa en esos eventos, sino que se releva al afectado de establecer su existencia, por estar implícita" (C. S. de J., sent. de 29 julio 2015, M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez).

[147] "Quiere decir lo anterior que, en materia de responsabilidad civil, la aplicación de la «presunción de culpabilidad» del artículo 2356 del Código Civil, que no conlleva un alejamiento del principio de la «responsabilidad subjetiva», exige del sentenciador un análisis de los precedentes sobre la materia y de ser el caso la aplicación de reglas de la experiencia, para establecer la «peligrosidad» de la actividad de donde se predica la ocurrencia del daño, que puede estar predispuesta por la naturaleza de la parte a quien se atribuye.

"La sentencia de casación de 24 de agosto de 2009, expediente 01054-01, contiene una rectificación doctrinaria, tal como aparece en su motivación y la parte resolutiva, circunscrita exclusivamente al punto relativo al tratamiento jurídico equivocado que le dio el Tribunal al aspecto atinente a la «concurrencia de culpas» en el ejercicio de

— *Cancelación de la presunción de culpa en caso de colisión de actividades peligrosas*. Antes de expedirse en Francia un régimen especial de los accidentes de circulación, la Corte de Casación tuvo oportunidad de desarrollar la teoría general de la responsabilidad por el hecho de las cosas en estas materias.

Surgió el tema de regular las relaciones entre dos vehículos en movimiento que colisionan. Cuando como consecuencia de la colisión ambos actores sufren perjuicios: ¿cabría presumir la culpa de ambos siendo que venía cada uno ejerciendo una actividad peligrosa? ¿Debería en cambio cancelar el juez las presunciones quedando ambos forzados a probar la culpa del otro?

Si ambos concurren en situación de culpa presunta, ambos tendrán que intentar desvirtuar la presunción mediante causa extraña. Si bien alguno podría exonerarse y el otro no, también podría ser que ambos resultarán condenados. En tal caso, ambas indemnizaciones tendrían que reducirse con base en la culpa concurrente del guardián y la víctima. Además, aplicando principios generales de obligaciones, una vez condenados ambos, operaría en principio la compensación legal, siendo ambos deudores y acreedores de obligaciones recíprocas, fungibles y líquidas. Se impondría el simple pago del saldo en favor de aquel que hubiera sufrido un perjuicio mayor.

---

actividades peligrosas, mas no frente a la doctrina tradicional de la Sala referente a que estas se examinan bajo la perspectiva de una responsabilidad «subjetiva» y no «objetiva» [...] La Corporación de modo reiterado tiene adoptado como *criterio hermenéutico el de encuadrar el ejercicio de las actividades peligrosas bajo el alero de la llamada presunción de culpabilidad en cabeza de su ejecutor o del que legalmente es su titular, en condición de guardián jurídico de la cosa*, escenario en el que se protege a la víctima relevándola de demostrar quién tuvo la responsabilidad en el hecho causante del daño padecido cuyo resarcimiento reclama por la vía judicial, circunstancia que se explica de la situación que se desprende de la carga que la sociedad le impone a la persona que se beneficia o se lucra de ella y no por el riesgo que se crea con su empleo. El ofendido únicamente tiene el deber de acreditar la configuración o existencia del daño y la relación de causalidad entre este y la conducta del autor, pudiéndose exonerar solamente con la demostración de la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o la intervención de un tercero [...] Este estudio y análisis ha sido invariable desde hace muchos años y no existe en el momento actual razón alguna para cambiarlo, y en su lugar acoger la tesis de la responsabilidad objetiva, porque la presunción de culpa que ampara a los perjudicados con el ejercicio de actividades peligrosas frente a sus victimarios les permite asumir la confrontación y el litigio de manera francamente ventajosa, esto es, en el entendido que facilita, con criterios de justicia y equidad, reclamar la indemnización a la que tiene derecho (negrita fuera de texto)" (C. S. de J., sent. de 29 julio 2015, M. P. Fernando Giraldo Gutierrez). [El último apartado ya se transcribió en la nota 121, *supra*].

La situación es idéntica si ambos concurren en situación de culpa probada, solo que tendrán que intentar demostrar la culpa del otro. Nuevamente, alguno podría tener éxito y el otro no, o ambos podrían tener éxito, en cuyo caso habría compensación de culpas y eventualmente compensación de las indemnizaciones resultantes y el pago de un saldo. Probatoriamente hablando, en el primer caso ambos tendrán la carga de demostrar la culpa exclusiva del otro para exonerarse, y en el segundo, ambos tendrán la carga de demostrar la culpa exclusiva del otro para imputarle responsabilidad.

La jurisprudencia adoptó de tiempo atrás el criterio de cancelar las presunciones de culpa[148]. En nuestra opinión, se acepta porque ante el hecho cumplido del accidente, no tiene sentido presumir la culpa de ambos intervinientes, víctimas y guardianes a un mismo tiempo. La razón de ser de la presunción es facilitarle la indemnización a la víctima frente al guardián de la actividad. En el caso propuesto no tiene sentido facilitarles a ambos la indemnización, sino que debe partirse del hecho real de la igualdad: ambos están expuestos frente a la actividad del otro y ambos han generado una amenaza[149]. Lo lógico debe ser tratarlos como pares, exigiéndoles a ambos la prueba.

[148] "Un ejemplo aclarará mejor los límites de aplicabilidad de esta tesis: en el descarrilamiento de un ferrocarril en marcha, el maquinista que dirige y controla la máquina, si resulta lesionado en el accidente, no podrá invocar en su favor y en contra de la empresa el artículo 2356 del C. C. para obligarla a indemnizarle los perjuicios que haya sufrido. A este efecto, necesita, por el contrario, dar la prueba del hecho concreto constitutivo de culpa. En cambio, el chequeador de tiquetes, el empleado encargado del restaurante o de la despensa, o el contabilista, que tienen funciones naturalmente ajenas al manejo, control y dirección de la máquina, sí pueden alegar útilmente en su favor y en contra de la empresa la presunción de culpa del artículo 2356 citado". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 20 mayo 1949, "G. J.", t. LXVI, pág. 78.

[149] La Sala de Negocios Generales, en sent. de 8 noviembre 1944, dijo textualmente que: "la presunción de culpabilidad es inadmisible en contra del dueño del vehículo y a favor del empleado o dependiente que dirigiendo el vehículo que aquél le ha encomendado se produce un daño. Entonces desaparece la consideración en que la presunción se apoya, consistente en la imposibilidad completa de conocer la víctima el origen o causa del daño, quien por lo mismo tampoco pudo tener el poder de preverlo, debido a la posición que ocupaba cuando lo sorprendió el hecho lesivo, de elemento completamente ajeno y extraño a la ejecución de este hecho".

En la misma oportunidad dijo, además la Corte: "No presumiéndose, la prueba de la culpa del dueño o empleador es necesaria. Originándose las lesiones en hecho cuyo autor inmediato y visible es el empleado, este tiene que acreditar satisfactoriamente que ese hecho es el resultado necesario de actos y omisiones del empleador, de gravedad equivalente a la culpa. Es decir, que en casos tales no sufre derogación la regla general

Desde otra perspectiva, solo debe permitirse que se prevalezca de la presunción en su favor a quien no puede a su vez presumirse culpa por la misma causa. Esta ha sido la razón invocada por la Corte Suprema de Justicia para cancelar las presunciones[150].

Siguiendo el mismo criterio, la Corte considera que si una actividad colisiona con otra de mayor peligrosidad, la primera sí puede invocar la presunción, porque puede prevalecerse del beneficio en cuanto ambas partes no están en situación de igualdad. En el caso, un vehículo choca con un peaje que en horas nocturnas no tiene iluminación, por lo cual la Corte manifiesta que el peaje, por su mayor peligrosidad, comparece en situación de culpa presunta[151].

No obstante, cuando una de las actividades que colisiona entre en receso, como cuando el vehículo está estacionado al momento del choque,

---

de derecho probatorio de Actori Incumbit Probatio". C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. de 4 febrero 1949, "G. J.", t. LXV, pág. 513.

[150] "En consecuencia, dado que, por sustracción de materia, los demandantes no estaban ejerciendo actividad peligrosa alguna, como pasajeros regulares que eran del vehículo de placas QAC-630, podían en su condición de víctimas favorecerse de la presunción de culpa —que no de responsabilidad— contenida en la norma aludida, según lo expresado por la Corte en el pasado, en la medida en que su ulterior contraparte, por el contrario, sí ejerció una de aquellas, motivo por el cual, comprobado el daño y esclarecido el nexo causal, debía colegirse la responsabilidad aquiliana de las sociedades demandadas, como en efecto se hizo, máxime si estas no acreditaron la ocurrencia de una causa extraña y, por contera, el quiebre del vínculo de causalidad, verbigracia la fuerza mayor —o caso fortuito—, la culpa exclusiva de los damnificados o el hecho de un tercero (CLII, pág. 108; CCXL, págs. 871 y 872 y cas. civ. de 23 junio 2000, exp. 5475). C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 octubre 2001, exp. 6315

[151] En primer lugar, y ello constituye factor decisivo para poner en evidencia la notoria equivocación en que cayó el fallador de segunda instancia, en el caso particular que dio origen al proceso, hay una responsabilidad compleja pues la sociedad demandada, al tener bajo su directo control, cuidado y vigilancia la caseta de peaje ubicada en el sitio "La Felisa", no solo era el guardián de hecho sino jurídico de la referida edificación, edificación esta que, en tanto se encuentra localizada en el centro de una carretera con alto índice de circulación de vehículos automotores, constituye un peligro cuando de noche no existe la iluminación correspondiente para que los conductores se percaten de su existencia. Y al tenor de los términos del contrato concertado con el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, atinente al uso de la caseta para efectos del recaudo de peaje en ese lugar, era aquella compañía la que estando en contacto permanente con dicha caseta por conducto de sus agentes y empleados, tenía "[...] la obligación de resultado y el deber jurídico de desarrollar la diligencia y cuidado necesarios para que en horas de la noche tal caseta se hallara debidamente iluminada y con todas las señales que permitieran que los conductores [...] pudieran observar la existencia de ese obstáculo [...]". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 22 febrero 1995, "G. J.", núm. 4345, pág. 873.

debe considerarse por obvias razones, que no hay colisión de actividades peligrosas, y por ende la actividad que continúa en ejercicio comparece en situación de culpa presunta.

—*Responsabilidad por producto defectuoso*. La responsabilidad civil por producto defectuoso ha sido regulada en los artículos 19 y siguientes del Estatuto del Consumidor (ley 1480 de 2011) constituyendo un régimen particular de responsabilidad, ubicada en algún lugar equidistante entre la responsabilidad por el hecho de las cosas y la responsabilidad por actividad peligrosa.

De conformidad con el artículo 20 de la ley 1480 de 2011, el productor que pone en circulación un bien en el mercado, aun sin tener relación contractual directa con el consumidor, incurre en responsabilidad frente al consumidor por los daños, responsabilidad que comprende la muerte, las lesiones corporales o el deterioro de otros bienes, causados por defectos del producto. Esta responsabilidad proviene de la violación de un deber de conducta establecido en el artículo 6º del Estatuto según el cual el productor debe garantizar la seguridad de los bienes y servicios que ofrece en el mercado y la consecuente responsabilidad solidaria que tiene junto con el vendedor frente al consumidor, salvo que previamente alerte al público sobre un posible defecto, según el deber correlativo de información establecido en el artículo 19 del Estatuto.

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de la ley, al consumidor le basta demostrar el defecto del bien[152] (que se presume en caso de violación de medidas sanitarias, fitosanitarias o reglamentos técnicos), la existencia del daño y el nexo causal, para establecer la responsabilidad solidaria del productor o expendedor.

El productor o expendedor, por su parte, se puede exonerar de responsabilidad demostrando alguna de las causales enumeradas en el artículo 22 de la ley:

"*Exoneración de responsabilidad por daños por producto defectuoso*. Solo son admisibles como causales de exoneración de la responsabilidad por daños por producto defectuoso las siguientes:

"1. Por fuerza mayor o caso fortuito;

"2. Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del afectado.

"3. Por hecho de un tercero;

[152] "El defecto cuya prueba compete al perjudicado, no es el error de diseño o intrínseco del producto, cuyo conocimiento difícilmente puede dominar o poseer el consumidor; lo es la inseguridad que se manifiesta con ocasión del uso al cual está destinado" (Corte Const., sent. C-1141 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes).

”4. Cuando no haya puesto el producto en circulación;

”5. Cuando el defecto es consecuencia directa de la elaboración, rotulación o empaquetamiento del producto conforme a normas imperativas existentes, sin que el defecto pudiera ser evitado por el productor sin violar dicha norma;

”6. Cuando en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto”.

Algunos autores, al comentar el artículo 21 de la ley concluyen que se trata de responsabilidad objetiva, por cuanto no se menciona el elemento culpa para establecer la responsabilidad[153]. No obstante, es importante notar que la ley permite la exoneración con fundamento en causales tales como la causa extraña, la existencia de norma imperativa que derive en el riesgo o incluso bajo la causal sexta del artículo 22, prueba de la propia diligencia al demostrar que el estado de la técnica no permitía descubrir la existencia del defecto.

Esto último da para considerar que la culpa sí es elemento de la responsabilidad por producto defectuoso en el marco del estatuto del consumidor, aunque con presunción de culpa. No obstante, este punto debe ser objeto de pronunciamiento por la jurisprudencia, siendo por el momento incierto cuál será la doctrina que se establezca a futuro en línea de precedente frente a este aspecto.

## **4**. Bibliografía

### A) *Doctrina*

Álvarez-Correa, Eduardo: *El derecho de obligaciones y los contratos romanos*, Primera parte, Derecho de obligaciones, sin publicar, Bogotá, 1984.

Carbonnier, Jean: *Droit civil. Le droit des obligations*, t. ii, vol. ii, 17ème éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

Claro Solar, Luis: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vols. v y vi, De las obligaciones, t. xii, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979.

Demogue, René: *De la réparation civile des délits:* étud*e de droit et des législations*, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1898.

Domat, Jean: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Editions de Héricourt, 1835.

[153] Carlos Caycedo, Alejandro Giraldo y Ramón Eduardo Madriñan, *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor*, Editorial Legis, 2012.

CAYCEDO, CARLOS; GIRALDO, ALEJANDRO y MADRIÑAN, RAMÓN EDUARDO: *Comentarios al nuevo Estatuto del Consumidor*, Bogotá, Editorial Legis, 2012.

MAZEAUD, HENRI y LÉON, y TUNC, ANDRÉ: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vols. 1 y 2, 5ª ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977.

MAZEAUD, LÉON, HENRI, JEAN y CHABAS, FRANÇOIS: *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, Obligations. Théorie générale, 9ème éd., Paris, Éditions Montchrestien, 1998.

MONIER, MANUEL: *Manuel élémentaire de droit romain*, t. II, 5ème éd., Paris, 1954.

OURLIAC, PAUL y DE MALAFOSSE, J.: *Derecho romano y francés histórico*, t. I, Derecho de obligaciones, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1960.

PLANIOL, MARCEL: *Traité* élémentaire *de droit civil*, 11ème éd., t. II, Paris, Pichon, 1912.

Ranjard, Yves: *La responsabilité civile dans Domat*, Paris, 1943, mecanografiada.

SAVATIER, VINIER: "Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels", en D. H., 1931.

SUESCÚN MELO, JORGE: *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Santa Fe de Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá-Universidad de los Andes, 1996.

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER: *De la responsabilidad civil*, t. I, Teoría general de la responsabilidad. Responsabilidad contractual, Bogotá, Edit. Temis, 1999.

B) *Jurisprudencia*

a) *Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil*

Sent. de 31 mayo 1938, M. P. Liborio Escallón, "G. J.", t. XLVII.

Sent. de 18 noviembre 1940, "G. J.", t. L.

Sent. de 30 abril 1941.

Sent. de 25 febrero 1942, M. P. Hernán Salamanca, "G. J.", t. LII.

Sent. de 15 junio 1944, M. P. Luis Felipe Rosales, "G. J.", t. XXXI.

Sent. de 18 abril 1945, M. P. Arturo Tapias Pilonieta, "G. J.", t. LVII.

Sent. de 21 febrero 1947, M. P. Álvaro Leal Morales, "G. J.", t. LXI, núms. 2038-2039.

Sent. de 7 septiembre 1948, M. P. Ricardo Hinestrosa, "G. J.", t. LXIV, núms. 2060-2061.

Sent. de 20 mayo 1949, M. P. Pedro Castilla Pineda, "G. J.", t. LXVI.

Sent. de 23 junio 1949, M. P. Hernán Salamanca, "G. J.", t. LXVI, núms. 2075-2076.

Sent. de 4 agosto 1950, M. P. Pablo Emilio Manotas, "G. J.", t. LXVII.

Sent. de 17 octubre 1951, M. P. Rodríguez Peña, "G. J.", t. t. LXX.

Sent. de 5 abril 1962, M. P. José Hernández Álvarez, "G. J.", t. XCVIII, núms. 2255-2256.

Sent. de 4 diciembre 1963, M. P. Enrique López de la Pava, "G. J.", t. CIII, núms. 2268-2269.

Sent. de 20 febrero 1964, M. P. Julián Uribe Cadavid, "G. J.", t. CVI.

Sent. de 18 de marzo 1976, M. P. Germán Giraldo Zuluaga, "G. J.", t. CLII, núm. 2393.

Sent. de 30 abril 1976, M. P. Humberto Murcia Ballén, "G. J.", t. CLII, núm. 2393.

Sent. de 27 julio 1977, M. P. Humberto Murcia Ballén, "G. J.", t. CLV, núm. 2396.

Sent. de 26 mayo 1989, M. P. Eduardo García Sarmiento, "G. J.", t. CLXXXVII, núm. 2435.

Sent. de 12 junio 1990, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, "G. J.", t. CC, núm. 2439.

Sent. de 17 abril 1991, M. P. Rafael Romero Sierra, "G. J.", t. CCVIII, núm. 2447.

Sent. de 4 junio 1992, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, "G. J.", t. XXI, exp. 3382, núm. 2455.

Sent. de 22 febrero 1995, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, "G. J.", t. CCXXXIV, núm. 2473.

Sent. de 15 marzo 1996, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, "G. J.", t. CCXI, núm. 2479, exp. 4637.

Sent. de 23 octubre 2001, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, exp. 6315.

Sent. de 9 abril 2009, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena, exp. 629.

Sent. de 13 mayo 2010, M. P. Edgardo Villamil Portilla, exp. 161.

Sent. de 18 diciembre 2012, M. P. Ariel Salazar Ramírez, exp. 094.

Sent. de 4 abril 2013, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda, exp. 9414.

Sent. de 25 febrero 2014, M. P. Margarita Cabello Blanco, exp. 010.

Sent. de 29 julio 2015, M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez, exp. 364.

b) *Sala de Negocios Generales*

Sent. de 22 octubre 1896, M. P. Carmelo Arango M., "G. J.", t. XI.

Sent. de 26 junio 1924, M. P. Luis Felipe Rosales, "G. J.", t. XXXI.

Sent. de 19 noviembre 1927, M. P. Luis Felipe Rosales, "G. J.", t. XXXV.

Sent. de 4 octubre 1945, M. P. Ramón Miranda, "G. J.", t. LIX.

Sent. de 4 febrero 1949, M. P. Eleuterio Serna R., "G. J.", t. LXV, núms. 2068-2069.

C) *Jurisprudencia extranjera*

Corte de Casación Francesa, sent. de 25 marzo 1908.

Corte de Casación Francesa, sent. de 21 febrero 1927.

Corte de Casación Francesa, sent. de 5 enero 1956.

Corte de Chambery, sent. de 12 julio 1905 (D. 1905. 2. 417).

Corte de Lyon, sent. de 18 enero 1907 (D. 1909. 2. 245).

Tribunal de Lectoure, sent. de 10 abril 1925 (D. 1925. 2. 105).

Tribunal de Vienne, sent. de 5 marzo 1926 (D. 1926. 2. 21).

Capítulo IV

# EL NEXO DE CAUSALIDAD COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL*

María Carolina Corcione Morales**

## 1. Ubicación del nexo de causalidad en la responsabilidad civil extracontractual: definición, funciones y dificultades

### A) *Definición de causalidad en la responsabilidad civil extracontractual*

La responsabilidad civil extracontractual, como obligación que nace tras el surgimiento de un daño, tiene tres elementos: el daño, el hecho que genera el daño y el nexo de causalidad entre el daño y el hecho.

Este nexo de causalidad hace referencia entonces a que el daño que se evidencia, debe ser el efecto de la conducta humana a la cual se le pretende imputar, posteriormente, la respectiva indemnización[1], el hecho de una cosa, el de un animal o la concreción de un riesgo. En estos tres casos (animales, cosas y riesgos), la indemnización estará a

* http://dx.doi.org/10.15425/2017.178

** Abogada de la Universidad Externado de Colombia, con estudios de maestría en Sistemas Jurídicos Romanistas de la Università degli studi di Roma Tor Vergata. En la actualidad, Gerente Legal para Middle Americas en Unilever y profesora de cátedra de Derecho Romano de la Universidad de Los Andes, mariacorcione@yahoo.com, mc.corcione179@uniandes.edu.co

[1] Dice al respecto Fernando Hinestrosa (*Curso de obligaciones* (*conferencias*), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2ª ed. mimeografiada, 1961, pág. 359: "Para establecer la responsabilidad del demandado frente al actor, para decretar el resarcimiento del daño experimentado por la víctima, es indispensable la plena demostración de que la actividad u omisión del sindicado es razón de ser del detrimento, o en otras palabras, que existe nexo causal entre la conducta de la persona a quien se imputan los hechos y el daño en reclamo".

cargo de la persona que se encuentra en una relación de domino o de guarda con ellos[2], o que simplemente ha sido la creadora del riesgo. Como podemos evidenciar en estos casos no es la persona a cargo quien directamente causa el daño, pero si quien debe indemnizar las consecuencias perjudiciales en virtud de su estrecha relación con su causa[3].

MARIO BUNGE, al explicar la causalidad como doctrina, dice que "Nada sucede sin una causa"[4]. El anterior planteamiento es totalmente aplicable al campo de la responsabilidad civil extracontractual porque el daño *per se*, sin una causa, no tiene relevancia jurídica; solo en la medida en que se pueda determinar que es el efecto de un hecho que lo antecedió, al cual se le pueda denominar causa, podrá ser indemnizado.

Al definir el nexo de causalidad como esa relación causa-efecto que debe existir entre el daño y el hecho generador, llegamos entonces a una primera conclusión: "La relación de causalidad es el vínculo que encadena un hecho (acción u omisión) con un resultado que se presenta como consecuencia, directa, necesaria y lógica de esta"[5].

[2] El Código Civil colombiano refiere algunos ejemplos: el caso del propietario de un edificio cuya ruina ocasiona daños (art. 2350) o el del propietario del perro que muerde a otra persona (art. 2353). En estos dos casos el daño es causado bien por la ruina del edificio o bien por el animal, pero quien responde es el propietario.

[3] La Corte Suprema de Justicia (sent. de 22 febrero 1995) plantea al respecto lo siguiente: "Natural corolario que se sigue de todo cuanto queda expuesto es que, siendo una de las situaciones que justifica la aplicación del art. 2356 del Código Civil, el hecho de servirse de una cosa inanimada al punto de convertirse en fuente de potenciales peligros para terceros, requiérese en cada caso establecer a quién le son atribuibles las consecuencias de acciones de esa naturaleza, cuestión esta para cuya respuesta, siguiendo las definiciones adelantadas, ha de tenerse presente que sin duda la responsabilidad en estudio recae en el guardián material de la actividad causante del daño, es decir, 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 ..." Sala de Casación Civil, 22 febrero 1995, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, "G. J.", t. CCXXXIV, págs. 248 y ss.

[4] MARIO BUNGE, *Causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna,* 2ª ed., trad. de Hernán Rodríguez, Buenos Aires, Eudeba, 1965, pág. 15.

[5] PABLO RODRÍGUEZ GREZ, *Responsabilidad civil extracontractual,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pág. 370.

Otros autores que definen el nexo de causalidad como la relación causa-efecto que debe existir entre el daño y el hecho que genera ese daño: FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual de derecho penal. Parte general,* trad. de Juan del Rosal y Ángel Torio, Buenos Aires, Uteha, 1960, pág. 175; RAMÓN DOMÍNGUEZ AGUILA, "Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno", en *Roma*

Esta relación entre causa y efecto, entre hecho generador y daño, cumple dos funciones importantísimas en la estructura de la responsabilidad civil extracontractual: a) permite establecer la autoría del daño y b) brinda los criterios objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento, mediante un régimen predeterminado de imputación de consecuencias[6].

Dichas funciones son tan importantes que sitúan al nexo causal como el elemento más importante del esquema obligacional, ya que si este no se verifica resultaría imposible para la víctima obtener la indemnización de los perjuicios que le han sido ocasionados[7], pues no se podría determinar qué los ha causado.

En este trabajo, nos dedicaremos únicamente al estudio de la primera función del nexo causal, es decir, a la que pretende encontrar cuál ha sido la causa del daño; causa que después de un proceso de imputación jurídica, permitirá determinar quién debe responder por las consecuencias dañosas del resultado.

---

*e América. Diritto Romano Comune. Revista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina,* núm. 10, Roma, Mucchi, 2000; Ramón D. Pizarro, *Derecho de daños. Primera parte,* Buenos Aires, La Rocca, 1991, pág. 253; Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pág. 179; Adriano De Cupis, *Il danno,* vol 1, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1966, pág. 181; Rubén H. Compagnucci, *Responsabilidad civil y relación de causalidad,* Buenos Aires, Astrea, 1984, pág. 23; Isidoro Goldenberg, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil,* Buenos Aires, Astrea, 1974, pág. 47; Osvaldo Paludi C, *La relación de causalidad civil por el hecho propio,* Buenos Aires, Astrea, 1976, pág. 35; Jorge Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual,* Buenos Aires, Ed. Roque Depalma, 1954, pág. 401.

[6] Ramón D. Pizarro, *Derecho de daños. Primera parte,* cit., [se cita por primera vez], pág. 256.

La segunda función del nexo de causalidad se encuentra ampliamente explicada por Philippe Le Tourneau, *La responsabilidad civil,* trad. de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Legis, 2004, págs. 88-89; Giovanna Visintini, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. ii, Buenos Aires, Astrea, 1999, págs. 253-285; Marco Capecchi, *Il nesso di causalità,* Padua, CEDAM, 2002, págs. 35-40.

[7] Su importancia es tal que hay autores que plantean que su estudio debe anteceder al de los demás elementos de la responsabilidad. Así lo explica Mariano Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual,* vol. 1. Madrid, Reus, 1993, pág. 232: "Desde un punto de vista lógico, aparece la relación de causalidad como un problema que debe resolverse antes que ningún otro, esto es, habrá que dilucidar primero si tal efecto dañoso se ha debido a tal o cual antecedente para con posterioridad investigar en si sus consecuencias patrimoniales son o no imputables a su autor por concurrir un adecuado criterio de atribución".

B) *Funciones del nexo de causalidad en la responsabilidad civil extracontractual. Establecer la autoría del daño*

Como ya lo planteamos, nos centraremos en la primera función del nexo de causalidad: determinar cuál ha sido la causa del daño.

Para la segunda función del nexo causal el problema será averiguar si todas las consecuencias dañosas que se dieron con el resultado pueden ser atribuidas en su totalidad a esa causa escogida o si, por el contrario, solo se le pueden atribuir unas consecuencias dañosas específicas.

No nos detendremos en esta segunda función, pues aun siendo de vital importancia para este estudio, desvía el objeto del trabajo, porque nuestra finalidad consiste en determinar qué entiende el derecho por causa del daño.

Reiteramos que el nexo de causalidad permite establecer un vínculo de causa a efecto entre el hecho humano, el hecho de una cosa, el de un animal o entre la concreción de un riesgo y el daño; podemos así afirmar que este vínculo a su vez permite conocer al autor de daño.

Al ser una relación causa-efecto, la causa posee la virtualidad de producir el efecto y en el caso específico de la responsabilidad civil extracontractual, si trasladamos esa capacidad de producir el efecto, concluiríamos que el hecho que se vincula al daño debe tener la potencialidad de producirlo y, por tanto, de ser considerado autor de este.

Este análisis de la autoría se produce de manera objetiva[8], pues no se hace ningún tipo de calificación de la conducta o del hecho que ocasiona el daño; simplemente se identifica al autor por medio de la aplicación de una de las teorías de la causalidad jurídica, que veremos más adelante.

Por lo anterior, podemos afirmar que el nexo de causalidad se manifiesta mediante un juicio meramente descriptivo entre el daño y el hecho que lo genera, no pretende dar calificativos adicionales a la conducta generadora, simplemente busca exponer que determinado hecho se debe tomar como causa y al tratarse de conductas humanas o de conductas ligadas a ella (animales, cosas, riesgos), dejaríamos de hablar de causa y empezaríamos a usar el vocablo 'autor'.

[8] En cuanto a esta función del nexo de causalidad dice JORGE BUSTAMANTE ALSINA (*Teoría general de la responsabilidad civil,* 4ª ed., Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1983, pág. 217): "Es un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa".

Lo que se tiene entonces es una imputación fáctica del daño que busca establecer quién lo ocasionó y hasta ese punto se limita la función del nexo de causalidad.

Al respecto dice Roberto Vásquez Ferreyra: "En este tema se debe tener en claro que estamos ante un presupuesto de tipo físico-objetivo y no subjetivo. Se trata tan sólo de establecer una relación material que responde a las leyes físicas y que trata de saber si un daño es consecuencia de un determinado hecho anterior"[9].

Los autores que han estudiado el nexo de causalidad en la responsabilidad civil extracontractual, están de acuerdo con esta definición, con esta identidad entre nexo de causalidad e imputación fáctica[10], pero existe un amplio sector de la doctrina que considera que el nexo de causalidad en la responsabilidad extracontractual basada en la culpa, o responsabilidad subjetiva, se debe dar entre el daño y el hecho culposo del agente; ya no se trataría de una simple relación de causa a efecto, sino que, por el contrario, se hacen valoraciones que se salen del ámbito de la causalidad y se adentran en el campo de la culpabilidad, que se advierte, son dos aspectos completamente diferentes.

De lo anterior se desprende una de las grandes dificultades que presenta la cuestión de la causalidad en la responsabilidad civil extracontractual: su constante confusión con la culpabilidad.

### C) *Dificultades que enfrenta el nexo de causalidad como elemento de la responsabilidad civil extracontractual*

a) *La causalidad y la culpabilidad: autores contra responsables.* Dicen los hermanos Mazeaud: "No es suficiente para que sea exigible la responsabilidad civil con que haya sufrido un perjuicio el demandante ni con que se haya cometido una culpa por el demandado. Debe reunirse un tercero y último requisito (1): la existencia de un vínculo de causa a

[9] Roberto A. Vásquez Ferreyra, *Responsabilidad por daños,* Buenos Aires, Edic. Depalma, 1993, pág. 220.

[10] Cfr. Francesco Antolisei, *Manual de derecho penal. Parte general,* cit., pág. 175*,* Ramón Domínguez Águila, *Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno,* cit.*;* Ramón D. Pizarro, *Derecho de daños. Primera parte,* cit, pág. 253; Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual,* cit., pág. 179; Adriano de Cupis, *Il danno,* cit., pág.181; Ruben H. Compagnucci, *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 23; Isidoro Goldenberg, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil,* cit., pág. 47; Osvaldo Paludi C., *La relación de causalidad civil por el hecho propio,* cit., pág. 35; Jorge Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual,* cit., pág. 401.

efecto entre la culpa y el daño: se precisa que el daño sufrido sea la consecuencia de la culpa cometida"[11].

En Latinoamérica, ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ sigue la misma línea de los hermanos MAZEAUD y afirma: "Para que el hecho o la omisión de una persona capaz de delito o cuasidelito, le imponga responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, no basta que ese hecho u omisión haya sido ejecutado con dolo o culpa, ni que cause daño. Es menester que entre el dolo o la culpa, por una parte, y el daño, por la otra, haya una relación de causalidad, es decir, que este sea la consecuencia o efecto de ese dolo o culpa"[12].

Estamos en desacuerdo con esta postura y afirmamos que el nexo de causalidad solo se encarga de establecer quién es el autor del daño, mediante un análisis objetivo de sus antecedentes; en ningún momento tiene como función realizar un juicio valorativo del grado de reproche que pueda tener la conducta y adicionalmente establecer cuál es su relación con el daño. Por esa razón no podemos afirmar que el nexo causal se dé entre el dolo o la culpa y el daño.

En un proceso judicial de responsabilidad civil extracontractual —subjetiva u objetiva—, lo primero que ha de demostrarse es que el daño puede imputársele fáctica o materialmente a una conducta humana o a un hecho, por ser estos los que lo han producido.

Si estamos frente a un caso de responsabilidad subjetiva, donde la culpa es el fundamento, el hecho al cual se le ha dado el título de 'autor' debe ser examinado y sobre él se hace un juicio de valor, para determinar si se obró de manera intencional o negligente al causar el daño.

Si estamos frente a un caso de responsabilidad objetiva, en donde la culpa no tiene injerencia, se conserva la imputación fáctica que se ha hecho en primera instancia[13].

[11] HENRI LÉON ET JEAN MAZEAUD y ANDRÉ TUNC. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual,* t. II, vol. II, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, 5ª edición, pág. 1.

Cfr. J. DESCHIZEAUX, *De l'nfluence du fait de la victime sur la responsabilité civile délictuelle,* Grenoble, 1934, pág. 10; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge. Principes, doctrine, jurisprudente,* t. II, Bruselas, 1889, pág. 10; GARDENAT ET SALMON-RICCI, *De la responsabilitè civile (délits et quasidelits),* Paris, 1927, pág. 47.

[12] ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pág. 174. Cfr. HUMBERTO CUÉLLAR GUTIÉRREZ, *Responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1983, pág. 261.

[13] Al respecto dice GILBERTO MARTÍNEZ RAVE (*La responsabilidad civil extracontractual en Colombia,* 11ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2003, pág. 227: "Para los cultores de

La confusión entre causa y culpa es común en la responsabilidad civil extracontractual subjetiva, por lo que es de vital importancia resaltar que estamos ante dos momentos totalmente diferentes: primero se define qué es causa y luego se analiza si a esa causa se le pueden imputar los resultados nocivos del daño que se ha originado por ser una conducta reprochable desde el punto de vista subjetivo[14]; primero se presenta una imputación fáctica y luego se procede a la imputación jurídica[15].

---

la teoría subjetivista, de la culpa como elemento determinante de la responsabilidad, el nexo de causalidad debe darse entre la culpa y el daño. Para los partidarios de las teorías objetivas o de las de riesgo, el nexo de causalidad debe darse entre el hecho y el daño. Como no consideran el elemento subjetivo necesario, el nexo causal debe darse en forma manifiesta y precisa entre el hecho y el daño. Pero este aspecto, aparentemente tan comprensible y fácil, el de la necesaria relación de causalidad entre el hecho y el daño, es más complicado de lo que parece. Y todavía más difícil para los defensores de la teoría de la culpa pues ese fenómeno subjetivo debe relacionarse directa y específicamente con el daño. Muchas veces se confunden los fenómenos de culpa y causa o se mezclan en forma tal que se hace difícil su separación".

[14] La idea de Pablo Salvador y de Antonio Fernández, "Causalidad y responsabilidad", en *Revista para el análisis del derecho,* núm. 329, Barcelona, 2006. pág. 1. *www.indret.com*, resulta oportuna para explicar esta diferenciación: "La regla general, aunque no universal, de responsabilidad civil es que para imputar un daño a una persona, es preciso que esta lo haya causado".

Adriano De Cupis (*Il danno,* vol. I, cit., pág.183), explica cómo la causalidad y la culpabilidad deben ser analizadas en dos momentos diferentes: "*Più precisamente, rapporto di causalità è il nesso eziologico materiale (ovverosia, oggettivo od esterno) che lega un fenomeno ad un altro; esso, per quanto concerne il danno, costituice il fattore della sua imputazione materiale al soggeto umano. All'impuptazione materiale, inoltre, può accompagnarsi l'imputazione psicologica, in quanto il soggeto abbia agito in uno stato d'animo colposo; ma l'una specie di imputazione non può confondersi con l'altra, così come il rapporto di causalità non può confondersi colla colpa. Un danno è causato da un fatoo umano, e quindi materialmente imputato all'autore del fatto medesimo, quando, per virtù di quel mutamento delle condizioni del mondo esterno che è consituito del facere dell'uomo —ovvero per virtú della mancanza di mutamento delle dette condizioni che corrisponde al non facere dell'uomo stesso—, un pregiudizio viene arrecato a un interesse umano; che se il facere o il non facere, dell'uomo* è *integrato dall'elemento psicologico della colpa, il danno è non solo causato dal fatto dell'uomo, ma altresì collegato al suo stato psicologico difettoso. Invero, per potersi dire che un danno è causato da un fatto umano, non iccorre in alcun modo che questo sia qualificato dalla colpa; la presenza della colpa aggiunge al rapporto di causalità un elemento che non può confondersi con esso*".

[15] Pablo Rodríguez Grez (*Responsabilidad civil extracontractual,* cit., pág. 370) explica la imputación fáctica y la imputación jurídica. A este último tipo de imputación la denomina causalidad jurídica, la cual no tiene la misma connotación del asunto

Son tan diversos estos dos aspectos, que responden a preguntas diferentes. La causalidad responde a la pregunta ¿*quién fue*?, mientras que la culpabilidad, como su mismo nombre lo indica, responde a la pregunta ¿*quién tuvo la culpa*?.

A este respecto dice FERNANDO HINESTROSA: "Quizá la mentalidad infantil, no por inferiormente desarrollada menos aguda, distingue más fácilmente los dos aspectos del problema: si se pregunta al niño por la ruptura del adorno familiar responderá que él no fue, sindicando al hermano, al sirviente, al animal, al viento como autores del daño, o dirá que nada sabe, si él considera que en verdad no participó en el suceso. En cambio, si obra en la conciencia de haber quebrado el objeto contestará: no tuve la culpa, me empujaron, estaba obscura la habitación, o con justificación similar. Por el contrario, en la vida corriente se confunden los conceptos de causa y culpa en forma impresionante: aglomerada la gente a contemplar la colisión de vehículos que acaba de suceder, la pregunta obligada es ¿quién tuvo la culpa?, en la cual involucran las dos imputaciones, preocupándose más por quién fue el autor, que por cómo obro él"[16].

---

central de este trabajo, sino que hace referencia a los criterios de imputación que hacen posible que una conducta entre a indemnizar las consecuencias nocivas del daño que ha ocasionado. Al respecto dice: "En el plano jurídico de la responsabilidad no basta la causalidad física, es necesario algo más. Ese 'algo más' parece consistir en el poder del factor de imputación o su idoneidad para generar el daño. De manera que este elemento de la responsabilidad apunta a unificar la causalidad física con aquel otro factor del cual se deduce la imputabilidad (dolo, culpa, riesgo). Como se observará más adelante, no existe relación de causalidad jurídica si está ausente la causalidad material o física. Pero el acto material, que aparece absolutamente desvinculado del factor de imputación, es causalmente neutro en el plano jurídico. Desde el momento en que ambos se unen, recién entonces es posible indagar si ese hecho es el que desencadenó directa y necesariamente el daño".

Cfr. JORGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daño,* t. I, Buenos Aires, Ediar, 1971, pág. 192.

[16] FERNANDO HINESTROSA (*Curso de obligaciones* [*conferencias*], cit., pág. 359). Dice este mismo autor: "En este terreno forzoso es tornar a la distinción nítida al extremo entre culpa y relación de causalidad. El daño lo causó o no lo causó el demandado, es el interrogante aquí formulado. Si se le sindica además de haber sido malicioso, imprudente, negligente o falto de pericia, es cosa diferente que a este propósito nada importa. Para saber sí un individuo produjo un daño nada tiene que ver su preparación, cuidado o mala fe, pues lo único que se examina es su participación física en los hechos. Que si media culpa se considera mayor la intervención que si no se le puede achacar error de conducta, constituye planteamiento tremendamente equivocado, proveniente de confusión entre dos aspectos independientes de un mismo problema. El punto de partida en todas

Tenemos así dos aspectos disímiles, la causalidad busca autores mientras que la culpabilidad busca responsables. Tan disímiles serán que se puede presentar dolo o culpa sin nexo de causalidad, y viceversa[17].

Un caso en el cual se presenta nexo de causalidad y no hay culpabilidad es el siguiente: una persona pasa unos días en casa de un amigo y piensa regresar a su lugar de residencia tomando el avión del día siguiente. El amigo le ruega que se quede un día más y así se hace. Pero el avión del segundo día tiene un accidente y el viajero perece[18].

En el ejemplo anterior, la conducta del amigo que ocasiona el retraso sería evidentemente encuadrada como una causa de la muerte; sin embargo, la culpa del fallecimiento no la tiene esta persona, por lo que no estaría llamada a responder, pues no hay forma de llevar a cabo una imputación jurídica.

---

estas disquisiciones es el daño; la víctima no es recibida en acción de responsabilidad si nada sufrió; el daño es de por sí injuria a derecho tutelado y si puede imputarse a alguien, determina indemnización, responsabilidad. La única forma de apreciar la falta del demandado consiste en considerar su huella objetiva, los perjuicios sufridos por la víctima, que deben ser directos, efectivamente causados por su acción o su omisión [...]".

Atilio Anibal Alterini (*Responsabilidad civil: límites de la reparación civil,* 3ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pág. 136) dice al respecto: "En la pureza conceptual del planteamiento filosófico esta crítica es inobjetable: el nexo causal importa tan sólo una imputación material, una conexión entre antecedente y consecuente que prescinde de toda idea de culpabilidad pues, esencialmente, aquélla responde al «tú lo has hecho» y esta al «tú lo has hecho voluntariamente» [...]".

Luis Jiménez de Asúa (*Tratado de derecho penal,* t. iii, 2ª ed., Buenos Aires, ed. Losada S. A., 1962, pág. 494) también hace énfasis en esta diferenciación: "Antes de proceder a la imputación de una conducta a un sujeto es necesario haber establecido la concatenación causal de los hechos en que tal imputación ha de apoyarse. Pues claro está que antes de haber comprobado que efectivamente el puro hecho constituido por el movimiento del brazo armado de Juan ha producido la muerte de Pedro como causa natural, no puede imputarse a Juan la muerte de Pedro".

[17] La Corte Suprema de Justicia colombiana (sent. de 17 diciembre 1972) planteó lo siguiente sobre la confusión entre causa y culpa: "Para que pueda decirse que la culpa de una persona ha sido efectivamente la *causa* de un perjuicio cuya reparación se demanda, es menester que haya una relación necesaria entre dicha culpa y el perjuicio; es decir, una relación tal que si la culpa no hubiera ocurrido, el perjuicio no se habría producido. En este caso, como siempre que en cuestiones jurídicas se habla de causa, se requiere el elemento de necesidad en la relación. Si una culpa que aparece relacionada con el perjuicio está plenamente demostrada, pero se establece que el perjuicio se habría causado aunque esa culpa no se hubiera cometido, no habrá relación de causalidad ni consiguiente derecho por parte del perjudicado a la reparación".

[18] Pablo Rodríguez Grez, *Responsabilidad civil extracontractual, cit.,* pág. 371.

Por el contrario, un caso donde se presenta dolo o culpa sin nexo de causalidad podría ser el siguiente: una persona, con intención de matar a otra, le suministra veneno en el café. La víctima luego de beberse el café envenenado recibe un disparo en el corazón que le causa la muerte instantáneamente.

En este caso la persona que suministra el veneno no sería responsable, porque a pesar de haber actuado con la intención de matar, entre su conducta y el fallecimiento de la víctima no hay nexo de causalidad.

Otro ejemplo, ubicado en el plano legal, lo encontramos en la ley de tránsito de Chile[19], que en su artículo 17 dispone lo siguiente: "El mero hecho de la infracción no determina necesariamente la responsabilidad del infractor, si no existe relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido por el accidente. En consecuencia, si una persona infringe alguna disposición y tal contravención no ha sido causa determinante de los daños producidos, no estará obligado a la indemnización".

Con lo expuesto hasta aquí, podemos concluir que ser autor difiere del hecho de ser responsable. Causalidad y culpabilidad son dos estadios enteramente diferentes, aunque esta sea irrelevante cuando entre la conducta culpable y el daño no exista como presupuesto básico la relación de causalidad.

Dentro de esta primera función del nexo de causalidad, que tiene por objeto definir qué conducta materialmente causó el daño —que hemos denominado *imputación fáctica*— se adiciona otra dificultad: así como en la ciencia y en la filosofía se presentan multiplicidad de factores que anteceden a un fenómeno, que por lo tanto podían ser considerados causas, igualmente ocurre frente a un daño.

El daño puede ser producido por una sola conducta y en este caso no habría dificultad en el análisis del nexo de causalidad, pero en general un daño está antecedido por una pluralidad de sucesos y es allí entonces donde surge el problema de determinar cuál de ellos o si todos deben ser tenidos como causas. A esta dificultad se le conoce en la doctrina como *la pluralidad de causas.*

b) *La concurrencia o concurso de causas.* Como lo hemos dicho, el nexo de causalidad responde a esa relación causa-efecto que se debe dar entre el hecho generador del daño y el daño. Normalmente, un daño no está antecedido de un solo hecho que lo genera, sino que, por

[19] Ley de Tránsito 18.290 de Chile.

el contrario, está antecedido de una pluralidad de acontecimientos, de los cuales muchos podrán ostentar el calificativo de causa.

Dentro de esta pluralidad de acontecimientos que anteceden al daño, lo normal es que provengan de conductas de agentes distintos de la víctima, a las cuales, luego de imputarles materialmente el resultado, se les puede transferir, a título de indemnización, las consecuencias del daño.

Pero puede suceder que dentro de estos antecedentes haya conductas de la víctima que concurran con las del agente o que entre dichos antecedentes haya fenómenos de la naturaleza que interrumpan toda la secuencia causal y hagan imposible cualquier tipo de imputación[20].

Al respecto dicen los hermanos Mazeaud: "Desde el instante en que se examinan de manera poco atenta las circunstancias en las que se ha realizado un daño, se advierte casi siempre que ese daño se halla lejos de tener por causa un solo acontecimiento, una sola acción. Son múltiples los hechos que han concurrido a su realización y sin la conjunción desventurada de los cuales no se habría producido. Sin duda, entre ellos, figura un acto imputable al demandado; pero ese acto no ha desempeñado sino un papel parcial: se encuentran junto a él, ya sean hechos provenientes de terceras personas o de la misma víctima, ya sean casos de fuerza mayor"[21].

Francisco José Infante Ruiz[22] sistematiza las modalidades bajo las cuales pueden presentarse los casos de pluralidad de causas en un daño, de la siguiente manera:

• *Supuestos de* "*causalidad concurrente*": Dos cursos causales de diverso origen (uno puesto en marcha por el posible responsable, y otro, por las fuerzas de la Naturaleza, de un tercero o del dañado) concurren simultáneamente a la producción del hecho dañoso, y cualquiera de los dos habría bastado para producirlo en la misma forma, tiempo y lugar.

• *Supuestos de* "*causalidad superadora, adelantante o rebasante*". En ella inicialmente se pone en marcha una cadena causal con capacidad para producir el resultado, pero al mismo tiempo o después opera

[20] Debo advertir que no serán estudiados en este trabajo de investigación la interrupción del nexo causal con todos los elementos que la integran, como el hecho de la víctima, el caso fortuito, la fuerza mayor y el hecho de un tercero.

[21] Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual,* t. ii, vol. ii, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, 5ª ed., Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1962, cit., pág. 17.

[22] Francisco José Infante Ruiz, *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y causas hipotéticas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, pág. 15.

otra cadena causal que, adelantando o superando a la primera, produce efectivamente el resultado.

• *Supuestos de* "*cursos causales irregulares o anómalos*", los cuales pueden consistir tanto en una causalidad sucesiva o en la desviación del curso causal, que lo haga totalmente inverosímil, como en una causalidad única pero irregular desde el principio.

• *Supuestos de* "*cursos causales no verificables*". Reiteradamente se produce un resultado que afecta a muchas personas que han tenido la misma relación con un factor, pero se desconoce exactamente cuál es el mecanismo y el proceso, químico o físico, productor del daño, porque las correspondientes ciencias empíricas no han sido capaces de reconstruirlo *a posteriori.*

• *Supuestos de* "*cursos causales hipotéticos*". Un hecho dañoso es efectivamente desencadenado por la conducta del agente, frente al cual se pretende establecer la obligación de indemnizar. Pero se demuestra que igual daño se habría producido con fundamento en un hecho natural o en función de la conducta de un tercero que daría lugar a su responsabilidad, o bien por el comportamiento ilícito del sujeto agente, que efectivamente ha causado un daño al intervenir con culpa.

LUIS DÍEZ-PICAZO, también plantea una sistematización de la forma en que pueden presentarse las concausas: "El problema de las concausas o de las causas adicionales aparece en dos tipos de hipótesis que de algún modo conviene mantener distintas. En la primera, el daño es producido por la conjunción o yuxtaposición de una serie de condiciones, de manera que solo la suma de todas ellas determina el resultado dañoso. Puede decirse que C1 + C2 + C3….+ Cn = D. En la hipótesis anteriormente descrita es indiferente que cada una de las concausas o condiciones haya seguido con anterioridad un curso independiente o que se haya puesto en juego mediante una acción de consuno. El segundo tipo de supuestos, que se puede denominar cadena causal, aparece cuando cada una de las circunstancias o de las condiciones produce por sí misma un daño y este daño es el que a su vez es causa de un daño posterior y así sucesivamente. Por expresarlo gráficamente que C1→ D1═ C2→D2═ C3→D3 [...]"[23].

Lo normal, como podemos apreciar, es que un daño no sea el resultado de un solo hecho; lo verdaderamente usual es que dicho daño

[23] LUIS DÍEZ-PICAZO. *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 331. *Cfr*. JOSÉ ANTONIO DÍEZ Y CARLOS ULISES MOULINES, *Fundamentos de la filosofía de la ciencia,* Barcelona, Edic. Ariel, 1997, pág. 146.

esté antecedido de multiplicidad de factores y es allí donde radica la dificultad para escoger cuál de esos factores debe ser tenido como causa en el ámbito jurídico[24].

Esta dificultad la pone de relieve Isidoro Goldenberg, cuando introduce su estudio con una cancioncilla inglesa anónima que relata lo sucedido en la batalla de Waterloo: "Por un clavo se perdió una herradura, por una herradura un caballo, por un caballo un jinete, por un jinete un mensaje, por un mensaje la guerra, por la guerra el Imperio"[25].

Es evidente que no se podría saber con exactitud cuál fue la causa de la caída del Imperio, se podría pensar en un *regressus ad infinitum*, con todas las dificultades que esta opción acarrea.

Otros ejemplos aún más complicados, ocurrentes y macabros los plantea el autor Mariano Yzquierdo Tolsada[26].

El primero de ellos lo extrajo del diario ABC y dice lo siguiente: "Un perro cae al vacío y provoca varias muertes consecutivas. Una cadena de sucesos trágicos se sucedió en el barrio bonaerense de Caballito a partir del momento en que un perro cayó accidentalmente de un decimotercer piso. 'Cachi', que así se llamaba el animal, fue a golpear en la cabeza a Marta Fortunata, de setenta y cinco años, que caminaba despreocupada por el lugar. Como consecuencia del impacto, la anciana murió de forma instantánea. Seguidamente, una rueda de curiosos se comenzó a formar en torno al cadáver. El corro desbordó pronto la acera y comenzó a ganar parte de la calzada, donde el tráfico se desarrollaba a una gran velocidad. En ese momento un bus alcanzó de lleno a Edith Solá, de cuarenta y seis años, quien murió en el lugar después de haber sido arrastrada varios metros por el vehículo. Cuando el estupor de los presentes ante este nuevo y trágico suceso no había desaparecido, frente al escenario de los hechos, un hombre que no fue identificado

[24] Jorge Peirano Facio (*Responsabilidad extracontractual,* cit., pág. 409) hace referencia al problema de la pluralidad de causas en el siguiente sentido: "De modo general puede afirmarse que estas cuestiones se refieren a dos materias distintas : a) la primera, dice relación con las dificultades que plantea respecto de un evento dado la concurrencia de pluralidad de causas: cuando esto sucede, el práctico del derecho se encuentra ante el dilema de saber cuál de estas causas que aparentemente han incidido en la producción del daño es realmente causante del mismo. Este punto, constituye el problema central de la causalidad material, y para solucionarlo se han elaborado numerosas teorías...".

[25] Isidoro Goldenberg, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil,* cit.

[26] Mariano Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual,* vol.1. cit., págs. 232-233.

sufrió un ataque cardíaco y murió minutos después en el interior de la ambulancia que lo trasladaba al hospital".

Vale la pena preguntarse: ¿cuál fue la causa de la muerte del señor?, evidentemente se podría pensar que fue el ataque cardíaco, pero este fue producto incluso de la caída accidental del perro.

Este mismo autor cita otros casos extraídos de la jurisprudencia española y norteamericana que ejemplifican perfectamente el problema de la concurrencia de causas.

En la Sentencia del Tribunal Supremo español de 22 de febrero de 1946 (ref. núm. 253) se presentó el siguiente caso: "Unos obreros se encontraban trabajando en domingo en su fábrica con lo que el empresario trasgredía la normativa en materia de descanso dominical. La fábrica se hallaba situada cerca de un polvorín, que vino a estallar precisamente aquel día, ocasionando la muerte de varios trabajadores". ¿Cuál de los antecedentes debe ser considerado como causa? ¿La infracción de la normativa laboral? ¿Las causas que determinaron la explosión? ¿La excesiva proximidad de la fábrica?".

La jurisprudencia norteamericana, en un fallo del Tribunal de New York de 1928, cuyas partes eran Palsgraf contra la Compañía de Ferrocarriles de Long Island, plantea el siguiente caso: "Un pasajero corría para alcanzar uno de los trenes. Varios empleados, tratando de ayudar al pasajero para que pudiera subir, empujaron un paquete que éste llevaba entre sus brazos. El paquete contenía explosivos de artificio, y al caer vino a explotar de forma violenta. La onda explosiva movió una báscula que se encontraba a cierta distancia, y que vino a caer sobre la señora Palsgraf, que resultó herida". ¿Cuál de los antecedentes debe ser considerado como causa? ¿El retardo del pasajero al momento de tomar el tren? ¿La ayuda prestada por los empleados? ¿La explosión del paquete? ¿La caída de la báscula?

Por último, cita un fallo del Tribunal Supremo español de 11 de marzo de 1998 (ref. núm. 1961): "El Hotel Corona en Aragón (Zaragoza) se incendió en julio de 1979, suceso que produjo más de setenta muertos. El incendio se había originado en la freiduría del hotel, y dadas sus escasas proporciones, se habría podido sofocar con facilidad; pero resultó que unas personas desconocidas habían colocado consciente y deliberadamente sustancias explosivas (pirogal o napalm), que fueron las que realmente provocaron la tragedia" ¿Cuál de los antecedentes debe ser tomando como causa? ¿El incendio? ¿La no sofocación oportuna del lugar en llamas? ¿La colocación de los explosivos?

Como podemos ver, el hecho de escoger cuál de los antecedentes debe ser tomado como causa, resulta ser un proceso de suma complejidad en un caso de responsabilidad civil extracontractual.

Si lo normal es que converjan tantos antecedentes y que varios de ellos puedan ser tenidos como causa, surge este interrogante: ¿cómo se determina el antecedente que debe ser tenido como causa?

Es aquí donde la doctrina ha desarrollado las teorías que permitirán realizar esa escogencia y es lo que nosotros hemos denominado causalidad jurídica.

## **2**. La causalidad jurídica: teorías elaboradas para establecer la causa de un daño en la responsabilidad civil extracontractual

### A) *¿Qué debemos entender por causalidad jurídica?*

El nexo de causalidad, sin ningún calificativo, ha sido objeto de estudio por parte de filósofos y científicos, quienes en sus respectivos campos buscan determinar qué se debe entender por causa de un determinado acontecimiento.

Desde los antiguos griegos hasta los físicos cuánticos de principios del siglo xx, se han elaborado teorías que le permiten al hombre estructurar el pensamiento frente a determinado evento e iniciar la búsqueda de sus causas.

A estas teorías y a los diferentes planteamientos causales en materia filosófica y científica, los hemos denominado *causalidad natural* y son objeto de estudio en el trabajo de investigación titulado *El nexo de causalidad como elemento de la responsabilidad civil extracontractual: diferencia entre la causalidad material y la causalidad jurídica',* presentado como tesis de grado en la Universidad Externado de Colombia[27].

Ahora bien, no podemos pensar que los criterios empleados por científicos y filósofos sirvan para explicar el nexo de causalidad en materia de responsabilidad civil extracontractual. El derecho, como ciencia autónoma, debe contar con métodos propios para definir sus elementos y la definición de causalidad queda comprendida por esta autonomía,

[27] Maria Carolina Corcione Morales, *El nexo de causalidad como elemento de la responsabilidad civil extracontractual: diferencia entre la causalidad material y la causalidad jurídica,* Tesis de Grado, Universidad Externado de Colombia, 2006

dado que por la especificidad de los fines y de las necesidades jurídicas no es igual a la que es objeto de estudio en otros campos[28].

Cuando se causa un daño y se busca su autor, que puede convertirse en responsable y en tal medida asumir la indemnización de dicho daño, el juez debe contar con criterios propios para establecer si entre la conducta y el daño existe una relación de causalidad.

A estos criterios propios del derecho para definir el nexo de causalidad en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, los hemos denominado *causalidad jurídica*.

ANDREA BELVEDERE habla del *perfil jurídico de la causalidad* para hacer referencia al conjunto de reglas que dotan de valor jurídico los vínculos de causalidad en situaciones que acontecen en el mundo extrajurídico (sustrato prejurídico de la causalidad) dependiendo de la relevancia que dichos acontecimientos tengan para el derecho[29].

Por su parte, PAOLO FORCHIELLI dice que el jurista no crea la causalidad, que no pretende ignorar la existencia de una realidad causal natural creando una causalidad de tipo jurídico; el jurista elabora criterios para

[28] ISIDORO GOLDENBERG, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil,* cit., pág. 6: "Pero cuando el principio de causalidad es trasladado a otro dominio del conocimiento que posee objeto, finalidad y metodología propios, como el derecho —que se adscribe a la órbita de las ciencias culturales—, se impone distinguir tres niveles que, aunque bien definidos, aparecen generalmente superpuestos o entremezclados en la elaboración teórica que lleva a cabo el jurista al tratar esta materia. Ellos son: a) el ontológico, o el de los hechos reales; b) el gnoseológico, o del conocimiento y enunciado de la relación causal; c) el jurídico, que contempla los modos como es captado normativamente el fenómeno causal y su enmarcamiento a través de otras nociones específicas del campo de la juridicidad".

[29] Al hacer referencia al primer significado de la causalidad jurídica dice ANDREA BELVEDERE (*Causalità giuridica*, en *Rivista di diritto civile,* Anno LII, 2006, Parte prima, Padova, Cedam, 2006, págs. 7-8): "Secondo un primo (è più generale) significato sta ad indicare quello che è stato efficacemente chiamato il 'profilo giuridico' della causalità, richiamando l'insieme delle regole da cui dipende la rilevanza giuridica dei vincoli causali che nella realtà extragirudica legano tra loro accadimenti presi in considerazione dal diritto. Il diritto può ad essempio, non riconscere il pur esistente nesso causale tra un evento successivo ed un fatto anteriore, se (per le sue finalità) considera quest'ultimo un antecedente troppo remoto: esprime un simile criterio l'art. 1223 c.c. Parimenti il legislatore può considerare rilevante o irrilevante la circostanza per cui l'evento considerato non costituisca l'effetto del solo comportamento di una persona, ma anche di altre cause umane e/o naturali che —insieme a quel comportamento— concorrono a produrlo". Dice más adelante este autor: "Questo primo significato di causalità giuridica riflette un modo di considerare il rapporto tra regole di diritto e realtà extragirudiica disciplinata".

manejar el nexo causal y lograr que este cumpla los fines que le son asignados por el derecho[30].

En el mismo sentido afirma Giovanni Valcavi que la causalidad jurídica, a diferencia de la material, corresponde al modelo dictado por el legislador, que se encarga de analizar la sucesión de los fenómenos en el ámbito de casos relevantes para el derecho[31]; ocupándose del estudio de la correlación entre hecho y daño[32].

En la sentencia de la Corte de Casación italiana, sección III, de 18 de abril de 2005, se dice que la causalidad jurídica responde a una política del derecho diseñada para escoger los hechos idóneos que determinan la ocurrencia del evento dañoso[33].

Si bien se entiende en este trabajo de investigación que la causalidad jurídica consiste en los criterios que idea el derecho para establecer qué se debe tomar por causa de un determinado daño, es necesario aclarar que dicho significado no es unívoco en la doctrina.

El nexo de causalidad en el esquema de la responsabilidad civil extracontractual cumple dos funciones básicas: no solo se encarga de determinar quién o qué se puede tomar como causa del daño, sino que

[30] Paolo Forchielli (*Il rapporto di causalità nell'illecito civile.* Ed. Cedam , Padova, 1960, pág. 9): "Ciò posto, appare superfluo sottolineare che la causalità, così intesa, non è una creazione della logica giuridica ma un dato della realtà pratica; dato potenzialmente, ma non sempre, rilevante per il diritto. In altri termini, il giurista non crea la causalità, non sovrappone —come pure si usa talvolta affermare— alla causalità naturale la causalità giuridica; ma soltanto elabora criteri di rilevanza e di valutazione giuridica del fatto causale in vista degli scopi normativi tipici del diritto. Pertanto si potrà anche parlare di causalità 'giuridica' per indicare tali criteri e por sottolineare il fatto che la legge li modella nel modo più rispondente ai compiti che il rapporto causale è destinato ad assolvere nel campo del diritto, purchè però si tenga presente che il fenomeno causale, in sè e per sè, appartiene alla realtà pratica, così como vi appartiene ogni altro fatto non indifferente per il diritto".

[31] Giovanni Valcavi, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempienza e da delitto,* en *Rivista di diritto civile,* Anno XLVII, 2001*, Parte seconda,* Padova, Cedam, 2001,pág. 410.

[32] Giovanni Valcavi, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempienza e da delitto,* en *Rivista di diritto civile,* Anno XLVII, 2001, Parte seconda, cit., pág. 411.

[33] Sentencia de la Corte de Casación italiana, sección III, 18 abril 2005: "il nesso di causalità giuridica è quello per cui i fatti sopravvenuti, idonei di per sé soli a determinare l'evento, interrompono il nesso col fatto di tutti gli antecedenti causali precedenti. Il nesso di causa si muove entro i confini di una dimensione storica, o se si vuole, di politica del diritto".

también cumple la función de determinar la extensión del resarcimiento del daño, especificando qué consecuencias son verdaderamente atribuibles a la causa[34].

Se distinguen así dos estadios diferentes en la causalidad, que se desarrollan en dos momentos diferentes: imputabilidad del daño y limitación de la extensión de las consecuencias[35], que corresponderían a dos juicios distintos de causalidad[36] o dos anillos distintos de la cadena causal[37].

Para algunos autores, los criterios para determinar la imputabilidad del daño se denominan causalidad material, causalidad de hecho o *cause in fact* —que no debe ser confundido entonces con lo que nosotros hemos denominado de la misma manera—, mientras que entienden por causalidad jurídica el estudio de la cadena causal que une la conducta de quien causa el daño a los efectos de este[38].

[34] PAOLO CENDON (*La responsabilità civile IX- Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, Utet, 1998, pág. 3): "Così è vero che oggi si mette in luce soprattutto come la causalità sia uno tra vari strumenti di cui i giudici si servono concretamente per imputare un danno ad un responsabile, o per limitare le conseguenze di un fatto illecito astrattamente risarcibili".

[35] H. L. A HART y TONY HONORÉ (*Causation in the law,* Oxford, Clarendon Press, 1985, pág. 85) hablan de *existence of liability* para hacer referencia a la imputación del daño y de *extent of liability* para referirse a la extensión del resarcimiento.

[36] PAOLO CENDON, *La responsabilità civile IX- Il diritto privato nella giurisprudenza*, cit., pág. 5.

[37] ANDREA BELVEDERE, *Causalità giuridica,* en *Rivista di diritto civile, Anno LII, 2006, Parte prima*, cit., pág. 13.

[38] Cfr. PAOLO CENDON, *La responsabilità civile IX- Il diritto privato nella giurisprudenza*, cit., pág. 5; ANDREA BELVEDERE, *Causalità giuridica,* en *Rivista di diritto civile, Anno LII, 2006, Parte prima*, cit., pág. 13; H. L. A HART y TONY HONORÉ, Causation in the law, cit; ADRIANO DE CUPIS, Il danno, vol. I, cit.; GIOVANNA VISINTINI, *Tratado de la responsabilidad civil*, cit.; MARCO CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, cit., pág. 64; LUCA CAPUTI, *Il nesso di causalità nella responsabilità civile: un problema irrisolto o sopravvalutato?*, en *Rivista critica di diritto privato, Año XXV, 1, Marzo,* Nápoles, Jovene Editore, 2007, pág. 2. Igualmente en la sentencia de casación, Sala Penal de la Corte de Casación italiana de 19 de mayo de 2005, se habla de esta ambigüedad de conceptos: "Da rilevare come tale bipartizione non sia unívocamente intesa, posto che in talune decisione, come in svariati passaggi dottrinari, la causalità giuridica viene ricondotta al procedimento (tutto girudico) mediante il quale si espungono dal rapporto causale tutti quegli antecedenti che appaiono inadeguati rispetto alla produzione di un dato evento e si dà rilevanza eziologica soltanto a quelle condotte che si pongono in una relacione di regolarità causale (o di prevedibilità) rispetto alla causazione del fatto illecito. Il che, di là dalle etichette, non fa altro che scindere il processo della causalità materiale in due subprocedimenti, lasciondo fuori dal giro l'accertamento dei danni risarcibili".

Llámese causalidad jurídica, causalidad natural o *cause in fact*, lo que se busca es determinar cuál es la causa relevante para el derecho, específicamente en el campo de la responsabilidad civil extracontractual.

B) *¿Cuáles son los rasgos propios de la causalidad jurídica?*

Si bien afirmamos que el derecho como ciencia debe crear los criterios autónomos para estudiar la causalidad, debemos saber cuáles son las necesidades que incitan al jurista a desarrollar esta cuestión.

A continuación veremos algunos rasgos propios de la causalidad jurídica en la responsabilidad civil extracontractual, a saber: a) la aplicación a casos concretos; b) la conducta humana como causa y las innovaciones de la responsabilidad objetiva; c) el proceso de escogencia de la causa, y d) las omisiones.

a) *La aplicación a casos concretos.* Para definir lo que es causa, los filósofos siempre buscan explicarla en relación con la naturaleza en general, con fuerzas que mueven todo el universo o con explicaciones racionalistas aplicables a cualquier situación, siempre con el objetivo último de formular leyes y crear teorías que permitan generalizar la aplicación de su propia definición[39].

El abogado y el juez no tienen en mente definir la causa con el propósito de establecer una ley de generalización, ellos siempre buscan establecer qué es causa en el caso de un daño particular[40].

Al abogado y al juez no les importa descubrir o cuestionar si Dios es causa de todo, tal como lo hacían los filósofos medievales; a ellos le interesa llegar a comprobar, por ejemplo, que el daño ocasionado a la víctima "X" fue causado por un conductor "Y", quien en una fecha específica, lo arrolló al no atender imprudentemente un semáforo en rojo[41].

[39] Maria Carolina Corcione Morales, *El nexo de causalidad como elemento de la responsabilidad civil extracontractual: diferencia entre la causalidad material y la causalidad jurídica*, cit.

[40] H. L. A Hart y Tony Honoré, *Causation in the law,* cit. pág. 26.

[41] A respecto dice Paolo Forchielli (*Il rapporto di causalità nell'illecito civile.* cit., 1960, pág.10): "La scienza giuridica non ha absolutamente la pretesa, né la necessità di spiegare e di interpretare il fenomeno causale naturalistico —anche soltanto nell'ambito di quegli effetti od eventi che possano essere provocati dalla condatta umana— al fine di stabilire quenado e come un determinato evento possa essere causalmente (materialmente) imputato a determinati soggetti".

b) *La conducta humana como causa y las hipótesis de la responsabilidad objetiva.* Adicionalmente a la diferenciación de intereses entre operadores del derecho, filósofos y científicos, se suma que, en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, además de estar interesados en la búsqueda de las causas de cada daño en particular y no de los fenómenos de la naturaleza en general, dichas causas deben tener una connotación específica.

En principio se decía que la causa debía ser siempre una conducta humana[42], es decir, importaba que los hechos que antecedían al daño fueran acciones realizadas por el hombre, para que los efectos nocivos del daño que había sufrido la víctima pudieran trasladarse a dicha conducta[43] y se pudiera lograr así la indemnización.

Con las hipótesis que se conocen en el ámbito de la responsabilidad objetiva, la causa no necesariamente debe ser una conducta humana. Se pueden tomar como causas las acciones de los animales, las cosas

[42] ALFREDO ORGAZ (*El daño resarcible,* 2ª ed., Buenos Aires, Omeba, pág. 60) expone esta idea de la siguiente manera: "Al derecho, por su naturaleza esencial de orden normativo de la conducta, le interesa el acto humano como fuente productora de daños, y sólo considera las condiciones de orden físico o natural en cuanto puedan modificar o excluir la imputación jurídica de un suceso a una persona determinada (v. gr., caso fortuito)".

En el derecho romano, la *Lex Aquilia* exigía que el daño fuera cometido *corpore corpori,* es decir, no solo sobre el cuerpo de la víctima sino directamente por el cuerpo del agresor, exigiéndose entonces la participación de la conducta humana (*Digesto*, Libro IX Título II).

[43] Aunque es necesario aclarar que en los casos de responsabilidad indirecta, si bien conducta humana es la que produce el daño, no es a esta conducta a la cual se le imputarán jurídicamente las consecuencias de este, porque por mandato legal son otras las personas llamadas a responder por dicha conducta así no hayan obrado ellas directamente. Al respecto dice FERNANDO HINESTROSA (*Curso de obligaciones* [*conferencias*]. cit., pág. 410): "Concepto de la responsabilidad indirecta o de derecho. La persona compromete su responsabilidad amén de por la conducta propia, con las actividades desarrolladas por otros sujetos que se encuentran bajo su guarda o cuidado o de quienes recibe concurso. Esta obligación de indemnizar el daño causado por otro se conoce con el nombre de responsabilidad indirecta o de derecho para contrastarla con el deber propio. Sin embargo es oportuno examinar si realmente se presenta allí responsabilidad por obra ajena o si la obligación en últimas proviene de un comportamiento personal. El padre que se vincula por lo que su hijo realice, el empresario que compromete su responsabilidad con los actos del personal a su cargo, y en general todos los que poseen guarda sobre otros, se encuentran en últimas colocados en tal situación no por obra ajena, sino por sus propios actos, por riesgos que la ley les hace soportar o que ellos asumen en su industria, de modo que cabe distinguir entre el directo y el indirecto autor de la depredación, sin que se pueda llegar a afirmar que el guardián sea en ningún caso completamente ajeno a los hechos".

y los peligros materializados de ciertas actividades que por su naturaleza son consideradas riesgosas[44].

c) *El proceso de escogencia de la causa.* Siguiendo con las diferencias, la responsabilidad civil extracontractual tiene como centro a la víctima y cada vez que se le ocasione un daño en aras de hacer prevalecer la justicia, se buscará la determinación del sujeto del cual se

[44] La idea de que los daños pueden provenir de hechos que no necesariamente sean producto de la conducta humana, es explicada en la sentencia de 9 de mayo de 1968 de la Corte Suprema de Justicia colombiana: "La aplicación de la teoría de la responsabilidad objetiva, conforme a la cual la obligación civil indemnizatoria no ha de buscar siempre y necesariamente su causa en una falta (dolo o culpa) que, cometida por una persona, injurie a otra (*nemo ex alterius culpa praegravari debet)*, sino que en ocasiones cada día más frecuentes y principalmente determinadas por la complejidad creciente de la vida social, el desarrollo urbanístico e industrial, el empleo de máquinas y artefactos de manejo peligroso, etc., se impone deducción de la responsabilidad civil a cargo de quienes cumplen actividades que, aun siendo de innegable utilidad social, inspiradas en la mejor intención de servicio y realizadas con la máxima prudencia deseable, por su naturaleza conllevan riesgos que, al actualizarse, lesionan el derecho ajeno [...]. En conclusión, la tesis de la responsabilidad objetiva, a lo menos en su principal especie de la responsabilidad por el riesgo creado, se caracteriza por la idea de descartar la valoración ético jurídica del sindicado como causante de un daño, que es elemento axiológico de la institución clásica de la responsabilidad subjetiva, y de sustituir esa valoración por un criterio objetivo que sólo mira a la relación causal que se ofrezca entre la participación que alguien haya tenido en la actividad arriesgada ya el daño de detrimento por otro padecido". Sala de Casación Civil, sent. 9 mayo 1969, M. P. Guillermo Ospina Fernández, "G. J.", t. CXXX, pág. 105.

Al respecto dice Fernando Hinestrosa ("Devenir del derecho de daños", en Roma e America. *Diritto Romano Comune. Revista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina,* núm. 10, Roma, Mucchi, 2000. págs. 27-28): "En fin, posiblemente en el ánimo de mostrar un mayor rigor frente a los empresarios de actividades peligrosas y presuntos causantes directos o indirectos de daños accidentales en el ejercicio de ellas, y mucho debido a un seguimiento excesivamente fiel del derecho francés, la casación colombiana le dio un vuelco, más que a la interpretación misma, al propio texto del art. 2356 del Código Civil, de manera que, perdiendo de vista la concepción propia y por demás valiosa del señor Bello, lo convirtió en una reproducción del inciso primero del art. 1384 del Code Civil francés, para así sostener que en el derecho colombiano la responsabilidad de pleno derecho o por riesgo, se da —legislativamente— en razón de la guarda de cosas (peligrosas), y concluir que el sistema nuestro contiene una categoría compacta de 'responsabilidad por el hecho de las cosas animadas e inanimadas', en la que agrupa la responsabilidad por ruina de edificios, la responsabilidad por la caída de un objeto de lo alto de una edificación, la responsabilidad por destrozos de animales, tanto domésticos como fieros, y la responsabilidad por actividades peligrosas, que en el código nacional corresponden a otros tantos preceptos separados, con su *factum propio* (en su orden, arts. 2350, 2351, 2355, 1353, 2354 y 2356 Código Civil)".

espera que soporte definitivamente las consecuencias de este[45]; pero para determinar quién es este sujeto es preciso, como primera medida, establecer cuál fue la causa del daño.

Se busca una causa que, tras su escogencia, permita que en cabeza de un sujeto se radique el deber de indemnización de las consecuencias que acarrea el daño. De esta búsqueda surge entonces otra de las características diferenciadoras de la causalidad jurídica.

En la causalidad natural se procede a la búsqueda de todas las causas de un evento y se intenta individualizarlas, mientras que en la causalidad jurídica, una vez se presente un daño, no se empieza a indagar cuáles han podido ser sus causas, sino que el proceso se inicia cuestionándose si uno de los antecedentes del daño se puede tomar como causa[46].

Al respecto dice MARCO CAPECCHI: "Además, la noción de causa relevante para el derecho difiere de la relevante para otras disciplinas: de hecho, en otras disciplinas, por causa se entiende el conjunto de los antecedentes que dieron lugar a un evento dado; en cambio, en el ámbito jurídico, es un único antecedente (mas no un conjunto de ellos) que se torna causa, cuando se inserta en el procedimiento causal de un evento"[47].

[45] Al respecto dice ADRIANO DE CUPIS, *Il danno,* vol. I, cit., pág. 181: "Abbiamo rilevato, che la fiducia del popolo nelle leggi che lo governano è sempre dispesa in buona parte da una soluzione, consona ai principi di giustizia, della questione concernente la determinazione del soggetto cui spetta di sopportare definitivamente il danno. E in considerazione dell'importanza di tale questione, ci siamo soffermati abbastanza a lungo sul concetto del danno, per precisare tutte le condizioni neccesarie affinchè questo assuma senso giuridico, affinchè, cioè, il suo onore si trasferisca dal soggetto colpito (dannegiato) ad altro soggetto chiamato a rispondere di esso".

[46] MARCO CAPECCHI, *Il nesso di causalità,* cit., pág. 11.

CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ (*Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pág. 25) expone este punto en materia penal, que también es aplicable al campo civil: "La relación de causalidad es un concepto tomado de las ciencias naturales, aunque tiene raíces filosóficas. Con ella se expresa una conexión necesaria entre un antecedente (causa) y un consiguiente (efecto). La causa está siempre formada por un conjunto de hechos. Como en la mayoría de los casos es imposible un conocimiento exacto de todos y cada uno de los fenómenos que componen la causa, no es tarea del jurista la indagación de cuál es la causa compleja de un resulta sancionado penalmente, porque esto pertenece a las ciencias físico-naturales; su tarea es más bien averiguar qué papel desempeña en el complejo causal, un acto humano que se inserta entre los antecedentes del resultado".

[47] MARCO CAPECCHI, "El problema del nexo de causalidad en la responsabilidad civil: causalidad material y causalidad jurídica", en *Responsabilidad civil y del Estado,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pág. 70.

Paolo Forchielli afirma que el problema de la causalidad jurídica se reduce a un problema selectivo, es decir, al problema de escogencia con fines jurídicos entre las diversas causas de un evento[48]. Dice este autor que el problema de la selección se debe resolver con precisos criterios (cánones abstractos) que le permitan al jurista diferenciar las causas que cuenten con cierta relevancia jurídica[49].

---

En igual sentido Isidoro Goldenberg (*La relación de causalidad en la responsabilidad civil,* cit., pág. 6): "En el íter del suceder causal el plexo jurídico sólo toma en cuenta aquellos efectos que conceptúa relevantes en cuanto pueden ser objeto de atribución normativa, de conformidad con pautas predeterminadas legalmente, desinteresándose de los demás eslabones de la cadena de hechos que no por ello dejan de tener, en el plano ontológico, la calidad de consecuencias".

[48] Paolo Forchielli, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, cit., pág.12. En el mismo sentido Federico Stella (*Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale,* Milano, Ed. Dott. A. Giuffrè, 1975, pág.17): "*Si dice: il concetto di causa che si trae dalla logica è 'una nozione astratta': in pratica non abbiamo fenomeni di fronte ai quali noi ci chiediamo quale ne sia la causa; ma soltanto ci domandiamo se un determinato antecedente ne sia stato elemento causale. La domanda non può essere che in quest'ultima guisa formulata. Gli antecendenti necessari al verificarsi di un evento appaiono come un fitta maglia di elementi che si perdono nel tempo, che si distendono nello spazio infinito. Non è dunque nelle umane possibilità ricostruire l'intero processo causale da cui è dipesao il verificarsi di un evento. Perciò non chiediamo quale sia stata la causa di un fenomeno ma soltanto se un determinato antecedente abbia influito come elemento causale sulla produzione del fenomeno stesso. Di fronte ad argomenti del genere, è legittimo chiedersi alla stregua di quali criteri drovebbe mai essere formulato il giudizio di imputazione causale dell'evento: se è infatti fuori discussione che non si può pretendere di conoscere tutte le condizioni necessarie, è altrettanto indicutibile che un certo antecedento non può essere configurato come elemento causale (condizione necessaria) di un evento se non si sa individuare la 'causa' di quest'ultimo. La verità è che bisogna scegliere: o si riconosce che il giudice ha l'obbligo di indicare le ragioni per lequeali la condotta dell'agente viene definita causale ed in tal caso occorre stabilire (tenendo conto, si capisce, del rilievo secondo il quale non è nelle umane possibilità ricostruire l'intiero processo causale) che cosa significhi spiegare l'evento lesivo con l'aiuto di una o più generalizzazioni causali; oppure si ammette che il giudice è legitimato a definire la condotta dell'agente 'condizione necessaria' (elemento causale), anche quando gli sia completamente sconosciuto il 'perchè' dell'evento, ed allora bisogna prendere atto che la locuzione 'condizione necessaria' viene usata in un senso del tutto improprio, da rendere il giudice completamente arbitro di decidere se il nesso causale – un elemento di fattispecie!- sussista o non sussita".*

[49] Forchielli (*Il rapporto di causalità...,* ob, cit., pág.14): "*A questo punto ogni disciplina che, per i propri fini, si proponga di superare il dato puramente naturalistico di un pluralità di cause, cercando di stabilire un ordine tra di esse, deve essere in grado di fornire all'osservatore precisi criteri di selezione; e neppure il giurista può fare a meno di enunciare chiari canoni astratti che, tra le diverse cause materiali di un evento, impongano la scelta a favore di quella o di quelle sole cause meritevoli di rilevanza*

d) *Las omisiones*. Es más fácil verificar la causa de un daño cuando esta consiste en un hecho positivo que puede ser verificado por los sentidos. Cuando el daño es el producto de una acción, de una comisión, de la realización de una circunstancia, el proceso de verificación de la causa tendrá menos dificultades para el juez, porque los elementos probatorios que se aporten al proceso serán físicamente comprobables ya que pertenecen al mundo de la realidad.

Pero el derecho, desde épocas romanas, ha tenido en cuenta algunas situaciones que no se caracterizan por el desarrollo de una acción, sino por la abstención de la realización de dicha acción.

Es así como hablamos de las omisiones, de un no hacer, de una inactividad voluntaria. En ocasiones se deja de actuar teniéndose el deber de ejecutar una conducta y en ocasiones simplemente no se actúa porque la voluntad así lo desea[50].

---

*giuridica. Ciò, trasferito nel campo piú specifico della responsabilità da illecito, significa stabilire come e sino a che punto un determinato evento pregiudizievole debba essere materialmente imputato a determinati soggetti: nel che particolarmente si riassumono i tratti essenziali del problema causale*".

[50] Sobre la definición de omisión encontramos en el *Novíssimo digesto italiano,* vol. XI, Torino, Utet, 1982, págs. 895-896 una definición que, aunque dada en materia penal, sirve para aclarar el concepto: "*Definire un concetto normativamente relevante equivale a mettere in luce le note costitutive della realtà presea in considerazione dal legislatore. Il profilo naturalistico del fenomeno, quale sia cioè la struttura di questa particolare forma di comportamento umano, interessa soltanto come base di partenza: come punto di riferimento del concetto normativo. Che, dal punto di vista naturale, la condotta umana possa consistere tanto in un movimento corporeo quanto in un mero non facere (inercia), è provato da una semplice constatazione della realtà. Non è detto peraltro che, quando il legislatore parla di 'omissione', intenda abbracciare exclusivamente le realtà naturalistiche di tipo negativo: anche comportamenti positivi, infatti, possono rientrare sotto la considerazione della norma incriminatrice, allorchè essi siano diversi che secondo quanto appunto dalle norme di cui tratáis, avrebbero dovuto essere tenuti. Nella realtà non sempre si verifica – che anzi accade per lo più il contrario- che chi dovrebbe fare qualcosa, non faccia propio nulla; nella stragrande maggioranza dei casi, infatti, egli tiene un comportamento diverso: si tratta cioè pur sempre di un facere. Ne discende allora che, a pena di rinunziare - come sarebbe necesario fare se sotto il concetto normativo di omissione si volessero riportare solo i casi di inerzia absoluta – alla stessa repressione penale, al legislatore non pùo tanto interessare la natura del comportamento effetivamente posto in essere ( se non nei limiti in cui essa rileva ai fini della valutazione del comportamento dovuto) quanto piuttosto l'essenza del comportamento che si sarebbe dovuto realizzare. In altre parole, solo concependo il concetto, normativamente relevante, di 'omissione' come oggetto di un giudizio di relazione, si pùo comprendere il tipo di disciplina dettato dal legislatore per questo fenomeno:*

Pero por medio de una omisión se pueden ocasionar daños, por medio de una abstención de conducta se puede llegar a situaciones lesivas por parte de quien omite comportarse de determinada manera[51].

¿Cómo hace el juez para determinar el nexo de causalidad entre dicha omisión y el daño? Es aquí donde el derecho crea criterios basados en ficciones para determinar el nexo de causalidad, es aquí donde el derecho se pregunta qué habría pasado si la persona realmente hubiera ejecutado la conducta.

En este caso el nexo de causalidad no opera entre un hecho de la realidad y un daño, sino entre un fenómeno jurídico[52] y un daño, al aplicar criterios eminentemente jurídicos para su comprobación.

---

*l'omissione di cui parla il legislatore penale, pertanto, consiste nel comportamento che contrasta con un obbligo giuridico a contenuto positivo* (*obbligo giuridico di fare*)".

[51] Se discute en qué hipótesis una omisión puede causar un daño. Se dice que se causa un daño por omisión cuando se tenía un deber legal de conducta que se incumple o cuando legalmente se tiene que ejecutar una conducta y se opta por no realizarla. Al respecto en la sentencia de la Corte de Casación italiana de 27 noviembre 1972, núm. 3462, se dice: "*Nell'espressione adoperata dall'art. 2043 C.C (fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto) rientrano così le azioni come le omisión, dolose o colpose, alle quali sia da ricondurre come a causa efficiente, l'evento dannoso*". Paolo Cendon (*La responsabilità civile IX- Il diritto privato nella giurisprudenza*, cit., pág. 47) dice en este sentido: "*Il problema che si pone nella ricostruzione della relazione causale è il seguente: quand'è che l'omissione può considerarsi causa del danno? La risposta a tale domanda è in genere tratta utilizzando l'art. 40 C. P.: l'omissione è causa di danno solo in presenza di un obbligo giuridico d'impedire l'evento. Il richiamo al codice penale non riesce tuttavia a risolvere interamente i problemi connessi all'accertamento della causalità omissiva. E infatti: La fonte immediata del rischio è diversa dalla condotta alla quale si imputa il danno. La nozione stessa di omissione implica l'esistenza di una serie causale sulla quale un dato soggetto deve intervenire- al fine di neutralizzarla. In altri termini, l'omissione non sirulta mai da sola idonea a produrre l'evento: lo scenario tipico in cui essa viene a rilevare è quello di un concorso di cause; l'omissione possiede una naturale inconsistenza materiale, che rende difficile la sua collocazione nel processo produttivo del danno*". Y más adelante: "*Da un primo esame della giurisprudenza, l'omissione si rileva come una condotta che, più che causare, agevola o non impedisce il prodursi del danno*". Por su parte, V. Geri (*Il rapporto di causalità in diritto civile. Responsabilita civile e previdenza,* 1983, pág. 311), dice: "[...] *l'omissione, essendo una condizione negativa dell'evento non pùo essere considerata sufficiente per cagionarlo. Ed è appunto questo suo modo d'essere, questa sua insufficienza intrinseca, che assimilandola più alla condizione che alla causa, ha impedito di ravvisare in essa un materiale capacità eziologica dell'evento*".

[52] Andrea Belvedere, "Causalità giuridica", en *Rivista di diritto civile,* Anno LII, 2006, Parte prima, cit., pág. 9.

Los criterios para analizar una omisión son desarrollados por el derecho para dar una solución a una situación que le es propia y que no encuentra respuesta en otros campos donde todas las circunstancias deben ser física o sensorialmente verificables

Con lo expuesto, vemos que existen diferencias notables entre una y otra clase de causalidad, por lo que el Derecho ha tenido que desarrollar sus propias teorías para determinar lo que es causa de un determinado evento, que para nosotros se reducirá a determinar lo que es causa de un daño en el evento de un caso de responsabilidad civil extracontractual.

C) *La causalidad jurídica: planteamiento del problema*

Hemos hablado hasta aquí de la necesidad de la causalidad jurídica en materia de responsabilidad civil extracontractual, de la necesidad de esa definición propia que el derecho debe dar de la causa de un daño, pero es preciso preguntarse: ¿dónde encontramos plasmados estos criterios de causalidad jurídica?, ¿cómo se analiza cuál elemento se debe tomar como causa de determinado acontecimiento en el campo de la responsabilidad civil extracontractual?

Las teorías que se han empleado para explicar la causalidad en el ámbito jurídico han sido tomadas del derecho penal, donde fueron creadas, desarrolladas y posteriormente criticadas. El derecho civil simplemente las ha adoptado para explicar sus propios fenómenos causales[53]. Es muy

[53] Al respecto dice JORGE PEIRANO FACIO (*Responsabilidad extracontractual,* cit., págs. 402-403): "Con ser tan evidente la necesidad del nexo causal entre el hecho ilícito y el daño, y a pesar de encontrarse implícitamente consagrada en los textos de nuestro Código Civil, la noción de causalidad permaneció durante siglos dejada de lado, hasta el punto de poderse afirmar que ella recién comienza a ser rozada por jueces y escritores a mediados del siglo pasado y esto, aún sólo en lo que se refiere el planteo del derecho penal, puesto que en la zona del derecho civil apenas si tal materia comienza a configurarse como un problema a principios del siglo". Y sobre tratamiento de este tema en los autores clásicos del derecho civil afirma: "Esto explica que los autores clásicos del derecho civil no se ocupen en absoluto del tema, y que cuando alguno alude al concepto de nexo causal no haga nada por precisar esta noción, como no sea agregarle sinónimos. Así, CARRIER, el primer comentarista que conocemos del Código Napoleón se limita a decir que 'tanto el delito como el cuasidelito, son hechos deshonestos e ilícitos que causan daños a otros y que obligan a repararlo' sin hacer expresa mención del nexo causal, que luego no estudia al analizar los elementos del cuasidelito, ocupándose a este respecto únicamente de la culpa y del daño. En el mismo sentido TOULLIER apenas formula estudios sobre la culpa y el perjuicio sin reparar en el nexo causal, al que naturalmente sobreentiende en todo su desarrollo; ZACHARIAE es algo más explícito y menciona la causalidad entre los elementos del delito diciendo que 'no hay delito sino en la medida en que el daño ha sido

importante tener presente que estas teorías[54] fueron concebidas en el ámbito penal, pues los ejemplos que se emplean para explicarlas en muchas ocasiones responden a este tipo de enfoque.

a) *La teoría de la equivalencia de las condiciones o conditio sine qua non.* Esta teoría fue formulada en 1860 por Maximiliano von Buri y parte del supuesto de que todos los eventos que anteceden al daño deben ser tenidos como su causa, por lo que todos resultan equivalentes.

Al respecto dice Luis Jiménez de Asúa: "La teoría de la equivalencia de las condiciones, o simplemente de la equivalencia (*Aequivalentztheorie)*, rechaza la distinción de las condiciones y las considera equivalentes en la producción del resultado. Antes que una de las condiciones —cualquiera de ellas— se asocie a las demás, resultan

---

causado por el hecho de aquél a quien se imputa'; Marcadé, de ordinario tan lógico en sus desarrollos, tampoco acertó en esta materia, ya que no deslinda la causalidad material y la causalidad moral o jurídica al decir que los dos caracteres del cuasidelito son, por un lado, la ilicitud y por otro, la imputabilidad a su autor. En el mismo sentido los autores posteriores, aun aquellos que tratan con amplitud el tema, tales como Sourdat, Demolombe, Lorrombière, etc., al referirse a este elemento incurren en tautología, diciendo que el nexo causal implica que se cause el daño, puesto que según los principios de la lógica y la razón, no debe responderse por el daño que no se causa".

[54] Para el estudio de las teorías se puede consultar: Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal,* t. iii, cit., págs. 505-575. Cfr. Edmundo Mezger, "La acción", en *Revista de Derecho Penal,* núm. 22, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz*,* Bogotá, Leyer, 2000-2001, págs. 20-26; Franz von Liszt, *Tratado de derecho* penal, t. II, trad. de Luis Jiménez de Asúa, 3ª ed., Madrid, Reus, 1929, págs. 304-313; Francesco Antolisei, *Manual de derecho penal. Parte general,* cit., págs. 175-189; Luis Jiménez de Asúa, *El concepto de delito, acción y causalidad,* Bogotá, Leyer, 2002, págs. 37-39; Giulio Battaglini, *Diritto penale. Parte generale,* Padova, Cedam, 1949, págs.176-180; Hans-Joachim Rudolphi, *Causalidad e imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, págs. 15-16; Yesid Reyes Alvarado, *Imputación objetiva,* cit., págs. 7-43; Francisco José Infante Ruiz, *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y causas hipotéticas*, cit., págs. 141-149; Claudia López Díaz, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., págs. 26-39; Marco Capecchi, *Il nesso di causalità,* cit., págs. 61-123; Marco Capecchi, "El problema del nexo de causalidad en la responsabilidad civil: causalidad material y causalidad jurídica", en *Responsabilidad civil y del Estado,* cit., págs. 72-83; Adriano De Cupis, *Il danno,* vol. i, cit., págs.193-194; Giovanna Visintini, *Tratado de la responsabilidad civil,* t. ii, cit. , págs. 285-299; Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual,* t. ii, vol. ii, cit., págs. 17-28; H. L. A. Hart y Honoré Tony, *Causation in the law,* cit.; Atilio Anibal Alterini, *Responsabilidad civil: límites de la reparación civil,* cit., págs. 143-154; Jorge Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual,* cit., págs. 410-428.

todas ineficaces y la consecuencia no se produce; es decir, que al unirse dicha condición ha causado la causalidad de las otras y, por tanto, cada coactividad causa —en este sentido toda la consecuencia—. VON BURI demuestra, pues, que no habrá tal consecuencia en concreto si se elimina una de las condiciones o antecedentes. Cada condición causa la consecuencia, desde el punto de vista negativo, no positivo. En suma: toda condición debe ser tenida como causa del resultado. Por ello se formula también diciendo doctrina de la *conditio sine qua non*"[55].

Los antecedentes son necesarios para la producción del efecto, y cada uno de ellos se debe tomar como causa de la totalidad de este; no se debe partir del supuesto de que lo que hace verdaderamente posible el resultado es la conjunción de dichos antecedentes.

Así lo afirma CLAUDIA LÓPEZ: "La teoría de la equivalencia no efectúa ninguna selección entre las innumerables condiciones, porque considera que todas tienen idéntico valor. Precisamente por esta igualdad de valor es por lo que la teoría de la equivalencia recibe tal nombre. Es una doctrina jurídica que se aleja del significado proveniente de la filosofía y de las ciencias naturales, puesto que para la equivalencia la causa no es la suma de todas las condiciones del resultado, sino cada una de las condiciones, aun cuando estas actúan conjuntamente con muchas otras para alcanzar el resultado. La teoría de la equivalencia trata cada causa parcial como causa independiente [...]"[56].

Como podemos observar hasta este punto, todos los antecedentes deben ser tenidos como causa y cada causa se entiende productora de la totalidad del resultado, por lo que ninguna de ellas se puede dejar de tomar en cuenta en el análisis de aquel. De ahí que se hable también de la *conditio sine qua non,* porque cada antecedente se erige como la causa sin la cual el resultado no se habría producido (*sublata causa, tollitur effectus)*[57].

[55] LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal,* t. III, cit., pág. 548.

[56] CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., pág. 26.

Al respecto dice ADRIANO DE CUPIS (*Il danno,* vol. I, cit., pág.193): "Gli argomenti addotti per sostenere la teoria della condicio sine qua non sono specificamente i seguenti: tutte le condizioni sono del pari necessarie ed essenziali peri l verificarse dell'effetto, e nessuna di esse pùo scindersi dalle altre senza mettere in questione l'effeto medesimo; questo non è divisibile tra le varia condizioni, e non pùo sostenersi che una data condizione abbia causato, ad. es., 3/5 dell'effetto e un'altra 2/5; mancando una qualunque delle condizioni, sempre manca l'intero effetto".

[57] Al respecto dice EDMUNDO MEZGER ("La acción", *en Revista de Derecho Penal,* núm .22, cit., pág. 20): "Según él [VON BURI], no es lícito distinguir entre condiciones esencia-

Claudia López explica la *conditio sine qua non* en los siguientes términos: "Además de los fundamentos filosóficos que le sirven de sustento, la teoría de la equivalencia de las condiciones ha contado con un gran número de adeptos, por la utilización de un método sencillo y rápido que permite establecer cuándo existe nexo de causalidad entre una condición y el resultado: la fórmula de la *conditio sine qua non*. Según ella, para determinar el vínculo entre un comportamiento humano y un resultado, debe emplearse el siguiente mecanismo: si se suprime mentalmente la acción y el resultado no se produce, es porque existe un nexo de causalidad entre la conducta y la modificación del mundo exterior. En consecuencia, no habrá relación de causalidad cuando, eliminando mentalmente el comportamiento, el resultado de todas maneras se hubiera producido"[58].

Para comprobar que un resultado no se hubiera producido sin la concurrencia de dicha causa, se debe partir entonces del siguiente interrogante: ¿si mentalmente se suprime dicha causa, igualmente se presentaría el resultado? O ¿qué habría sucedido si el agente no hubiera actuado?

Se debe entonces realizar un proceso causal hipotético que permita visualizar si el resultado igualmente se produciría si una determinada causa no se hubiera presentado.

El siguiente ejemplo aclara la idea anterior: si A, al conducir imprudentemente invade la acera y atropella a B, que tranquilamente paseaba

---

les y no esenciales del resultado; todas las fuerzas que han cooperado a la producción del resultado son igualmente esenciales para el mismo, y ninguna de ellas, cualquiera que sea, puede dejarse de tomar en cuenta. Von Buri deduce de esto la conclusión de que aquella persona que ha desplegado una cualquiera de dichas fuerzas para la consecución del resultado que se proponía lograr, debe responder del mismo en su total extensión, siempre bajo el presupuesto de que las restantes fuerzas que han cooperado concuerden con su voluntad. Entiende, por tanto, Von Buri la «equivalencia» de las condiciones, no sólo como equivalencia causal, sino al mismo tiempo como igualdad en el aspecto jurídico".

Frente a esta idea, Gilberto Martínez Rave (*La responsabilidad civil extracontractual en Colombia,* cit., pág. 229) afirmaba que esta teoría debería denominarse correctamente *Teoría de la equivalencia de las causas*: "Vale la pena aclarar que debe distinguirse entre la teoría de la equivalencia de las condiciones y la *equivalencia de las causas*. Por la primera se haría responsable a quien hubiera contribuido con una condición, situación que ampliaría demasiado el campo de la responsabilidad. Por la segunda se hace responsable a toda aquella persona que haya contribuido con alguna de las causas que originaron el resultado. Existe por lo tanto una gran diferencia entre condición y causa".

[58] Claudia López Díaz, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., pág. 30.

por allí, causándole importantes lesiones, se debe examinar hipotéticamente qué habría sucedido si A no hubiese ejecutado su acción; como B entonces no habría sufrido las lesiones, queda demostrado con ello que el hecho de A ha sido la causa de las lesiones[59].

Otro ejemplo útil para visualizar el funcionamiento de la *conditio sine qua non* sería el siguiente: si alguien dispara a otro, produciéndole una leve lesión, y el herido es trasladado a un hospital donde muere porque el médico lo interviene indebidamente, en este caso existe relación causal entre el disparo y la muerte, porque si suprimimos mentalmente el comportamiento de quien disparó, el resultado no se habría producido. En efecto, el lesionado no habría sido trasladado a un hospital y por ende no habría sido operado por el médico. La conducta del médico también es causal, ya que sin ella el resultado tampoco se habría producido[60].

Los dos ejemplos anteriores plantean hipótesis en donde se presenta una acción, una conducta positiva, pero la fórmula de la *conditio sine qua non* también tiene aplicación en los casos donde se presenta una omisión.

En ellos la fórmula se utilizaría suponiendo mentalmente no qué habría pasado si la conducta no se hubiera realizado, como en los ejemplos anteriores, sino suponiendo qué habría pasado si la conducta efectivamente se hubiera realizado. Si de realizarse dicha conducta el resultado no se hubiera producido, entonces se puede concluir que la omisión puede ser considerada una causa de dicho resultado.

Por ejemplo, en una reunión familiar alrededor de una piscina, un niño de una estatura pequeña decide ingresar a la piscina de mayor profundidad sin saber nadar y como consecuencia de esto empieza a dar gritos de auxilio que son ignorados por sus padres, razón por la cual se ahoga. Es necesario preguntarse si los padres, de haber atendido los gritos de auxilio de su hijo, habrían podido evitar su muerte[61].

Es vital recordar, en este punto, que en esta teoría no se realiza una escogencia de causa; la fórmula de la *conditio sine qua non* permite demostrar el nexo de causalidad entre las condiciones y el resultado, pero todos los antecedentes que cuenten con dicha conexión son tenidos como causa, y al tener todos la misma cualidad, cualquiera de ellos pue-

[59] FRANCISCO JOSÉ INFANTE RUIZ, *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y causas hipotéticas*, cit., pág. 142.

[60] CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., pág. 31.

[61] CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., pág. 32.

de ser llamado a responder por las consecuencias del daño que se ha causado, sin perjuicio que el agente de dicha causa pueda repetir contra los agentes del resto de antecedentes que también son considerados como tales[62].

Adriano de Cupis afirma que en la teoría de la equivalencia de las condiciones, el derecho escoge entre la causas una determinada, específicamente una conducta humana y la considera causa del efecto dañoso[63].

Es preciso entender en este punto, que desde la perspectiva de De Cupis, no se trata de un proceso de escogencia de la causa, sino que

[62] Al respecto dice Yesid Alvarado Reyes (*Imputación objetiva,* cit., págs. 11-12): "Como quiera que la doctrina suele hacer censuras conjuntas a la teoría de la equivalencia de las condiciones y a la fórmula de la *conditio sine qua non*, es conveniente precisar que siendo esta un mecanismo que pretende individualizar causas, mientras la equivalencia es el reconocimiento formal de una característica del proceso causal sin que haya pretendido nunca servir como forma de determinación de la causalidad, debe hacerse una consideración separada de lo que acarrea cada una de las citadas figuras".

[63] Adriano De Cupis (*Il danno,* vol. i, cit., págs. 193-194) afirma lo siguiente: "Una teoria cha ha avuto grande sucesso è quella che va sotto il nome di teoria della condicio sine qua non. Ammesso che, fuori del diritto, per causa del danno debba intendersi non meno che l'intero complesso degli antecedenti i quali condizionano l'esistenza del danno medesimo, i suoi sostenitori rilevano che, *guiridicamente,* causa è l'antecedente umano. In quanto l'antecedente umano sia elemento necessario, seppure di per sè non sufficiente, per il verificarsi del danno, sia, in altre parole, *condicio sine qua non* rispetto a questo, tanto basta perchè il diritto lo consideri causa del danno: ragione per cui, giuridicamente, la concausa imputabile all'uomo si equipara alla causa. Invero la nozione di causa serve al diritto ai fini dell'accertamento della responsabilità, e quando in virtù di un fatto umano viene pregiudicato un interesse giuridicamente tutelato, il medesimo fatto umano è considerato causa del danno, anche se altre condizioni concorrano, insieme ad esso, alla produzione del danno" Y más adelante dice: "Le condizioni sono quindi equivalenti tra loro: tra esse il diritto ne sceglie una determinata, el la considera causa dell'effetto dannoso".

En el mismo sentido afirma Yesid Alvarado Reyes (*Imputación objetiva,* cit., págs. 11-12): "Como quiera que la doctrina suele hacer censuras conjuntas a la teoría de la equivalencia de las condiciones y a la fórmula de la *conditio sine qua non*, es conveniente precisar que siendo esta un mecanismo que pretende individualizar causas, mientras la equivalencia es el reconocimiento formal de una característica del proceso causal sin que haya pretendido nunca servir como forma de determinación de la causalidad, debe hacerse una consideración separada de lo que acarrea cada una de las citadas figuras". Más adelante dice: "Es entonces equivocado afirmar que la evidente importancia de la *conditio sine qua non* es considerar que todos los factores intervinientes en un resultado poseen igual valor, ya que esa es una consecuencia de la teoría de la equivalencia de las condiciones y no de la fórmula de *la conditio sine qua non*, la cual por el contrario busca aislar una sola entre esas varias condiciones equivalentes".

de presentarse multiplicidad de estas y al determinarse que existe una causa que tenga connotación humana, el derecho la preferirá a las otras.

Teniendo en cuenta lo anterior, la doctrina afirma que la teoría de la equivalencia de las condiciones posee unas características básicas, a saber: a) la irregularidad o extravagancia de un curso causal no rompe la relación condicional y b) no puede hablarse de interrupción del curso causal.

b) *Características de la teoría de la equivalencia de las condiciones.* Son las siguientes:

a') *La irregularidad o extravagancia de un curso causal no rompe la relación condicional.* Esta característica significa que no importa que un curso causal puesto en movimiento, no tenga la potencialidad de producir determinado resultado, pero si este, posteriormente es seguido por una serie de circunstancias —en ocasiones insólitas— que suponen la concreción final del resultado, dicho primer curso causal también se toma como causa, independientemente de lo que con posterioridad ocurra.

Por ejemplo, si alguien lesiona levemente a una persona que luego muere en el hospital a consecuencia de una reacción súbita ante la anestesia, o por un error del facultativo que interviene al paciente infringiendo las reglas del arte médico (*lex artis*), o por un corte de energía en las instalaciones que impide un tratamiento oportuno, o porque equivocadamente se le practica una transfusión de sangre, se considera que todas las condiciones son causantes de la muerte, incluso la leve lesión[64].

Dentro de esta característica también se hace referencia a las denominadas *predisposiciones de la persona que sufre el daño.*

Las *predisposiciones de la persona que sufre el daño*, consisten en aquellas particularidades inherentes a la persona de la víctima o a su estado físico o psíquico que pueden influir en la concreción del resultado[65]. Por ejemplo, un vehículo atropella a una persona y le rompe el cráneo, lo que pone en evidencia una tuberculosis ósea que acarrea para el accidentado consecuencias gravísimas, que no se habrían producido en un hombre sano[66]. ¿Cuál es la causa de las consecuencias gravísi-

[64] CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., pág. 32.

[65] ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno,* cit., pág. 179.

[66] Ibídem, pág. 179.

mas que tiene que soportar el accidentado?: ¿el accidente?, ¿su propia enfermedad?

Para la teoría de la equivalencia de las condiciones, las condiciones particulares de la víctima no cambian en nada la causalidad, es decir, todos los antecedentes externos al resultado seguirán tomándose como causa de este, sin importar que la verdadera causa determinante se encuentre en el interior de la propia víctima.

Como podemos ver, la respuesta a los interrogantes planteados sería la de considerar como causa al accidente que pone en evidencia la tuberculosis ósea y no propiamente a tal enfermedad.

Existen ejemplos mucho más insólitos e interesantes. Tal es el caso de aquel que lesiona levemente a otro, lesión que lo conduce a la muerte por ser hemofílico o porque sufre de anquilosis vertebral. El sujeto que lesiona será tenido como causa de la muerte[67].

Se considera también causante de la muerte, el amigo que invita a otro a participar en una carrera de motocicletas, pero el invitado es muy mal conductor y por un error de conducción pierde el control de la moto y se accidenta con consecuencias fatales[68].

Otra situación que tampoco tiene relevancia a la hora de determinar cuáles deben ser los antecedentes que van a ostentar el calificativo de

[67] Claudia López Díaz, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., pág. 29.

[68] Idem, ibídem.

Otros ejemplos interesantes los podemos encontrar en Edmundo Mezger ("La acción", en *Revista de Derecho Penal,* núm. 22, cit., pág. 20): "La concurrencia de otras circunstancias no es relevante al efecto de negar el nexo causal. Incluso circunstancias extraordinarias, inadecuadas y hechos concurrentes puramente fortuitos no afectan la causalidad. Así por ejemplo, la *genuina constitución corporal o psíquica del lesionado*: según la sentencia de la página 29 del volumen 5, el golpe dado en un ojo a la víctima hace al sujeto activo responsable criminalmente, con arreglo al parágrafo 224 del Código (lesiones que acarreen la pérdida de un miembro principal, del sentido de la vista en uno o en los dos ojos, etc.), aun cuando en la producción de la ceguera que después sobreviene haya jugado [*sic*] un papel importante una enfermedad escrofulosa de la vista anterior al golpe; la sentencia de la página 349 del volumen 54, condena por homicidio culposo, a pesar de la poca importancia de la lesión (producida por una pedrada), que determina la muerte del ofendido a causa de ser éste hemofílico, cualidad que, por otra parte desconocía su agresor; finalmente, la sentencia contenida en la página 39 del volumen 27 considera suficiente para condenar con arreglo al parágrafo 224 del Código (que en su última parte se refiere a lesiones que producen una perturbación o trastorno mental) el hecho de que las lesiones corporales de que se hizo víctima al sujeto pasivo hayan producido a este una gran alteración psíquica a consecuencia de la constitución tarada hereditaria del lesionado determina la aparición de la enfermedad mental".

causa, es *la infracción de los deberes de autoprotección por el lesionado*, que se traduce en negarse a recibir tratamiento médico o en no cumplir las prescripciones médicas.

El ejemplo típico puede darse con personas que por la religión que profesan, les está totalmente vedado acudir a una transfusión de sangre. El caso es el siguiente: una persona hiere gravemente a otra, que por sus creencias no comulga con las transfusiones de sangre. La persona herida debe ser llevada al hospital, donde los médicos en consideración a la gravedad de la herida, ordenan que se debe realizar una transfusión de sangre si se quiere salvar la vida del paciente. El paciente, aún consciente, y sus familiares —que también profesan el mismo credo— se niegan rotundamente al procedimiento y como consecuencia de esta decisión, la persona muere.

En el caso anterior, quien inicialmente hirió al testigo de Jehová, es causante de su muerte, así esta se haya desencadenado por la falta de autorización de la víctima para realizar un procedimiento vital para su supervivencia.

Podemos concluir de esta primera característica, que así se presenten cursos causales insólitos que, con posterioridad, se unan al primer curso causal, desencadenando un resultado aún más grave que el que este pudo realmente ocasionar o aunque la misma víctima participe en la producción del resultado, ya sea por sus propias condiciones o por impedir que se realicen en ella procedimientos que pueden aminorar la gravedad del resultado, todos los cursos causales que antecedan al resultado y de los cuales se pueda establecer un vínculo con el daño, van a ser tenidos como causa.

b') *No puede hablarse de interrupción del curso causal.* En la teoría de la equivalencia de las condiciones como todas las condiciones que anteceden al resultado son tomadas como causa, no se puede hablar de una "interrupción de la causalidad" cuando entre la conducta de quien se pretende obtener la indemnización por el daño causado y el daño, obren conductas de terceros, hechos de la naturaleza (caso fortuito, fuerza mayor) o bien haya una participación importante de la víctima en la producción del daño.

Tal como lo decíamos cuando explicábamos la característica anterior, no importa cuán irregulares sean los cursos causales, ni cuáles sean sus fuentes; todos y cada uno por el hecho de tener un nexo de tipo causal con el resultado, luego de la aplicación de la teoría de la *conditio sine qua non,* van a ser tenidos como causa.

Para explicar esta característica, recurrimos de nuevo a los ejemplos.

Un ejemplo típico de la doctrina es el de la persona que va al teatro y lleva en su abrigo una pistola. Antes de que empiece la función, deja el abrigo con el arma en el guardarropa. Comenzada la función, el encargado del guardarropa se dispone a organizar las prendas a él confiadas. Del abrigo en cuestión, cae el arma. El encargado la toma y a manera de broma empieza a apuntarla al resto de sus compañeros, accidentalmente oprime el gatillo y mata a uno de ellos[69].

Se podría pensar que el hecho de dejar guardada el arma en un abrigo no puede ser tenido como causa de la muerte del empleado del teatro a manos del encargado del guardarropa, pero según la teoría de la equivalencia de las condiciones, se consideran causa de la muerte la persona que asiste a la función del teatro y el encargado del guardarropa, porque si eliminamos mentalmente cada una de estas condiciones, el resultado no se habría producido.

La teoría de la equivalencia de las condiciones podría parecer, a simple vista, la solución a todos los problemas causales que se pueden presentar en un caso específico: todo lo que antecede es causa y por esta simplicidad, bastaría hacer un recuento de las circunstancias que se dieron antes del resultado dañoso.

De esta simplicidad se han desprendido profundas críticas a esta teoría. Dichas críticas son: a) el *regressus ad infinitum*, b) la presuposición del nexo causal, c) el problema de los cursos causales hipotéticos y d) la causalidad adelantada.

c) *Críticas a la teoría de la equivalencia de las condiciones.* Se conocen estas:

[69] Claudia López Díaz, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., pág. 29.

Otros ejemplos los ofrece Edmundo Mezger ("La acción", *en Revista de Derecho Penal,* núm. 22, cit., pág. 21): "Tampoco la intervención de otras personas en el curso de los acontecimientos altera la causalidad; así, por ejemplo, la sentencia de la página 332 del volumen 7, en que se trata de la intervención de un enfermo mental (suicidio de este a consecuencia del descuido de la enfermera). Pero dicha regla no solo es aplicable a tales 'hechos elementales', tampoco una 'conducta activa' del lesionado', en especial una culpa concurrente del mismo, excluye el nexo causal. Así, la sentencia de la página 373 del volumen 1 condena con arreglo al parágrafo 222 del Código (que sanciona el homicidio culposo) a la mujer que había dejado una botella con arsénico diluido en el alféizar de la ventana del cuarto de estar y cuyo contenido fue apurado por su cónyuge (bastante aficionado a la bebida), produciéndole la muerte. Análogo criterio se sigue en el caso de una lesión producida por la mordedura de un mastín, y sólo debido a que el lesionado mantuvo la herida en estado de suciedad e irritación advino la muerte".

a') *El regressus ad infinitum*. Cuando los filósofos intentan explicar la noción de causa optan por dos caminos: acuden al concepto de una primera causa incausada de donde se origina todo lo existente, o hacen una regresión infinita de causas y efectos para conocer la causa originaria.

Ya en el plano de la causalidad jurídica, la teoría de la equivalencia de las condiciones tendería a esa regresión infinita de causas y efectos porque al tomar todos los antecedentes del resultado como causa, estaría ampliando demasiado el espectro de la responsabilidad, ya que es claro que un evento generalmente está antecedido por innumerable serie de antecedentes, y cada antecedente está precedido por otro que le dio lugar y, así sucesivamente hacia el pasado, o mejor, hacia el infinito.

YESID REYES plantea un ejemplo tomado de la tragedia del Palacio de Justicia colombiano, a manos de la guerrilla del M-19 en 1985, que aunque puede resultar extenso, es útil para explicar el problema del *regressus ad infinitum* que acarrea la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Para entender el ejemplo es preciso conocer cuáles fueron los hechos que desencadenaron aquel siniestro, según el punto de vista de este mismo autor: "En octubre de 1985 los servicios de inteligencia colombianos incautaron una serie de documentos que explicaban en forma pormenorizada la manera como el grupo guerrillero M-19 planeaba ejecutar un asalto armado al Palacio de Justicia con la pretensión de tomar como rehenes a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado; por tal razón dispuso el gobierno que unidades de la policía nacional fueran asignadas a la vigilancia del Palacio de Justicia, como en efecto ocurrió. No obstante lo anterior, el miércoles 6 de noviembre de 1985 no contaba el Palacio de Justicia con la mencionada vigilancia especial cuando a las 11:30 de la mañana un comando armado del M-19 ingresó violentamente al edificio tomando como rehenes a todos quienes en ese momento allí se encontraban; acto seguido se produjo por orden del gobierno una intervención armada del ejército nacional que culminó con la muerte de los guerrilleros y de más de un centenar de rehenes entre quienes se encontraban buena parte de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado; de acuerdo con los dictámenes periciales posteriormente practicados, los proyectiles que dieron muerte a algunos de los funcionarios (entre ellos al Presidente de la Corte Suprema) no provinieron de las armas empleadas por el grupo guerrillero"[70].

[70] YESID ALVARADO REYES, *Imputación objetiva,* cit., pág. 3.

Ahora bien, la situación se expone de la siguiente manera: "Si nos remitimos al ejemplo ya planteado del asalto guerrillero al Palacio de Justicia, podría decirse que si bien los proyectiles disparados por las fuerzas de seguridad del Estado causaron la muerte de algunos de los magistrados, ello no hubiese ocurrido si previamente el grupo guerrillero no se hubiera tomado violentamente el edificio, lo cual a su vez no habría acaecido en el evento de que la vigilancia especial de que disponía no le hubiera sido retirada; adicionalmente a ello, el grupo guerrillero no habría tomado la determinación de ejecutar dicho asalto de no ser porque las conversaciones de paz con el gobierno habían fallado; pero a esas negociaciones de paz se llegó por la existencia de grupos armados como el que ejecutó la toma del Palacio de Justicia, movimiento guerrillero que no se habría formado de no ser porque el triunfo electoral que como partido político habían conseguido válidamente en las elecciones presidenciales de 1970 les fue abiertamente negado por el gobierno imperante, desconocimiento que a su vez se derivó de la pretensión de cumplir un pacto de alternación en el poder entre los dos partidos políticos dominantes (liberal y conservador) al cual fue necesario recurrir para poner fin a una época de violencia desencadenada en 1948 por el asesinato del caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán"[71].

Podemos continuar entrelazando eventos en el ejemplo anterior y llegar no solo a concluir que el asesino de Jorge Eliécer Gaitán es también causa del asesinato de los magistrados en la toma del Palacio de Justicia, sino que podríamos remontarnos hasta la creación del hombre plasmada en el libro del Génesis de la Santa Biblia, lo cual nos llevaría a considerar a Dios como causa porque si Dios no hubiera creado a Adán y a Eva, ellos no habrían tenido descendencia y no hubiera sido posible que naciera la madre y el padre del asesino de Jorge Eliécer Gaitán.

b') *La presuposición del nexo causal.* Esta crítica es formulada por Engisch, quien afirma que "la teoría de la equivalencia de las condiciones no representa un criterio de comprobación del nexo de causalidad, porque daría como supuesto tácito lo que, en cambio, pretende demostrar; de hecho, es necesario conocer el nexo causal entre la acción y el evento para eliminar mentalmente la misma acción"[72].

[71] Yesid Alvarado Reyes, *Imputación objetiva,* cit., pág. 12.

[72] Marco Capecchi ("El problema del nexo de causalidad en la responsabilidad civil: causalidad material y causalidad jurídica", en *Responsabilidad civil y del Estado,* cit., pág. 73) explica el planteamiento de Engisch, frente a esta crítica al nexo de causalidad.

Según el punto de vista de ENGISCH, para poder aplicar la fórmula de la *conditio sine qua non,* es decir, para poder suprimir mentalmente un antecedente, se debe conocer con anterioridad que entre este y el resultado existe un vínculo de tipo causal; de lo contrario se estaría partiendo de una suposición de dicho vínculo.

Aun suponiendo el nexo de causalidad por considerar que todos los antecedentes del resultado deben ser tenidos inmediatamente como causas de este, la teoría de la equivalencia de las condiciones había sido ampliamente difundida hasta que tuvo que enfrentarse al famoso *Proceso Contergan.*

El *Proceso Contergan* se inició en 1968 contra el laboratorio alemán Chemie Grünenthal. Dicho laboratorio produjo un somnífero (*Contergan*) que era tomado por mujeres embarazadas. Muchos de los hijos de estas mujeres nacieron con malformaciones físicas.

Si se emplea la teoría de las condiciones, como se había venido empleando, es claro, casi obvio, que la ingestión del medicamento entra a engrosar el conjunto de antecedentes que precedieron a las malformaciones, porque si se suprime mentalmente el consumo del medicamento desaparece la malformación.

Pero no resulta tan simple en este caso, porque la supresión mental del antecedente solo podría hacerse cuando de antemano se sabe que el medicamento tiene este tipo de efectos colaterales y en este asunto se desconocía esta ley causal.

No se sabía con certeza si el medicamento producía dichas malformaciones y resultaba imposible probarlo en una mujer embarazada sana, para verificar si efectivamente se llegarían a las deformidades físicas del feto. Lo único que se sabía era que varias de las mujeres que habían tomado *Contergan* habían dado a luz a niños deformes.

En el *Proceso Contergan* la ley causal entre el somnífero y las deformidades de los recién nacidos era desconocida y si se aplicaba la teoría de la equivalencia de las condiciones efectivamente se estaría tomando como causa a un evento que científicamente no está comprobado que implique ese resultado; se estaría partiendo de premisas totalmente cuestionables[73].

[73] Sentencia 'Proceso Contergan' de 18 de diciembre de 1970, publicada en *Juristenzeitung*, 1970, págs. 507 y ss.

Adicionalmente dice HANS–JOACHIM RUDOLPHI (*Causalidad e imputación objetiva*, cit., pág. 15): "La teoría de la equivalencia gana aceptación en su punto de partida, en el sentido de que todas las condiciones del resultado son recíprocamente de igual valor.

En España se presentó un caso similar, cuando una gran cantidad de personas murieron o quedaron lesionadas por el consumo del aceite de colza.

El caso se resume de la siguiente manera: "En la década de los setenta, el Estado español permitía la importación de aceite de colza para la industria, pero, para proteger la producción nacional de aceite de oliva, prohibía destinarlo a usos alimenticios. Para evitarlo, el aceite de colza era obligatoriamente *desnaturalizado* con ricino. Como este resultaba bastante caro, en 1973 unos industriales del sector pidieron a la Administración que les autorizara sustituir el ricino por aceites minerales nafténicos, por Azul de Ceres o por aceite de anilina, un producto tóxico, pero más barato que el ricino. El Laboratorio Central de Aduanas

---

Sin embargo, la fórmula de la condición ya no ayuda más allí donde nos falta el conocimiento experimental necesario para decir si una determinada acción ha contribuido o no a la producción del resultado. Pues, por ejemplo, como en el caso Contergan, no se ha aclarado aún científicamente si realmente existe una ley causal conforme a la cual un medicamento produzca, bajo determinadas circunstancias, determinados daños en la salud; así mismo, tampoco con la ayuda de la fórmula de la condición se puede dar respuesta a la pregunta sobre la causalidad. Con esto queda al mismo tiempo claro que con la sola ayuda de esta fórmula no podrá determinarse una relación de causalidad. Esta fórmula de la *conditio sine qua non* presupone siempre más bien la constatación del desarrollo causal. Pues solo cuando este desarrollo causal se conoce con base en otras formas de verificación, se puede responder la pregunta respecto a si el resultado también sin la acción se hubiera producido o no. A la fórmula de la condición le corresponde por tanto solo un significado heurístico, controlador. Por el contrario, los desarrollos causales concretos solo se pueden determinar por la vía de la subsunción en leyes causales conocidas".

Continúa diciendo este autor que se debe acoger la fórmula de la *condición legal* propuesta por Engisch: "Por lo tanto, decisivo para la relación de causalidad entre una determinada acción y un resultado concreto, no es la circunstancia de que la acción no pueda abstraerse sin que el resultado concreto se produzca, sino sólo el hecho de que entre acción y resultado concreto exista una relación natural-jurídica. Entonces, una acción es causal siempre para un determinado resultado típico, cuando este resultado sigue temporalmente a la acción y está unido con ella natural y jurídicamente (*fórmula de la condición legal*). Por ello debe averiguarse siempre si existe una ley natural conforme a la cual fenómenos como el resultado típico concreto resulta por circunstancias como la acción típica concreta. De acuerdo con la *teoría de la condición legal*, deben mantenerse rigurosamente separadas dos preguntas en la constatación de la causalidad. La primera se refiere a si realmente existe una ley causal científica natural aplicable al caso particular. Solo cuando esta pregunta se responda de acuerdo con la denominada causalidad general, es decir, se debe comprobar positivamente una ley causal como una premisa mayor apta de subsunción, entonces se formula la segunda pregunta, respecto a si los hechos concretos también pueden llegar a subsumirse en esta ley causal (la denominada causalidad concreta)".

informó que no veía inconvenientes en el cambio. Los nuevos *desnaturalizantes,* indicó, podían identificarse fácilmente y hacían al aceite de colza inapropiado para la alimentación. A uno de estos industriales se le ocurrió invertir el proceso de desnaturalización y vender luego a buen precio el aceite resultante como comestible, pero algo —oscuramente relacionado con los procesos de refino o de almacenamiento y transporte del aceite desnaturalizado— falló, cientos de personas murieron y miles quedaron gravemente afectadas"[74].

Este caso fue fallado por el Tribunal Supremo español[75] que condenó a los particulares responsables de la idea de la venta para consumo humano de dicho aceite. Dicha condena se construyó a partir de indicios porque nunca se pudo probar la causalidad entre la composición química del aceite y la muerte de las personas.

Estamos nuevamente en presencia de la presunción de los antecedentes como causa, aun cuando el hombre no ha comprobado científicamente si en verdad existe una ley natural que establezca la relación causa-efecto.

Podemos concluir de esta crítica que la teoría de la equivalencia de las condiciones, en los casos que no cuentan siquiera con una verificación científica, presupone el nexo de causalidad entre los antecedentes y el resultado, siendo labor de ella investigar si en realidad estos antecedentes pueden ser tenidos como causa y posteriormente llegar a responder.

c') *El problema de los cursos causales hipotéticos y la causalidad adelantada.* INFANTE RUÍZ[76] sistematiza los problemas que presentan los diversos cursos causales frente a la teoría de la equivalencia de las condiciones y su fórmula de la *conditio sine qua non*:

• *Causalidad adelantada.* Si se eliminase en un juicio hipotético el primer comportamiento, el resultado no desaparecería.

Analicemos el ejemplo típico de la doctrina de la causalidad adelantada: X toma dos tazas de café. En la primera, A ha vertido una dosis mortal de veneno, lo mismo que ha hecho B en la segunda taza separadamente de la acción de A. El veneno de B actúa con mayor celeridad y virtualidad causal que la dosis del veneno de A, ya que por medio de

[74] PABLO SALVADOR y ANTONIO FERNÁNDEZ, "Causalidad y responsabilidad", *en Revista para el análisis del derecho,* núm. 329, cit., pág. 2.

[75] Sentencia del Tribunal Supremo español, 2ª, 23 de abril de 1992.

[76] FRANCISCO JOSÉ INFANTE RUIZ, *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y causas hipotéticas*, cit., pág. 143.

su dosis de veneno B ha descartado la eficacia de la acción de A y con independencia de ella se ha puesto en marcha una nueva serie causal que ha producido el resultado.

Ambas dosis de veneno son mortales, es decir, si X hubiera tomado solo la taza que A le dio habría muerto envenenado, y si solo hubiera tomado la taza suministrada por B también habría muerto.

Si suprimimos la conducta de A, el resultado se habría producido y si suprimimos la conducta de B, el resultado también se habría producido y con la aplicación de la fórmula de la *conditio sine qua non* llegamos a la curiosa conclusión de que la muerte de X no tiene una causa.

Una crítica adicional que enfrenta la causalidad adelantada la presenta Claus Roxin. Para este autor[77], resulta completamente errado considerar que todos los antecedentes que preceden al resultado deban ser tenidos como causa, cuando una cadena causal ya iniciada es sobrepasada por otra que le impide continuar actuando (causalidad adelantada). En este caso faltaría el nexo de causalidad de la primera cadena causal con el resultado verificado.

Tal es el caso de una persona que con la intención de matar a otra le suministra una dosis de veneno que debe hacer efecto al día siguiente, según la composición química y la reacción de este en el organismo. Una vez la persona, a la cual se pretende envenenar, toma la poción letal, sin tener noción de lo que acaba de beber, sale a dar un paseo y es atropellada por un camión, muriendo instantáneamente.

¿Tuvo algo que ver el envenenamiento con la muerte del caso anteriormente planteado? La respuesta en este caso es negativa, razón por la cual habría lugar a hablar de una interrupción del nexo de causalidad cuando se presenten hipótesis de causalidad adelantada.

Planteemos el caso de otra manera: la persona a la cual se pretende envenenar, toma efectivamente la poción, pero empieza a sentirse mal y decide ir por sus propios medios al centro médico más cercano y estando en camino es atropellada por un camión, muriendo instantáneamente.

Volvemos a hacernos la misma pregunta: ¿tuvo incidencia el envenenamiento en la muerte de la persona? En esta oportunidad, sí debe ser tomado como causa, porque la cadena causal que puso en movimiento quien suministró el veneno tuvo plena incidencia en el hecho de que la persona tuviera que salir de su casa para buscar la ayuda de los

[77] Los planteamientos de Claus Roxin son tomados de Claudia López Díaz, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., pág. 29.

médicos. Y si aplicáramos la fórmula de la *conditio sine qua non*, podríamos concluir que al suprimir mentalmente el suministro del veneno, la muerte no habría ocurrido.

• *Causalidad cumulativa*. En estos casos, si cualquiera de las causas independientemente es eliminada, el resultado se produciría del mismo modo, lo cual lleva a negar en última instancia la causalidad de ambas.

Por ejemplo, tres amigos (A, B, C), que son expertos cazadores, deciden ir al bosque a cazar venados. Estando en el bosque, los tres visualizan una especie de animal que yace dormido detrás de unos arbustos y disparan simultáneamente causándole la muerte; cabe anotar que cualquiera de los tres tiros habría sido suficiente para causar la muerte. Para sorpresa de los amigos, no se trataba de un animal sino de una mujer que dormía bajo la sombra de los arbustos.

De nuevo entramos a la discusión acerca de cuál es la causa de la muerte de la mujer. Si empleamos la fórmula de la *conditio sine qua non,* al eliminar mentalmente el disparo de A, la muerte igual se habría producido y si eliminamos el disparo de B, y también el de C, respectivamente, habríamos obtenido la misma consecuencia. Entonces, ni el disparo de A, ni el de B, ni el de C pueden ser tenidos como causa de la muerte, llegando de nuevo a la insólita conclusión de que la muerte de la mujer no tiene una causa.

• *Cursos causales alternativos hipotéticos*. Si en defecto de la causa real del resultado, este se habría producido de todos modos, en virtud de otra causa colocada hipotéticamente *in mente,* ello llevaría a la conclusión de que el resultado no se habría evitado, deberíamos negar entonces la causalidad del primer hecho y, en consecuencia, absolver al demandado.

Por ejemplo, un militar es acusado de haber realizado un fusilamiento ilegal durante la guerra y argumenta que si él no lo hubiera realizado, otro habría ejecutado dicha orden[78].

Como bien sabemos, un antecedente del fusilamiento ilegal es la actuación del militar acusado, pero si empleamos la fórmula de la *conditio sine qua non,* llegamos a una confusión, porque si suprimimos mentalmente la actuación de este militar, el resultado no desaparecería, porque otro militar igualmente habría ejecutado la orden; pero probablemente este segundo soldado habría alegado lo mismo que el primero,

[78] CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., pág. 35.

es decir, que si no lo hubiera hecho él, igualmente otro lo habría hecho, y así sucesivamente.

Frente a este ejemplo llegaríamos de nuevo a la conclusión de que si se sustituye mentalmente la primera causa que realmente ocurre por una hipotética, el resultado también se hubiera producido y, por consiguiente, tendríamos un resultado sin causa.

Al respecto dice Infante Ruiz: "Estos grupos de casos se caracterizan, entonces, porque si se suprime *in mente* el proceso causal que ha tenido lugar realmente y se sustituye por uno hipotético, se llega a la conclusión de que el resultado se habría producido en todo caso. La pregunta que surge de inmediato es la siguiente: ¿se podrá negar aquí la relación de causalidad sobre la base de la teoría de la *conditio sine qua non?*"[79].

Ante las críticas que recibe la teoría de la equivalencia de las condiciones, varios autores, con el propósito de facilitar su aplicación, formularon teorías correctivas.

d) *Teorías correctivas de la teoría de la equivalencia de las condiciones*. Veámos:

a') *Reinhard Frank y la prohibición de regreso*. Una de las características de la teoría de la equivalencia de las condiciones, como veíamos, es la imposibilidad de interrumpir el nexo causal aun frente a la participación de la conducta dolosa de un tercero. Ante esta situación surge la teoría correctiva, formulada por Reinhard Frank, que consiste en la denominada *prohibición de regreso*[80].

Esta *prohibición de regreso* afirma que es posible que se interrumpa el nexo causal cuando a pesar de haber sido puesto en movimiento un curso causal, el actuar doloso de un tercero, aprovechando dicho curso,

[79] Francisco José Infante Ruiz, *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y causas hipotéticas*, cit., pág. 143.

Hans-Joachim Rudolphi (*Causalidad e imputación objetiva*, cit., pág. 16) también hace referencia a este punto en particular: "A esto se agrega que la fórmula de la *conditio sine qua non* de la teoría de la condición fracasa por lo general allí donde el resultado concreto, si se hace abstracción de la acción del autor, hubiera tenido cumplimiento en la misma forma, con base en otra causa ya existente (la denominada 'causalidad hipotética'). Lo mismo tiene validez en los casos en que varias condiciones, de las cuales cada una por sí sola habría sido suficiente para la causación del resultado, concurren para la causación concreta del resultado (la denominada 'causalidad doble'). Un ejemplo lo constituye el caso en que A y B, independientemente uno del otro, respectivamente cada uno suministra una cantidad mortal de veneno en los alimentos de C".

[80] Claudia López Díaz, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., pág. 35.

es el que efectivamente lleva al resultado. La interrupción la determina el comportamiento del tercero e impide que se tomen como causas del resultado todos los hechos que anteceden al comportamiento ajeno y doloso de aquel.

Al respecto dice LUIS COUSIÑO MAC-IVER: "Entre ellos REINHARD FRANK, partidario de la teoría de la equivalencia de las condiciones, buscó la forma de atemperarla con su fórmula de la prohibición de regreso, conforme a la cual no constituye causa las condiciones que se encuentran más allá de un lugar determinado, o sea, las condiciones previas a otra condición que, libre y conscientemente (dolosa o culpablemente), se dirigen a la producción del resultado"[81].

Miremos cómo opera la prohibición en el siguiente ejemplo: "En una conversación informal alguien comenta con unos amigos en una taberna, que dada la grave situación económica de un granjero conocido, la única forma para que este salga de la ruina, sería que se incendiara la granja para poder cobrar un seguro. Uno de los contertulios le prende fuego a esta posteriormente"[82].

[81] LUIS MAC-IVER COUSIÑO, *Derecho penal chileno. Parte general,* t. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975, pág. 358.

La Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de Casación Penal, sent. de 4 abril 2003, rad. 12742, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, ha dicho lo siguiente: "La teoría de la prohibición de regreso, de larga data —hecha en sus inicios para corregir la teoría de la equivalencia de las condiciones en materia de causalidad material—, afirma que cuando una persona realiza una conducta culposa, irrelevante o inocua para el derecho penal, y con ella facilita, propicia o estimula la comisión de un delito doloso o culposo por parte de otra, no le es imputable el comportamiento criminoso de esta última...".

Al respecto dice CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ (*Introducción a la imputación objetiva*, cit., págs. 128-131): "La antigua doctrina penal planteó el problema de si era punible el favorecimiento imprudente de una conducta dolosa. Inicialmente se afirmó, que se interrumpía el nexo de causalidad cuando entre la acción culposa del tercero, se interponía el comportamiento doloso de un autor directo que realizaba la acción" Más adelante dice: "La teoría de la prohibición de regreso es aceptada en la doctrina moderna, pero ha sido reformulada tanto en su fundamentación como en su campo de aplicación. En la actualidad se trata de un ámbito de colaboración dolosa o culposa de un tercero en la realización del tipo penal, sin que exista responsabilidad para ese 'partícipe'. Son casos de 'participación aparente', en los que no es imputable la creación de una situación que favorece la comisión de un delito, cuando esta situación se ha creado con base en un riesgo permitido".

Cfr. ATILIO ANIBAL ALTERINI, *Responsabilidad civil: límites de la reparación civil,* cit., pág. 146; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal,* t. III, cit., pág. 567.

[82] CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., pág. 129.

Si analizáramos este ejemplo a la luz de la teoría de la equivalencia de las condiciones, la simple conversación habría sido tenida como causa del incendio de la granja; pero con la corrección que propone la *prohibición de regreso,* esa conversación no se tiene como tal, porque fue aprovechada dolosamente por un tercero para la consecución del resultado. Se tomaría entonces como causa dicho comportamiento del tercero, sin tener en cuenta los sucesos que lo antecedieron.

b') *Franz von Liszt y la causalidad adelantada.* Este autor también propone un correctivo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero plantea que es necesario reevaluar los supuestos de dicha teoría en torno a los casos de causalidad adelantada, que, como veíamos, corresponde a la ocurrencia sucesiva de dos cursos causales que cuentan con la misma posibilidad de causar el resultado, pero si bien uno inicia primero, la aparición del segundo impide totalmente que el primero origine el resultado.

Franz von Liszt explica su correctivo de la siguiente manera: "Por el contrario, no existe relación de causalidad, cuando la supresión del movimiento corporal no hubiera modificado en nada la producción del resultado. Esto ocurre, especialmente, cuando el resultado al cual se dirigía la manifestación de voluntad, fue ocasionado por una nueva serie de causas independientes. Esta serie causal no debe haber sido ni provocada ni tenida en cuenta por el primer agente. Si A hiere mortalmente a B, patrón de una lancha, pero este se ahoga antes de que la herida haya producido la muerte, porque la lancha naufraga por un golpe de viento inesperado, entonces falta la relación de causalidad entre la manifestación de voluntad de A y el resultado producido, y A solo puede ser condenado por tentativa de homicidio. Por el contrario, si la serie causal que parece nueva ha sido provocada por la primera manifestación de voluntad o ha sido tenida en cuenta por el primer agente, y solo ha motivado el resultado en concurrencia con la primera manifestación de voluntad, entonces existe relación de causalidad entre la manifestación de voluntad y el resultado producido. Cuando el marinero herido es colocado precisamente a causa de la herida, en la imposibilidad de gobernar las velas, siendo esta la causa de que se produjera el naufragio de la lancha; entonces A causó la muerte de B por ahogamiento"[83].

Como podemos ver, von Liszt lo que propone es que si una nueva serie causal es la que produce el resultado con independencia de la

[83] Franz von Liszt, *Tratado de derecho penal*, t. ii, cit. pág. 306.

primera serie, que igualmente habría podido causarlo, esta primera serie no debe ser tenida en cuenta como causa.

En el ejemplo, la primera serie causal que se presenta es la herida mortal que A le asesta a B; dicha serie es superada por un golpe de viento inesperado que hace que la lancha naufrague y B muera. La segunda serie causal la integra el golpe de viento que actúa con independencia de la herida mortal, razón por la cual, esta no debe ser tenida en cuenta a la hora de analizar cuáles son las causas de dicho deceso.

c') *Johan C. W. Thyrén y las condiciones positivas, negativas e indiferentes*. Otra correctiva a la teoría de la equivalencia de las condiciones fue propuesta por el autor Johan C. W. Thyrén, quien entra a distinguir, entre los antecedentes de un resultado, las condiciones positivas, negativas e indiferentes.

Este autor parte de la premisa de que todas las condiciones son igualmente necesarias para la producción del resultado; pero si bien todas son necesarias, no todas pueden considerarse iguales y, por ende, erigirse en su totalidad como causas del resultado, porque hay condiciones que son más causales que otras[84].

Para realizar la diferenciación de las condiciones, no se pueden analizar en concreto, porque si se mira de esta forma, se llegaría a la misma conclusión que la originaria teoría de la equivalencia de las condiciones, es decir, todas deben ser tenidas como causa, puesto que todas participaron en la producción del resultado.

Teniendo en cuenta lo anterior, dice el autor, el análisis de las condiciones debe hacerse en abstracto, es decir, se debe analizar la tendencia que tiene cada condición a producir determinado resultado.

De dicho análisis se desprende que existen condiciones que favorecen la producción del resultado (positivas), condiciones que impiden que el resultado se produzca (negativas) y condiciones que ni favorecen ni impiden un resultado (indiferentes).

Por ejemplo, si queremos analizar cuáles son las condiciones positivas, negativas e indiferentes en el caso en que una copa de cristal, cuyo contenido es una champaña francesa costosísima, se caiga de una mesa y se rompa —según Thyrén—, tendríamos que analizar la altura de la cual se cayó, la fragilidad del cristal del cual está hecha y la superficie que recibió la caída.

De estas tres condiciones podemos decir, que las dos primeras (altura y fragilidad) serían condiciones positivas porque favorecen la produc-

[84] Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal,* t. iii, cit., pág. 570.

ción de la rotura de la copa; si la copa no se hubiera roto porque fue recibida por una alfombra de bastante espesor, esta condición sería negativa, puesto que impidió que el impacto produjera la rotura. En cuanto al contenido de la copa, si bien adiciona peso a la copa y dicho peso tiene incidencia en la velocidad de la caída, su procedencia y valor son totalmente indiferentes en la producción del resultado.

Si en el ejemplo anteriormente planteado, la copa llega a romperse porque la superficie no pudo evitar las consecuencias del impacto, todas las condiciones serían positivas y, por tanto, relevantes[85].

Otro ejemplo interesante es el de la persona que quiere apuñalar a otra por la espalda pero un tercero desvía el golpe, de manera que la persona a la cual se pretendía apuñalar, solo recibe un rasguño[86]. Según el correctivo de Thyrén, la actuación del tercero debe ser tomada como condición negativa.

d') *El obrar humano como causa.* Igualmente, en la doctrina se ha propuesto que no todos los antecedentes de un resultado deben tener el calificativo de causa, sino solo aquellos en donde exista un obrar humano que reciba el calificativo de doloso o culposo[87].

Este correctivo vuelve a poner en un mismo plano aquello que pretendemos separar, es decir, entrelaza de nuevo la causalidad con la culpabilidad, razón por la cual no lo consideramos acertado ni meritorio de una explicación más profunda[88].

e') *Engisch y la condición ajustada a las leyes de la naturaleza.* Engisch, autor que ya habíamos citado cuando hablábamos del problema de la presuposición del nexo causal, propone un correctivo cuyos fundamentos resultan bastante interesantes.

Engisch, tal como lo habíamos explicado, afirma que para aplicar el procedimiento de la eliminación mental es necesario saber de antemano si existe relación de derivación entre antecedentes y consecuencias de cierto tipo[89].

[85] Ibidem, pág. 570.

[86] Atilio anibal Alterini, *Responsabilidad civil: límites de la reparación civil,* cit., págs. 145-146.

[87] Cfr. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal,* t. iii, cit., pág. 570; Atilio anibal Alterini, *Responsabilidad civil: límites de la reparación civil,* cit., pág. 146.

[88] Además de confundir dos aspectos que son disímiles, como bien lo hemos podido ver, este correctivo resultaría inoperante en los casos de responsabilidad objetiva, pues de ser aplicado arrojaría el curioso resultado de un daño sin causa.

[89] Marco Capecchi, "El problema del nexo de causalidad en la responsabilidad civil: causalidad material y causalidad jurídica", en *Responsabilidad civil y del Estado,* cit., pág. 73.

La crítica que hace a la teoría de la equivalencia de las condiciones es desarrollada por medio de la fórmula de la *condición ajustada a las leyes de la experiencia científica*.

INFANTE RUIZ, explica la fórmula de ENGISCH y dice que se "utiliza para negar la posibilidad de probar la existencia de causalidad cuando no hay un reconocimiento científico natural sobre la ley causal o, más explícitamente, cuando no existe certeza sobre el mecanismo por el que, en general, se produce un efecto determinado. En virtud de dicha fórmula se enjuicia la causalidad atendiendo a si a una acción se han vinculado modificaciones en el mundo exterior subsiguientes en el tiempo, que estaban unidas con la acción según las leyes naturales y que se presentan como resultado típico"[90].

Con lo visto hasta este punto, podemos concluir que son abundantes los problemas y las críticas que enfrenta la teoría de la equivalencia de las condiciones y que esta no es propiamente una teoría donde opere algún tipo de selección por los operadores del derecho a la hora de establecer cuál debe ser la causa de un determinado resultado.

Las teorías que veremos a continuación sí cuentan con una valoración jurídica para la escogencia de la causa, y por eso en la doctrina han recibido el nombre de *teorías individualizadoras*, ya que tienen como propósito elegir a un solo evento de los que anteceden al daño como causa de este.

D) *La teoría de la causalidad adecuada*

a) *Los planteamientos iniciales de VON BAR.* Para entender cuáles son los postulados de la teoría de la causalidad adecuada, es necesario conocer los antecedentes de los cuales toma las bases para explicar qué se debe entender por causa.

Dichos antecedentes fueron planteados por LUIS VON BAR en 1871, quien considera que se deben establecer distinciones entre las condi-

[90] FRANCISCO JOSÉ INFANTE RUIZ, *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y causas hipotéticas*, cit., pág. 145.

FERNANDO PANTALEÓN PRIETO (*Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación objetiva,* Centenario del Código Civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil, t. II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pág. 974) explica la teoría de ENGISCH en los siguientes términos: "Más exactamente se ha dicho que el nexo de causalidad entre la conducta y el resultado concretos debe darse por establecido, si, dada la ley de 'eventos del tipo C+K que vienen regularmente sucedidos por un evento del tipo R', el resultado, la conducta y las demás circunstancias concomitantes pueden reducirse respectivamente a R, C y K".

ciones que anteceden a un evento, ya que no todas poseen la misma relevancia en la producción del resultado.

Dice este autor que el conjunto de antecedentes de un evento está integrado por condiciones que son siempre puestas en marcha en el curso normal de los sucesos, es decir, que ordinariamente se presentan en la producción de dicho evento; pero existe un acontecimiento en especial que interrumpe aquella normalidad del acontecer de las condiciones y origina un resultado diferente al que se hubiera producido por la sola concurrencia ordinaria de las condiciones. A este acontecimiento interruptor se le da el calificativo de causa[91].

Entonces para von Bar se denomina causa "la condición que transforma en irregular el curso de las cosas que se considera como regular"[92]; aclarando que dicha condición debe consistir en una conducta humana.

Empleemos el siguiente ejemplo para explicar la postura de von Bar: un hombre de negocios usualmente llega a su casa a las 8 de la noche, luego de un largo día de trabajo. Después de la cena suele tomarse un vaso de vodka. Su empleada doméstica quiere matarlo y aprovechándose de la rutina de este y suponiendo que lo hará todas las noches de la semana, agrega una dosis mortal de veneno en el licor.

El hombre de negocios bebe el licor como de costumbre suponiendo que está en perfectas condiciones, pero una vez toma el primer sorbo, muere instantáneamente. La acción de agregar el veneno interrumpe el curso normal de los sucesos, es decir, interrumpe la rutina nocturna del hombre de negocios y termina en la muerte de este, razón por la cual —según la explicación de von Bar— debe ser tomada como causa.

Dice adicionalmente von Bar, que una vez establecido que el acontecimiento irregular deba ostentar el calificativo de causa, este no está obligado a responder de todas las consecuencias de su acción interruptiva del curso ordinario de los acontecimientos, sino que solo debe responder de las consecuencias regulares de su acción[93].

[91] Jorge Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual,* cit., pág. 417.

[92] Franz von Liszt, *Tratado de derecho* penal, t. II, cit. pág. 311.

Edmundo Mezger ("La acción", en *Revista de Derecho Penal,* núm. 22, cit., pág. 22) dice al respecto: "Fue von Bar, en primer término, quien en 1871 restringió la conexión causal en el sentido del Derecho, en contraste a la causal en sentido natural, teniendo en cuenta para ello el fin propio del Derecho, excluyendo de la causalidad en el ámbito jurídico todo lo que no corresponde a la por él llamada *regla de la vida*".

[93] Jorge Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual,* cit., pág. 417.

Planteada la tesis de VON BAR, las críticas no se hacen esperar y su resultado es la inoperancia de sus planteamientos.

Una de las críticas consiste en afirmar que no siempre el acontecimiento irregular debe provenir de una conducta humana, tal como lo plantea VON BAR.

De la anterior crítica se desprende que al ser una conducta humana la que interrumpe el curso normal de las condiciones, dicha interrupción debe tener algún tipo de intencionalidad, puesto que se debe conocer lo que de ordinario sucede para querer interrumpirlo y ocasionar el resultado; razón por la cual se estarían confundiendo nuevamente la causalidad con la culpabilidad[94].

Si bien la tesis de VON BAR recibe las críticas ya planteadas, es evidente la novedad que introduce: ya no todos los antecedentes serán tenidos como causa —tal como lo afirmaba la teoría de la equivalencia de las condiciones—, solo aquel que interrumpa la normalidad en el desarrollo de los acontecimientos, produciendo un resultado diverso de aquel que se esperaba obtener.

Adicionalmente, al introducir el criterio de la reparación de las consecuencias regulares de la acción, está sentando los cimientos de la teoría de la causalidad adecuada.

b) *La teoría de la causalidad adecuada propiamente dicha.* Teniendo en cuenta la tesis de VON BAR y las críticas hechas a esta, J. VON KRIES plantea en 1888 la teoría de la causalidad adecuada.

La teoría de la causalidad adecuada parte de la base de que existe un sinnúmero de condiciones que cooperan a la producción del resultado, pero que dentro de estas condiciones se destacan algunas que son generalmente apropiadas o adecuadas para la producción de dicho resultado.

Estas condiciones "adecuadas" se destacan debido a la experiencia y a la observación del acontecer de la vida en general, porque tienden usualmente a conducir a la producción de dicho resultado[95].

[94] *Ibidem*, pág. 417.

[95] Para explicar los postulados básicos de la teoría de la causalidad adecuada EDMUNDO MEZGER ("La acción", *en Revista de Derecho Penal,* núm. 22, cit., pág. 22) afirma: "El pensamiento básico de esta concepción es el siguiente: entre las condiciones que cooperan a la producción de un resultado desatacan algunas que son generalmente 'apropiadas' (adecuadas) para producir un resultado de la índole del que en cuestión se trata, y de las que puede decirse que, según nuestra experiencia, deducida de la observación de los hechos de la vida, tienden de modo general a producir resultados de dicha índole. En tal caso se puede denominar *adecuada* a la causación, e igualmente es lícito hablar, en

Pero para destacar un acontecimiento que según la experiencia y la observación del acontecer de la vida en general produce un resultado, von Kries se basa en cálculos de posibilidad y probabilidad[96] para realizar dicha elección[97].

---

contraste a esto, de una causación no adecuada o fortuita cuando, faltando tal conexión general (tendencia general en la condición), solo respecto a un caso aislado y concreto es posible decir que dicho resultado no habría aparecido si no hubiera tenido lugar una cierta acción antijurídica. El fundamento de la conexión causal jurídica —dicen los partidarios de esta teoría— solo pueden constituirlo conexiones 'probables', calculables, de suerte que las acciones humanas cuya conexión con el resultado no sea de esta índole no pueden ser consideradas como causantes de dicho resultado".

Al respecto dice Claudia López Díaz (*Introducción a la imputación objetiva*, cit., pág. 40): "Conforme a esta teoría, en derecho penal únicamente se tiene como causante, aquella conducta que de acuerdo a la experiencia general de vida, ostenta una tendencia general hacia el logro del resultado típico; se trata de conductas que aumentan la probabilidad del mismo; en consecuencia, las condiciones que solamente por azar han colaborado al logro del resultado, son consideradas jurídicamente irrelevantes".

En igual sentido dicen Henri y Léon Mazeaud y André Tunc (*Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual,* t. II, vol. II, cit., pág. 19): "Para von Kries, un acontecimiento no puede ser considerado como causa de un daño por el solo hecho de que se haya comprobado que, sin ese acontecimiento, el perjuicio no se habría realizado. Entre todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño, que son condiciones de él, todos no son su 'causa' desde el punto de vista de la responsabilidad: no todos le obligan a su autor a reparación. Solo pueden ser considerados como causas de un perjuicio los acontecimientos que deberían producirlo normalmente: se precisa que la relación entre el acontecimiento y el daño que resulte de él sea «adecuada» y no simplemente «fortuita»". Teniendo en cuenta nuestra precisión anterior de la confusión que exponen los hermanos Mazeaud frente a la causalidad y la culpabilidad, siguen diciendo estos autores: "En otros términos, el que haya cometido una culpa debe reparar todo el perjuicio que era propio que produjera según el curso natural de las cosas y que ha producido efectivamente".

[96] En el Diccionario de la Real Academia Española (*www.rae.es*) se definen probabilidad y posibilidad de la siguiente manera: "Probabilidad (Del lat. *probabilĭtas, -ātis*): 1. f. Verosimilitud o fundada apariencia de verdad. 2. f. Cualidad de probable, que puede suceder.3. f. *Mat.* En un proceso aleatorio, razón entre el número de casos favorables y el número de casos posibles.// Posibilidad. (Del lat. *possibilĭtas, -ātis*). 1. f. Aptitud, potencia u ocasión para ser o existir algo. 2. f. Aptitud o facultad para hacer o no hacer algo. 3. f. Medios disponibles, hacienda propia".

[97] Luis Jiménez de Asúa (*Tratado de derecho penal,* t. III, cit., pág. 529) afirma: "Los mantenedores de la doctrina de la causación adecuada parten, como los partidarios de elegir una causa de entre las condiciones, del cuerpo empírico de causa como conjunto de aquellas; pero consideran preciso distinguir, de entre dichas condiciones, las que son generalmente adecuadas para producir el resultado, desdeñando el papel de las restantes. Para lograrlo se opera con un criterio de *probabilidad*, de regularidad, rigurosamente estadística".

¿Cómo es el proceso correcto para poder aplicar los cálculos de posibilidad y probabilidad y así realizar la elección de la causa?

Para VON KRIES, el proceso para determinar lo que es causa, se divide en dos tipos de conocimientos: el conocimiento ontológico y el conocimiento gnomológico[98].

El conocimiento o saber ontológico parte de que hay un conjunto de condiciones que anteceden al resultado que debe ser tenido en cuenta, porque es sobre ese conjunto sobre el cuál se van a aplicar los cálculos de posibilidad y probabilidad.

Todas estas condiciones que se requieren para la producción del resultado, deben ser *conditio sine qua non* de este; pero esta teoría no se limita a establecer este tipo de relación causal para establecer definitivamente cuál es la causa, sino que continúa con la etapa del saber gnomológico.

El conocimiento o saber gnomológico es la parte innovadora de esta teoría y consiste en la valoración conforme a las leyes de la naturaleza, de la experiencia y, en general, de la probabilidad, de cada una de dichas condiciones para verificar si una de ellas tiene la potencialidad regular de producir determinado resultado.

Para los autores HART y HONORÉ, lo que se verifica en esta etapa del saber gnomológico, es que exista una condición que, por incrementar significativamente la probabilidad de la producción del resultado, deba ostentar el calificativo de causa[99].

Entonces tenemos dos momentos distintos: la recolección de las condiciones que antecedieron y participaron en la producción del resultado (saber ontológico) y la valoración de dichas condiciones para encontrar una que según las leyes de la probabilidad, sea la adecuada para producir el resultado y, por tanto, denominarla causa[100].

[98] JORGE PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual,* cit., pág. 419; ATILIO ANIBAL ALTERINI, *Responsabilidad civil: límites de la reparación civil,* cit., pág. 152; ISIDORO GOLDENBERG, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil,* cit., pág. 34.

[99] H. L. A. HART y HONORÉ TONY (*Causation in the law,* cit., pág. 469) dicen al respecto: "VON KRIES applies the concept of objective probability as a constituent element of causal statements in the following way. A given contingency will be the *adequate cause* of harm if and only if it satisfies two conditions: a. it must be a *sine qua non* of the harm, b. it must have increased the objective probability of the harm by a significant amount".

[100] Al respecto dice ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG (*Delitos cualificados por el resultado y la causalidad,* Madrid, Reus, 1966, citado por ISIDORO GOLDENBERG, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil,* cit., págs. 34-35): "Los juicios de necesidad, de probabilidad y de posibilidad, cuya aplicación al vínculo de causalidad constituye

Para von Kries, la forma de valorar dichas condiciones y aplicarles los cálculos de probabilidad y posibilidad debe hacerse mediante un *juicio ex ante de experiencia*[101], es decir, en primer lugar, se debe verificar si la condición, siguiendo las reglas de la probabilidad y la posibilidad, es idónea para la producción del resultado.

Isidoro Goldenberg afirma que este juicio *ex ante* de cada condición, debe hacerse de manera general[102], es decir, con prescindencia de lo efectivamente sucedido porque si se aplican las reglas de la probabilidad y la posibilidad, se debe llegar obligatoriamente a la conclusión , de presentarse la misma condición dentro del conjunto de los mismos antecedentes, se llegaría al mismo resultado.

Von Kries toma como condiciones a las conductas humanas, de ahí que las reglas de la probabilidad y la posibilidad se deban aplicar sobre dichas conductas, teniendo en cuenta lo que los sujetos —cuyo comportamiento es tomado como condición— conocían o habrían podido conocer y prever al momento de actuar.

De lo anterior se desprende que la teoría de von Kries reciba el nombre de *teoría subjetiva de la causación adecuada*[103].

---

el soporte de la teoría de la adecuación, se emiten en base a dos clases distintas de conocimientos: Kries denomina *saber ontológico* al de los factores reales existentes al tiempo de cometerse la acción y *saber gnomológico* al experimental respecto de los cursos causales que rigen la producción de los fenómenos naturales. El juicio de que una piedra arrojada al aire volverá a caer descansa en: primero, nuestro conocimiento del hecho de que la piedra ha sido arrojada (*conocimiento ontológico*), y segundo nuestro conocimiento de la ley de la naturaleza respecto a la fuerza de la gravedad (*conocimiento gnomológico*). Respecto a este último, la especial versación del agente —por ejemplo la de un científico— puede agravar así su responsabilidad por las consecuencias del hecho".

Claudia López Díaz (*Introducción a la imputación objetiva*, cit., pág. 43) explica estos dos momentos de la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos: "La teoría de la adecuación no pertenece, como opinaban originariamente sus seguidores, a las teorías de la causalidad, sino a la doctrina de la imputación. Ella intenta responder a la pregunta sobre cuáles condiciones o circunstancias causantes son jurídicamente significativas y si estas han o no de ser imputadas a su actuante. Al aplicar esta teoría se pasa por dos fases claramente diferenciables: primero se debe comprobar una relación de causalidad y segundo, examinar si esta relación es típicamente relevante. Por lo tanto, la teoría de la adecuación no es una alternativa de la equivalencia sino más bien su complementación".

[101] Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal,* t. iii, cit., pág. 530.

[102] Isidoro Goldenberg, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil,* cit., pág. 34.

[103] Cfr. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal,* t. iii, cit., pág. 530; Jorge Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual,* cit., pág. 420.

MEZGER explica la *teoría subjetiva de la causación adecuada* en los siguientes términos: "El fundamento de la conexión causal jurídica —se dice por los partidarios de esta teoría— solo pueden constituirlo conexiones probables, calculables, de suerte que las acciones humanas cuya conexión con el resultado no sea de esta índole no pueden ser como causantes de dicho resultado. Pero a este destaque de la probabilidad y de la calculabilidad va unida de modo indisoluble la pregunta: ¿*probable para quién*?, ¿*calculable para quién*? Desde el momento que VON KRIES propone el criterio de que tales preguntas han de ser contestadas esencialmente desde el punto de vista del sujeto que actúa, da a su teoría un carácter que la hace jurídicamente insostenible, y se expone al reproche de haber con ello confundido de una manera inaceptable para el jurista los límites entre causalidad y culpabilidad [...]"[104].

Podemos concluir que la teoría de VON KRIES, en su momento gnomológico, se basa en un juicio *ex ante* y en concreto, es decir, teniendo en cuenta lo que el sujeto que lleva a cabo el comportamiento puede o deba conocer acerca de las consecuencias que dicho comportamiento puede ocasionar una vez se haya puesto en marcha.

Veamos un ejemplo planteado por los hermanos MAZEAUD, que explica el funcionamiento de la teoría subjetiva de la causalidad adecuada: "A le asesta a B un ligero golpe en el cráneo, insuficiente para provocarle la menor lesión en un ser constituido normalmente. Pero B padece una debilidad particular en los huesos del cráneo; sufre una fractura y muere. El resultado se ha producido; sin embargo, el acto de A no era, por lo general, propio como para producir la muerte de un adulto, cuya caja craneana está ordinariamente osificada. La enfermedad particular de B sin la cual no se habría producido el resultado, es un hecho excepcional. Por el contrario, si se hubiera tratado de un niño, cuya caja craneana no está normalmente osificada, la conclusión

[104] EDMUNDO MEZGER, "*La acción*", en *Revista de Derecho Penal,* núm. 22, cit., pág. 23.

Al respecto dice MARCO CAPECCHI (*Il nesso di causalità,* cit., pág. 77): "[...] per la tesi originaria di von Kries l'adeguatezza è da valutare in base a un giudizio di prevedibilità in base alle circonstanze di fatto che il soggetto conosceva o avrebbe dovuto conoscere nel momento in ciu ha agito: in altri termini, per prevedibilità è da intendersi un giudizio ex ante e in concreto. Da notare come un tale giudizio appaia sostanzialmente coincidente con quello sul quale si basa la valutazione dell'elemento soggettivo: l'unica differenza consiste, in pratica, nel fatto che, ai fini del giudizio oggettivo di probabilità sono irrelevanti le conoscenze del danneggiante, in quanto il giudizio deve compiersi secondo le migliori conoscenze scientifiche tenuto conto, però, dei dati dei quali era a conoscenza l'agente nel momento nel quale ha agito".

habría sido diferente; y el acto de A, cuya relación con la muerte de B es fortuita, sería considerado como una circunstancia generalmente favorable para la muerte de un niño"[105].

Otro ejemplo que explica lo que no es causa adecuada, lo plantea von Kries en los siguientes términos: un cochero se queda dormido en las horas de trabajo, razón por la cual su carruaje se desvía de la ruta usual; durante el curso de la desviación el pasajero que va en el carruaje recibe la descarga eléctrica de un rayo y muere. Esto no hubiera ocurrido si el cochero no se hubiera quedado dormido y el carruaje no se hubiera desviado. Pero el hecho de quedarse dormido, como opuesto al de permanecer despierto, no aumenta la probabilidad de que el pasajero sea alcanzado por un rayo. La probabilidad de sufrir una descarga eléctrica por un rayo es muy reducida y el hecho que haya alcanzado precisamente al pasajero del carruaje, es simplemente una coincidencia. Por todo lo anterior, el cochero no es la causa adecuada de la muerte del pasajero[106].

El planteamiento de von Kries frente a los cálculos de probabilidad y posibilidad en torno a lo que conocía o debía conocer el sujeto cuya acción es tenida en cuenta como condición es duramente criticado, porque se dice que confunde la causalidad y la culpabilidad.

Dicha confusión, que hemos tratado de dejar zanjada, se presentaría porque si se tiene en cuenta lo que el sujeto conoce o debe conocer antes de llevar a cabo su acción, dicha previsibilidad de su actuar se podría confundir con la intencionalidad con la que actúa y bien sabemos que el reproche de la intencionalidad con que se actúa es un momento posterior al de la escogencia de la causa de un determinado resultado.

c) *Teorías correctivas de la teoría de la causalidad adecuada.* Para resolver esta confusión, que podría presentarse y que haría inoperante la teoría de la causalidad adecuada de von Kries, varios autores idearon teorías correctivas: Thon, Max Rümelin, Traeger, Tarnoswki y Robert von Hippel.

[105] Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual,* t. ii, vol. ii, cit., pág. 19.

[106] Este ejemplo de von Kries es citado por H. L. A. Hart y Tony Honoré, *Causation in the law,* cit., págs. 470-471. Si aplicáramos la teoría de von Bar, de la cual se desprende la teoría de la causalidad adecuada, el hecho de quedarse dormido y desviar el carruaje, es una condición que interrumpe el curso normal de las otras condiciones, *la regla general de vida,* razón por la que según esta teoría se podría pensar que el cochero podría tomarse como causa.

a') *Thon y el criterio de probabilidad desde la perspectiva del hombre medio.* THON plantea que para valorar cuán adecuada es una condición en la producción del resultado, se deben tener en cuenta todas las circunstancias generalmente conocidas o que pueden ser conocidas por la generalidad de los hombres frente a determinada condición y no solo antes de llevarse a cabo sino aun después de que el comportamiento se realice. Se trataría entonces de un juicio ya no subjetivo o en concreto, sino abstracto, porque se parte del punto de vista de los conocimientos del hombre medio[107].

JIMÉNEZ DE ASÚA explica los planteamientos de THON como sigue: "El criterio de probabilidad —según esta tendencia— debe ser resuelto por un observador objetivo; es decir, según el parecer del juez, que debe atender a *todas las condiciones* existentes en el momento del acto, incluso a las que eran desconocidas por el sujeto y a las posteriores que hayan tenido influjo en el resultado y que hubieran podido ser previstas por el *hombre medio*, por el hombre normal"[108].

b') *Rümelin y la teoría de la causación desde el punto de vista del pronóstico posterior objetivo.* Un criterio aún más riguroso es el propuesto por MAX RÜMELIN, quien formuló la *teoría de la causación desde el punto de vista del pronóstico posterior objetivo*, que consiste en hacer un juicio de probabilidad con fundamento en todas las circunstancias existentes en realidad, aun cuando estas no hayan sido conocidas por el hombre medio en el momento de realizar la acción sino con posterioridad.

Si bien plantea que se debe partir del conocimiento que de las mismas condiciones tendría el hombre promedio, si el sujeto, cuyo comportamiento se toma como condición, posee conocimientos que son desconocidos por el resto de los hombres en general, dichos conocimientos específicos deben tomarse en cuenta a la hora de aplicar los cálculos de probabilidad y posibilidad.

Al respecto dice MEZGER: "Para escapar a dicho reproche ha desenvuelto MAX RÜMELIN una *teoría de la causación desde el punto de vista del pronóstico posterior objetivo.* Con arreglo a ella, el problema de la calculabilidad y probabilidad del resultado ha de resolverse, en principio, desde el punto de vista del observador objetivo; por consiguiente, desde el punto de vista del juez. Pero el criterio del pronóstico objetivo *a posteriori* obliga a tomar en consideración todas las condiciones que

[107] MARCO CAPECCHI, *Il nesso di causalità,* cit., pág.78.

[108] LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal,* t. III, cit., pág. 530.

ya existían en la acción humana, incluso aunque hayan sido solo más tarde conocidas, así como todas las que según la general experiencia del hombre se producirían en lo sucesivo. Todas las condiciones del resultado ya existentes al tiempo de realizarse el hecho (por ejemplo, la constitución física anormal del lesionado) y las posteriores, previsibles para el autor (por ejemplo, la conducta imprudente del lesionado, en el caso de que pudiera calcularse que se produciría), son causas con arreglo a esta tesis"[109]

Con las posiciones de Thon y Rümelin, llegamos a una primera conclusión frente a la originaria teoría de von Kries: los dos primeros autores mencionados afirman que para realizar los cálculos de probabilidad de que una condición puede efectivamente llevar al resultado, no solo se debe tener en cuenta el juicio *ex ante* de la experiencia, es decir, no solo se puede analizar lo que se espera que la conducta produzca antes de que realmente se obtenga el resultado sino que es necesario analizar lo que puede suceder luego de que la conducta efectivamente se realice. Por lo anterior, estamos frente a un juicio *ex post* de la experiencia, en donde se analiza tanto aquello que se puede prever antes de que la conducta se lleve a cabo, como aquello que puede suceder luego de su realización.

Además, amplían la cobertura de la tesis originaria de von Kries, porque esta previsibilidad de lo que puede acontecer con un comportamiento, ya no se valora desde el punto de vista exclusivo de los conocimientos del autor, sino que se buscan los conocimientos que un hombre promedio pudiera emplear frente a la misma situación.

Ya no se trata entonces de una valoración meramente subjetiva como la planteaba von Kries; será objetiva en la medida en que se valora una

[109] Edmundo Mezger, "La acción", en *Revista de Derecho Penal,* núm. 22, cit., pág. 23.

Al respecto dice Claudia López Díaz (*Introducción a la imputación objetiva*, cit., pág. 42): "Los interrogantes que ocuparon a los expertos por largo tiempo se refieren a cómo se debía formular el juicio de probabilidad: ¿*ex ante*?, ¿ex post?, ¿desde el punto de vista del autor?, ¿desde el punto de vista del tercero?, ¿con base en qué información? El problema fue solucionado con base en el llamado «pronóstico objetivo posterior», según el cual el juez se debe situar en la posición de un observador que se halla antes del hecho, y que dispone de los conocimientos de un hombre inteligente del círculo correspondiente al del autor; así mismo, del conocimiento especial que tenga el autor. Es decir, se trata de un juicio *ex ante*, que acumula las posibilidades subjetivas y objetivas, oscilando las propuestas para la posibilidad del juicio objetivo entre aquello que debe esperarse de personas en un determinado rol, hasta un resumen de todos los conocimientos de la experiencia en un tiempo determinado, en una persona ideal (hombre inteligente u óptimo)".

conducta que corresponde a lo que debe esperarse de un hombre promedio; pero si el agente que actúa o que pone en funcionamiento determinada condición, posee conocimientos muy específicos, se debe retomar la valoración subjetiva de lo que debe esperarse de su comportamiento[110].

Analicemos el siguiente ejemplo que propone CLAUS ROXIN: "Cuando A convence a B de realizar un viaje durante el cual el avión cae a consecuencia de la explosión de una bomba, no se puede decir razonablemente que A ha colocado una condición que lleva a B a la muerte, pues antes del viaje un observador inteligente, promedio habría considerado tal evento como totalmente improbable. Otra cosa sería que A conociera la existencia de un plan terrorista contra el avión. Este conocimiento especial que tiene el autor llevaría a un juez a calificar este viaje como muy peligroso y afirmaría que A ha impuesto una condición adecuada para la realización del resultado [...]"[111].

Un ejemplo de ENRIQUE BACIGALUPO también resulta útil para evidenciar la importancia del juicio *ex ante* o *ex post*, abstracto o concreto: "Lo mismo sucede en el caso del hemofílico: ocasionar a alguien una pequeña herida no es una condición que generalmente conduzca a la producción del resultado muerte; por tanto es inadecuada. No obstante, si quien la ocasiona tiene conocimiento, o debería tenerlo, de la concausa preexistente en la víctima (la hemofilia), su conducta es causal para la producción del resultado muerte"[112].

c') *Traeger y la teoría de la circunstancia generalmente favorecedora.* TRAEGER, critica esta postura de THON y RÜMELIN por ser muy amplia, por contener en una misma postura juicios *ex ante* y *ex post*, en

[110] MARCO CAPECCHI (*Il nesso di causalità,* cit., pág. 80) dice sobre la valoración en abstracto, con connotaciones en concreto, cuando el agente posee conocimientos que superan a los del común de los hombres: "Nel caso della base della valutazione in astratto vi è poi da stabilire quale sia il 'metro' da impiegare: se si fa ricorso alla cultura media risulteranno escluse tutte le conseguenze che un esperto potrebbe causare volontariamente ma impunemente (*si pensi al caso di un chimico che potrebbe uccidere una persona somministrandole un cocktail di sostanze, singolarmente innocue ma che, abilmente combinate, diventano tossiche: tale circonstanza sarebbe considerata casuale secondo il metro di una persona normale, ma un chimico sa bene il risultato che si ottiene mescolando tali sostanze*)".

[111] Este ejemplo de CLAUS ROXIN es citado por CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., págs. 42-43.

[112] ENRIQUE BACIGALUPO, *Principios de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Madrid, Edit. Akal, 1994, pág. 120.

abstracto y en concreto y propone la *teoría de la circunstancia generalmente favorecedora.*

Para Traeger, el conocimiento que se debe tener en cuenta a la hora de valorar lo que una condición puede generar, es el de un hombre que se sale del lineamiento de lo ordinario e ingresa en la categoría de lo perspicaz[113].

Mezger explica en los siguientes términos la teoría de Traeger: "En esta teoría sirve de base al juicio de probabilidad el total de conocimiento deducido de la experiencia y todas las condiciones existentes en el momento de la acción, susceptibles de ser conocidas por el hombre más perspicaz, así como las que por otra parte fueran conocidas por el agente"[114].

Podemos evidenciar que Traeger juega nuevamente con un criterio objetivo-subjetivo, porque para su teoría son igualmente importantes las condiciones que se conocen o pudieron ser conocidas por el agente (condiciones subjetivas o en concreto) y las condiciones susceptibles de ser conocidas por un hombre muy astuto (condiciones objetivas o en abstracto).

Pero la crítica que se le hace a Traeger es que *el hombre perspicaz* que emplea para hacer el juicio de probabilidad, supera exageradamente al hombre promedio e incluso podríamos decir que no podría ni siquiera equiparse al *buen padre de familia* o al *diligente hombre de negocios*

[113] Atilio Anibal Alterini (*Responsabilidad civil: límites de la reparación civil,* cit., págs. 152-153) dice al respecto: "Otra posición considera la *circunstancia generalmente más favorecedora,* y realiza el juicio de probabilidad según la captación de un hombre muy perspicaz. Por ello se ha dicho que toma en cuenta una suerte de *superhombre.* Traeger, de esa manera, defiere la cuestión al juicio de previsibilidad de un hombre especialmente informado como es el perito".

[114] Edmundo Mezger, "La acción", en *Revista de Derecho Penal,* núm. 22, cit., pág. 23.

Marco Capecchi (*Il nesso di causalità,* cit., pág. 79) explica la postura de Traeger de la siguiente manera: "Traeger corregge i difetti di queste due formulazioni nel modo seguente: una circonstanza sarebbe condizione adeguata di un evento se essa ha incrementato in generale e in misura non indifferente la possibilità oggettiva del verificarsi di un evento come quello effettivamente verificatosi. Per una siffatta valutazione sarebbero da considerare soltanto: - tutte le circonstanze conscibili da un osservatore in condizioni ottomali nel momento in cui la condizione si verifica; - le ulteriore circonstanze consciute dall'autore dall'atto. Secondo Traeger l'esame se la fattispecie accertata in questa maniera abbia favorito il verificarsi dell'evento dannoso in modo rilevante deve tener conto dell'intera esperienza umana disponibile in quel momento".

de los cuales habla el Código Civil colombiano[115]. Es un hombre que posee muchísimos conocimientos, que domina la experiencia y que es un perito de la ciencia, en conclusión, un *superhombre*.

d') *Tarnowski y las concepciones generales de la época.* Otra de las teorías correctivas de la causalidad adecuada es formulada por TARNOSWKI, quien ve en la adecuación una cuestión previa, con independencia de la culpabilidad, que se ubica en el derecho positivo[116].

Como la adecuación se encuentra claramente separada de la culpabilidad, para que una conducta pueda ostentar el calificativo de causa se debe hacer un juicio de probabilidad, tal como lo menciona la originaria teoría de la causalidad adecuada, pero no se tienen en cuenta los conocimientos del agente de la conducta para determinar si de esa conducta se podría esperar el resultado, sino que se tienen en cuenta las concepciones generales de la época sobre la conexión de las cosas[117].

El criterio planteado por TARNOWSKI es verdaderamente objetivo, porque se sale totalmente de la esfera del conocimiento humano, ya sea del agente de la conducta, de un hombre promedio o de un hombre muy perspicaz y deja que sea la regularidad de los acontecimientos en la historia, la que determine si es probable que una conducta produzca o no un resultado.

Vale la pena dejar planteado el interrogante acerca del rigor científico de *las concepciones generales de la época sobre la conexión de las cosas*, porque nada se dice si dichas concepciones de la época, pertenecen a la esfera científica, aristocrática o simplemente ordinaria dentro de una sociedad.

e') *Von Hippel y la teoría de la equivalencia de las condiciones seguida por la teoría de la causalidad adecuada.* Por último, tenemos

[115] Código Civil colombiano, art. 63 incs. 2º a 4º: "Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

"El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

"Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especia de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado".

[116] Cfr. EDMUNDO MEZGER, "La acción", en *Revista de Derecho Penal,* núm. 22, cit., pág. 23; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal,* t. III, cit., págs. 532-533.

[117] Ibídem.

la postura de Robert von Hippel. Este autor se basa en la teoría de la equivalencia de las condiciones, porque la considera el punto de partida y el fundamento de todo estudio causal, pero considera que esta teoría debe someterse a unas limitaciones pues "constituiría un manifiesto absurdo (que el legislador, por otra parte, no ha querido) imponer una pena al sujeto en los casos de concurrencia de condiciones totalmente extraordinarias, incalculables desde el punto de vista del normal juicio de los hombres"[118].

Ahora bien, von Hippel precisa cómo debe realizarse posteriormente el proceso de adecuación de las condiciones para limitar la teoría de la equivalencia de las condiciones y dicho proceso consta de dos aspectos.

Explica von Hippel los dos aspectos de su proceso de adecuación en los siguientes términos: "1. Se trata aquí de un juicio de posibilidad en el que se compara el curso causal efectivamente producido, con el que era de esperarse razonablemente. Para esto último el juez ha de ponerse en la situación que existía al tiempo del acto; es decir, ha de recaer una decisión por medio de la llamada prognosis posterior. Debe preguntarse al respecto: ¿qué sabría el autor entonces y qué cosas, además era posible conocer en aquel momento conforme a un juicio razonable? La medida de este conocimiento ha de ser procurada no por el saber de un fingido hombre ideal (como quería Traeger), sino por el saber de un hombre normal, con la necesaria experiencia en la esfera de un juzgador competente; es decir, prácticamente el saber del juez mismo con la eventual concurrencia de peritos"[119].

Continúa explicando el autor: "2. Desde este punto de vista debe decidirse si el curso producido está dentro de los límites de la adecuada experiencia o aparece como un caso incalculable. El grado de la posibilidad con que se decide si es calculable o no, en el sentido de la causación adecuada, no se determina, naturalmente, ni estadística ni lógicamente, sino según las consideraciones de la justicia y de la finalidad. Según esto, no está causado adecuadamente el resultado cuando el curso causal efectivamente acaecido, según el juicio racional, era en el momento del acto o absolutamente imprevisible o del tal modo improbable que su posibilidad se presentaba como indiferente para el comportamiento práctico del hombre razonable, en la vida social"[120].

[118] Esta cita de von Hippel fue tomada de Edmundo Mezger, "La acción", en *Revista de Derecho Penal,* núm. 22, cit., pág. 23.

[119] Cita de von Hippel tomada de Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal,* t. iii, cit., pág. 535.

[120] Ibídem.

d) *Ventajas de la teoría de la causalidad adecuada en general.* Ahora bien, con independencia de la forma de llevar a cabo los juicios de probabilidad y posibilidad, la teoría de la causalidad adecuada se muestra como una teoría ventajosa frente a los siguientes aspectos: 1) evita el *regressus ad infinitum* de la teoría de la equivalencia de las condiciones y 2) se puede presentar la interrupción del nexo causal.

a') *Evita el regressus ad infinitum de la teoría de la equivalencia de las condiciones.* Al ser una teoría que escoge una determinada condición como causa, elimina inmediatamente el planteamiento de la teoría de la equivalencia de las condiciones donde todos y cada uno de los antecedentes del resultado eran tomados como causa de la totalidad del resultado.

La teoría de la causalidad adecuada basándose en juicios de probabilidad y posibilidad determina cuál condición es la que probablemente tiene la aptitud de producir el resultado o de incrementar considerablemente la posibilidad de realización de este.

CLAUDIA LÓPEZ plantea esta ventaja de la siguiente manera: "La teoría de la adecuación permite la eliminación de cursos causales extravagantes o de naturaleza extraordinaria; ella evita el *regressus ad infinitum* de la teoría de la equivalencia de las condiciones, acudiendo al juicio de probabilidad y a la tendencia general de la acción base para la producción de una determinada serie causal, se permite descartar las desviaciones del curso causal producidas por fuera de todo cálculo racional. Así, por ejemplo, deja de ser considerado causante del resultado más grave (la muerte) el que ocasiona una lesión leve a otra persona en un accidente de tráfico, quien luego muere en el hospital a consecuencia de un corte de energía eléctrica que se produce en el momento de la intervención quirúrgica"[121].

b') *Se puede presentar la interrupción del nexo causal.* Como hemos explicado, la teoría de la causalidad adecuada tiene un primer momento denominado el del saber ontológico, en donde se agrupan las condiciones que son *conditio sine qua non* del resultado y sobre las cuales se aplican posteriormente los juicios de probabilidad y posibilidad (saber gnomológico).

Cuando se aplican los juicios de probabilidad y posibilidad sobre una conducta, pero a la vez se pone de presente que existe un factor anómalo o extraño que es el que incrementa realmente la probabilidad

[121] CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., pág. 41.

de producción del resultado, dicha conducta no puede ostentar el calificativo de causa, porque si bien participa en la producción del resultado, es el factor extraño el que realmente lo produce, presentándose así una ruptura del nexo causal entre la conducta y el resultado[122].

Bien señala Orgaz: "[...] no basta establecer que la acción era en general idónea para producir el daño, sino que es además necesario que las circunstancias intermedias hayan sucedido también normalmente, sin la intervención de factores anómalos o extraordinarios"[123].

Dos ejemplos de la jurisprudencia italiana ayudan a explicar esta ventaja de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

[122] Al respecto dice Isidoro Goldenberg (*La relación de causalidad en la responsabilidad civil,* cit., pág. 36): "Precisamente, la concurrencia de esos eventos disociantes interfieren el curso causal originario del proceso, interrumpiéndolo; se produce entonces la *fractura del nexo causal*. En tales hipótesis queda excluida la *imputatio facti* entre el resultado final y el suceso desencadenante de la trama de los acontecimientos".

Francesco Messineo (*Manual de derecho civil y comercial,* t. iv, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1971, pág. 500) explica la interrupción del nexo de causalidad según la teoría de la casualidad adecuada en los siguientes términos: "Se dice que hay interrupción, o rotura, del nexo causal, cuando el daño que, en abstracto, habría podido verificarse o que se habría verificado por una causa, o por un conjunto de causas (la denominada serie causal) ya en acto, deba, en cambio, adscribirse en concreto (en el momento en que se verifica) y exclusivamente, a una causa diversa y más próxima, o a un diverso conjunto de causas y solamente a ellas; en el sentido de que la primera relación de causalidad se elimina o es absorbida por la segunda, idónea por si sola, para determinar, como causa única, el daño".

[123] Alfredo Orgaz, *El daño resarcible,* cit., pág. 36.

Francesco Antolisei (*Manual de derecho penal. Parte general,* cit., pág. 180) afirma: "La consecuencia fundamental de la teoría a que nos referimos es que no se consideran causados por el agente los efectos que en el momento de la acción se presentasen como improbables, es decir, los efectos extraordinarios o atípicos de la acción misma".

Pablo Salvador y Antonio Fernández (*Causalidad y responsabilidad, cit.,* pág. 9) explican esta ventaja de la interrupción del nexo causal en los siguientes términos: "Esta doctrina suele citarse en casos de accidentes raros, absolutamente infrecuentes o erráticos (*freakish accidents)*. Una de las razones que se aducen es que ello no tiene consecuencias negativas en los incentivos de los posibles demandados, ya que, por hipótesis, el accidente es imposible de prever. Otra función consiste en limitar la responsabilidad en casos de accidentes que se producen por pura coincidencia (*coincidential accidents)*, como cuando un autobús que viaja a velocidad excesiva e indebida es dañado o destruido por un árbol que cae sobre él en el preciso instante en que roza su sombra: permitir que los demandados escapen a toda responsabilidad por semejantes accidentes absolutamente azarosos no afectaría a sus precauciones y el incumplimiento de la regla sobre limitación de velocidad no incrementa el riesgo de daño".

El primer caso es el fallecimiento de un Director del INSP por un paro cardíaco ocurrido durante una discusión ocasionada por la reprimenda a un subordinado.

El problema que representó este caso para la jurisprudencia fue verificar si el comportamiento del dependiente podía ser causa adecuada de la muerte del Director.

Si bien la pericia médica indicó que el infarto puede adscribirse al comportamiento del dependiente, la jurisprudencia consideró que la secuencia discusión-muerte no es estadísticamente relevante y por lo tanto tiene que buscarse otra causa distinta del comportamiento del empleado, que en este caso la constituye el caso fortuito[124].

En el segundo caso ocurrió una revuelta de los internos de una cárcel, quienes habían ocasionado perjuicios a los suministros que la empresa proveedora de los enseres del cuartel mantenía en el interior del presidio. Esta revuelta había nacido como consecuencia de la determinación de la administración de aislar a algunos detenidos.

En este caso, la administración carcelaria fue demandada para que respondiera por los daños causados por los internos de la cárcel, por lo cual, el problema que debía resolver la jurisprudencia consistía en determinar si la administración podía ser considerada causante de dichos daños.

La Corte de Casación dijo que desde un punto de vista jurídico, el aislamiento de unos internos por la administración no puede ser considerado la causa de la revuelta porque no es previsible que de un aislamiento legítimo se siga normalmente una revuelta de los otros internos, razón por la cual la administración carcelaria no puede ser tomada como causa de dicho comportamiento insurrecto de los internos y por lo tanto entrar a responder[125].

Pero así como representa ventajas frente a la teoría de la equivalencia de las condiciones, también ha sido objeto de duras críticas.

e) *Críticas formuladas a la teoría de la causalidad adecuada, en general.* Ya habíamos hablado de las críticas que habían formulado di-

[124] Sentencia de Casación del 23 de junio de 1980, núm. 3622 – Italia, tomada de MARCO CAPECCHI, *Il nesso di causalità,* cit., pág. 66 y de MARCO CAPECCHI, "El problema del nexo de causalidad en la responsabilidad civil: causalidad material y causalidad jurídica", en *Responsabilidad civil y del Estado,* cit., págs. 77-78.

[125] Sentencia de Casación de 20 de octubre de 1983, núm. 567 – Italia, tomada de MARCO CAPECCHI, *Il nesso di causalità,* cit., pág. 66 y de MARCO CAPECCHI, "El problema del nexo de causalidad en la responsabilidad civil: causalidad material y causalidad jurídica", en *Responsabilidad civil y del Estado,* cit., pág. 78.

versos autores a la tesis originaria de von Kries, formulando las teorías correctivas que vimos anteriormente; pero las críticas que veremos a continuación se han hecho al esquema general de la teoría de la causalidad adecuada.

Dichas críticas se pueden resumir en los siguientes puntos: 1) el rigor científico de la aplicación de los criterios de probabilidad y posibilidad; 2) la constante confusión entre causalidad y culpabilidad; 3) los eventuales problemas de la irresponsabilidad, y 4) la conducta humana como condición.

d) *El rigor científico de la aplicación de los criterios de probabilidad y posibilidad.* Como hemos podido ver a lo largo de la exposición de la teoría de la causalidad adecuada, siempre se mencionan los juicios de probabilidad y posibilidad desde distintos ángulos, es decir, se toman los conocimientos del sujeto que actúa, del hombre promedio, del hombre muy perspicaz e incluso las conexiones probabilísticas que se pueden constatar en la sociedad.

Estos juicios, como ya lo hemos explicado, se aplican para verificar si una conducta está llamada a producir un resultado una vez se realice o si por lo menos incrementa notablemente las posibilidades de su producción.

Hasta este punto no habría ningún problema, pero nos preguntamos: ¿cómo se relaciona la probabilidad con el comportamiento estudiado?; ¿cuál es el mecanismo para identificar si una conducta realmente produce un resultado?

La teoría de la causalidad adecuada, con todas sus correcciones posteriores, nada dice al respecto, no menciona mecanismos científicos encargados de calcular la probabilidad y la posibilidad de que una conducta produzca un resultado teniendo en cuenta las condiciones del sujeto que actúa o del hombre promedio o de ambos.

Se cuenta con tres variables: conducta, resultado y conocimiento del sujeto que actúa o del hombre promedio de una sociedad y la manera de enlazarlos para poder realizar un cálculo de probabilidad y posibilidad es arbitrario, porque la teoría guarda silencio al respecto[126].

[126] Jorge Peirano Facio (*Responsabilidad extracontractual,* cit., pág. 421) afirma: "Por un lado, se les critica la noción de previsibilidad que se encuentra en su propia base. Toda tesis de causalidad adecuada implica un previo juicio de posibilidad o de probabilidad en su caso, respecto de la ocurrencia de un hecho similar dada la existencia de una de las concausas, y este juicio debe realizarse de modo arbitrario, sin que la teoría de la causalidad adecuada nos proporcione un criterio cierto, por lo que es evidente

Como podemos apreciar, no existe rigor científico para verificar las probabilidades o posibilidades de que una conducta produzca un resultado, se tomarán criterios arbitrarios muchos de ellos basados en lo que comúnmente se aprecia como habitual.

Pero para CLAUDIA LÓPEZ, este problema de los criterios estadísticos habituales se ve también reflejado en los casos en que una condición que a pesar de no ser tomada como habitualmente creadora de un resultado, resulta relevante en la producción de este.

LÓPEZ explica esta crítica de la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos: "Se limita a calificar los sucesos según criterios estadísticos o de causalidad habitual; no obstante, pueden existir condiciones que, a pesar de no ser calificadas como habituales son relevantes [...] ROXIN afirma que también procesos concretos, aislados —en contra de la teoría de la adecuación— pueden ser normativamente relevantes sin corresponderse con un cuadro de sucesos habituales. Dicho con un ejemplo: un hombre se ha drogado con un medicamento utilizado raramente, y a causa de su constitución física la sustancia no actúa como es habitual en el estómago, sino ya en el esófago; entonces, a pesar de la improbabilidad extrema del proceso concreto, no es posible fundamentar que el resultado no es imputable, pues la consecuencia es una realización del peligro causado por el autor"[127].

b') *La constante confusión entre causalidad y culpabilidad.* Esta es la crítica más importante que se la hace a la teoría de la causalidad adecuada.

Como lo mencionamos al exponer la tesis originaria de VON KRIES, al existir juicios de probabilidad sobre determinada conducta y al hacerse estos tomando en consideración los conocimientos que el sujeto que realiza la conducta puede tener sobre lo que su conducta puede o no producir, podríamos pensar que esta noción de previsibilidad puede confundirse con la intencionalidad con la que el sujeto actúa para la consecución de un resultado.

Se confundirían causalidad y culpabilidad, conceptos que por su naturaleza persiguen metas disímiles pero complementarias. La causalidad, como lo hemos repetido en innumerables ocasiones, solo busca encontrar la causa de determinado daño, mientras que la culpabilidad obra una vez se haya escogido la causa y se pretenda hacer un juicio de reproche sobre cómo se actuó.

---

que el resultado de dicho juicio no dependerá de ningún dato objetivo sino solo de la apreciación de aquel que examine la causalidad adecuada, lo parece totalmente inadmisible".

[127] CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., pág. 44.

Si analizamos la previsibilidad con que el sujeto actuó, esta sería fácilmente confundida con la intencionalidad que tuvo, razón por la cual para establecer lo que se debe tener por causa se estarían empleando elementos propios de la culpabilidad.

Aunque las teorías correctivas intentan obviar el problema de los juicios de probabilidad desde la perspectiva del sujeto cuyo comportamiento es tenido como condición, siguen empleando este criterio que resulta confuso pues implica una representación de las posibles consecuencias que se desencadenan luego de ponerse en acción determinado comportamiento.

Franz von Liszt expone esta crítica en los siguientes términos: "En contra de la teoría de la causación adecuada hay argumentos de gran peso, que, actualmente, hacen resaltar, sin rechazarla, los mismos Litten y Liepmann. Esta doctrina aplica la idea de la posibilidad, no donde esta existe realmente, sino donde se presenta la realidad de un acontecimiento. Cuando concibe subjetivamente la previsibilidad, como lo hace von Kries, confunde la cuestión de la causa con la de la culpabilidad (con el principio de la responsabilidad). Cuando quiere determinar objetivamente la previsibilidad, cae, sin remedio en contradicciones irreductibles. En el caso en que el autor ha previsto de antemano el curso atípico de las cosas, esta teoría tiene que absolver o reemplazar la previsibilidad objetiva con la previsión subjetiva. Krückmann se ha visto, por esto, obligado a equiparar la previsibilidad general e individual; pero de este modo, se abandona el conjunto de la teoría misma"[128].

[128] Franz von Liszt, *Tratado de derecho penal*, t. II, cit., pág. 306. En el mismo sentido dice Giulio Battaglini (*Diritto penale. Parte generale,* cit., pág. 178): "*Inoltre, la teoria non riesce a difendersi da una grave obiezione: essa, per un'eccessiva preoccupazione di giustizia, introduce un giudizio di calcolo soggettivo, dove invece è questione soltanto della produzione di un fenomeno. Viene così a confondersi il problema della causalità materiale con quella della colpevolezza. È evidente che tutto ciò che riguarda l'elemento psichico non ha a che fare col nesso causale in senso oggettivo. Questa teoria ha avuto in dottrina largo successo, perchè, portando in causa un elemento valutativo, che sotto la denominazione nuova é press'a poco il concetto antico della prevedibilità, sostanzialmente implica risultati intonati a giustizia*".

Georges Ripert y Jean Boulanger, citados por Pablo Rodríguez Grez (*Responsabilidad extracontractual,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pág. 386) afirman: "La noción de causalidad adecuada es un artificio que permite volver a introducir la idea de culpa en una construcción técnica destinada a asegurar la reparación del daño. A este respecto es sintomático que en la jurisprudencia francesa sea sobre todo a propósito de la responsabilidad por el hecho de las cosas que los tribunales hayan encarado el hecho causal".

Si bien son muchos los autores que ponen en evidencia la confusión entre causalidad y culpabilidad que presenta la teoría de la causalidad adecuada, MARCO CAPECCHI no está de acuerdo con aquella y propone una réplica.

CAPECCHI afirma que, en teoría, las valoraciones que se tienen en cuenta en el momento de aplicar los juicios de probabilidad y de posibilidad son bien diversas dependiendo de si se trata de apreciar la causalidad o la culpabilidad.

Dice este autor que la culpa, en cuanto elemento subjetivo, se basa en una valoración de probabilidad en concreto, mientras que la valoración que sirve de base a la teoría de la causalidad adecuada debe ser de tipo abstracto, conforme a la ciencia y la experiencia.

Sin embargo, afirma que en el ámbito del derecho ambas valoraciones tienden a coincidir[129].

---

Cfr. JORGE PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual,* cit., pág. 422.

[129] Al respecto dice MARCO CAPECCHI (*Il nesso di causalità,* cit., pág. 84): "*Altra critica viene rivolta a questa teoría è che il giudizio di prevedibilità pùo comportare una contaminazione di carattere subiettivo dell'elemento oggettivo. Infatti, se questo giudizio venisse compiuto prevalentemente ex ante e in concreto, lo stesso finirebbe per sovrapporsi all'omologo giudizio inerente l'accertamento dell'elemento soggettivo. A questa critica si potrebbe replicare che, in teoria, le valutazioni che sono alla base del giudizio di prevedibilità e di probabilità sono ben diverse: la colpa in quanto elemento soggettivo si fonda su una valutazione di prevedibilità in concreto, mentra la prevedibilità che è alla base della causalità adeguata dovrebbe essere di tipo astratto e secondo la miglior scienza es esperienza. Questa netta differenza, tuttavia, nel dirittto vivente si attenua notevolemente e autorizza a ritenere questa critica sostanzialmente fondata nel sensa che le due valutazioni tendono a coincidere*".

Esta 'coincidencia' de la cual habla CAPECCHI, se aprecia en la sentencia del Tribunal Supremo español de 4 de abril de 1997 (art. 2724), que resuelve el caso de un atracador que forcejeó e hirió con una navaja a la actora, una mujer que, de madrugada, había entrado en un local con cajero automático de la entidad bancaria, que demanda, pues el pestillo de la puerta estaba roto. La actora reclamó a la demandada una indemnización de 90.152 €. En primera instancia su demanda fue estimada en parte, pero la entidad demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provisional desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo confirmó la decisión de la Audiencia con razones referidas a la causalidad adecuada: "[...] para nada la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la comisión u omisión —causa— y el daño o perjuicio resultante —efecto—, la doctrina jurisprudencial aplica el principio de causalidad adecuada, que exige que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; [...] una relación de necesidad conforme a los conocimientos normalmente aceptados y debiendo valorarse en cada caso concreto, si el acato antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria el efecto lesivo producido

La réplica de Capecchi tiende a acoger una postura correctiva de la causalidad adecuada pues dice que los criterios de valoración de la probabilidad deben ser objetivos, pero esto no basta para que no haya confusión entre ambos aspectos; incluso Capecchi admite la confusión cuando dice que en el ámbito del derecho las valoraciones de la causalidad y de la culpabilidad tienden a confundirse.

Por la confusión que se plantea entre causalidad y culpabilidad, se ha pensado que la teoría de la causalidad adecuada no es realmente una teoría de la causalidad sino una teoría de imputación, porque no está escogiendo únicamente una causa sino que se encarga de valorar psicológicamente lo que se pretendía con el comportamiento que es tomado como tal.

La postura de considerar que la teoría de la causalidad adecuada es una teoría de imputación la propone Karl Larenz.

Sobre la posición de Larenz se afirma: "Desde un punto de vista predominantemente filosófico, dice que el derecho valora al hombre en su actividad y en el mundo del ser y da a las acciones humanas consecuencias jurídicas, castigándole si delinque o atribuyéndole beneficios si cumple los presupuestos de un supuesto de hecho legal. Pero antes de reconocer estas consecuencias jurídicas buenas o malas para el agente ha de cerciorarse de cuál fue la acción y conducta humana, ya que como tal será valorada jurídicamente. Esta valoración tendrá en cuenta que el obrar del hombre viene determinado por su voluntad, pero esta no puede sustraerse a las leyes causales. De aquí se deduce, por tanto, que la idea de imputación coloca el acontecer causal procedente del hombre en una relación con su voluntad. El ordenamiento jurídico puede disponer que el hombre responda hasta donde el curso causal pueda ser dirigido y dominado por la voluntad. Únicamente podrá decirse que se denomina por la voluntad esa evolución causal cuando la misma es previsible. La previsibilidad es la frontera extrema de la posibilidad de dominación o control y con ello también de la responsabilidad de un hombre por un hecho; es decir, que solo puede serle imputado el curso causal de los hechos en cuanto sea previsible. En la adecuación no se trata, pues, de un problema causal puro, sino en la relación de hombre con la evolución causal"[130].

---

[...] es precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo*"*.

[130] Cita de Karl Larenz tomada de Jaime Santos Briz, *Derecho de daños,* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, págs. 217-218.

c') *Los eventuales problemas de la irresponsabilidad.* Para explicar esta crítica es necesario traer a colación una de las ventajas que presentaba la teoría de la causalidad adecuada: la interrupción del nexo causal.

Como veíamos en su momento, la teoría de la causalidad adecuada permite que el curso causal entre una conducta y el resultado se interrumpa cuando se presenta un factor extraño que aumenta realmente las probabilidades de producir el resultado.

Para ANTOLISEI, esta posibilidad de interrupción del nexo causal podría generarse en casos de irresponsabilidad y explica su postura en los siguientes términos: "Por otra parte, debe considerarse excesiva la afirmación general (en que se concreta la consecuencia característica de esta doctrina) de la irresponsabilidad por los efectos atípicos o anormales de la acción. En efecto, admitido que cualquier anomalía en el proceso causal sea suficiente para excluir la existencia del nexo, debería negarse la imputación del resultado, por ejemplo, en el siguiente caso: E vuelve a herir a F, que no pudiendo sufrir los padecimientos de la cura, se suelta el vendaje, de manera que agravándose la herida, el resultado letal, ya seguro, es anticipado en un pequeño margen de tiempo. La teoría de la adecuación presenta por ello un defecto opuesto al de la doctrina de la equivalencia: extiende exageradamente el campo de la irresponsabilidad penal, conduciendo a demasiadas absoluciones"[131].

d') *La conducta humana como condición.* La teoría de la causalidad adecuada, tal y como fue concebida por VON KRIES, parte de un supuesto que la haría inoperante para los casos de responsabilidad civil extracontractual de carácter objetivo, porque solo toma en consideración las conductas humanas y sobre ellas se realiza el juicio de probabilidad y posibilidad.

En los casos de responsabilidad civil extracontractual objetiva, las causas del daño no son precisamente conductas humanas; bien puede presentarse que sea una cosa, un animal o el desarrollo de una actividad peligrosa lo que genere el daño.

Como podemos ver, no existe participación directa del hombre sobre la producción del resultado y llegaríamos a preguntarnos cómo sería posible la selección de la causa, si esta se hace con fundamento lo que puede prever el sujeto que actúa o en lo que puede prever el hombre promedio.

Si la teoría de la causalidad adecuada solo tiene presente este tipo de valoraciones de la conducta humana, que posteriormente clasificará y

[131] FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual de derecho penal, Parte general,* cit., pág. 180.

catalogará como causas, es imposible su aplicación en la responsabilidad civil extracontractual donde si bien es el hombre quien responde en últimas, no es él quién ha causado directamente el daño.

Podríamos plantear una corrección a la teoría de la causalidad adecuada en la que el juicio de probabilidad sobre las condiciones que antecedan al daño se realice de acuerdo con leyes científicas y se haga un análisis de la probabilidad de que determinada condición produzca un resultado atendiendo a lo que usualmente ocurriría de presentarse los mismos hechos, pero excluyéndonos totalmente de la esfera de previsión que tiene el hombre sobre su actuar.

Por ejemplo, una persona con gustos bastante exóticos tiene en el patio de su casa un tigre de Bengala. Un día, el tigre es molestado por unos niños que pasan por el sector y logra vencer todas las medidas de seguridad saliendo a la calle. Antes de que su dueño logre devolverlo al cautiverio, el tigre alcanza a morder el brazo de uno de los niños, que tratando de salvar su vida, logra trepar un árbol cercano. ¿Cuál es la causa de la lesión del niño?

Podemos decir, guiados por el sentido común, que la causa de la lesión del niño es la mordedura del tigre, cosa distinta será la imputación del daño que ha causado el tigre, ya que esta será de cargo de su dueño[132]. Este es un caso de responsabilidad objetiva donde claramente la causa del daño no es una conducta humana sino la acción de un animal.

Dejando de lado el sentido común y tratando de aplicar la teoría de la causalidad adecuada para escoger la causa, ¿cómo aplicaríamos los juicios de probabilidad y posibilidad sobre las condiciones que hicieron posible la producción del resultado?

Proponemos que se haga teniendo en cuenta los datos científicos de la estadística, dejando a un lado todo tipo de connotación humana. En el ejemplo propuesto, la causa se escogería aduciendo que un tigre de bengala no es agresivo en condiciones de cautiverio tranquilas, tal y como las tenía, pero una vez recobra la libertad y la movilidad, su comportamiento se trastorna y siendo un gran acechador y escalador de árboles, puede resultar muy peligroso para los seres humanos, causando, en la mayoría de los casos, lesiones severas e incluso la muerte de todo aquel que se le acerque.

[132] Código Civil colombiano, art. 2354: "El daño causado por un animal fiero, de que 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".

Sería entonces una teoría de causalidad adecuada totalmente objetiva en donde solo la estadística, científicamente establecida, podría determinar cuándo es probable que tanto una conducta humana como una acción de distinta naturaleza estén normalmente llamadas a producir un resultado.

E) *Otras teorías de la causalidad jurídica*

A continuación explicaremos brevemente otro grupo de teorías, cuya aplicación no ha sido tan frecuente como las que hemos estudiado, pero que igual intentan proponer criterios para determinar qué se debe entender por causa en el ámbito jurídico.

a) *La teoría de la causa próxima.* Al igual que la teoría de la causalidad adecuada, esta es una de las teorías que toma uno solo de los antecedentes del resultado como causa, pero, como su mismo nombre lo indica, reduce el proceso de selección de aquel que inmediatamente antecede al resultado.

Se trata entonces de una valoración cronológica de las condiciones que antecedieron a un resultado, pues se escogerá la que en cuestiones de tiempo sea la inmediatamente anterior a este, para que ostente el calificativo de causa.

Esta teoría, según lo expone DE CUPIS, encuentra su justificación en la dificultad de indagar las causas de las causas y la influencia de unas sobre otras. Explica, en igual sentido, que para esta teoría cuanto más se aleje una condición del resultado, más arduo resulta discernir su influencia causal sobre este; por tales dificultades el derecho debe renunciar al estudio detallado de toda la cadena causal y debe satisfacerse con la condición inmediata que antecede al resultado[133].

Algunos doctrinantes[134] afirman que esta teoría se deriva de los planteamientos de FRANCIS BACON, a quien se le atribuye la máxima: *in iure non remota causa sed proxima spectatur* (en derecho no se atiende a la causa lejana, sino a la próxima).

[133] ADRIANO DE CUPIS, *Il danno,* cit., pág. 194.

[134] Cfr. MARCO CAPECCHI, *Il nesso di causalità,* cit., pág. 96 ; MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual,* vol. 1. cit., pág. 235; JAIME SANTOS BRIZ, *Derecho de daños,* cit., págs. 217-218; JORGE PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual,* cit., pág. 416; ATILIO ANIBAL ALTERINI, *Responsabilidad civil: límites de la reparación civil,* cit., pág. 147; OSVALDO PALUDI C., *La relación de causalidad civil por el hecho propio,* cit., pág. 25; RUBÉN H. COMPAGNUCCI, *Responsabilidad civil y relación de causalidad,* cit., pág. 39.

Pero para Jiménez de Asúa, la teoría de la causa próxima pertenece a Ortmann, que considera causa la condición que se ha asociado a la última de las restantes[135].

Por la simplicidad con que se presenta esta teoría, ya sea de Bacon o de Ortmann, ha sido objeto de una crítica constante: la posición cronológica de la condición no es criterio suficiente para escoger la causa del resultado.

Como lo hemos señalado, todo resultado que percibimos está antecedido por un conjunto de condiciones que hace posible su realización. Existirán condiciones con más fuerza causal que otras, pero todas en su conjunto son necesarias.

De lo anterior se desprende que no siempre es la última condición que antecede al resultado, la que más fuerza causal tiene, es decir, la que tiene más influencia en la producción del resultado.

Al respecto dice Giuseppe Maggiore: "Aparte la dificultad de establecer cuál será la última causa de un hecho esa doctrina niega la eficiencia de la causa 'mediata' además de la inmediata. ¡Cuántas veces aquel que es causa mediata de un hecho no debe considerarse personalmente de él! Se dice del mismo modo que la última de las cuatro unidades crea el número cuatro, el último movimiento es la última condición que produce el efecto, y, por tanto, es su causa. Pero ¿cómo la última de las cuatro unidades podría formar el número cuatro, si las otras tres no preexistieran? Y además, ¿los fenómenos pueden equiparse a los números?"[136].

Para entender el alcance tan razonable de esta crítica, miremos los siguientes ejemplos.

Si se pone una barrera en una ruta, con la que tropieza un jinete que galopa con su caballo, se niega al jinete derecho a reclamar daños por cuanto puso la causa próxima de ellos, ya que habría podido sortear la barrera de haber galopado más lentamente[137].

Otro caso es el de la enfermera que olvida, por un instante, la jeringa hipodérmica cargada, cuyo contenido es cambiado por otro venenoso, y aplica la inyección al paciente: su acción —aplicar la inyección— es también causa próxima del daño[138].

[135] Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal,* t. iii, cit., pág. 521.

[136] Esta cita de Maggiore fue tomada de Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal.* t. iii, cit., pág. 521.

[137] Atilio Anibal Alterini, *Responsabilidad civil: límites de la reparación civil,* cit., pág. 147.

[138] *Ibidem*.

Aunque esta teoría conduce a situaciones claramente absurdas, como las expuestas, es acogida y empleada por los jueces en el sistema jurídico anglosajón.

Los autores anglosajones HART y HONORÉ, consideran que la aplicación de esta teoría en aspectos causales se separa totalmente del *cause in fact*, es decir, del verdadero estudio de la causa de un determinado resultado que resulta relevante para el derecho, y se transforma en una teoría elaborada por el derecho, con elementos de conveniencia, política pública y justicia, que desdibuja la noción lógica de causalidad[139].

Si bien afirman que le es dado al sistema legal escoger los criterios de determinación de una causa, consideran que esta selección no debe ser arbitraria, ni debe ser una compilación del sentido común, porque el sistema legal a la hora de definir qué se debe tomar por causa, debe atender a criterios con una base científica mucho más seria.

Para ejemplificar cuán arbitraria puede ser la situación en el sistema legal anglosajón, citan el ejemplo de un hábito judicial que se aplica en caso de incendios en el estado de New York, el cual dice que cuando un incendio se produce por acto negligente, originando el incendio del edificio donde se presenta y el de construcciones contiguas, los únicos daños reparables son los que se causan en el edificio donde se originó el incendio[140].

Se cita otro ejemplo donde el caso se resolvió acogiendo la teoría de la causa próxima. Es el caso *Henningsen vs. Markowitz*[141], en que se

[139] H. L. A HART y HONORÉ TONY (*Causation in the law,* cit., págs. 90-91) dicen al respecto: "*This identification, under the heading of 'proximate cause', of what for conventional thought are quite different principles defining the extent of liability is felt by many modern writers to be a major clarification, and it is almost always accompanied by the insistence that the only factual element in question whether or not the harm would have happened without the act. This factual component is variously termed 'cause in fact', 'material cause', conditio sine qua non, and is the sole point of contact with what causation means apart from the law. All the remaining components are questions of the law's policy, to be found in the court's conception of what limitations are just and expedient or in accord with the rationale or 'purpose' of legal rules. What we do mean by the word proximate is that because of convenience, of public policy, of a rough sense of justice, the lay arbitrarily declines to trace a series of events beyond a certain point. This is not logic. It is practical politics*". Cfr. LEON GREEN, *Rationale of Proximate Cause*, Kansas City, Vernon Law Book Company, 1927.

[140] Ibídem, pág. 89. Este hábito judicial se viene dando en los Estados Unidos desde 1866, cuando se presentó el caso *Ryan vs New York Central R. Co*.

[141] Ibidem, pág. 95. Los hechos narrados y la posición judicial corresponden al caso *Henningsen vs. Markowitz*, que se presentó en 1928.

acusa a un vendedor de armas que, violando los estatutos que regulan su venta, vende un rifle de aire y municiones a un menor de edad.

La madre del menor lo obliga a devolver el rifle al vendedor, pero este se niega a recibirlo, razón por la cual la madre decide esconder el arma. Seis meses después el niño encuentra el rifle y permite que su compañero de juego lo utilice. El compañero de juego accidentalmente lo dispara y ocasionándole la pérdida de un ojo a una persona que se encontraba en el lugar.

La pregunta a la cual se enfrentan los jueces es la siguiente: ¿se puede considerar que el vendedor de armas, al violar el estatuto que regula su venta, es la causa próxima de la pérdida del ojo de la víctima?

Los jueces, al aplicar una terminología propia de las fuerzas mecánicas, dijeron que si bien la conducta del vendedor de armas constituye una fuerza que lleva al resultado, esta fuerza es superada por la conducta del niño que dispara, quedando así aquella en una posición remota con respecto al resultado, que la convierte en una fuerza inofensiva.

La aplicación de la terminología de las fuerzas mecánicas no es más que la aplicación de la teoría de la causa próxima, disfrazada con mecanismos que aseguran que dicha teoría cuenta con bases científicas más serias que la mera sucesión cronológica de los sucesos.

b) *La teoría de la causa eficiente.* Al leer lo que los doctrinantes han denominado teoría de la causa eficiente, es común encontrar que en esta teoría se estudian tres posturas diversas, que parten del mismo punto: considerar como causa aquella que posea la fuerza productora del resultado.

La forma de valorar dicha fuerza creadora y de diferenciar lo que es causa y lo que simplemente es una condición u ocasión, es lo que diferencia las posturas de: Karl von Birkmeyer, B. Kohler y Alejandro Stoppato.

a') *Karl von Birkmeyer y la teoría de la condición más activa o más eficaz.* Este jurista parte de la base de la teoría de la equivalencia de las condiciones, y afirma que es innegable que todas las condiciones son necesarias para la producción del resultado, puesto que todas contribuyeron en cierto modo a su creación[142]. Pero dentro del conjunto de condiciones se debe hacer un proceso de selección para determinar cuáles deben ser consideradas causas y cuáles deben permanecer como puras y simples condiciones.

[142] Cfr. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal,* t. iii, cit., pág .520; Jorge Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual,* cit., pág. 422-423; Osvaldo Paludi C., *La relación de causalidad civil por el hecho propio,* cit., pág. 26.

Este proceso de selección se hace tomando como base la determinación de la condición que más ha contribuido en la producción del resultado, tal como dice JIMÉNEZ DE ASÚA: "La que más ha contribuido a la producción de aquel en el conflicto de las fuerzas antagónicas, es la verdadera causa"[143].

El criterio de selección que emplea BIRKMEYER es un criterio cuantitativo, porque la causa será aquella condición que cuantitativamente haya superado al resto de condiciones, por aportar más en la producción del resultado.

Un ejemplo que sirve para precisar los alcances de esta teoría, es el siguiente: si una persona proporciona fósforos a otra, y esta causa un incendio, ambas acciones, la del que suministró las cerillas y la del incendiario, son condiciones inexcusables para que se produzca el efecto; pero debe considerárselo causado por el hecho de quien provocó el fuego, por ser la condición más activa o eficaz del efecto[144].

i) *Críticas formuladas a la teoría de Birkmeyer.* Al igual que todas las teorías que hemos estudiado hasta aquí, la teoría de BIRKMEYER es objeto de varias críticas: a) no proporciona un criterio para determinar cuál es la causa más eficaz; b) las condiciones de menor entidad pueden cumplir un papel importante en la producción del resultado.

*No proporciona un criterio para determinar cuál es la causa más eficaz.* Si bien BIRKMEYER propone que el criterio de selección ha de ser cuantitativo, no menciona cómo se deben hacer dichos cálculos y, por tanto, no se sabe cómo deben valorarse los efectos que una condición ha de tener en el resultado[145].

Al respecto dice PEIRANO FACIO: "La tesis de BIRKMEYER, a pesar de su aparente lógica, ha sido objeto de tales críticas que nadie la sostiene en la actualidad, debiéndose considerar totalmente superada. La primera dificultad con la que se choca en esta materia consiste en saber cuál será el criterio para distinguir la condición más activa; en este aspecto, la tesis de BIRKMEYER enfrenta un obstáculo insuperable. Pero [...] aún suponiendo que se hubiera encontrado ese criterio ¿por qué no denominar causa sino a la condición más activa? Si, por ejemplo, una condición actúa en la producción de un evento con una actividad 20, y otra con una actividad 18, y otra con una actividad 17, y otra con una actividad 16,

[143] LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal,* t. III, cit., pág. 521.

[144] ATILIO ANIBAL ALTERINI, *Responsabilidad civil: límites de la reparación civil,* cit., págs. 148-149.

[145] JORGE PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual,* cit., pág. 423.

y así sucesivamente, ¿cuál es el fundamento para considerar como causa solo a la primera, y no a la segunda o a la tercera?"[146].

*Las condiciones de menor entidad pueden cumplir un papel importante en la producción del resultado.* Se objeta a esta teoría que según lo indica la generalidad de los sucesos, no es posible determinar qué es causa atendiendo al grado de participación de una condición en el resultado, porque en muchas ocasiones una condición de menor entidad desempeña un papel muy importante o es determinante para la producción del resultado.

Tal como lo explica Rodríguez Grez al retomar el ejemplo del incendio, ya citado: "Basta para llegar a esta conclusión considerar que el hecho de proporcionar fósforos al incendiario puede llegar a convertirse en una condición eficaz si quien lo hace tiene la certeza de que, por su estado de ánimo, circunstancias o manifestación de sus propósitos, se emplearán las cerillas para provocar el fuego"[147].

b') *J. Kohler y la teoría de la condición de carácter más decisivo para la calidad del efecto.* Este jurista parte del mismo supuesto de Birkmeyer, porque dice que todos los antecedentes son necesarios para la producción del resultado, pero entre estos antecedentes hay unos que merecen la denominación de causa, mientras que los demás son meras condiciones.

Ahora bien, lo que distingue a ambas teorías es el proceso de selección de la causa. Mientras que para Birkmeyer, la causa es la condición que cuantitativamente contribuye más en la producción del resultado, para Kohler el criterio no es cuantitativo sino cualitativo.

El criterio cualitativo se puede explicar en los siguientes términos: "es la calidad intrínseca de la condición, comparada con la calidad del efecto, la que nos permite separarla de las demás condiciones y hacer de ella una causa en sentido propio"[148].

[146] Ibidem, pág. 423.

[147] Pablo Rodríguez Grez, *Responsabilidad civil extracontractual,* cit., pág. 380.

Al respecto dice Atilio Anibal Alterini (*Responsabilidad civil: límites de la reparación civil,* cit., pág. 149): "En realidad los sucesos no ocurren con la pureza y simplicidad con que se los imagina el gabinete. Por ello mismo esta teoría no suministra base cierta para determinar la mayor eficacia de una condición u otra, y arrastra la injusticia de atribuir el efecto a la más activa, prescindiendo por completo de otras que —en entidad menor, pero con relevancia importante— han contribuido a su producción. Veamos: aprovechando la cadena causal, el domador encierra a un sujeto en la jaula del león; este animal mata al sujeto del caso, pero aun siéndolo atribuible la condición más activa, no puede negarse que el domador haya puesto la condición anterior a ese resultado. Tocar el órgano —ha dicho Frank— es siempre más que tirar del fuelle".

[148] Jorge Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual,* cit., pág. 424.

Para explicar su teoría, KOHLER formula el siguiente ejemplo: "Si planto una semilla, deben concurrir sin duda diversas condiciones, como la humedad, el calor, para que la planta germine. Sin embargo, el sembrar es la única causa, y todos los otros antecedentes representan las condiciones. Estas condiciones son decisivas para la existencia de la planta, pero su naturaleza está única y exclusivamente determinada por la semilla, de lo que depende que surja una flor, una palma o un abeto"[149].

La causa de la germinación de la planta es la siembra de la semilla, porque es este antecedente el que tiene en sí la fuerza determinante de la calidad de la consecuencia.

Como podemos apreciar, lo que hace KOHLER es una valoración de las calidades intrínsecas de las condiciones y las compara con las calidades del resultado producido y allí donde se verifique una correlación de calidades, se podrá establecer una relación de causa a efecto, porque como ya digimos, la causa tiene en sí la fuerza determinante de la calidad de la consecuencia.

KOHLER, además de proponer un criterio para escoger la causa dentro de un conjunto de condiciones, plantea que dentro de este conjunto existen *condiciones estáticas* y *condiciones dinámicas* y dice que de ellas solo depende la participación en el ser o el no ser del resultado[150].

A las causas las denomina *fuerzas impulsoras* y siguiendo con su idea de las calidades intrínsecas de estas, dice que ellas no solo son necesarias para el ser del resultado sino además del *cómo* de este en concreto.

i) *Críticas formuladas a la teoría de Kohler.* Las críticas que se le hacen a la teoría de KOHLER son las siguientes: la inaplicabilidad al campo de las acciones humanas previstas por el derecho y el infructuoso empeño de diferenciar la causa de la condición.

• *La inaplicabilidad al campo de las acciones humanas previstas por el derecho.* Si el criterio para escoger una causa viene dado por su calidad intrínseca que determina la calidad del resultado, cuando nos enfrentemos a casos de lesiones o heridas producidas sobre el cuerpo humano, llegaríamos a la conclusión que la causa de la lesión no en sí el acto de lesionar, sino que sería la víctima de la misma, porque es evidente que el golpe o el hecho de lesionar no es lo que determina la

[149] Este ejemplo de KOHLER fue tomado de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal,* t. III, cit., pág. 522.

[150] LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal,* t. III, cit., pág. 522.

calidad de la consecuencia sino el objeto sobre el cual se golpea, es decir, el cuerpo de la víctima[151].

• *El infructuoso empeño de diferenciar la causa de la condición.* Kohler propone diferenciar causas (fuerzas impulsoras), condiciones dinámicas y condiciones estáticas, pero nada dice respecto de cómo diferenciar estas dos clases de condiciones, quedando entonces el intérprete frente a una incógnita que lo podría llevar a conclusiones causales erróneas.

Además, aunque habla de la especial atención que se debe tener sobre las calidades intrínsecas de la condición para ver si se identifican con las del resultado al tener la fuerza determinante de la calidad de la consecuencia, nada dice acerca de cuáles condiciones intrínsecas se deben tener en cuenta y bien sabemos que el vocablo intrínseco puede comprender gran número de características.

Dentro de esta imposibilidad de determinación real de lo que es causa y de lo que es condición, se presenta otra dificultad porque Kohler dice que al lado de las causas eficientes para producir el resultado, existen las causas no eficientes y dicha afirmación implica la contradicción de hablar de una causa no causante[152].

c') *Alejandro Stoppato y la teoría de la causa eficiente propiamente dicha.* Para explicar esta teoría, Stoppato dice que todos los antecedentes son necesarios para la producción del resultado, pero hace una

[151] Jorge Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual,* cit., pág. 425.

[152] Al respecto dice Luis Jiménez de Asúa (*Tratado de derecho penal,* t. iii, cit., pág. 522): "El defecto capital de esta teoría es el infructuoso empeño de diferenciar la causa de la condición, que cuando son dinámicas poseen índole causante. Por otra parte, hablar de causa eficiente o decisiva para el efecto (como escribió Kohler), es suponer la existencia de una causa no eficiente, lo que sería igual a la *contradictio en adiecto*, de hablar de *causa no causante*".

Giulio Battaglini (*Diritto penale. Parte generale,* cit., pág.177) también hace una crítica en este sentido, tomando elementos del ejemplo de la semilla propuesto por Kohler: "*Tutte queste teorie partono dal concetto che per lo meno in penale, non responde allo scopo, come più oltre l'esame dei testi ci comprova –di voler ad ogni costo dintinguire fra gli antecedente, e di atribuire il nome di 'causa' solo a quelli che, per date loro peculiarità (proximita, prevalenza, qualità, efficienza), rilevano nei confronti degli altri un valore maggioremente decisivo rispetto alla produzione dell'evento. Ma tale distinzione non è sostenibile, giacchè tutti gli antecedente, in quanto esplicano un' attività che contribuisce efficacemente e sempre (nelle circonstanze date) alla produzione dell'evento, sono cause. L'humus, l'umidità ed il calore, sono, rispetto all'esistenza della pianta, efficienti al pari del seme: cioè recano ugualemente un contribuido causativo. La differeziazione, poi, qunatunque sembri chiara a parole, nella realtà si traduce in un apprezzamento empirico, che pùo essere variabilissimo. Il che non è piccolo inconveniente*".

clasificación triple de dichos antecedentes, habla así de la causa eficiente, la condición y la ocasión.

La causa eficiente es la fuerza del ser que con su acción produce un hecho cualquiera; la condición es lo que permite obrar a la causa eficiente, o disponiéndola a la actuación o suprimiendo los obstáculos y la ocasión es una coincidencia, una circunstancia más o menos favorable que invita a la acción[153].

La causa, para este autor, es la que propiamente genera el resultado, por ser esa fuerza creadora, necesaria y suficiente para obtenerlo, mientras que una condición es necesaria pero no suficiente[154] y una mera ocasión tiene una eficacia causal casi nula[155].

[153] ALEJANDRO STOPPATO, *L'evento punibile*, Padua,1898, págs. 61 y ss.

Cfr. MARCO CAPECCHI, *Il nesso di causalità,* cit., pág. 89; JOSÉ LUIS BENAVIDES RUSSI, *La imputación del daño. Reflexiones sobre el nexo causal en la responsabilidad extracontractual del Estado (Tesis de grado)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992, pág. 36.

[154] H. L. A HART y HONORÉ TONY (*Causation in the law,* cit., págs. 112-113) mencionan tres acepciones de la noción de condición necesaria: "*1. A condition may be necessary just in the sense that it is one of a set of conditions jointly sufficient for the production of the consequence: it is necessary because it is required to complete this set. If we consider the simple case where a man's actions is throwing a lighted cigarette into the waste-paper basket would be treated both by common sense and the law as the cause of the fire. 2. A condition may be necessary in a stronger sense, viz. that we may know that it is a necessary member of every set of sufficient conditions of a given type of occurrence. Thus we know that the presence of oxygen is in this sense a necessary condition of fire: no fire can occur without it and, though we believe that there are many alternative sets of sufficient conditions for fire, in all of them oxygen figures as a necessary constituent. 3. A condition which is necessary in the first of these ways may still not be necessary in a third sense, required in a sine qua non, for it may not be necessary on the particular occasion for the occurrence of the event. This is so because the normal assumption that on any given occasion only one sufficient cause is present may break down: two men may shoot and simultaneously lodge a bullet in their victim's brain or they may simultaneously approach escaping gas with a lighted candle. But if, as we ordinarily assume, for every such event there is present on any given occasion one and only one independent set of conditions sufficient to produce it, then every member of this set will be necessary on that occasion for the occurrence of the event and hence a condition sine qua non of it. Of every such condition it is true both that it is true both that is it required to complete the conditions sufficient to produce the event, and that the event would not have occurred without it. A condition which is necessary in the first of the above three ways is a causally relevant factor whether it is ranked as 'the cause' (like the man's action in throwing away the cigarette) or as 'mere' condition like the presence of oxygen*".

[155] Dice MARCO CAPECCHI (*Il nesso di causalità,* cit., pág. 89): "*L'applicazione di tale teoria al problema del concorso di cause è stata sintetizzata assai efficacemente con*

Si bien esta diferenciación fue propuesta por Stoppato, es defendida en la doctrina belga por Pirson y De Villé, quienes definen la causa, la condición y la ocasión en los siguientes términos: "[La causa] responde a la pregunta, ¿por quién es hecho el daño?, y puede definirse como aquello que por su acción produce alguna cosa. La condición, en cambio, no produce el efecto, sino que —simplemente— permite a la causa eficiente producirlo: descarta un obstáculo permitiendo así la acción de la causa eficiente. La ocasión, en tercer lugar, no hace más que favorecer el juego de la causa eficiente, y en ningún modo es necesaria a la producción del efecto"[156].

Un ejemplo que explica el funcionamiento de la teoría de la causa eficiente es el siguiente: si una persona accidentalmente empuja a otra

---

*una metafora, nella quale i sostenitori di tale criterio sono stati visti come pescatori che, nel mare delle concause, vanno alla pesca si quella efficiente: quella, cioè, che, in base a un giudizio ex post, presenta le caratteristiche di necessarietà e sufficienza. Le altre concause possono qualificarsi come condizioni (qualora siano necessarie ma non sufficienti) e come occasioni (qualora presentino una efficacia causale nulla*".

[156] La cita de Pirson y De Villé se toma de Jorge Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual,* cit., pág. 426.

Luis Jiménez de Asúa (*Tratado de derecho penal,* t. iii, cit., pág. 522) menciona otros autores que también han expuesto la teoría de la causa eficiente: "Antes que Alejandro Stoppato, Huther habló de la necesidad de distinguir entre causar, ocasionar y facilitar, que no es otra cosa que separar la causa de la condición y de la ocasión, conforme hemos visto que hizo, años más tarde, el penalista boloñés. También debe figurar en este grupo el Padre Víctor Cathrein. La «causa eficiente» —dice— «es un principio que, por medio de su actividad, da a otro el ser. De la causa se diferencia esencialmente la condición. Esta no toma ninguna parte en la producción del efecto, sino que tan solo se requiere para orillar los obstáculos que se oponen al influjo de la causa, o para poner la causa en la disposición necesaria para obrar. El abrir la ventana no es la causa de la iluminación del aposento, sino una condición necesaria para que la luz del sol pueda penetrar en él e iluminarlo; la luz no es la causa de ver o de escribir, sino más bien una condición necesaria para estas operaciones. También hay que distinguir la causa de la ocasión. Esta no es más que una circunstancia que ayuda a la causa para producir más fácilmente su efecto. El mercado y los apretones de la gente no es la causa, sino la ocasión de las raterías; la noche es la ocasión de los robos y adulterios». En suma, para el jesuita alemán, «los conceptos de causa y condición son esencialmente diversos; el identificarlos acarrea las más inadmisibles consecuencias». Y, a su juicio, «solamente merece el nombre de causa aquello que por medio de su actividad da a otra cosa la existencia»".

En el derecho anglosajón, según H. L. A Hart y Tony Honoré (*Causation in the law,* cit.) pág. 65, también se hace referencia a esta teoría pero haciendo la diferenciación entre *weak causes* y *strong causes* (causas débiles y causas fuertes), dependiendo de la incidencia de estas en producción del resultado, lo que equivaldría a la diferencia propuesta por Stoppato entre causa y condición.

y esta cae a un río, particularmente turbulento, y esa persona no sabe nadar, razón por la cual sufre múltiples daños, ¿cuál es la causa de esos daños?, ¿qué circunstancias son condiciones y cuáles son meras ocasiones?

En el ejemplo se pueden evidenciar las tres condiciones: el hecho de empujar a otra al río se convierte en causa necesaria y suficiente para la producción del daño, el hecho de que la persona empujada no supiera nadar es simplemente una condición, que, si bien es necesaria para la producción del daño, no resulta suficiente y la turbulencia del río es simplemente una ocasión.

Ahora bien, podría pensarse que la teoría de la causalidad adecuada y la teoría de la causa eficiente son muy similares, y de hecho lo son, pues ambas buscan encontrar esa condición que, por sus características, posee la virtud, la fuerza y la potencialidad de producir el resultado.

La diferencia de ambas teorías radica en la forma en que el juez valora los antecedentes del resultado. Como lo habíamos expuesto, en la teoría de la causalidad adecuada el juez hace una valoración *ex ante* de las condiciones para analizar si era previsible o probable que dicha condición produjera el resultado, mientras que en la teoría de la causa eficiente el juez analiza los antecedentes consolidados después de haber sucedido y es en ese momento cuando escoge cuál de ellos resulta eficiente, para luego denominarlo causa.

d') *Críticas formuladas a la teoría de la causa eficiente propiamente dicha.* Aunque la teoría parte de una diferenciación que resulta bastante lógica, porque es claro que no todos los antecedentes de un resultado tienen la misma eficiencia causal, son varias las críticas que se le hacen: no existe una condición totalmente suficiente para producir el resultado y la falta de criterio para distinguir la causa de la condición.

i) *No existe una condición totalmente suficiente para producir el resultado*. Como ya mencionamos, para esta teoría la causa debe ser una fuerza creadora, necesaria y suficiente para la producción del resultado, mientras que la condición era simplemente necesaria para la consecución de este mismo fin.

Se puede evidenciar que ninguna condición es *per se* suficiente para ocasionar un evento, porque cada uno es el resultado de un conjunto de condiciones que se convierten en eficientes solo cuando se integran, porque cada condición es un evento determinante de la otra, y viceversa[157].

[157] MARCO CAPECCHI, *Il nesso di causalità,* cit., pág. 90.

Entonces, esta primera crítica está encaminada a demostrar que una sola condición no puede reunir las características de necesaria y suficiente para así convertirse en causa, porque la suficiencia para la producción de un resultado viene dada por el trabajo conjunto de todos los antecedentes del resultado[158].

ii) *La falta de criterio para distinguir la causa de la condición y de la ocasión*. Esta misma crítica había sido formulada a la teoría de Birkmeyer[159], en el sentido de que esta no proporcionaba un criterio para definir cuál era la causa más eficaz desde el punto de vista cuantitativo.

En la teoría de la causa eficiente propiamente dicha, se afirma que esta no presenta ningún criterio objetivo para distinguir la causa de la condición y de la ocasión, simplemente se limita a exponer las características de cada una, pero no aduce criterios para diferenciarlas en el caso concreto, quedando sometida esta diferenciación al buen sentido del juez[160].

[158] Ibídem, pág. 90. Al respecto Capecchi afirma: "*Agli effetti della ricognizione che attualmente si compie l'aspetto più rilevante di questa critica attiene al fatto che la teoria in esame non si sostituisce alla conditio sine qua non ma la pùo integrare: è appunto per tale ragione che viene qui presentato come un correttivo alla conditio sine qua non*".

[159] Ver pág. 288.

[160] Al respecto afirma Marco Capecchi (*Il nesso di causalità,* cit., pág. 90) que al no haber un criterio objetivo de selección entre las concausas se termina en una comparación cuantitativa que es incompatible con el sistema de la responsabilidad civil: "*Altra critica riguarda il fatto che questo criterio , secondo il quale, almeno apparentemente, si dovrebbero sintinguire le concause in base a un metro qualitativo, finisce per operare una distinzione meramente cuantitativa e, come tale, incomptabile con il sistema della responsabilità civile. L'impiego di questa teoria parte della giurisprudenza è, almeno all'apparenza, abbastanza frequente perché sovente nelle sentenze si rinvengono riferimenti a una contraposizione tra causa efficiente e occasione. Non sembra, peraltro, che tali riferimenti siano l'indizio di una corretta applicazione della teoria, in quanto essi costituiscono soltanto un uso erroneo della terminologia ad esse propria. Giova ripetere che un dato costante e pericolosamente fuorviante che risutla dall'indagine sulle varie teorie in tema di causalità è rappresentato dalla confusione terminologica, che spesso conduce a impiegare gli aggettivi e le qualificazioni, alle quali una determinata teoria atribuisce una accezione ben precisa, in modo generico e improprio*".

Con respecto al 'buen sentido del juez' que menciona Capecchi, dice Jorge Peirano Facio (*Responsabilidad extracontractual,* cit., pág. 426): "La tesis de la causalidad eficiente, que como acaba de ver coincide en sus resultados, prácticamente, con el criterio de la causalidad adecuada es susceptible de objeciones doctrinarias desde el punto de vista de una crítica rigurosa, pero no puede desconocerse que posee la virtud de adaptarse al concepto vulgar de causa, con lo que su aplicación conduce a soluciones concretas que coinciden con la noción popular de justicia, y, por otro lado, ofrece el mérito de dejar

c) *La teoría de la causa humana.* Esta teoría la formuló FRANCESCO ANTOLISEI y parte de la base de la conciencia y la voluntad del hombre; por medio de estas cualidades el hombre puede controlar sus acciones y calcular anticipadamente los efectos de estas.

Existe una esfera en donde el hombre puede ejercer señorío sobre su conducta, determinando la producción de resultados o impidiendo que se produzcan determinados efectos; con estas dos posibilidades, puede manejar, según su voluntad, la dirección de los cursos causales.

Ahora bien, todos los resultados que se produzcan conforme a este dominio del hombre se pueden considerar causados por él y los que se salgan de esta esfera de control, no podrán ser tenidos como causa de este señorío particular

Al respecto explica ANTOLISEI: "La naturaleza particular de tal causalidad, puesta de relieve por distintos filósofos, deriva del hecho incontestable de que el hombre es un ser dotado de conciencia y voluntad y de que esta cualidad posee un peso decisivo en las relaciones que se establecen entre él y el mundo exterior. En efecto, por medio de la conciencia, el hombre se halla en situación de darse cuenta de las circunstancias que favorecen o perjudican sus acciones, pudiendo calcular anticipadamente los efectos que han de derivar de determinadas causas. Mediante la voluntad, el hombre puede insertarse en el proceso causal e imprimirle la dirección deseada, excitando las fuerzas exteriores que se hallan inactivas, deteniendo las que se hallen en movimiento o permitiendo que las fuerzas mismas se desenvuelvan libremente"[161].

Continúa como sigue: "Dadas estas posibilidades, se halla fuera de duda que existe un campo más o menos extenso en que el hombre puede dominar en virtud de sus facultades cognoscitivas y volitivas: existe una especie de esfera de señorío del hombre"[162].

Y concluye con las siguientes ideas: "Pues bien, solo los resultados que se comprenden en tal esfera se pueden considerar causados por el hombre, porque aun cuando no los haya querido se encontraba en situación de impedirlos. Siendo dominables por el hombre, tales resultados deben serle imputados: él es causa de ellos (autor). Por el contrario, el resto de los efectos, o sea los que se desenvuelven más allá del radio de acción del hombre y que por tal motivo no pueden ser controlados

---

gran elasticidad a los tribunales para apreciar los problemas de la causalidad en los casos de concurrencia de causas (hecho del ofensor, hecho de la víctima, etc.)".

[161] FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual de derecho penal.* Parte general*,* cit., pág. 181.

[162] Ibídem, pág. 181.

por él, no son obra suya, debiendo ser adscriptos a las ciegas fuerzas de la naturaleza"[163].

Dice Antolisei que para que exista realmente una relación de causalidad jurídicamente relevante son precisos dos elementos: uno positivo y otro negativo. El elemento positivo consiste en que el hombre haya dado vida con su acción a una condición del resultado, o sea, a un antecedente sin el cual no se habría verificado el resultado. El elemento negativo consiste en que el resultado no se deba al concurso de factores excepcionales, es decir, aquellos que se salen de la esfera de señorío del hombre[164].

Con lo anterior, Antolisei deja claro que cuando con la conducta del hombre concursan factores excepcionales, dicha conducta humana debe ser excluida de la relación jurídica de causalidad.

Para explicar lo anterior, Antolisei cita unos ejemplos donde debe negarse la existencia del nexo de causalidad entre la acción del hombre y el resultado, por la interferencia de una situación totalmente extraña: 1) una persona herida levemente muere en el hospital como consecuencia de una bomba que lanza el enemigo; 2) una pedrada determina la muerte de un hemofílico[165]; 3) un individuo a quien se le ha fracturado un brazo, fallece por una gravísima imprudencia del médico que lo atiende, y 4) alguien deja sin custodia un fusil cargado en un lugar frecuentado: un individuo que discute allí con otro, toma el arma en un momento de ira y se sirve de ella para matar al adversario[166].

Si recordamos una de las teorías correctivas de la teoría de la equivalencia de las condiciones, *la prohibición de regreso,* en esta se explicaba cómo podía romperse el nexo de causalidad cuando una conducta que se ponía en marcha, era aprovechada dolosamente por un tercero, quien efectivamente causaba el resultado.

En la teoría de Antolisei, la *prohibición de regreso* de la cual se habla en la teoría de la equivalencia de las condiciones, es la base de sus planteamientos porque en la medida en que una conducta extraña a la

[163] Ibídem, pág. 181. Para Antolisei, los resultados que escapan propiamente a la esfera del hombre, no son solo los eventos atípicos o anormales (tal como los considera la teoría de la causalidad adecuada, son aquellos que tienen una probabilidad mínima e insignificante de ocurrir, son resultados que sólo se producen en rarísimos casos y por tanto son excepcionales.

[164] Ibídem, pág. 182.

[165] Ibídem, pág. 182.

[166] Ibidem, pág. 182.

esfera de señorío del hombre, interfiera con su voluntad y conciencia, inmediatamente se presenta la inexistencia del nexo de causalidad entre la conducta que es interferida y el resultado.

La teoría de ANTOLISEI es básicamente criticada porque al reducir el campo de escogencia de la causa a lo que el hombre puede controlar y lo que puede evitar con su voluntad y su conciencia, acude a criterios de previsibilidad[167] y bien sabemos, como lo estudiamos en la teoría de la causalidad adecuada, que cuando se mezclan criterios de causalidad y previsibilidad y esta no tiene una base totalmente científica, que pueda fundarse en cálculos probabilísitcos, se pueden identificar la previsibilidad y la intencionalidad y de nuevo llegaríamos al punto que hemos tratado de dejar claro a lo largo de este trabajo: se estaría mezclando causalidad con culpabilidad.

DE CUPIS hace referencia a la causalidad humana pero con una condición: la *condición humana más eficaz*, que abarca algo más de lo que propone ANTOLISEI.

Dice DE CUPIS, al explicar esta teoría: para que una de las condiciones sea considerada causa, la característica que la hará ostentar este calificativo consiste en que sea la condición humana más eficaz; aclara que si bien el hombre nunca realiza todas las condiciones del daño y que todas las condiciones son necesarias para la producción del resultado, es justo que sea tenido en cuenta su obrar en cuanto ha realizado la condición mayormente eficaz[168].

Esta explicación de DE CUPIS, como podemos apreciar, contiene elementos de varias de las teorías anteriormente estudiadas, es decir, tiene elementos de la teoría de la equivalencia de las condiciones, de la teoría de la condición más eficaz de BIRKMEYER y, por último, de la teoría de ANTOLISEI.

d) *La teoría de la condición preponderante.* Esta teoría la expone BINDING, quien para determinar qué se debe entender por causa, parte de diferenciar condiciones positivas y condiciones negativas y al respecto afirma: "Causa son las condiciones positivas en su preponderancia sobre las negativas"[169].

Entonces, para esta teoría la causa estará determinada por la ruptura del equilibrio entre las condiciones positivas y negativas que anteceden

[167] MARCO CAPECCHI, *Il nesso di causalità,* cit., pág. 93.

[168] ADRIANO DE CUPIS, *Il danno,* cit., pág.195.

[169] Cita de BINDING tomada de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal,* t. III, cit., pág. 526.

al resultado, siendo las primeras las que favorecen su producción y las segundas las que intentan impedirlo.

Para Binding, la causalidad jurídica, tal y como la hemos entendido a lo largo de este trabajo, tiene una connotación humana que absorbe a la fuerza natural[170], razón por la cual solo serán válidas esas condiciones positivas que provengan de la conducta humana para verificar el desequilibrio con las condiciones negativas.

Aunque debemos aclarar que no solo se trata de una conducta humana, sino que se requiere el elemento voluntad, porque bien dice Binding: "Causación es la producción del predominio de las condiciones positivas sobre las negativas en el resultado, por medio de la voluntad humana"[171].

Tiene relevancia la voluntad humana porque es en el momento en el que hombre desencadena un movimiento para procurar un determinado fin y logra superar los obstáculos que se le oponen, cuando su conducta adquiere relevancia causal porque produce una modificación o alteración en el mundo real.

Es tan relevante el concepto de condición positiva con connotación humana, que Binding hace las siguientes reflexiones en torno a esta idea: "El concepto de autor es el que nos delimita el concepto de causa, puesto que solo puede serlo quien quiera el tipo plenario delictivo y no quien solo quiera una condición. Tan es esto así que cuando el derecho quiere responsabilizar por el todo al que solo ha puesto una condición, crea figuras especiales y excepcionales, como la del homicidio en riña"[172].

Con esta intromisión de la voluntad del hombre para efectuar el proceso de escogencia de la causa y afirmando que autor sería quien quiera realizar una conducta para obtener determinado resultado, estaríamos de nuevo confundiendo causalidad con culpabilidad, razón por la cual criticamos la teoría de Binding.

e) *La teoría de la limitación de la responsabilidad según el ámbito de la norma violada.* Esta teoría fue propuesta por Trimarchi y tiene

[170] Cfr. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal,* t. iii, cit., pág. 526; Atilio Anibal Alterini, *Responsabilidad civil: límites de la reparación civil,* cit., pág. 153; Pablo Rodríguez Grez, *Responsabilidad civil extracontractual,* cit., pág. 387.

[171] Cita de Binding tomada de Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal,* t. iii, cit., pág. 526.

[172] Ibídem, pág. 527.

como presupuesto fundamental la existencia de una norma, cuya trasgresión ocasiona el daño.

Para realizar el proceso de escogencia de la causa, es necesario establecer si el hecho que causa el daño se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma, es decir, si su realización contraviene el fin de la norma previsto por el legislador[173].

Un ejemplo aclara la idea: un automóvil es parqueado en una calle reservada únicamente para el estacionamiento de vehículos de personas discapacitadas. Este automóvil es hurtado.

Según la teoría de la equivalencia de las condiciones, si el automóvil no se hubiera dejado estacionado en ese lugar, no habría sido hurtado; pero si aplicamos la teoría de la limitación de la responsabilidad al ámbito de la norma violada, el fin de la prohibición de la norma (limitar el parqueo exclusivamente a personas discapacitadas) no tiene como finalidad evitar la ocurrencia de hurtos, simplemente consiste en una medida de protección para este tipo de personas.

Teniendo en cuenta el fin de la norma, no se puede considerar como causa la conducta de la persona que estaciona el vehículo en un lugar prohibido[174].

Otro ejemplo de la jurisprudencia inglesa es el del caso de un barco cargado de animales, que en su recorrido debe enfrentar condiciones meteorológicas adversas que provocan la caída al mar de muchos animales.

El propietario de los animales reclama al dueño de la transportadora el resarcimiento por la pérdida de los animales, alegando que existe una norma que obliga a que el transporte marítimo de animales se haga en jaulas y que dicha norma no fue tenida en cuenta por el capitán de la nave.

La jurisprudencia aclara que la norma del trasporte de los animales en jaula tiene como único fin evitar el contagio de enfermedades y

[173] Al respecto dice MARCO CAPECCHI (*Il nesso di causalità,* cit., págs. 97-98): "*Tale teoria è fondata sul presupposto che non sia possibile individuare un criterio unico valido per tutte le ipotesi di responsabilità; si propone così di rifarsi alla funzione della norma violata, per accertare se l'evento ricada o no nel suo ambito di protezione: in altri termini, quando l'illecito consiste nella violazione di regole poste allo scopo di evitare la creazione di un rischio irragionevole, la responsabilità si estende soltanto agli eventi dannosi che siano realizzazione del rischio in considerazione del qualle la condotta è vietata*".

[174] Ibídem, pág. 98.

que no se dictó para garantizar la seguridad de los animales ante las condiciones meteorológicas adversas, y por tanto decide absolver al demandado[175].

Esta teoría realmente limita el campo de escogencia de una causa, porque únicamente cuando el hecho que ocasione el daño constituya una verdadera violación de una norma, podrá ser tenido en cuenta para establecer una relación causal y luego imputar jurídicamente las consecuencias.

Para poder aplicar esta teoría, sería necesario que quien sufra el daño alegue que una norma fue violada y que, en virtud de esa violación, los hechos que la configuran pueden ser tenidos como causales.

En el ejemplo del transporte de animales, si estos no hubieran perecido por las condiciones meteorológicas adversas, sino por el contagio masivo de una enfermedad, el hecho de no haberlos enjaulado se erigiria como causa de su muerte, pues el fin de la norma del transporte de animales era precisamente evitar este tipo de situaciones.

Existe otro ejemplo bastante claro de la jurisprudencia italiana: un alcalde autorizó la construcción de un edificio con una altura superior a la permitida por la ley. Construido el edificio, este colapsó causando heridas e incluso la muerte de muchas personas. Las víctimas del siniestro demandaron tanto a los constructores del edificio como al alcalde; a este, por haber otorgado un permiso en contra de una disposición legal.

Los jueces decidieron condenar únicamente al constructor y no al alcalde, porque la norma que establecía los límites de altura en materia de construcción, no tenía como fin prevenir el colapso de las construcciones y, por consiguiente, la puesta en peligro de la comunidad, únicamente tenía fines estéticos[176].

f) *La teoría del seguimiento o de la impronta continua de la manifestación dañosa.* Esta teoría fue ideada por el profesor Dejean De La Batie y pretende complementar la teoría de la causalidad adecuada y resolver los problemas de la causalidad cuando los antecedentes del daño no se presentan de forma contemporánea sino en forma sucesiva en el tiempo, derivándose el mal de otro mal, y así sucesivamente.

[175] H. L. A Hart y Tony Honoré, *Causation in the law,* cit., pág. 63. Los hechos narrados y la posición judicial corresponden al caso *Gorris vs Scott*, que ocurrió en Inglaterra en 1874.

[176] Sentencia de casación de 17 noviembre 1978, núm. 5346 (Italia), tomada de Marco Capecchi, *Il nesso di causalità,* cit., pág. 101.

Al respecto dice BUSTAMANTE ALSINA: "Si los daños se producen en cascada, la determinación de la causa eficiente del perjuicio que se pretende reparar conduce a la investigación de cada uno de los eslabones de la cadena hasta llegar al punto en que uno de aquellos hechos pueda ser considerado la causa idónea del resultado dañoso. Es aquí donde la teoría del seguimiento continuo de la manifestación dañosa tiene verdadera importancia"[177].

El siguiente ejemplo permite explicar la aplicación de esta teoría: "Se trata de una persona que ingresa al establecimiento hospitalario luego de sufrir un accidente grave para ser atendida de sus lesiones. Si la víctima muere durante o después de la intervención quirúrgica que fue necesario practicarle, se presenta el problema de determinar cuál es la causa de su fallecimiento. No cabe duda de que la causa inmediata se radica en la intervención de que fue objeto (causa inmediata), pero aquella obedeció a la necesidad en que se encontraba la víctima de ser asistida luego del accidente"[178].

Pero si se llegara a concluir que la muerte no se debe a la intervención quirúrgica como tal, porque ningún médico incurrió en mala praxis ni a la ocurrencia de un caso fortuito imprevisible o irresistible, según este autor, la teoría de la causalidad adecuada sería incapaz de explicar cómo el accidente llega a producir la muerte y, por tanto, debe ser tomado como causa.

Teniendo en cuenta la idea anterior, dice el autor de esta teoría: "[...] debe seguirse sin discontinuidad la marcha del mal y partiendo del daño final es necesario remontar la cadena de las causas explicando cada hecho defectuoso por la defectuosidad del hecho precedente hasta la aparición eventual de una ruptura de la cadena causal. Se debe seguir siempre, según la expresión del autor, *l'empreinte continue du mal en remontant después le dommage fait ou faute*..."[179].

En el ejemplo planteado, la causa adecuada de la muerte no es la intervención quirúrgica; por tanto, tenemos que analizar que el mal causado a la víctima se explica por un hecho defectuoso anterior, es decir, por el accidente; y sobre ese hecho anterior se harán los estudios causales, para determinar si tras este estudio hay lugar a hablar de responsabilidad.

[177] JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil,* cit., págs. 167-168.

[178] Ibídem, pág. 168.

[179] JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil,* cit., pág. 170.

Según el autor de esta teoría, la relevancia causal del hecho defectuoso por el cual se explica otro hecho defectuoso, se debe hacer teniendo en cuenta la teoría de la causalidad adecuada y es así como podemos concluir que esta postura de Dejean De La Batie pretende complementar la teoría de la causalidad adecuada cuando se presentan hechos remotos al daño, que en verdad son los que lo originan[180].

g) *La teoría de la causa impeditiva.* Esta teoría fue formulada por Giuliani Balestrino y parte de la necesidad de individualizar en relación a cada caso, tanto la serie causal que lo ha provocado como las eventuales series causales antagonistas o impeditivas.

Este autor, para explicar su teoría propone el ejemplo del cazador que erróneamente le dispara a su compañero de caza y luego lo lleva al hospital para que sea atendido de urgencia. En el hospital, el compañero herido es víctima de una intervención errada y muere[181].

Cuando el cazador entrega al compañero herido al cuidado del hospital, la causa potencial de la muerte termina, porque se paraliza por una causa impeditiva, es decir, por una causa que tiene por finalidad impedir las consecuencias del hecho que produjo el cazador.

Se trata con esta teoría de hacer un balance de fuerzas causales antagónicas. En la medida en que se ponga en funcionamiento una serie causal que pueda producir un resultado y esta se detenga porque se ve enfrentada a otra serie causal que evita que siga teniendo la potencialidad de producir el resultado, esta serie causal será tenida únicamente como causa de lo que acontezca mientras aparezcan las fuerzas antagónicas o causas impeditivas; lo que ocurra después de la aparición de estas es totalmente irrelevante para la primera serie causal.

Por lo anterior, en el ejemplo que plantea Giuliani Balestrino, el cazador sería causa únicamente de las lesiones, mientras que el hospital

[180] Al respecto dice Jorge Bustamante Alsina (*Teoría General de la Responsabilidad Civil,* cit., pág. 170): "El seguimiento del resultado dañoso de cuyo resarcimiento se trata debe continuarse a través de los diferentes hechos defectuosos de los cuales se derivan otros, hasta hallar en uno de ellos una culpa o un factor objetivo como el riesgo que al aparecer en el proceso causal lo interrumpe para atribuir responsabilidad a un sujeto indirectamente involucrado con el daño, el cual aunque no sea consecuencia inmediata de su hecho, se halla en relación de adecuada causalidad. En conclusión, creemos que esta nueva teoría no excluye la aplicación de la causalidad adecuada, pero permite investigar los hechos en una cadena causal natural hasta el punto en que resulta razonable analizar la previsibilidad abstracta de la consecuencia del hecho en que intervino por acción u omisión el presunto responsable".

[181] Marco Capecchi, *Il nesso di causalità,* cit., pág. 105.

y específicamente los doctores serían la causa de la muerte del compañero de caza, herido por error.

Podríamos cuestionarnos si esta teoría verdaderamente proporciona criterios para determinar qué se entiende por causa de un determinado efecto y fácilmente concluiríamos que su finalidad no está en definir qué se debe tomar por causa, sino en segmentar series causales para determinar qué daños deben ser atribuidos a cada una de ellas, dependiendo de las fuerzas antagónicas que ejerzan entre sí: se es causa de lo que se crea y se deja de ser causa cuando se impide que la fuerza creadora de la causa que yo puse en movimiento, siga desarrollándose.

h) *La teoría del riesgo general de la vida.* Según esta teoría, la causa de un daño no puede ser atribuida a aspectos que estén ligados a la existencia natural de la persona que ha sufrido ese daño, es decir, una persona en cualquier momento puede estar expuesta a sufrir un accidente y, por ende, todo aquello que pueda entrar en esa esfera de un riesgo general al que está expuesta la persona que ha sufrido un daño, no puede ser imputado a nadie[182].

Analicemos el siguiente ejemplo: una persona le ocasiona una lesión a otra y la lleva al hospital; al día siguiente, cuando la persona herida sale del hospital es atropellada por un carro y muere[183].

Si miráramos este ejemplo a la luz de la teoría de la equivalencia de las condiciones, la persona no habría sido atropellada por el carro, de no haber sufrido una lesión como consecuencia de la cual fue llevada al hospital.

Pero según esta teoría, el hecho de haber sido lesionada no puede ser considerado como causa de la muerte, porque de acuerdo con el riesgo general de vida, una persona puede en cualquier momento ser atropellada por un carro y morir, independientemente de los antecedentes que la pusieron en esa condición. Entonces, la persona que ocasiona la lesión no tendrá que responder por la muerte, sino únicamente por las lesiones.

Otro ejemplo sería el siguiente: un niño está jugando con una pelota y accidentalmente rompe una bombilla de la casa del vecino. El vecino toma una escalera para cambiar la bombilla rota y accidentalmente cae, fracturándose una pierna.

Según esta teoría, el hecho de que el niño haya roto la bombilla no podría ser considerado causa de la fractura de la pierna del vecino, por-

[182] FRANCISCO JOSÉ INFANTE RUIZ, *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y causas hipotéticas*, cit., pág. 163.

[183] Ibidem, págs. 163-164.

que utilizar una escalera para cambiar una bombilla, es una actividad comprendida dentro del riesgo general de vida.

Cualquier persona puede sufrir un accidente al emplear una escalera o sufrir un accidente en la calle, etc., por eso la caída o el accidente, entre otros, no se entienden causados por nadie, no pueden ser imputados fácticamente a nadie, así haya habido una cierta predisposición o provocación para que la ocurrencia de dicho evento.

i) *La teoría de la provocación.* Según esta teoría, siempre que una persona es provocada de alguna manera y como producto de esa provocación sufre un daño, tiene que reportarse necesariamente un nexo causal entre la provocación y el daño causado.

Por ejemplo, si a una persona le roban el reloj en la calle y persigue al ladrón, y al tropezar accidentalmente con un obstáculo se fractura una pierna, se dice entonces que al haber sufrido una provocación por parte del ladrón, que la hizo correr y posteriormente caer, el ladrón también sería causa de la lesión generada por la caída[184].

Para que se presente el nexo causal entre la provocación y el daño causado por esta, la reacción que se origina por dicha provocación debe ser proporcional a esta, porque, por ejemplo, si una persona desde su apartamento, ubicado en el tercer piso de un edificio, ve que un ladrón le roba su perro y se tira por la ventana para perseguirlo, vemos claramente que la reacción no fue proporcional a la provocación y por tanto no se podría hablar de nexo causal entre esta y aquella.

j) *La teoría de la causa inmediata y de la valoración.* Según la teoría de la causalidad inmediata es necesario individualizar dos estados diferentes y sucesivos en el orden de las cosas.

Existe un momento estático en el cual todo el conjunto de condiciones que anteceden al resultado garantiza cierto equilibrio, es decir, garantiza que en el estado en que se encuentran las cosas, el resultado no se va a producir[185].

Esta situación puede modificarse con la aparición de una condición que pone en movimiento el sistema, rompiendo el equilibrio y determinando efectivamente la ocurrencia del evento[186].

Causa, en sentido jurídico, será entonces el comportamiento antijurídico del hombre que provoca la transición de un momento estático a uno dinámico.

[184] Ibidem, pág. 169.

[185] Marco Capecchi, *Il nesso di causalità,* cit., pág. 103.

[186] Ibidem, pág. 103.

Con la simplicidad que se presenta, esta teoría es objeto de varias críticas. La primera de ellas se refiere a la exigencia de una antijuridicidad en el comportamiento del hombre, exigencia que estaría confundiendo el plano objetivo con el plano subjetivo de la causalidad[187].

Otra crítica que se le formula hace referencia a la distinción entre condiciones estáticas y condiciones dinámicas. Para explicarla, se acude a una famosa frase de la vida diaria: la gota que derramó el vaso.

Si bien el vaso requiere de todas las gotas para derramarse, por lo que se puede afirmar que todas las gotas son necesarias para producir este efecto, para esta teoría solo la última gota sería causa del derramamiento, porque antes de su aparición, el vaso estaba en un estado de equilibrio[188].

Desde la perspectiva meramente naturalística de la causa, esta distinción entre condiciones dinámicas y condiciones estáticas no es admisible, porque como se ha dicho a lo largo de esta investigación, todas las condiciones tienen relevancia causal, así sea en menor o en mayor grado.

Como podemos apreciar, las últimas teorías expuestas no son muy acogidas por la doctrina y por los jueces, ya que limitan su aplicación a circunstancias muy específicas, haciéndose casi imposible generalizar su empleo en el proceso de escogencia de la causa de un determinado resultado.

k) *La teoría de la imputación objetiva: una posible solución en materia de responsabilidad civil extracontractual.* Todas las teorías jurídicas hasta este punto analizadas buscan mediante la enunciación de fórmulas, exclusiones o valoraciones de las condiciones, hallar si un antecedente del daño puede ser considerado causa de este.

[187] Ibidem, pág. 104.

[188] Ibidem, pág. 104. Además de este caso de la gota, MARCO CAPECCHI (*Il nesso di causalità,* cit., pág. 105) relata un caso de la jurisprudencia italiana (sentencia de Tribunal de Salerno de 18 enero 1955) donde se aplicó esta teoría para escoger la causa de un daño: "*Si registra una sola decisione che ha applicato questo criterio. Si trattava di un caso nel quale la diversità di spessore dei piedritti di un arco aveva impresso una rotazione a un muro perimetrale di un fabbricato, rotazione che, dopo aver raggiunto lo stato di equilibrio, si era assestata. Successivamente sullo stesso muro, era stata construita una canna fumaria la quale aveva indebolito la compagine muraria ed aveva risvegliato la rotazione. Di qui alcuni danni al muro. La decisione ritenne irrilevante lo stato pregresso dato dalla rotazione latente, in quanto il concetto di concausa presuppone che esista un processo causale in atto, capace si produrre conseguenze, a cui si aggiunga o si sostituisca un nuovo processo causale*".

Se trata entonces de un juicio meramente descriptivo, que en lo único que se diferencia con los planteamientos de la causalidad natural es en su formulación para definir la causa de un fenómeno específico en el ámbito del derecho.

Otro problema que hemos resaltado en el estudio de las anteriores teorías, es la constante confusión entre causalidad y culpabilidad y si bien hemos dejado claro que para que haya responsabilidad como tal es necesario en primer lugar, que exista una causa del daño que sea valorada jurídicamente y que luego de esa valoración se le puedan atribuir las consecuencias lesivas del daño, dichas teorías no comprenden el estudio posterior de la valoración de la causa, es decir, no plantean soluciones acerca del momento en el cual se deben aplicar los criterios de imputación, ya sea a título de culpa o riesgo, para que a esa causa se le pueda imputar jurídicamente el resultado.

La teoría de la imputación objetiva, formulada en el ámbito penal, contiene los dos momentos antes mencionados, es decir, comprende una primera etapa en donde se determina qué hecho se debe tomar por causa y una segunda etapa en donde se determina, según ciertos criterios de índole normativo, si a esa causa se le pueden imputar las consecuencias del daño.

Estos dos momentos de la teoría de la imputación objetiva son explicados por Infante Ruiz de la siguiente manera: "La denominada teoría de la imputación objetiva, tiene la virtualidad de señalar que el problema de la existencia o no del nexo de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado (daño) no debe ser en modo alguno confundido con el problema de si el resultado puede ponerse a su cargo o no, de acuerdo con los criterios establecidos al efecto por el legislador, o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de la responsabilidad correspondientes.

"Por ello, debe partirse de una *independencia* y, en su caso, incluso preferencia del baremo jurídico que representa la imputación objetiva frente a la categoría científico-naturalística de la causalidad..."[189].

[189] Francisco José Infante Ruiz, *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y causas hipotéticas*, cit., pág. 151.

Al respecto dice Claudia López Díaz (*Introducción a la imputación objetiva*, cit., pág. 47): "Demostrada la causalidad en los casos en que ella es presupuesto necesario, el dato ontológico debe ser sometido a los criterios de valoración que surgen del ordenamiento jurídico, para determinar si el nexo entre acción y resultado es relevante para el tipo penal. El contenido de la valoración depende de la finalidad que se le asigne al derecho penal en la sociedad y no de una categoría prejurídica como la causalidad. Es decir, hay

La teoría de la imputación objetiva, al distinguir los momentos de la causalidad y de la imputación, entra a diferenciar la causa del hecho, de las consecuencias que pueden ser atribuidas a esa causa como suyas[190]. Esta complementación resultaría valiosa en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, donde se confunden continuamente causa y culpa.

Surge entonces el primer interrogante: en la primera etapa (determinación de la causalidad) ¿qué teoría de las anteriormente vistas se debe emplear?

Se concluye que debe emplearse la teoría de la equivalencia de las condiciones[191], aunque el autor INFANTE RUIZ plantea que debe ser empleada la teoría de la condición ajustada a las leyes de la experiencia científica formulada por ENGISCH que veíamos cuando explicábamos las críticas hechas a la teoría de la equivalencia de las condiciones. En

---

que separar claramente la causalidad de la imputación. Una conducta solo puede ser imputada, cuando ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en la producción del resultado".

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETTE (*La culpa en la actividad médica,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1988, pág. 21) afirma que la teoría de la imputación objetiva "parte de una premisa fundamental: demostrada la causalidad, se le puede imputar al sujeto la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, cuando ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, que se concreta en la producción de un resultado típico".

HANS-JOACHIM RUDOLPHI (*Causalidad e imputación objetiva*, cit., págs. 30-31) dice sobre el punto: "Con la constatación de que una determinada conducta se encuentra en una relación de causalidad respecto del resultado típicamente antijurídico, se plantea la pregunta sobre si a un autor se le puede imputar objetivamente el resultado, ya sea como delito culposo o doloso. Además, para esto es necesario que el suceso causado concretamente cause el resultado y satisfaga las exigencias del correspondiente tipo penal; es decir, que comprenda una violación ya sea contra la norma prohibitiva o la norma imperativa, en la que se basa el tipo penal. Para la simple causación del resultado, por lo general, debe negarse esto, pues las normas penales nunca contienen prohibiciones o mandatos de causación".

[190] Al respecto dice YESID REYES ALVARADO (*Imputación objetiva,* cit., pág. 49): "Sin considerar por ahora el método propuesto por HEGEL para realizar tal distinción, e independientemente de la complejidad filosófica que tales manifestaciones implican, debemos reconocer como un aporte crucial al derecho penal la afirmación hegeliana de que a una persona solo le pueden ser imputado aquello que constituya su obra, y no aquello que sea resultado de la simple casualidad, de la mala suerte o del destino".

[191] Cfr. CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., pág. 46; JOSÉ LUIS BENAVIDES RUSSI, *La imputación del daño. Reflexiones sobre el nexo causal en la responsabilidad extracontractual del Estado* (*Tesis de grado*), cit., pág. 41.

la segunda etapa, la de la imputación objetiva propiamente dicha, se valora la conducta con criterios objetivos que van más allá de la intencionalidad en el obrar (dolo o culpa) y así se determina si se le pueden imputar jurídicamente a esa causa, las consecuencias que produjo.

Pantaleón Prieto dice sobre esta cuestión: "La decisión sobre la existencia o no del nexo de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado (daño) no debe ser en modo alguno confundido con el problema de si el resultado, causalmente ligado a la conducta del posible responsable, puede ponerse a su cargo o no, de acuerdo con los criterios establecidos al efecto por el legislador, o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de la responsabilidad correspondientes (criterios de imputación objetiva)"[192].

Ahora bien, los criterios de imputación objetiva, que analizan aspectos que rodean a la causa que superan el simple estudio de la intencionalidad con que se obra, son pautas que se derivan del estudio del sistema normativo de la responsabilidad y de su función, y por eso pueden variar de un ordenamiento a otro.

Fernando Velásquez Velásquez menciona cuáles son los aspectos que se deben tener en cuenta para imputar objetivamente un resultado a una determinada causa en materia penal: en primer lugar, *si la conducta ha creado un riesgo jurídico penalmente relevante para el bien jurídico* (carácter disvalioso del comportamiento realizado por el agente); en segundo lugar, *si ese riesgo se ha concretado en el resultado* (la conducta realizada por el sujeto es constitutiva de tentativa o de hecho consumado), y en tercer lugar, *si el resultado queda cobijado dentro del ámbito de protección de la norma*[193].

Como se puede ver, se toman en cuenta criterios[194] como la producción de un riesgo que sea realmente relevante para el Derecho, que

[192] Fernando Pantaleón Prieto, *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación objetiva,* cit., págs. 1561-1562.

[193] Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal,* Bogotá, Edit. Temis, 2002, pág. 267.

[194] Cfr. Claudia López Díaz, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., págs. 64-193, Francisco José Infante Ruiz, *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y causas hipotéticas*, cit., págs. 160-210.

Fernando Velásquez Velásquez (*Manual de derecho penal,* cit., págs. 267-274) explica veinte reglas en las cuales se evidencia la aplicación de los criterios: "1. No hay imputación objetiva cuando se realizan acciones que producen causalmente el resultado, sin superar los límites propios del riesgo permitido. 2. Las conductas realizadas para disminuir el riesgo no comportan la imputación objetiva del resultado. 3. Las conductas

además ese riesgo sea efectivamente lo que ocasiona el resultado y por último si el resultado o daño que se evidencia está consagrado como una hipótesis de protección de la ley.

Claro está que dentro de los aspectos que hemos mencionado se deben tener en cuenta criterios más específicos, en los cuales no nos detendremos porque el objeto de exposición de la teoría de la imputación objetiva es poner de presente que existe una teoría que sobrepasa los límites de la causalidad y que logra verdaderamente estructurar la responsabilidad, como obligación resarcitoria que surge luego de un daño, a partir de la complementación del fenómeno causal con criterios que

---

que no implican disminución ni aumento significativamente considerable del riesgo para el bien jurídico, no dan lugar a la imputación objetiva del resultado. 4. A quien obra confiado en que los demás se mantendrán dentro de los límites propios del riesgo permitido, no le son imputables objetivamente los resultados producidos de esta manera. 5. No son imputables objetivamente los resultados derivados de conductas realizadas por el agente, por medio de un tercero que obra conjuntamente con él. 6. No son imputables los resultados derivados de la situación propia de la víctima. 7. No es imputable objetivamente el resultado originado en una puesta en peligro producida por parte de un tercero, sin participación del agente. 8. No es imputable el resultado producido en virtud de la pérdida de capacidad de actuar que el propio agente se ha ocasionado, cuando este no se encontraba en posición de garante. 9. No se pueden imputar objetivamente las conductas que no realizan el riesgo no permitido, así se haya incrementado o aumentado el albur jurídicamente tolerado sin repercutir en el resultado. 10. Es imputable objetivamente al agente el resultado por él producido pese a que de la conducta de un primer autor se derivaba inevitablemente la producción del mismo. 11. Como norma general los casos de causalidad hipotética no influyen sobre la creación de un riesgo ni en la imputación al tipo; sin embargo, a veces tienen alguna incidencia. 12. No son imputables objetivamente los resultados que sean producto de la conducta de la víctima. 13. Si el autor realiza una conducta que crea un riesgo para el bien jurídico, pero el resultado se produce a raíz de la interrupción de otra cadena causal fruto de un riesgo general normal, ese resultado no le es imputable objetivamente al agente. 14. No es imputable objetivamente el resultado producido más tarde, sobre una víctima que en el momento de la creación del riesgo no estaba amenazada por este. 15. Se discute si hay imputación objetiva en casos de consecuencias tardías. 16. Si el autor estaba en capacidad de realizar una conducta alternativa conforme a derecho que, de manera probable, hubiera podido evitar el resultado, se discute si este se le imputa o no objetivamente. 17. Si el agente coopera en la realización de una conducta que supone la propia puesta en peligro dolosa por parte de otra persona, o la induce a hacerlo, no le es imputable el resultado producido. 18. El que realiza una conducta que pone en peligro a otra persona, con la aceptación de esta, no realiza un comportamiento que le sea imputable objetivamente. 19. No son imputables objetivamente al agente los resultados causados a terceros, a raíz de conductas lesivas de los bienes jurídicos producidas por este. 20. Hay conductas que pese a superar el riesgo permitido, al aumentar el peligro para el bien jurídico, no permiten, sin embargo, la imputación objetiva del resultado".

no solo atañen a la intencionalidad, sino que examinan aspectos objetivos de la conducta, que permiten lograr una indiscutible determinación de cuáles son los resultados que deben ser jurídicamente imputados.

Con lo expuesto hasta aquí, podríamos contar con suficientes herramientas para definir qué se debe tomar por causa de un daño, aclarando que el contar con una causa no nos lleva a tener inmediatamente a un responsable, porque una vez escogida la causa puede acontecer que esta sea un hecho de la misma víctima, o el hecho de un tercero que interrumpió la serie causal inicial, o la combinación de dos comportamientos, es decir, de la víctima y de la persona a la cual se le pretenda imputar los resultados, o simplemente un hecho de la naturaleza y también puede acontecer, que aunque se cuente con una causa, esta no responda al juicio de reproche que se debe hacer en los casos de responsabilidad subjetiva, por no contar con el elemento intencional que implica este régimen basado en la culpa.

Dejando clara esta conclusión, es decir, que el hecho de tener una causa no garantiza que el daño sea indemnizado, también podemos concluir que todas las teorías jurídicas que permiten la individualización de la causa son de carácter doctrinario.

A continuación examinaremos si la legislación civil colombiana ha adoptado una de estas teorías, para darle al juez herramientas para definir qué se debe tomar por causa en el proceso judicial de responsabilidad civil extracontractual.

## 3. La causalidad jurídica en la legislación civil colombiana. Conclusiones

En la legislación civil colombiana no se consagra un criterio para la determinación de la causa.

En los artículos 2341 a 2360 del Código Civil, que regulan la cuestión de la responsabilidad por los delitos y las culpas, únicamente se mencionan expresiones como: *el que ha cometido un daño*[195], *el que hizo*

[195] Art. 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".

Art. 2344.—"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".

*el daño*[196], *el daño causado*[197], *el daño ocasionado por algo o por alguien*[198] y términos similares, pero no dispone el legislador de un cri-

[196] Art. 2343.—"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".

[197] Art. 2345.—"El ebrio es responsable del daño causado por su delito o culpa".

Art. 2346.—"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. 2348.—"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. 2349.—"Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicio prestado por estos a aquellos; pero no responderán si se probare o pareciere 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".

[198] Art. 2350.—"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 pro indiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio".

Art. 2351.—"Si el daño causado por la ruina de un edificio proviniere de un vicio de construcción, tendrá lugar la responsabilidad prescrita en la regla 3ª del artículo 2060".

Art. 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".

Art. 2353.—"El dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aún 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. 2354.—"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".

terio para determinar qué se debe tomar por causa de un determinado daño o cómo se identifica tal causa.

¿Cómo se puede afirmar que alguien ha causado u ocasionado un daño, o que el daño ha sido causado por algo o por alguien, si no se conocen los criterios para determinar cuál debe ser la causa que luego de una valoración jurídica esté llamada a asumir la indemnización de las consecuencias lesivas del daño?

Ahora bien, en un proceso judicial de responsabilidad civil extracontractual, le corresponde a la persona que sufrió el daño probar los hechos que considera fueron causa de su mal, pero es el juez quien finalmente guiado por la ley, determina cuál es la verdadera causa del daño y establece así un nexo causal entre dicha causa y el daño.

En Colombia, el artículo 230 de la Constitución Política señala que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley y que podrán emplear como criterios auxiliares para resolver los litigios ante ellos presentados, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina.

Hemos podido evidenciar que en materia de responsabilidad civil extracontractual *no existe ley alguna que disponga cómo se debe escoger o determinar cuál ha sido la causa del daño que se pretende indemnizar*; por tanto, es obligatorio cuestionarse cómo hace el juez civil colombiano para resolver este problema si existe tal vacío legislativo.

---

Art. 2355.—"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 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. 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:

"1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego.

"2. 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.

"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".

El juez civil colombiano entonces debe acudir a las diversas teorías que hemos estudiado; teorías que, por una parte, son de una marcada tendencia penal y, por otra, son meras creaciones doctrinarias.

La Corte Suprema de Justicia, en 1935 empleó la teoría de la equivalencia de las condiciones para resolver el siguiente caso: el municipio de Bogotá contrató con unos particulares la canalización del río San Francisco; en dicha canalización se cometieron varios errores técnicos de construcción, que unidos a la extraordinaria creciente del río, ocasionaron la inundación de una casa aledaña a este, junto con la destrucción de muebles, enseres y demás objetos que en ella había[199].

La Corte concluyó que el municipio de Bogotá había puesto una culpa sin la cual el daño no se hubiera presentado, porque de haber efectuado las obras correctamente con las precauciones necesarias, la extraordinaria avenida del río no hubiera ocasionado la inundación de la casa.

Si analizamos la actuación del municipio, se trata de una condición que antecede al daño (al igual que los errores técnicos de construcción y la creciente del río) y de aplicar la teoría de la *conditio sine qua non*, podríamos evidenciar que la inundación de la casa no se habría producido, sin la participación del municipio.

Criticable la postura judicial desde el punto de vista de la confusión entre causalidad y culpabilidad, porque parte del supuesto de que el nexo de causalidad debe darse entre culpa y daño[200].

Sobre la teoría de la equivalencia de las condiciones dice la Corte: "Pero acontece que en la mayor parte de los casos un daño o perjuicio no es el resultado de una causa única sino de una serie de antecedentes, de suerte que si esto no se hubiera reunido, no habría habido daño. En tales casos, de acuerdo con la llamada teoría de la causalidad ocasional, basta que, entre las diversas causas cuya concurrencia fue necesaria

[199] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 17 septiembre 1935, M. P. Eduardo Zuleta Angel, págs. 303-310.

[200] Ibidem, pág. 305: "Para que pueda decirse que la culpa de una persona ha sido efectivamente la causa del perjuicio cuya reparación se demanda, es menester que haya una relación necesaria entre dicha culpa y el perjuicio; es decir, una relación tal que si la culpa no hubiera ocurrido, el perjuicio no se habría producido. En este caso, como siempre que en cuestiones jurídicas se habla de causa, se requiere el elemento de necesidad en la relación. Si una culpa que parece relacionada con el perjuicio está plenamente demostrada, pero se establece que el perjuicio se habría causado aunque esa culpa no se hubiera cometido, no habrá relación de causalidad, ni consiguiente derecho por parte del perjudicado a la reparación".

para que hubiera habido daño, exista una que pueda ser imputada a culpa de una persona determinada para que esta sea responsable de la integridad del perjuicio. En estos casos, si la persona culpable se hubiera conducido correctamente, el perjuicio no habría ocurrido, y por ello hay relación de causalidad. En otros términos: en el caso frecuente de la pluralidad de causas, basta que aparezca que sin la culpa del demandado no se habría producido el daño. Y como en esa misma hipótesis de la pluralidad de causas, cada una de estas ha producido el daño en su totalidad y no simplemente en una fracción, puesto que el daño no se habría producido sin la existencia de cada una de tales causas, es obvio que quien creó culpablemente una de las condiciones sin las cuales no habría habido perjuicio, está obligado a una reparación total del daño, salvo que entre las otras causas figure una culpa de la víctima, caso en el cual se reparte la reparación, y siendo entendido que si la culpa del demandado ha concurrido con culpas de otras personas para que estas le reembolsen, en una parte proporcional, el valor de la indemnización"[201].

Otro caso analizado por la Corte Suprema de Justicia, desde la perspectiva de la teoría de la equivalencia de las condiciones, se dio en 1941, cuando colisionaron dos vagonetas del cable aéreo en Aranzazu (Caldas), porque la una se precipitó contra la otra.

[201] Ibidem, pág. 306.

En Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, sent. de 11 septiembre 1997, M. P. Carlos Betancur Jaramillo, pág. 20. se retoma este planteamiento de la Corte Suprema de Justicia acerca de la teoría de la equivalencia de las condiciones, al enfrentar el caso del fallecimiento de 15 alumnos de un colegio, que al ir de paseo sufrieron un accidente. En este caso, se dice que el INTRA (Instituto Nacional de Tránsito) debe responder por la muerte de los niños, porque de haber realizado los controles respectivos al bus donde viajaban los estudiantes no se habría producido la muerte.

Cfr. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, sent. de 30 octubre 1986. Copiadores de la Sección, tomo 68, folios 161-184, en donde se aplica igualmente la teoría de la equivalencia de las condiciones. El Consejo de Estado concluyó que una señora no habría sufrido heridas de no haber ocurrido el accidente de tránsito en que se vio involucrada y por ello era "evidente" la imputación de sus daños al camión de la energía contra el que chocó el taxi en que ella viajaba, aunque fuese el taxi el que cruzó sin hacer el 'pare reglamentario.

Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, sent. de 17 noviembre 1989. Copiadores de la Sección, tomo 109, folios 337-351, que aplica la teoría de la equivalencia de las condiciones. En este caso el Consejo de Estado condenó al municipio de Pereira por la muerte de un obrero del acueducto que bajó a una alcantarilla sin la máscara de oxígeno requerida, resultando intoxicado por los gases tóxicos del ducto. Una persona que pasaba por ese lugar, al ver que el obrero se estaba asfixiando, bajó al ducto para auxiliarlo y por hacerlo sin la debida protección, también resultó muerto.

La Corte concluyó que "la causa del accidente se debió a que en los momentos de la tragedia no actuaba en la estación de Aranzazu más que un solo empleado despachador y recibidor siendo necesarios para el buen servicio dos, máxime en horas —como aquellas— de recargo de tráfico, lo cual determinó que la vagoneta de carga que chocó con la de pasajeros y la arrojó a la tierra desde gran altura, saliera despedida no enganchada debidamente en el cable y se deslizase vertiginosamente produciendo la catástrofe"[202].

Otro caso de bastante resonancia en el ámbito judicial colombiano, se presentó en 1980, en el proceso de Saúl Chavarro contra Texas Petroleum Company y Helicol S. A[203].

Los hechos de este caso pueden resumirse de la siguiente manera: un helicóptero cargado con provisiones y dinamita debía aterrizar en un campamento de la compañía Texas Petroleum Company. En el campo donde debía aterrizar el helicóptero estaban dos "bulldozer" de propiedad del señor Saúl Chavarro.

El lugar donde estaba planeado el aterrizaje del helicóptero era peligroso, pues se encontraba sitiado por un grupo alzado en armas perteneciente a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).

Tan pronto como el helicóptero cargado de dinamita y explosivos aterrizó, el grupo revolucionario irrumpió en el lugar, encañonó al piloto y a las demás personas que allí se encontraban y procedió a sacar del vehículo los víveres y la dinamita que este transportaba.

Una vez que los alzados en armas se apoderaron de la dinamita que transportaba el helicóptero para la Texas Petroleum Company, procedieron a destruir el vehículo y los dos 'Bulldozer' que allí se encontraban.

En primera instancia (fallo de 5 de septiembre de 1975) se declaró a la Texas Petroleum Company responsable de la destrucción de los "bulldozer" del señor Chavarro, porque sin la existencia de la dinamita de propiedad de la Texas en el helicóptero y sin establecer las precauciones que se deben tomar para el transporte de dichos materiales, el resultado no se habría producido.

El fallo fue impugnado y el Tribunal de segunda instancia dispuso que el daño no se habría presentado si no hubiera existido culpa de la Texas.

[202] Corte Suprema de Justicia, Sala de negocios generales, 23 abril 1941, M. P. Arturo Tapias Pilonieta, "G. J.", t. LI, núms. 1971-1972, pág. 457-472.

[203] Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 22 de septiembre de 1980, M. P. Héctor Gómez Uribe, págs. 1-33, sin publicar.

La anterior es una aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, porque se afirma: "sin la existencia de esa dinamita en tal vehículo, que se movía al servicio de la Texas, en el día de los acontecimientos y en el sitio de Cáceres, no se habrían podido dinamitar los dos bulldozer de propiedad del demandante"; pero no basta el transporte al servicio de dicha compañía, sino que la Texas en su obrar, no actuó conforme al tipo de ser humano ideal, por no controlar el transporte de explosivos y tomar las debidas precauciones[204], al estar a cargo de una actividad peligrosa.

A pesar de afirmar lo anterior, el Tribunal indica que el daño fue causado material e intencionalmente por los alzados en armas y que también se debe tener en cuenta el actuar culposo de la empresa Helicol, por no tomar las debidas precauciones en el transporte de explosivos.

Tenemos entonces tres conductas que se toman como causa del daño, dos corresponden a falta de control sobre las actividades propias que se desempeñan (Texas y Helicol) y una tercera que responde a la causa material realizada por los alzados en armas y vemos que solo dos efectivamente responden solidariamente por los daños causados, porque sin ellas estos no se habían producido (*conditio sine qua non)*.

En casación, la Corte expone la terrible confusión que presenta el Tribunal, porque si bien este afirma que la culpa de la Texas y la de Helicol se presume, por estar al cuidado de una actividad peligrosa, y fundamenta la responsabilidad en esta presunción de la culpa, a renglón seguido dice que fueron los alzados en armas quienes causaron materialmente el daño.

La Corte, para resolver esta confusión, dice que la presunción de culpa a la cual acude el tribunal para condenar a la Texas y a Helicol, no puede desprenderse de la interpretación del artículo 2356 del Código Civil, razón por la cual la culpa debía ser probada y no se hizo, y confirma lo que dice el Tribunal sin dar importancia: la causa material del daño, la constituyen los alzados en armas.

[204] Ibidem, pág. 7: "[...] por no tratarse del caso de violación de una obligación completa y preexistente, no cabe emplear el criterio de los artículos 63 y 1604 del Código Civil y que, en ese orden de ideas, debe aceptarse un criterio objetivo y abstracto a los demandados, comparativo con la conducta de un tipo de ser humano ideal, especialmente a la Texas, pues si estuviéramos ante circunstancias normales o actividades corrientes, habríamos de exigir para evitarse incurrir en culpa, la conducta prudente y cuidadosa que los hombres juiciosos y diligentes, los buenos padres de familia, hubieran prestado ante el ejercicio de esa actividad común".

Basándose en esta última afirmación del Tribunal, la Corte absuelve a la Texas Petroleum Company y a Helicol S. A.

Al respecto dice la Corte: "[...] en primer término debe recordarse que la presunción de culpabilidad prevista en el artículo 2356 del Código Civil y que sirvió de estribo fundamental a la sentencia, no es pertinente conforme más atrás se expresó. En estas condiciones, era menester que el demandante probara la culpa bajo la doble faz de haberse transportado explosivos sin cumplir reglamentaciones administrativas, y de no haberse solicitado escolta o protección de las fuerzas armadas"[205].

Y continúa: "Pero aun prescindiendo de que el demandante debía no solamente probar esas culpas, prueba que el sentenciador no encuentra satisfactoriamente producida, sino además que por razón de ellas el daño se ocasionó, el propio sentenciador en sus conclusiones fácticas dice muy claramente que sin la actividad de los alzados en armas el daño no se hubiera ocasionado. Lo anterior no significa cosa distinta de que toda la culpa, de carácter delictual por más veraz, fue de los forajidos a quienes el propio Tribunal les reconoció capacidad de haber producido el daño o aun uno mayor sin contar con los explosivos que Helicol le transportaba a la Texas. Por tanto la alegada culpa de estas empresas, en su uso de ser presunta o de haberse demostrado, circunstancias que se han descartado, no hubiera podido tener influencia en la producción del daño, según el propio sentenciador y, en consecuencia, sería inoficioso estudiar, y menos aún graduar, si hubo culpa concurrente entre los forajidos y las demandas"[206].

Es claro que el Tribunal en segunda instancia echa mano de la teoría de la equivalencia de las condiciones para determinar cuál fue la causa del daño, pero en cuanto a la Corte Suprema de Justicia, bien vale la pena formular el siguiente interrogante: ¿cuándo la Corte toma del Tribunal el criterio de que los alzados en armas son la causa material del daño por tener la capacidad de causar ese daño e incluso uno mayor, no estaría empleando la teoría de la causalidad eficiente?

Como hemos podido evidenciar, el empleo de la teoría de la equivalencia de las condiciones por los jueces tiende a confundirse con aspectos de la culpabilidad y a verse obstaculizada por aspectos probatorios, que varían según el punto de vista del juez que debe analizar el caso de responsabilidad civil extracontractual.

[205] Ibidem, págs. 32-33.

[206] Ibidem, pág. 33.

Otras sentencias de la Corte buscan darle cabida a la teoría de la causa eficiente.

En 1990, la Corte Suprema de Justicia al resolver el litigio de un choque de dos vehículos pesados de transporte por carretera, ocasionado por el que transitaba en sentido contrario, sin carga de ninguna clase y a alta velocidad, expresa: "[...] mediando pluralidad de causas y si se trata concretamente de supuestos donde en este plano concurren el hecho ilícito del ofensor y la conducta de la víctima, fundamentalmente es establecer con exactitud la injerencia de este segundo factor en la producción del menoscabo, habida cuenta de que en una investigación de esta índole viene impuesta por dos principios elementales de la lógica jurídica, a saber: que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro. Por eso, en la estimación que a los juzgadores de instancia les corresponde hacer de la forma como el hecho de la parte lesionada puede afectar el ejercicio de una acción civil de reparación, nunca deben perder de vista que existe allí involucrado un problema de causalidad y que, por consiguiente, su tarea empieza por discernir, atendiendo naturalmente a las circunstancias específicas de cada caso y en ejercicio de un amplio poder de razonable apreciación fáctica que la jurisprudencia de casación les ha reconocido reiteradamente, el segmento de causalidad que le cabe a cada partícipe en el daño cuyo resarcimiento se pretende; entonces y por principio, a cada cual se procurará hacerle soportar las secuelas del daño en la medida y proporción en que su conducta se identifique como causa del dicho resultado dañoso, lo que equivale a afirmar, en tesis general por supuesto, que la distribución del daño entre ofensor y ofendido, procede hacerla de acuerdo con el criterio de la influencia causal de las respectivas actividades, vale decir, observando a manera de factor preponderante el grado de causalidad imputable al obrar de cada uno frente a aquel acontecimiento"[207].

En el mismo sentido, la Corte Suprema al decidir el caso de un incendio de un centro comercial en San Andrés Islas, ocasionado por la llegada súbita y con excesivo voltaje de energía eléctrica, que desprendía de la Electrificadota de San Andrés y Providencia S. A, afirma: "Se sigue de ello que el nexo causal entre la conducta imputable al demandado y el efecto adverso que de ella se deriva para el demandante, debe estar debidamente acreditado porque el origen de la responsabilidad

[207] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 23 noviembre 1990, M. P. Carlos Esteban jaramillo Schloss.

gravita precisamente en la atribución del hecho dañoso al demandado. Este aspecto ha ocupado anteriormente la atención de la Corte, a cuyo propósito ha dicho que la causalidad basta para tener por establecida la culpa en aquellos casos en que, atendida la naturaleza propia de la actividad y las circunstancias precisas en que el hecho dañoso se realizó, la razón natural permite imputar a la incuria o imprudencia de la persona de quien se demanda la reparación, su defensa entonces, no puede plantearse con éxito en el terreno de la culpabilidad sino en el de la causalidad. Así las cosas, la responsabilidad supone la inequívoca atribución de la autoría de un hecho que tenga la eficacia causal suficiente para generar el resultado, pues si la incertidumbre recae sobre la existencia de esa fuerza motora del suceso, en tanto que se ignora cuál fue la verdadera causa desencadenante del fenómeno, no sería posible endilgar responsabilidad al demandado"[208].

Así, en Colombia, es claro que, ante la decisión del legislador de no regular la materia del nexo de causalidad, el juez no ha optado por la aplicación de una sola de las teorías de la causalidad jurídica, sino que ha hecho uso de varias de las posturas doctrinarias existentes, dependiendo de las necesidades que represente el caso.

De hecho, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de la Sala de Casación Civil de 2002, con ponencia del Magistrado Jorge Santos Ballesteros[209], reconoce las dificultades que se presentan en materia de nexo de causalidad y pareciera acudir a todas las teorías y a ninguna a la vez, para determinar qué se debe tener como causa.

Dijo la Corte:

"El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no solo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato, señala que si no se puede imputar dolo al deudor, este responde de los primeros cuando son "consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento". Por lo demás, es el sentido del artículo 2341 ib. el que da la pauta, junto al anterior precepto, para predicar la necesidad del nexo causal en la responsabilidad

[208] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 23 junio 2005, M. P. Edgardo Villamil Portilla.

[209] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 26 septiembre 2002, M. P. Jorge Santos Ballesteros.

civil, cuando en la comisión de un «delito o culpa» —es decir, de acto doloso o culposo— hace responsable a su autor, en la medida en «que ha inferido» daño a otro.

"Pero si hay consenso en la necesidad de esa relación causal, *la doctrina, acompañada en este punto de complejas disquisiciones filosóficas, no ha atinado en ponerse de acuerdo sobre qué criterios han de seguirse para orientar la labor del investigador —jueces, abogados, partes— de modo que con certidumbre pueda definir en un caso determinado en el que confluyen muchas condiciones y antecedentes, cuál o cuáles de ellas adquieren la categoría de causa jurídica del daño.* Pues no ha de negarse que de nada sirve el punto de vista naturalístico, conocido como teoría de la equivalencia de las condiciones —defendida hace algún tiempo y hoy abandonada en esta materia—, según el cual todos los antecedentes o condiciones (y aún las ocasiones), tienen ontológicamente el mismo peso para la producción del resultado.

"Semejante posición deja en las mismas al investigador, pues si decide mentalmente suprimir uno cualquiera de los antecedentes, con seguridad llegará a la conclusión de que el resultado no se hubiera dado, a más de la necesaria arbitrariedad en la elección de la condición a suprimir, dado que no ofrece la teoría criterios concretos de escogencia. De las anteriores observaciones surgió la necesidad de adoptar otros criterios más individualizadores de modo que se pudiera predicar cuál de todos los antecedentes era el que debía tomar en cuenta el derecho para asignarle la categoría de causa. Teorías como la de la causa próxima, la de la causa preponderante o de la causa eficiente —que de cuando en cuando la Corte acogió— intentaron sin éxito proponer la manera de esclarecer la anterior duda, sobre la base de pautas específicas (la última condición puesta antes del resultado dañoso, o la más activa, o el antecedente que es principio del cambio, etc.).

"Y hoy, *con la adopción de un criterio de razonabilidad que deja al investigador un gran espacio,* con la precisión que más adelante se hará cuando de asuntos técnicos se trata, se asume que de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, *tiene la categoría de causa aquél que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable) sea el más* «*adecuado*», el más idóneo para producir el resultado, atendidas por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de un tajo aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarlo.

”En fin, como se ve, la gran elasticidad del esquema conceptual anotado, permite en el investigador una conveniente amplitud de movimiento. Pero ese criterio de adecuación se lo acompañó de un elemento subjetivo que le valió por parte de un sector de la doctrina críticas a la teoría en su concepción clásica (entonces y ahora conocida como de la “causalidad adecuada”), cual es el de la previsibilidad, ya objetiva o subjetivamente considerada. Mas, dejando de lado esas honduras, toda vez que su entronque con la culpa como elemento subjetivo es evidente, y este es tema que no se toca en el recurso, el criterio que se expone y que la Corte acoge, da a entender que en la indagación que se haga —obviamente luego de ocurrido el daño (la amputación de la pierna)— debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos *per se* para producirlos, y se detecte aquel o aquellos que tienen esa aptitud. Sin embargo, cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia —no conocidos por el común de las personas y de suyo solo familiar en menor o mayor medida a aquellos que la practican— y que a fin de cuentas dan, con carácter general, las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa. *En otras palabras, un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga*. Así, con base en la información suministrada, podrá el juez, ahora sí aplicando las reglas de la experiencia común y las propias de la ciencia, dilucidar con mayor margen de certeza si uno o varios antecedentes son causas o, como decían los escolásticos, meras condiciones que coadyuvan pero no ocasionan.

”De la misma manera, quedará al abrigo de la decisión judicial, pero tomada con el suficiente conocimiento aportado por esas pruebas técnicas a que se ha hecho alusión, la calificación que de culposa o no se dé a la actividad o inactividad del profesional, en tanto el grado de diligen-

cia que le es exigible se sopesa y determina, de un lado, con la probabilidad de que el riesgo previsto se presente o no y con la gravedad que implique su materialización, y de otro, con la dificultad o facilidad que tuvo el profesional en evitarlo o disminuirlo, asuntos todos que, en punto de la ciencia médica, deben ser proporcionados al juez a efectos de ilustrarlo en tan especiales materias" (cursivas fuera de texto).

## **4.** Conclusiones

### A) *La constante confusión entre causalidad y culpabilidad en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual*

La responsabilidad civil extracontractual cuenta con tres elementos, como lo hemos repetido a lo largo de escrito: daño, hecho generador del daño, nexo de causalidad entre uno y otro.

La causalidad jurídica que hemos estudiado permite establecer si un hecho ha sido efectivamente la causa del daño, luego vendrá la aplicación de los criterios de imputación, que permiten atribuirle a esa causa la respectiva indemnización del daño.

Se dice que los criterios de imputación son la culpa, el riesgo que se ha creado y otro tipo de hechos tales como los de las cosas, los animales y las personas que se tienen a cargo, sobre los cuales se tiene una relación de propiedad o guarda y que estos criterios determinan el régimen de responsabilidad civil extracontractual en el cual nos encontramos; si el criterio de imputación es la culpa, ante un caso de responsabilidad civil subjetiva y en los demás, ante un caso de responsabilidad civil objetiva.

Ahora bien, en ambos regímenes lo primero que se tiene que evidenciar luego de la producción del daño es cuál ha sido su causa y luego valorarla de acuerdo con los criterios de imputación, criterios que permiten hablar propiamente de responsabilidad.

El problema se presenta básicamente en los regímenes de responsabilidad subjetiva, donde muchos doctrinantes y jueces, afirman que el nexo de causalidad se debe dar entre la culpa y el daño.

Concluimos que ese planteamiento es totalmente errado, porque lo que pretende la causalidad jurídica es únicamente establecer causas y no responsables, por eso el nexo causal se debe dar entre el hecho (sea humano, sea de distinta naturaleza) que se ha catalogado como causa y el daño, sin ningún otro tipo de valoración.

La causalidad jurídica solo presenta un análisis descriptivo de la situación, una imputación fáctica que permitirá determinar si a un hecho se le pueden imputar las consecuencias jurídicas.

En la medida en que haya causas habrá responsables; por eso consideramos de vital importancia el estudio del nexo de causalidad como una cuestión libre de valoraciones subjetivas.

Ahora bien, aunque hemos dicho cuáles son los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, es común encontrar que en los regímenes subjetivos los elementos sean: el daño, la culpa, el nexo causal entre culpa y daño.

Si aplicamos nuestra posición, en donde lo que busca el nexo causal, con la aplicación de cualquiera de las teorías estudiadas, es la simple determinación de la causa del daño, que luego será valorada desde la perspectiva de la culpabilidad, se podría presentar una dificultad frente al momento en que se debe realizar la valoración o el juicio de reproche de la causa.

Para nosotros, la culpa no se convertiría en un elemento adicional en el esquema de la responsabilidad[210], sino que estaría encuadrada dentro del hecho generador del daño, pero no ya en el momento en que se determina si fácticamente este puede ser tenido como causa, sino en el momento en que se establece si se realizó de manera dolosa o culposa. Tendríamos entonces dos juicios en un mismo elemento: uno descriptivo que estaría a cargo de la causalidad y otro valorativo, que estaría a cargo de la culpabilidad.

Las teorías que analizamos tienen como primera función determinar cuál ha sido la causa del daño, pero el problema que presentan es que muchos de sus criterios de selección llevan ingredientes de intencionalidad subjetiva, que en primer lugar las hace inoperantes frente a casos de daños causados por cosas o animales, y en segundo lugar hace que se confundan los momentos de la causalidad y la culpabilidad.

Por lo anterior, consideramos que si bien la teoría de la imputación objetiva se aplica en materia penal, su desarrollo y adopción en material de responsabilidad civil podría ser de valiosa ayuda, porque esta es la única teoría que parte de la clara diferenciación de momentos, primero estudia la causalidad y luego, con criterios que superan a la

[210] PHILIPPE LETOURNEAU (*La responsabilidad civil,* cit., pág. 76) afirma que se debe hacer esta distinción entre causalidad y culpabilidad, pero afirma que el nexo de causalidad debe ser considerado un elemento autónomo de la responsabilidad, independiente de la culpa.

culpabilidad, imputa objetivamente el resultado a quien está llamado a soportar la indemnización.

B) *La carencia de legislación respecto de la causalidad jurídica: ¿Vacío legislativo o decisión del legislador*?

Por último, la causalidad jurídica presenta una particularidad dentro de los ordenamientos jurídicos: las legislaciones europeas y latinoamericanas en su gran mayoría no han adoptado ninguno de los criterios elaborados por la doctrina para establecer cuál ha sido la causa del daño, dejando al juez sin herramientas a la hora de decidir.

Como pudimos ver, en Colombia los jueces siguen diversas tendencias, aplicando en unos casos la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causalidad adecuada, la teoría de la causalidad eficiente o la que consideren más apropiada para poder llegar a la indemnización del daño.

Las teorías jurídicas de la causalidad a veces presentan muchos problemas en la transición del plano teórico al plano práctico. Por ello, los ordenamientos jurídicos se han abstenido de incorporarlas en sus legislaciones, razón por la cual podríamos concluir que realmente no estamos en presencia de un vacío legislativo, sino que el legislador, consciente de la dificultad que representa optar por una u otra teoría para determinar qué se debe tener por causa, ha decidido no regular el punto, dejando a los jueces la determinación de esta.

Con este panorama y aun sabiendo que todo tiene una causa, es bastante complejo establecer frente a un evento cuál ha sido su verdadero origen. Lo han intentado filósofos a lo largo de la historia, lo han hecho juristas en el campo del derecho, pero al final, lo único con lo que verdaderamente contamos es con nuestra propia convicción.

Ante la posición del legislador de guardar silencio en esta materia, es necesario cuestionarnos si el juez, como ser humano, debe decidir qué se debe tomar por causa, guiado por su sentido común o si debe quedar librado a su intuición y sentimiento[211] para resolver. Como se aprecia,

[211] Al respecto dicen Henri y Léon Mazeaud y André Tunc (*Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual,* t. ii, vol. ii, cit., pág. 6): "Son esas cuestiones sumamente complejas y que muy pocos juristas franceses han querido abordar. Hay en ello, para muchos, un problema que debe ser resuelto, por el sentimiento, medio cómodo de eludir la dificultad; pero que no aporta las precisiones deseables. Más francos son aquellos que confiesan que este problema es tal vez insoluble". Por su parte Marco Capecchi (*Il nesso di causalità,* cit., pág. 212): "Nella stragrande maggioranza

este asunto, por su complejidad no cuenta aun con una solución pacífica y uniforme.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

### A) *Doctrina*

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

ALTERINI, ATILIO ANÍBAL: *Responsabilidad civil: límites de la reparación civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987.

ANTOLISEI, FRANCESCO: *Manual de derecho penal. Parte general*, trad. de Juan del Rosal y Ángel Torio, Buenos Aires, Uteha, 1960.

BACIGALUPO, ENRIQUE: *Principios de derecho penal.* Parte general, 3ª ed., Madrid, Ed. Akal, 1994.

BATTAGLINI, GIULIO: *Diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, 1949.

BELVEDERE, ANDREA: "Causalità giuridica", en *Rivista di diritto civile*, Anno LII, 2006, Parte prima, Padova, Cedam, 2006.

BENAVIDES RUSSI, JOSÉ LUIS: *La imputación del daño*. Reflexiones sobre el nexo causal en la responsabilidad extracontractual del Estado (Tesis de grado), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992.

BUNGE, MARIO: *Causalidad*. El principio de causalidad en la ciencia moderna, trad. de Hernán Rodríguez, 2ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1965.

BUSTAMANTE ALSINA, JORGE: Teoría general de la responsabilidad civil, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.

CAPECCHI, MARCO: "El problema del nexo de causalidad en la responsabilidad civil: causalidad material y causalidad jurídica", en *Responsabilidad civil y del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

— *Il nesso di causalità*, Padova, Cedam, 2002.

CAPUTI, LUCA: "Il nesso di causalità nella responsabilità civile: un problema irrisolto o sopravvalutato?", en *Rivista critica di diritto privato*, Año XXV, 1, Nápoles, Jovene Editore, 2007.

CENDON, PAOLO: *La responsabilità civile* IX, Il diritto privato nella giurisprudenza, Torino, Utet, 1998.

COMPAGNUCCI, RUBÉN H.: *Responsabilidad civil y relación de causalidad*, Buenos Aires, Astrea, 1984.

---

dei casi, infatti, l'individuazione della casua appare intuitiva, rendendo rare le decisioni nelle quali il problema è discusso".

Corcione Morales, Maria Carolina: El nexo de causalidad como elemento de la responsabilidad civil extracontractual: diferencia entre la causalidad material y la causalidad jurídica (Tesis de grado), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

Corral Talciani, Hernán: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

Cousiño Mac-Iver, Luis: *Derecho penal chileno*. Parte general, t. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975.

Cuéllar Gutierrez, Humberto: *Responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1983.

De Cupis, Adriano: Il danno, vol. 1, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1966.

De Page, H.: Traité élémentaire de droit civil belge. Principes, doctrine jurisprudente, t. II, Bruxelles, 1889.

Deschizeaux, J.: *De l'nfluence du fair de la victime sur la responsabilité civile délictuelle*, Grenoble, 1934.

Diccionario de la Real Academia Española (*www.rae.es*)

Díez-Picazo, Luis: *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.

Díez, José Antonio y Moulines, Carlos Ulises: *Fundamentos de la filosofía de la ciencia*, Barcelona, Ariel, 1997.

Domínguez Aguila, Ramón: "Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno", en *Roma e America. Diritto Romano Comune*. Revista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina, núm. 10, Roma, Edizione Mucchi, 2000.

Forchielli, Paolo: *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, Cedam, 1960.

Gardenat et Salmon-Ricci: *De la responsabilitè civile* (*délits et quasidelits*), Paris, 1927.

Geri, V.: "Il rapporto di causalità in diritto civile", en *Responsabilit*à *civile e previdenza*, (???), 1983.

Gimbernat Ordeig, Enrique: *Delitos cualificados por el resultado y la causalidad*, Madrid, Reus, 1966.

Goldenberg, Isidoro: *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1974.

Green, Leon: *Rationale of Proximate Cause*, Kansas City, Vernon Law Book Company, 1927.

Hart, H. L. A y Honoré, Tony: *Causation in the law*, Oxford, Clarendon Press, 1985.

Hinestrosa, Fernando: "Devenir del derecho de daños", en *Roma e America*. *Diritto Romano Comune*. Revista di diritto dell'integrazione e unificazione

del diritto in Europa e in America Latina, núm. 10, Roma, Edizione Mucchi, 2000.

— *Curso de obligaciones* (*conferencias*), 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1961.

INFANTE RUIZ, FRANCISCO JOSÉ: *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y causas hipotéticas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de derecho penal*, t. III, 2ª ed., Buenos Aires, Losada S. A, 1962.

— *El concepto de delito, acción y causalidad*, Bogotá, Leyer, 2002.

LE TOURNEAU, PHILIPPE: *La responsabilidad civil*, trad. de. Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Legis, 2004.

LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA: *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO: *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, 11ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2003.

MAZEAUD HENRI y LEÓN; TUNC, ANDRÉ: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. II, vol. II, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, 5ª ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídica Europa-América, 1962.

MESSINEO, FRANCESCO: *Manual de derecho civil y comercial*, t. VL, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1971.

MEZGER, EDMUNDO: "La acción", en *Revista de Derecho Penal*, núm. 22, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Bogotá, Leyer, 2000-2001.

MONTEALEGRE LYNETTE, EDUARDO: *La culpa en la actividad médica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1988.

MOSSET ITURRASPE, JORGE: *Responsabilidad por daños*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1971.

NOVÍSSIMO DIGESTO ITALIANO, vol. XI, Torino, Utet, 1982.

ORGAZ, ALFREDO: El daño resarcible, 2ª ed., Buenos Aires, Omeba, s. d. (?).

PALUDI C., OSVALDO: *La relación de causalidad civil por el hecho propio*, Buenos Aires, Astrea, 1976.

PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO: *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación objetiva*, Centenario del Código Civil, t. II, Madrid, Asociación de Profesores de Derecho Civil–Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

PEIRANO FACIO, JORGE: *Responsabilidad extracontractual*, Buenos Aires, Ediciones Roque Depalma, 1954.

PIZARRO, RAMÓN D.: *Derecho de daños*. Buenos Aires, La Rocca, 1991.

REYES ALVARADO, YESID: *Imputación objetiva*, Bogotá, Temis, 1994.

Rodríguez Grez, Pablo: *Responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

Rudolphi, Hans–Joachim: *Causalidad e imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

Salvador, Pablo y Fernández, Antonio: "Causalidad y responsabilidad", en *Revista para el análisis del derecho*, núm. 329, Barcelona, 2006.

Santos Briz, Jaime: *Derecho de daños*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.

Stella, Federico*: Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1975.

Stoppato, Alejandro: *L'evento punibile*, Padova,1898.

Valcavi, Giovanni: "Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempienza e da delitto", en *Rivista di diritto civile*, Anno XLVII, 2001 Parte Seconda, Padova, Cedam, 2001.

Vásquez Ferreyra, Roberto A.: *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1993.

Velásquez Velásquez, Fernando: *Manual de derecho penal*, Bogotá, Temis, 2002.

Visintini, Giovanna: *Tratado de la responsabilidad civil*, t. ii, Buenos Aires, Astrea, 1999,

Von Liszt, Franz: Tratado de derecho penal, t. ii, 3ª ed., trad. de Luis Jiménez de Asúa, Madrid, Reus, 1929.

Yzquierdo Tolsada, Mariano: *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. 1, Madrid, Reus, 1993.

B) *Legislación*

Constitución Política de la República de Colombia de 1991

Código Civil colombiano

Ley de tránsito No. 18.290, Chile.

C) *Jurisprudencia*

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. 4 abril 2003, rad. 12742, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de Casación Civil, 17 de diciembre de 1972.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. 17 septiembre 1935, M. P. Eduardo Zuleta Ángel.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. 22 Febrero 1995, M. P. Carlos esteban Jaramillo Schloss, "G. J.", t. ccxxxiv.

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sent. 22 septiembre 1980, M. P. Héctor Gómez Uribe.

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sent. 23 noviembre 1990, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sent. 23 junio 2005, M. P. Edgardo Villamil portilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. 26 septiembre 2002, M. P. Jorge santos ballesteros.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. 8 mayo 1969, M. P. Guillermo Ospina Fernández, "G. J.", t. CXXX.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, sent. 23 abril 1941, M. P. Arturo Tapias Pilonieta, "G. J.", t. LI, núms. 1971-1972.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sent. 11 septiembre 1997, M. P. Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sent. 17 noviembre 1989, Copiadores de la Sección, tomo 109, folios 337-351.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sent. 30 octubre 1986, Copiadores de la Sección, tomo 68, folios 161-184.

Sentencia 'Proceso Contergan' de 18 diciembre 1970, publicada en Juristenzeitung, 1970.

Sentencia de Casación de 20 octubre 1983, núm. 567 – Italia.

Sentencia de Casación de 23 de junio de 1980, núm. 3622 – Italia.

Sentencia de Casación, Sala Penal de la Corte de Casación italiana de 19 de mayo de 2005.

Sentencia de la Corte de Casación italiana de 27 de noviembre de 1972, núm. 3462.

Sentencia de la Corte de Casación italiana, Sección III, abril 18 de 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo español, 2ª, 23 de abril de 1992.

Capítulo V[*]

# EL ABUSO DEL DERECHO[**]

Ernesto Rengifo García[***]

## 1. Concepto de principio

Los principios son partes integrantes y esenciales (*potissima pars principim est*) de los ordenamientos jurídicos. Entendidos como elementos esenciales contribuyen a la creación y adecuación del ordenamiento, y también a su interpretación. De ahí que se diga que los principios son integrativos, creativos, interpretativos, delimitadores y productores. De acuerdo con Bartole, los principios generales del derecho cumplen las siguientes funciones: "a) integradora, en el sentido de colmar las lagunas del dictado normativo; b) interpretativa, en el sentido de ofrecer al juez el modo de subsumir los presupuestos de hecho en un enunciado amplio; c) delimitadora, en el sentido de poner un dique a las competencias legislativas y negociales; d) productora, en el sentido de ofrecer valores sobre los cuales se funda íntegro del ordenamiento"[1]. Y se agrega, obviamente, la función creativa. "En Colombia fue singularmente significativa la intervención de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de la segunda mitad de los años 30, que modernizó la concepción, la interpretación y la aplicación del derecho, en esfuerzo simultáneo con las demás ramas del Estado. Así,

[*] Este artículo es una adaptación, con pequeñas supresiones, adiciones y correcciones, del primer capítulo de mi libro *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

[**] http://dx.doi.org/10.15425/2017.179

[***] Profesor de Derecho de Contratos en la Universidad Externado de Colombia y director del departamento de Propiedad Intelectual en la misma universidad.

[1] S. Bartole, "Principi generali del diritto, dir. Constituzionale", en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXV, Milano, Giuffrè, pág. 514. Sobre el valor de los principios generales del derecho como substrato de la normativa y del criterio de los juristas (legisladores, doctrinantes, jueces y prácticos), véase en especial, Fernando Hinestrosa, "Los principios generales del derecho: aplicación y perspectiva", en *Revista de Derecho Privado*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 1, enero-junio 1997, pág. 6.

con mentalidad abierta, introdujo el espíritu de "jurisprudencia creadora", y con ella, los principios de la buena fe-apariencia, simulación, fraude a la ley, abuso del derecho, responsabilidad civil, imprevisión, móvil determinante, error de derecho, enriquecimiento injusto"[2]. Y agrega HINESTROSA: "Los principios generales del derecho han adquirido un valor "integrador" del ordenamiento, concepciones, sentimientos, anhelos, contenidos, que pueden expresarse con fluidez, sin la virulencia de lo reprimido, de manera de agilizar la acomodación del derecho a la "modernidad", no por afán de modo, sino por exigencia de actualidad, coherencia, justicia. En este sentido pudiera hablarse de ellos como "derecho flexible". Por tal razón es inquietante la inclinación, no por explicable menos censurable, a la cristalización de la "jurisprudencia", que se observa en distintos medios y ambientes"[3].

En nuestro derecho, la referencia legislativa inicial a los principios generales del derecho como criterios de integración e interpretación del sistema jurídico se encuentran en el artículo 8 de la ley 153 de 1887: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho". Como se verá, los principios generales del derecho se han redimensionado hasta tal punto que en muchas casos no tienen el carácter subsidiario que como fuente del derecho les da la norma decimonónica citada y que incluso les otorga el artículo 230 de la Carta Política de 1991 ("la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial"), sino que pueden ser principales y obligatorios, en razón a que si han sido fuente de decisiones de la Corte Constitucional, devienen obligatorios, dado que tratándose de jurisprudencia constitucional, la Corte, en reiterados pronunciamientos ha señalado que sus decisiones tienen carácter obligatorio para todos, incluso a los jueces[4]. De modo, pues, que en

[2] FERNANDO HINESTROSA, "De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato", en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 5, enero-junio 2000, pág. 13, nota 60.

[3] Ibid., pág. 17. Además precisa: "Bien puede sostenerse que los principios rezuman de la realidad social y de la experiencia jurídica, y que el intérprete los extrae (¿inventa?) de la «conciencia social» mediante un proceso de abstracción y generalización, y que al sentarse un principio se introduce un *quid novi* en el ordenamiento o, a lo menos, se reafirma esa novedad adicional al conjunto de normas formalmente reconocidas", ibid., pág. 8.

[4] "La Constitución debe, en todo momento, con ley o sin ella, inspirar la actividad judicial. Incluso, si existe ley que regule específicamente la materia, ella debe interpretarse de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable a su realización

razón del carácter obligatorio de la jurisprudencia constitucional, los principios generales del derecho, cuando han servido de base a las decisiones de la Corte, devienen de aplicación principal y obligatoria y no meramente subsidiaria: "La interpretación de la Corte Constitucional, a diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la Constitución, no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vehículo insustituible para que ella adquiera el status activo de norma de normas y como tal se constituya en el vértice y al mismo tiempo en el eje del ordenamiento jurídico. Si en el sistema de fuentes las sentencias de la Corte Constitucional —por ser manifestaciones autorizadas y necesarias de la voluntad inequívoca de la Constitución— prevalecen sobre las leyes, ellas igualmente resultan vinculantes para las distintas autoridades judiciales, que no pueden a su arbitrio sustraerse a la fuerza normativa de la Constitución, la cual se impone y decanta justamente en virtud de la actividad interpretativa de su guardián, tal y como se refleja en sus fallos. La supremacía y la integridad de la Constitución son consustanciales a la uniformidad de su interpretación. Si el texto de la Constitución se divorcia de la interpretación que del mismo haya dado la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias privativas, de suerte que esta última se convierta en una de las tantas alternativas plausibles de entendimiento, la fragmentación hermenéutica que se propiciaría inexorablemente conduciría a la erosión del valor cierto y vinculante de la Constitución, puesto que entonces habría tantas Constituciones como intérpretes"[5].

Además, debe recordarse que a la luz del derecho tradicional y legalista, los casos jurídicos concretos se resolvían aplicando reglas legales específicas, y tanto los principios como el texto constitucional rara vez influían en las decisiones de los casos jurídicos concretos. Hoy, los principios y la Constitución tienen aplicación concreta en la solución de los casos jurídicos[6]. Un principio constitucional abstracto —y el

---

concreta. El sentido del término «doctrina constitucional» fijado por la Corte, en su doble acepción como referido a «norma constitucional» y a «cualificación adicional» efectuada por el intérprete autorizado y supremo de la misma, enfatiza su valor de fuente de derecho, bien porque la norma constitucional es «ley», esto es, tiene carácter normativo (Const. Pol., art. 4), o porque las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional vinculan a todas las autoridades (Const. Pol., art. 243)": Aclaración de voto a la sent. C-083 de 1º marzo 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[5] Corte Const., sent. SU-640 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[6] "La Constitución informa el entero ordenamiento jurídico, cuyas normas se elaboran dentro de los cauces en ella previstos y conforme a los principios, valores y pautas

abuso del derecho lo es en la Constitución de 1991— aplicado o aplicable mediante un argumento interpretativo, puede triunfar incluso sobre reglas explícitas que también regulen una situación jurídica concreta. Nota característica de los Estados constitucionales es la relevancia creciente de los principios, la superación del legalismo, en la medida en que la ley queda sometida a la normativa superior de la Constitución y de los principios constitucionales y la superación del formalismo jurídico, en la medida en que los principios jurídicos, frente a las reglas, reclaman entrar en la solución de los conflictos jurídicos.

Una de las formas para apreciar lo que se puede llamar la "constitucionalización del derecho privado" es observar que con mayor frecuencia los conflictos se resuelven aplicando los principios y valores constitucionales, los cuales se imponen al intérprete, en la medida en que el juez debe acatarlos al interpretar y aplicar el derecho. Hoy el juez no solo aplica la regla concreta para solucionar un conflicto, sino que también encuentra la solución, para casos específicos, en los principios y valores constitucionales[7]. De ahí que se hable de la fuerza

supremas que ella dispone. No obstante el poder de irradiación que se le reconoce a la Carta y que se extiende al universo de las normas infraconstitucionales, la jurisprudencia de la Corte ha sido constante en señalar que el ámbito del contrato, en principio, está librado a la regulación legal y a la autonomía de las partes. Los litigios comerciales, por consiguiente, normalmente se ventilan ante la jurisdicción ordinaria y a la luz de las fuentes pertinentes y más próximas, las que suelen coincidir con la ley y el contrato. Sin embargo, el actor y el juez de la causa, en este caso, estiman que la controversia privada que enfrenta a un pequeño empresario, fabricante de velas, con una grande empresa que se niega a suministrarle la materia prima fundamental para su proceso productivo —parafina en bloques—, tiene directa relevancia constitucional, como quiera que la conducta de esta última se traduce para el primero en una afectación manifiesta de los derechos de igualdad, trabajo y protección de la familia, lesionados a causa de la paralización de la fuente exclusiva de sus ingresos": Corte Const., sent. T-375 de 14 agosto 1997.

[7] Véase PIETRO PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, Edizione Schentifiche Italiane, 1984. Sobre la diferencia entre principios y valores, véase en especial ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997. En este texto se lee, por ejemplo, lo que sigue en la pág. 147: "La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian solo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente. En el derecho, de lo que se trata es de qué es lo debido. [El] modelo de los principios tiene la ventaja de que en él se expresa claramente el carácter de deber ser. A ello se agrega el hecho de que el concepto de principio, en menor medida que el de los valores, da lugar a menos falsas interpretaciones".

normativa de la Constitución o también de la eficacia del texto constitucional, la cual puede ser inmediata, es decir, cuando se aplica directamente la norma constitucional, o mediata, que surge de interpretar una norma legal a la luz de los principios o valores axiológicos de la Constitución. En otras palabras: el sistema jurídico, por la vigencia de los derechos fundamentales (los cuales son principios), tiene el carácter de un sistema jurídico materialmente determinado por la Constitución. Esa determinación encuentra expresión en la aplicación directa del texto constitucional o mediante la interpretación de reglas específicas del sistema con fundamento en los valores y principios constitucionales[8].

La principialística también ha ganado adeptos en el derecho patrio, al punto que, como se afirmó en la sentencia C–284 de 2015, es posible aplicar principios de derecho natural a casos sometidos tanto a la justicia arbitral como a la ordinaria, toda vez que se trata de categorías jurídicas conceptualmente compatibles con los principios generales del derecho, sobre los cuales la Corte Constitucional de antaño ha reconocido su constitucionalidad en diferentes pronunciamientos judiciales (C-373 de 1993, C-059 de 1994, C-372 de 1994 y C-083 de 1995).

## **2**. Antecedentes históricos del abuso del derecho

Ciertos y renombrados adagios romanos les han servido a los autores para prohijar o rechazar la figura del abuso del derecho en la experiencia jurídica romana. Quienes se muestran adversos a su existencia esgrimen los siguientes: *Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*[9] ("Se considera que no causa ningún daño quien de su derecho usa"); *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere ius non habet*[10] ("Ningún

[8] Robert Alexy, *op. cit*., pág. 507: "El Tribunal Constitucional Federal trata de dar cuenta del «efecto de irradiación» de las normas iusfundamentales en la totalidad del sistema jurídico con la ayuda del concepto de orden valorativo objetivo. Para citar al Tribunal: de acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, las normas iusfundamentales contienen no solo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia". En pág. 526 se lee: "Por lo tanto, la irradiación en todos los ámbitos del sistema jurídico de los derechos fundamentales, en tanto derecho positivo, incluye una irradiación de la idea de la justicia en todos los ámbitos del derecho, exigida por el propio derecho positivo".

[9] *D*. 50.17.55.

[10] *D*. 50.17.151.

daño causa, salvo el que hace lo que no tiene derecho a hacer") y finalmente la máxima de ULPIANO *Neminem laedit, nemo damnum facit, qui suo iure utitur* ("Quien usa de su derecho, a nadie perjudica y ningún daño causa"). Por su parte, los defensores del abuso del derecho se valen de las siguientes reglas: *Male enim nostro iure uti non debemus*[11] ("No debemos usar mal de nuestro derecho); la máxima de Paulo *Non omne quod licet honestum est* ("No todo lo que es lícito es honesto"); la manida expresión ciceroniana *Summum ius, summa iniuria*[12] ("El estricto derecho, es la suprema injusticia") y *Malitiis non est indulgendum*[13] ("No hay indulgencia con la maldad").

En opinión de IGLESIAS, la prohibición de los actos *ad aemulationem* no es del derecho romano clásico, y en cuanto a *la immisio in alienum*, afirma que esta devenía ilícita cuando era relevante o superaba la tolerancia normal. Tampoco no acepta la institución del abuso del derecho en la experiencia jurídica romana en razón del principio *qui iure suo utitur neminem laedit*; sin embargo, sostiene que había en Roma una "opinión pública vigilante" según la cual nadie podía usar de los propios derechos sin sufrir una inspección y un juicio[14].

JOSSERAND —en cuya opinión la teoría del abuso de los derechos no es tan moderna como se piensa—, rinde homenaje a la experiencia jurídica romana por encontrar en ella la fuente generatriz de su doctrina sobre la relatividad de los derechos subjetivos: "Los prudentes habían entrevisto y aun realizado en cierta medida los conceptos de la relatividad y del abuso de los derechos, como lo atestigua la máxima *Summum ius, summa iniuria*. GAYO decía que ya no debemos abusar de nuestros

[11] GAYO 1.53. Aquí se lee: "Pero hoy en día ni a los ciudadanos romanos ni a las demás personas que se encuentran bajo el imperio del pueblo romano se les permite maltratar a sus esclavos inmoderadamente y sin causa, pues según una constitución del sacratísimo emperador Antonino, se determina que quien matare sin causa un esclavo propio será tan responsable como si hubiera matado un esclavo ajeno. Y también por una constitución de este príncipe se reprimió la dureza excesiva de los dueños, ya que consultado por algunos gobernadores de provincias sobre aquellos esclavos que se refugian en los templos de los dioses o junto a las estatuas de los príncipes, determinó que si se estimase intolerable la crueldad de los dueños, se les obligará a vender a sus esclavos. En uno y otro caso se dispuso rectamente, pues no debemos usar mal de nuestro derecho (*male enim nostro iure uti non debemus*); y esta es la razón de que también los pródigos se les prohíba la administración de sus bienes".

[12] CICERÓN, *De officiis*, 1.10.33.

[13] *D*. 6.1.38.

[14] JUAN IGLESIAS, *Instituciones de derecho romano*, 7ª ed., Barcelona, Edic. Ariel, 1982, págs. 262 y 263.

derechos; *male enim nostro iure uti nom debemus*, y el derecho pretoriano en su conjunto constituye una reacción de la equidad contra el derecho estricto, del espíritu de oportunidad y de sutileza contra el espíritu geométrico. Solo que parece que los romanos se limitaron, en esta obra de humanización y socialización del derecho, a perseguir el dolo y el fraude y a condenar la intención de causar daño; para ellos el acto abusivo únicamente era el que se cumplía con intención nociva"[15]. La diferencia entre el derecho romano y el derecho francés se encuentra, según el ilustre profesor francés, en el hecho de que en el primero el acto abusivo era indefectiblemente un acto malicioso, en tanto que en el derecho positivo francés, para que exista abuso el acto debe ser antifuncional, esto es, contrario al espíritu, a la finalidad de un determinado derecho subjetivo. De intencional, pues, se ha pasado a un criterio social. "El derecho moderno y especialmente el derecho contemporáneo se forman del abuso una idea mucho más comprensiva; es abusivo cualquier acto que, por sus móviles y por su fin, va contra el destino, contra la función del derecho que se ejerce; al criterio puramente intencional tiende a sustituirse un criterio funcional, derivado del espíritu del derecho, de la función que le está encomendada. Cada derecho tiene su espíritu, su objeto, su finalidad; quien quiera que intente apartarlo de su misión social, comete una falta, delictuosa o cuasidelictuosa, un abuso del derecho susceptible de comprometer, dado el caso, su responsabilidad"[16].

De acuerdo con Giuseppe Grosso, la teoría del abuso del derecho no encuentra en la obra de la jurisprudencia romana ni un término propio ni una enunciación; el adagio *qui suo iure utitur neminem laedit* parece contener una tautología, el cual puede ser también invertido en el sentido de que quien *neminem laedit* permanece en su derecho, y está confirmado que en el funcionamiento elástico de las varias fuentes del derecho, con su individualizada fisonomía histórica, viene absorbido el fundamento del abuso del derecho, pero este no asumió la propia individualización de un principio general[17]. Es decir, Grosso admite en la experiencia jurídica romana las limitaciones que el ordenamiento jurídico le impone al ejercicio de ciertos derechos (en las relaciones de vecindad, en la propiedad, por ejemplo), pero no acepta la doctrina

[15] Louis Josserand, *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Bogotá, Edit. Temis, 1999, pág. 5.

[16] Josserand, *op. cit*., pág. 5.

[17] Cfr. Guiseppe Grosso, "Abuso del diritto", en *Enciclopedia del Diritto*, t. i, Milano, 1965, págs. 161 a 163.

del abuso del derecho como principio general. Lo cual en efecto es así, porque el jurista romano es remiso a recoger en conceptos o categorías generales toda la riqueza y los matices que ofrece la vida práctica; empero, seguramente, como en casi todas las instituciones modernas, los cimientos no unitarios sino dispersos de modalidades que hoy serían calificadas como formas de abuso se encuentran en el derecho romano[18].

La postura tradicional y prevalente es de la idea de que el derecho romano desconoció la figura del abuso del derecho con base en el dogma *Qui suo iure utitur neminem laedit*. Además, creemos que tampoco se podía abusar del derecho porque la noción del derecho en el mundo antiguo era objetiva y no subjetiva, es decir, su función era darle a cada quien lo suyo (*ius suum cuique tribuere*) y no concederle facultades al individuo[19]. Si el derecho no era facultad, no era poder, no era situación de ventaja otorgada por el ordenamiento, entonces no podía existir abuso del derecho. Este es, pues, hijo de una concepción subjetiva del derecho y no de una concepción objetiva.

La teoría de los actos de emulación sería el antecedente de la noción de abuso del derecho[20]. La emulación consistió en el ejercicio de un derecho subjetivo con la intención de causar un perjuicio a otra persona o a un bien ajeno. Su teoría se desarrolló propiamente respecto de las relaciones de vecindad y cuando se superó una economía primitiva. En la Edad Media se advierten conflictos entre vecinos, muchos de los cuales no obedecían a razones de utilidad para los propietarios, sino que estaban motivados por el deseo de causar un daño al vecino. De ahí que la teoría de los actos emulativos haya alcanzado un importante desenvolvimiento en el derecho intermedio, con el fin de prohibir el ejercicio del derecho de propiedad sin utilidad para el dueño y solo con la intención de dañar a otro. Hoy se considera al acto emulativo un su-

[18] Sobre el punto de la metodología del jurista en cuanto a su rechazo a los conceptos y categorías generales y abstractas, véase mi ensayo "Derecho subjetivo y concepto de ius", en Revista Jurídica, vol. 6, núm. 2, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 1992, págs. 93 a 106.

[19] En efecto, en el *Digesto* 1.1.10.pr. se lee: "Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho" (*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*) y también se dice (1.1.10.1) que "los principios del derecho son estos: vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo" (*Iuris paecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*). De estos dos textos del jurista ULPIANO, que vivió en el siglo III d. C., se deduce que el concepto de derecho para el mundo romano difiere de manera radical del concepto moderno, entendido este como facultad, potestad, posición de ventaja otorgada por el ordenamiento al individuo.

[20] En derecho romano *vid. D*. 8.5.8.5 y *D*. 43.8.2 pr.

puesto del abuso del derecho. Junto a esta teoría, digamos que de corte subjetivista, surge también en el derecho intermedio otra teoría, también relacionada con el derecho de propiedad pero de corte objetivo, llamada teoría de las inmisiones, según la cual en el ejercicio del derecho de propiedad se permiten las inmisiones normales en el predio del vecino, como emisiones de humos, calor, exhalaciones, humores, pero no aquellas que le ocasionan al titular de este un daño o perjuicio, o mejor, aquellas que son superiores a una tolerancia normal. Pero en puridad, las inmisiones están restringidas al derecho de propiedad y más específicamente a las relaciones de vecindad[21]; en cambio, la noción de abuso del derecho es una noción más compleja y robusta, en la medida en que se aplica en principio a todos los derechos subjetivos.

Creemos que para explicar el origen del abuso del derecho podemos prohijar la idea según la cual los derechos deben ser ejercitados según su uso normal, de tal manera que no ocasionen a los demás un daño apreciable; y que para determinar la normalidad del uso es necesario tener en cuenta el estado general de las costumbres y de las relaciones sociales, que varían según el tiempo y los lugares y que, por tanto, debe ser sometido a la apreciación de los jueces. Según Bonfante, la teoría del uso normal se inspiró más que en la teoría de los actos de emulación en el concepto de *immissio*, tratando de establecer una línea de demarcación entre las inmisiones lícitas y las ilícitas. Además de las inmisiones directas, están también prohibidas las inmisiones indirectas que derivan de un uso extraordinario que exceda de las necesidades y de la esfera de la vida normal; solo se permiten aquellas que derivan de las necesidades de la vida cotidiana. En criterio de Ihering la pura y simple prohibición de la *inmisio*, el principio *in suo hactenus facere licet, quatenus*, *nihil in alienum immitat*, es un concepto demasiado mezquino, dado que sin necesidad de introducir la menor sustancia en el fundo vecino se pueden causar a los vecinos gravísimas molestias. La prohibición debe alcanzar a todo influjo (Eingriff) directo o indirecto ejercido sobre el fundo vecino. Se deben, pues, prohibir todos los influjos que empiezan sus efectos en el fundo vecino, esto es, los directos, mientras que los influjos que comenzando sus efectos en el fundo

[21] Por ejemplo, el artículo 844 del Código Civil italiano prescribe: "Inmisiones. El propietario de un fundo no puede impedir las inmisiones de humo o de calor, las exhalaciones, los humores, las sacudidas y similares propagaciones derivadas del fundo del vecino, que no superen la normal tolerancia, teniendo también en cuenta las condiciones de los lugares. En la aplicación de esta norma la autoridad judicial debe contemplar las exigencias de la producción con las razones de la propiedad. Puede tener en cuenta la prioridad de un determinado uso".

del que realiza los actos, los prosiguen en el fundo vecino, es decir, los indirectos, solo deben prohibirse en el caso de que sean nocivos para la cosa o molestos para las personas en medida superior a la tolerable ordinariamente[22].

Así pues, la teoría del uso normal del derecho, desarrollada inicialmente respecto de las relaciones de vecindad y de los actos de emulación, puede ser reconducida, sin dificultades, al campo del abuso del derecho, deviniendo, por tanto, predicable o extensible a todos los demás derechos subjetivos.

### **3**. De la relatividad de los derechos

La teoría de la relatividad de los derechos subjetivos fue acogida por nuestra Corte Suprema de Justicia en la segunda mitad del decenio del treinta del siglo pasado, inspirada en la obra del profesor Josserand titulada *De l'esprit des droits et de leur relativité*. *Théorie dite l'abus des droits* (1927). Según nuestra Corte, "el antiguo adagio latino: *neminem laedit qui iure suo utitur*, que tomado en un sentido absoluto aparenta ser la expresión del buen sentido, no significa más que esto: el que ejercita su derecho con prudencia y atención no es responsable del daño que pueda causar a otro[23]. En otros términos: los derechos deben ejercitarse con prudencia, si no es así, su uso o ejercicio puede generar responsabilidad para su titular.

A la luz de concepciones individualistas del derecho, era, filosóficamente hablando, imposible la figura del abuso del derecho: si soy titular de un derecho es contradictorio pensar que con su ejercicio esté violando o infringiendo el derecho. Empero consideraciones solidaristas

[22] Véase Pietro Bonfante, *Las relaciones de vecindad*, trad. de Alfonso García Valdecasas, Madrid, Edit. Reus, 1932, págs. 29 y ss. Según Bonfante, Ihering expuso su teoría de la *inmisio* en un brillante artículo intitulado *Jahrbücher für die Dogm. des Rechts*, vol. VI, 1863, págs. 81 y ss., y en un sentido más amplio que la colocaba en consonancia con las exigencias de los tiempos en *Gesammelte Aufsätze*, Jena, 1882, págs. 22 y ss.

[23] Cas., 21 de febrero 1938, t. xlvi, pág. 61. En cas. de 31 octubre 1995, la Corte insiste: "A partir de la moderna concepción del derecho, conforme a la cual cada uno de los derechos subjetivos de que se encuentre investida a una persona tiene una misión social y económica que cumplir y una finalidad que le es propia, cuya utilización en contrario implica un abuso que genera la obligación de indemnizar los perjuicios que por ello se causen, la jurisprudencia nacional, con apoyo en el artículo 8º de la ley 153 de 1887, dio cabida a este principio general, por encontrar que él es una regla imprescindible para regular la pacífica convivencia entre los asociados, que se encuentra inmersa en el espíritu general de la legislación".

comenzaron a impregnar la teoría general del derecho y con ello adquiere en toda su extensión arraigo en la mente del jurista la idea de que ejerciendo un derecho se puede causar daño a alguien. Es decir, con ese influjo, el derecho ya no se piensa como un sistema lógico cerrado, sino como un conjunto de reglas que están limitadas por su inserción en el conjunto de las relaciones sociales; en consecuencia, el abuso del derecho deviene fuente de responsabilidad distinta de la culpa, como se verá.

De modo, pues, que el abuso del derecho viene a ser la respuesta al ejercicio de derechos de una manera egoísta, sin tener en cuenta las relaciones sociales. La teoría del abuso del derecho es, por consiguiente, una respuesta de avanzada a aquella que consagró derechos con un marcado acento individual, como lo fue la época del racionalismo y la Ilustración. Con la teoría del abuso del derecho, ciertos derechos individuales de contenido determinado, toman una connotación o significación social.

La figura del abuso del derecho surgió en la jurisprudencia francesa para corregir dos rasgos jurídico-culturales del Código de Napoleón, esto es, el formalismo legal y el absolutismo de los derechos y de manera particular el de propiedad. Por formalismo legal se debe entender la pretensión decimonónica de que la ley contiene todas las soluciones posibles a los problemas que se originan en la vida práctica, o mejor, en el ámbito de las relaciones privadas y, en consecuencia, es innecesaria la ponderación racional del juez. De modo pues que su labor consistiría solo en subsumir un caso propio de la vida privada dentro de la solución normativa previamente fijada por el legislador.

La primera sentencia francesa sobre el abuso data del 2 de mayo de 1855, en la cual la Corte de Colmar afirmó que el ejercicio del derecho de propiedad "debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo". La sentencia se refería al caso de un propietario que edificó sobre su casa una voluminosa e inútil chimenea delante de la ventana de su vecino, con la intención de causarle un perjuicio quitándole la luz. Un año después, el tribunal de Lyon sancionó a un propietario que instaló una bomba en el subsuelo de su heredad para succionar el agua proveniente de una fuente, con el único propósito de perjudicar al vecino impidiéndole acceso a ella. El agua no era utilizada por el propietario sino que la dejaba perder en el río. El tribunal condenó al propietario dado que se había servido del "poder de abusar de su cosa, inspirado exclusivamente por el ánimo de dañar". Posteriormente, en la sentencia del tribunal de Compiégne, de 19 de febrero de 1913, en el caso

conocido como Clement Bayard, se dijo que el titular de un derecho no podía ejercerlo "para un fin distinto de aquel para el que le ha sido reconocido por el legislador".

Según ATIENZA, en las sentencias del tribunal de Colmar y del tribunal de Compiégne se encuentra el núcleo central del problema del abuso del derecho: "que el uso de las permisiones que la titularidad de un derecho implica, puede, en determinados casos que presenten propiedades no previstas por el legislador, encontrarse fuera del alcance justificativo de los principios que justifican esas mismas permisiones"[24].

El origen del abuso del derecho proviene del cambio del método de interpretación de la regla jurídica. Del formalismo y de la interpretación literal de la norma se pasa a una interpretación funcional que tiene en cuenta las finalidades y los valores que subyacen a las reglas, a las normas jurídicas[25]. La adecuación de las reglas a los principios es lo que hace, entre otras cosas, la jurisprudencia creativa. El abuso del derecho, es pues, hijo de una postura que ve en los principios el fundamento, el sustrato y la justificación de las normas que integran un ordenamiento jurídico y cuya aplicación implica la superación del legalismo y del formalismo jurídico.

## **4**. EXPLICACIONES DOCTRINARIAS DEL ABUSO DEL DERECHO

— Al fundamento inicial de la teoría del abuso del derecho lo podemos denominar restrictivo, en el sentido de que únicamente se abusaba del derecho subjetivo, en tanto existiera en su titular la intención de dañar, esto es, cuando se ejercitaba sin utilidad o sin un interés serio y legítimo. No podía existir abuso fuera de la intención de perjudicar. Según RIPERT, la intención dañosa de perjudicar (*animus nocendi*) se manifiesta por la inutilidad del acto realizado o por la falta de un interés serio y legítimo en el ejercicio por el titular de tal o cual derecho. De esta forma, el abuso del derecho devenía en una fuente especial de responsabilidad distinta de la culpa[26].

[24] MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, págs. 34 y 35.

[25] "El abuso del derecho y el fraude de ley surgen a partir de un cierto momento de desarrollo de muchos derechos, cuando estos pierden el formalismo característico de las primeras etapas de su evolución y comienza a ser posible una interpretación de las normas que tenga en cuenta las finalidades y los valores que subyacen a las mismas y que, por tanto, vaya más allá de la interpretación meramente literal". ATIENZA, *op. cit*., págs. 67 y 68.

[26] Véase MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. VI, Las obligaciones, trad. de Mario Díaz Cruz, La Habana, Cultural, 1936, págs. 787 y

— Según Josserand, padre de la teoría funcional, "cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quienquiera que pretenda desviarlo de su misión social, comete una culpa, delictual y cuasidelictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad"[27]. Según el profesor, todo se reduce a discernir por una parte el espíritu, la función del derecho controvertido, y por otra el móvil a que el titular ha obedecido en el caso concreto. Si hay concordancia, el derecho se ha ejercido correctamente; si hay discordancia, el ejercicio se convierte en abuso y es susceptible de entrar en juego la responsabilidad del agente. Así, según esta teoría debe existir simetría entre el motivo del titular y la finalidad del derecho ejercido; la asimetría o disconformidad entre ambos implicaría un ejercicio abusivo del derecho. "El móvil se convierte así en el centro mismo del problema. Constantemente la jurisprudencia francesa y la belga se inspiran en el motivo legítimo o ilegítimo, que ha guiado al titular del derecho; constantemente se refieren a la noción del interés serio y legítimo, y el propio legislador francés obedece a veces a esta terminología: cuánto vale el móvil a que el agente ha obedecido, tanto vale, jurídicamente, el acto que ha cumplido bajo su influencia"[28].

— Sin embargo, a la doctrina del abuso le surgieron agudos detractores. En opinión de Planiol, por ejemplo, "esta nueva doctrina se basa íntegramente en un lenguaje insuficientemente meditado; su fórmula, ejercicio abusivo de los derechos, es una logomaquia[29], porque cuando ejercito mi derecho, mi acto es lícito, y cuando mi acto es ilícito es porque excedo mi derecho y porque obro sin derecho. No hay, pues, que dejarse engañar de las palabras; el derecho cesa cuando el abuso comienza, y no puede haber ejercicio abusivo de ningún derecho, por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez conforme al derecho y contrario al derecho [...]. Puede haber abusos en la conducta de los hombres, pero no es cuando ejercen sus derechos, sino cuando los rebasan"[30].

ss. Georges Ripert, La regla moral en las obligaciones civiles, trad. de Carlos Valencia Estrada, Bogotá, Edit. La Gran Colombia, 1946, págs. 132 y ss.

[27] Cas. de 21 febrero 1938, t. xlvi, pág. 60. En esta sentencia se cita a Louis Josserand, *Évolutions et actualités, Conférences de droit civil*, Paris, 1936. Y se le cita con el propósito de desechar la teoría intencional de abuso del derecho y reemplazarla por el criterio funcional mucho más amplio y flexible.

[28] Josserand, *Del abuso*..., *op. cit*., pág. 6.

[29] "Discusión en que se atiende a las palabras y no al fondo del asunto", según el Diccionario de la lengua española.

[30] Citado por Georges Ripert, *La regla moral en las obligaciones civiles*, trad. de Carlos Valencia Estrada, Bogotá, Edit. La Gran Colombia, 1946, pág. 134. "Por lo demás,

— Los hermanos MAZEAUD y ANDRÉ TUNC no consideran que el abuso del derecho sea una fuente de responsabilidad distinta de la culpa; por tanto, a esa doctrina se le aplican los principios generales de responsabilidad, dado que el abuso de un derecho es una culpa cometida en el ejercicio de ese derecho. En efecto, sostienen: "El abuso de un derecho es una culpa cometida en el ejercicio de ese derecho. Esa culpa puede consistir en una intención de perjudicar, en cuyo caso hay culpa delictual. Pero puede resultar igualmente de una simple imprudencia o negligencia, caso en el cual existe culpa cuasidelictual. La necesidad de aplicarle al abuso de derecho los principios generales de la responsabilidad surge también si se observa que el ejercicio de su libertad por el hombre está subordinado a las reglas de la responsabilidad y que es imposible, en realidad, oponer ejercicio de un derecho y ejercicio de una libertad"[31]. Resalta en esta postura que el abuso no sería una fuente autónoma de obligaciones, sino que se le clasificaría dentro de la categoría general de la culpa, es decir, como manifestación de la culpa y no como un acto independiente de esta. Se abusa del propio derecho siempre que se incurre en una culpa en su ejercicio, definida la culpa según los criterios habituales. Por ejemplo, la culpa cuasidelictual (la cometida sin intención de perjudicar) es un error de conducta que no cometería un individuo cuidadoso puesto en las mismas circunstancias externas del demandado. Ese error de conducta puede ser cometido hasta por el que ejercita un derecho. Si esto es así, es decir, que el abuso del derecho se mantiene dentro del marco tradicional de la culpa, esa teoría «no puede inquietar a nadie».

— Ilustres exponentes de la doctrina moderna francesa parecen estar de acuerdo con PLANIOL. Por ejemplo, el gran jurista francés BORIS STARCK, muerto prematuramente, dice que no pude adherirse a la justificación de JOSSERAND: "Nuestros diversos derechos subjetivos no existen

---

esta disputa no es una simple controversia de palabras. El propio PLANIOL está de acuerdo con ello: Negar el uso abusivo de los derechos no es intentar que pasen como permitidos los actos dañosos tan variados que la jurisprudencia ha reprimido; es tan solo formular la observación de que el abuso del derecho no constituye una categoría distinta del acto ilícito [...] En el fondo, todo el mundo está de acuerdo; tan solo, allí donde los unos dicen: «Hay un uso abusivo de un derecho»; otros dicen: «Hay un acto cumplido sin derecho». Se defiende una idea justa con una idea errónea": HENRI y LÉON MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, t. I, vol. II, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1993, págs. 238 y 239. En Italia, el rechazo a la figura del abuso proviene de SCIALOJA en cuya opinión el instituto encierra en sí mismo una contradicción: véase ANTONIO SCIALOJA, "Il non uso é abuso del diritto soggettivo?", en Foro Italiano, 1961-I-256.

[31] HENRI y LÉON MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *op. cit*., pág. 290.

sino en virtud de normas que reconocen —expresa o tácitamente— su existencia. No puede haber derechos subjetivos sin que el derecho objetivo no les suministre una base, una justificación. Es, pues, imposible evitar el dilema enunciado por Planiol: es evidente que el derecho cesa donde el abuso comienza"[32]. También Ghestin y Goubeaux afirman que la argumentación de Planiol se ha mantenido porque tiene una forma rigurosamente lógica, en tanto que la justificación de Josserand, a pesar de su éxito, no convence plenamente, al menos en la forma en que fue presentada. El derecho objetivo no puede a la vez permitir y prohibir. El punto, pues, es determinar los límites del derecho y es aquí en donde interviene la noción de abuso"[33].

— Otros sostienen (Levi y Santoro Passarelli) que antes que hablar del abuso se debe hablar del exceso del derecho, porque allí donde comienza el abuso, termina el derecho. De manera que, mejor que de abuso, se debería preferir hablar de exceso del derecho, porque allí donde comienza el abuso, termina el derecho. Así, el comportamiento definido como abusivo no sería, más ni menos, que la superación de los límites formales del derecho. Empero, la misma doctrina italiana cuestiona lo anterior: "Viendo bien las cosas, no se puede aceptar que el principio del *uti iure*, rectamente entendido, justifique la tesis según la cual un comportamiento dado, en cuanto formalmente correspondiente al contenido de un derecho, no podría resultar abusivo y, por lo mismo, ilegítimo. En efecto, el hecho de que la norma reconozca un derecho, al que le fija los límites formales, no quiere decir que el acto de ejercicio suyo no se pueda colocar, en concreto, en contraste con los fines sustanciales que la propia norma preestablece o con otra norma distinta o con los principios generales del ordenamiento. De suerte que habría de reconocerse la presencia de un verdadero abuso cuando quiera que una actividad —no obstante presentarse aparente y exteriormente como conforme al contenido formal del derecho— no esté acompañada de la congruencia sustancial del acto con los fines del derecho mismo, y sea por ello el resultado de un traspaso de los límites (incluso) internos o por el contrario una cierta clase de límites externos, todo sin perjuicio de la ilicitud del acto en todos los casos"[34].

[32] Boris Starck, *Obligations, Responsabilité delictuelle*, t. i, 4ª ed., Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1991, pág. 185.

[33] Jacques Ghestin y Goubeaux, *Traité de Droit Civil*, Introduction Générale, t. i, Paris, LGDJ, 1882, pág. 615.

[34] Humberto Breccia y otros, Derecho civil, normas, sujetos y relación jurídica, t. i, vol. i, trad. de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992, pág. 481.

— Pese a las críticas, la teoría del abuso terminó imponiéndose, tanto en la jurisprudencia como en la legislación. En ella se ve, en últimas, una reacción contra la rigidez de las disposiciones legales y la aplicación mecánica del derecho y representa, sin lugar a dudas, un instrumento de flexibilidad del derecho y su adaptabilidad a las realidades sociales y económicas. Su aplicación moderada dependerá del instinto de equidad y de justicia que aplique la judicatura, o mejor, de "su fina intuición de lo justo" utilizando las sugestivas palabras de MARGADANT, a propósito de la definición que nos da la jurisprudencia romana[35].

Los elementos configurativos del abuso del derecho serían: a) una conducta permitida por el derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal; b) el uso contrario a los claros fines de la norma; c) la imputabilidad, pues se presume que se obra con discernimiento, intención y libertad, hasta se demuestre lo contrario[36].

— Según la Corte Suprema de Justicia del año 1936, en una postura encomiable y de apertura mental, el abuso del derecho no solamente se da cuando existe en el titular del derecho subjetivo el ánimo de dañar a alguien (*animus nocendi*), sino también cuando existe una anormalidad en su ejercicio: "Por consiguiente el criterio rígidamente intencional, inspirador de la sentencia acusada, y que no es siquiera el preconizado científicamente por RIPERT, para quien la intención dañada de perjudicar se manifiesta por la falta de un interés serio y legítimo en el ejercicio por su titular de tal o cual derecho. Además del criterio del móvil dañado, expuesto en la teoría de RIPERT, la ciencia señala otros criterios, destinados a auxiliar al juzgador en cada caso: el técnico (falta en la ejecución o ejercicio del derecho); el económico (ausencia de interés legítimo); y el funcional o finalista (desviación del derecho de su función social)[37].

"Atendiendo al modo de producirse y a sus consecuencias, se impone reconocer que el abuso del derecho implica o significa culpa en su ejercicio y que en rigor de verdad, en esto consiste. Si se opta por el

[35] GUILLERMO FLORIS MARGADANT, *Derecho privado romano*, 2ª ed., México, Esfinge, 1965, pág. 52. Véase en este mismo sentido a EMILSSEN GONZÁLEZ DE CANCINO, *Manual de derecho romano*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, págs. 71 y ss. Sobre la creación jurídica intuitiva de los juristas romanos, véase MAX KASER, En torno al método de los juristas romanos, trad. de Juan Miquel, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1964.

[36] Cfr. JORGE MOSSET ITURRASPE, *Interpretación económica de los contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1994, pág. 138.

[37] Cas. de 21 febrero 1938, t. XLVI, pág. 61.

criterio de subjetividad, en la intención de dañar puede encontrarse; si se da prevalencia al criterio objetivo, es la anormalidad de ese ejercicio lo que lo determina"[38]. De modo pues que según el criterio de Corte Suprema de 1936, el abuso era ya una noción mucho más comprensiva que no ceñía única y exclusivamente a aquel acto cumplido con intención de dañar. Se incurre en acto abusivo cuando existe el dolo, o cuando existe error de conducta[39] o anormalidad en el ejercicio del derecho[40].

— Valencia Zea, después de exponer varias hipótesis de abuso del derecho, se adhiere a la concepción funcional del derecho para desde este punto de vista justificar la teoría del abuso: "[l]os derechos subjetivos de los particulares, tanto en su existencia como en su ejercicio, obedecen a una orientación determinada, y de esos derechos se abusa cuando existiendo el deber de ejercerlos no se ejercen, o se ejercen en sentido opuesto a su propio destino o contenido"[41]. Según el autor citado, pues, habrá abuso del derecho siempre que el derecho se aísla de su contenido, esto es, de las razones individuales o sociales que integran su contenido, finalidad o espíritu. Como cada derecho en su existencia y en su ejercicio obedece a ciertas razones de orden individual y social a la vez, aislarse de esas razones, por tanto, significa abusar del derecho.

— El gran cuestionamiento que padeció la teoría de la finalidad social del derecho en el sentido de que auscultar la finalidad de un derecho era entregar peligrosamente los derechos a las tendencias personales del juez, esto es, a la arbitrariedad, inspiró en Josserand la necesidad de precisarla agregándole el motivo ilegítimo en el ejercicio del derecho; empero, esta última categoría también resulta abstracta, huidiza y alejada de la concreción[42]. El alcance de la teoría del abuso del derecho tiene

[38] Cas. de 24 marzo 1939, t. xlvii, pág. 743.

[39] Error de conducta existirá, por ejemplo, en el escogimiento de vía judicial o en el embargo de mercancías. Cuando en su ejercicio se causa un daño porque se incurre en negligencia o imprudencia que un hombre diligente puesto en las mismas condiciones o circunstancias externas no habría cometido.

[40] "El abuso del derecho implica como punto de partida un derecho legítimo y efectivo en cuyo ejercicio se ha llegado más allá de donde corresponde a su finalidad o se le ha desviado de ella": C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 9 abril 1942.

[41] Arturo Valencia Zea, *Derecho civil. De las obligaciones*, t. iii, 9ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1998, pág. 304.

[42] "Considerando que, por justificable que sea, la teoría del abuso del derecho debe ser manejada con reserva y se limita a esta fórmula: que el abuso de un derecho es una desviación caracterizada con el fin de obtener un resultado evidentemente ajeno a los intereses legítimos para la salvaguardia de los cuales ha sido instituido ese derecho;

que ser precisado, fijado por los jueces. En últimas, se puede afirmar que abuso del derecho sería lo que los jueces estimen que ello sea.

Total, sigue existiendo temor por el alto grado de subjetividad y discrecionalidad que maneja el juez, en el sentido de que ante ausencia de definición legal, debe decir qué es o qué no es abuso. Empero, en la medida en que se dude cada día más de la legislatura y se confié más en la judicatura (esto parece ser sintomático en muchos países de Occidente, e incluso hoy se habla de la "expansión global del poder judicial"), el control de los jueces y de los tribunales sobre formas de abuso aumentará y recaerá no solo en modalidades de abuso de derechos subjetivos definidos, concretos, determinados, sino también en abusos en que pueden incurrir los particulares de facultades o prerrogativas contenidas en cláusulas generales. Por ser el concepto de abuso del derecho *per se* e *in se abstracto,* es tarea de la jurisprudencia concretarlo, afinarlo y enriquecerlo mediante sus pronunciamientos. Esa será la labor del juez para hacer que el concepto deje de ser calificado de abstracto y huidizo. En cuanto a la discrecionalidad del juez, valga decir que esta se puede manifestar en cualquier institución y no sería solo predicable del abuso del derecho. No obstante, el mismo sistema jurídico establece medios de autocorrección o de contrapeso que limitan la discrecionalidad del juez, sobre todo cuando tiene que aplicar principios o interpretar cláusulas generales. Se recuerda aquí que la Corte Constitucional ha precisado, con objeto de garantizar los principios de igualdad y de la seguridad jurídica, sin afectar el principio de la independencia del juez, que el precedente judicial de la Corte Constitucional obliga y que, por ende, si el juez cambia de criterio deberá justificar de manera suficiente y razonable el cambio de criterio de la línea de la jurisprudencia[43]. En otras palabras: hay un control a la actividad independiente del juez mediante la exigencia de una justificación suficiente y razonable cuando se presenta un cambio de la jurisprudencia. Esta sería, entonces, una forma de control que el mismo sistema crea para limitar la dis-

---

considerando que ir más lejos, pretender determinar la finalidad remota de un derecho reconocido por la ley, querer limitarlo y dirigir su ejercicio, cuando ese ejercicio no está empañado por culpa alguna, según tal o cual concepción moral o social, es entregar peligrosamente los derechos a las tendencias personales del juez, es decir, a la arbitrariedad; suprimir toda estabilidad y toda seguridad en las relaciones jurídicas tal y como están establecidas por una legislación positiva". Rennes, 20 de junio de 1932, Gaz. Pal., 1932. 2. 516, citado por MAZEAUD y TUNC, *op. cit*., pág. 256, nota 9.

[43] Sobre la obligatoriedad del precedente judicial, véase sent. T-123 de 1995, luego precisada por la Corte Const. en pleno mediante sent. C-037 de 1996.

crecionalidad del juez. La Corte ha considerado que un cambio de la jurisprudencia inopinado y no suficientemente expuesto puede dar lugar a ejercitar la acción de tutela por violación del derecho de igualdad[44]. Lo que importa subrayar, entonces, es que el argumento de la discrecionalidad del juez en tema de abuso del derecho —el cual hoy está trasunto en norma constitucional— se morigera con la exigencia que la Corte Constitucional le impone al juez para que justifique de manera suficiente y razonada la modificación de su criterio[45].

— El Código Civil italiano de 1942 no reconoce el abuso del derecho, pero sí regula los actos emulativos y con base en estos se afirma en Italia que la figura del abuso cabe en casos particulares. El acto de emulación sería una hipótesis de abuso del derecho[46]. Según Pietro Rescigno, con el abuso del derecho lo que existe es un control al ejercicio de las prerrogativas que conceden las normas jurídicas, el cual cumplen los jueces bajo dos perfiles separados o destinados a encontrarse; esto es, el perfil de la moralidad del acto y el perfil de sociabilidad de la conducta humana. El primero es un tipo de búsqueda sensible a los juristas de formación católica, que toman en consideración temas propios de su tradición, como lo es la idea del derecho-función contrapuesto al derecho egoísta (cuya figura típica es la propiedad), o los principios de una justicia superior que se impone a la legalidad e impide la validez de actos que son formalmente irreprochables. La concesión laica del abuso quiere evitar las indagaciones a la conciencia humana y la sutil casuística moral que confunde los límites del pecado y de la ilicitud jurídica. El abuso, en la perspectiva laica, es de la idea según la cual el ejercicio individual de los derechos reposa en una investidura de la comunidad de la cual se desprende su justificación y sus límites. Habría, en virtud de un acuerdo social, un espíritu de cualquier institución (la

[44] "La violación del precedente, pues, es una causal de tutelabilidad del derecho de igualdad si, se repite, el juez no ofrece justificaciones suficientes y adecuadas para fundar su fallo contrario": Diego Eduardo López Medina, El derecho de los jueces, Bogotá, Legis Ediciones, 2000, pág. 49.

[45] Cfr. Corte Const., sent. T-123 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[46] El artículo 833 del Código Civil italiano dispone: "Atti d'emulazione. Il propietario non puó fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri". En el comentario a esta norma hecha por Alberto Trabucchi y Cian, en *Comentario breve al Codice Civile, Padova*, Cedam, 1984, pág. 544, se afirma: "Se discute si el artículo 833 constituye una aplicación del principio general mediante el cual siempre estaría prohibido el abuso del derecho: mientras parte de la doctrina se esfuerza por llegar a tal conclusión, la jurisprudencia es del parecer [de] que el abuso del derecho no constituye una particular figura de ilícito".

propiedad, el crédito, la iniciativa económica, la libertad contractual) que no puede ser transgredido por el particular.

Según RESCIGNO los dos modos de entender el abuso del derecho subjetivo han buscado confirmación en el derecho positivo, y lo cierto es que, en efecto, el ordenamiento controla el ejercicio de la libertad privada y el ejercicio de la autonomía negocial, aunque el tema del abuso históricamente se haya presentado más en el campo del ejercicio de la propiedad y del crédito que en el campo de los negocios. En cuanto al ejercicio de los dos primeros, cuando el control viene realizado por el juez, este aplica normas de contenido bastante elástico, las cuales, por su carácter general, son dúctiles y simples. Dentro de estas —recuerda RESCIGNO— se encuentra aquella que impone al acreedor y al deudor la de comportarse de conformidad con la regla de la corrección[47], la cual si bien es propia de la materia de las obligaciones, puede aplicarse fuera de este campo en cualquier situación de poder o de obligación corriente entre sujetos privados. De modo, pues, que existen varias vías dentro del sistema para controlar los derechos subjetivos bajo el perfil del abuso. Un instrumento bastante utilizado es aquel de la "justa causa" requerida para la validez de actos destinados a modificar o a disolver una relación por voluntad unilateral de los sujetos. Respecto de estos actos se ha hablado de derechos discrecionales, no causales, en el sentido de que la ley autoriza al particular a disolver un vínculo sin necesidad de auscultar las razones o las intenciones del autor. Empero, el control sobre el uso de esos derechos discrecionales se cumple mediante las nociones de justa causa o del motivo justificado, usados como criterios para apreciar la conducta en el ámbito de la relación y de las expectativas suscitadas[48].

— El profesor español MANUEL ATIENZA pone el abuso del derecho dentro de una categoría general que él llama "ilícitos atípicos" junto con el fraude de la ley y la desviación de poder. La nota característica de estos tres ilícitos se encuentra en la discordancia entre la regla y un principio del sistema; es decir, entre las dos normas que integran un sistema jurídico. En efecto, según ATIENZA, un ordenamiento se desarrolla mediante principios y reglas, o mejor, la normativa del derecho se da en un doble plano: el de las reglas y el de los principios. De esa di-

[47] El artículo 1175 del Código Civil italiano dispone: "Comportamento secondo correttezza. Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza".

[48] Cfr. PIETRO RESCIGNO, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, Napoli, Casa Editrice Dott, Eugenio Jovene, 1986, págs. 267 y ss.

mensión regulativa del derecho compuesta de dos niveles, el de las reglas y el de los principios, Atienza justifica la figura del abuso del derecho cuando ambos entran en contradicción.

Los principios sirven como justificación de las reglas, de las pautas específicas, y lo ideal es la adecuación de estas a aquellas. El abuso del derecho consiste en la inadecuación de una conducta, no con una regla o mandato específico, sino con un principio del sistema o del ordenamiento jurídico. Según Atienza, los ilícitos se dividen en típicos y atípicos. Los primeros consisten en la oposición entre los actos y las reglas, mientras que los segundos son conductas contrarias a principios de mandato. En los ilícitos atípicos se invierte el sentido de una regla: *prima facie* existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo —y en razón de su oposición a algún principio o principios—, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita. Hay un cambio de estatus deóntico: se pasa de lo permitido a lo prohibido porque el acto, si bien no choca con la regla, sí se encuentra en oposición con el principio. "La figura del abuso del derecho resulta, así, un mecanismo de autocorrección del derecho: esto es, de corrección del alcance de reglas jurídicas permisivas que tienen como destinatario al titular de un cierto derecho subjetivo en cuanto tal, cuando la aplicabilidad de las mismas se extiende a casos en los que su aplicación resulta injustificada a la luz de los principios jurídicos que determinan el alcance justificativo de las propias reglas"[49]. En opinión de Atienza, frente a una divergencia entre el alcance de ciertas reglas jurídicas y las exigencias de los principios relevantes del sistema actúa el abuso del derecho como mecanismo de salvaguardia de la coherencia valorativa de las decisiones jurídicas.

El abuso del derecho, el fraude de la ley y la desviación de poder, entendidos como ilícitos atípicos, tendrían, según el autor que se ha citado, los siguientes cuatro elementos en común: a) la existencia, *prima facie*, de una acción permitida por una regla; b) la producción de un daño como consecuencia, intencional o no, de esa acción; c) el carácter injustificado de ese daño a la luz del balance entre los principios relevantes del sistema; d) la generación, a partir de ese balance, de una nueva regla que limita el alcance de la primera, al calificar como prohibidos comportamientos que, de acuerdo con aquella, aparecerían como permitidos. Las tres figuras, abuso, fraude y desviación de poder, dan lugar a principios interpretativos dirigidos al operador del derecho, pero

[49] Atienza, *op. cit*., pág. 59.

también a principios dirigidos al legislador para que legisle de manera que se eviten, en la medida de lo posible, las lagunas axiológicas que estas figuras vienen a remediar.

Respecto de si el abuso del derecho implica responsabilidad objetiva o subjetiva, cuestión crucial en nuestro derecho, ATIENZA afirma, con base en la jurisprudencia española, que el abuso puede ser subjetivo u objetivo. En efecto, una acción es abusiva siempre que se presenten las siguientes circunstancias: a) ejercicio de un derecho subjetivo; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, ya que si el interés es protegido, no habría abuso sino colisión de derechos; c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, "manifestada de forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo la forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)"[50].

Ahora bien, como el sentido de la institución es contribuir a la coherencia del derecho, al ajuste entre las reglas y los principios que las fundan y las limitan, o más exactamente, a evitar que produzcan ciertas consecuencias contrarias a principios jurídicos, esto puede producirse también sin que exista intención del agente. Además, la figura del abuso del derecho evita daños injustificados: "No es, o no es solo, el principio de la buena fe, sino también evitar daños injustificados el que justifica la figura del fraude al igual que ocurre con el abuso del derecho o con la desviación de poder"[51].

Dicha postura se acomoda al realce que han tomado los principios, a la luz del "nuevo derecho". Se recuerda cómo a la luz del derecho tradicional y legalista, los casos jurídicos concretos se resolvían mediante la aplicación de reglas legales específicas, y tanto los principios como la Constitución rara vez influían en las decisiones de los casos jurídicos concretos. Hoy, los principios y la Constitución tienen aplicación concreta en la solución de los casos jurídicos. Un principio del ordenamiento o un principio constitucional abstracto —y el abuso del derecho lo es en la Constitución de 1991— aplicable mediante un argumento interpretativo puede triunfar sobre reglas explícitas y concretas que también pretenden regular una situación concreta o, incluso, se recuerda que en razón a la eficacia mediata de la Constitución, las reglas se interpretan de acuerdo con los valores y principios del texto constitucional[52].

[50] Ibid., pág. 42.

[51] Ibid., pág. 77.

[52] ROBERT ALEXY, *op. cit*., pág. 511: "De acuerdo con la teoría del efecto mediato en terceros, cuyos representantes principales son DÜRIG y el Tribunal Constitucional Fede-

— Finalmente, hay quienes se oponen a un concepto general de abuso del derecho y prefieren, por el contrario, aplicaciones legales específicas o particulares tal como existe en derecho francés y como lo plantea la doctrina italiana. Además, muchos se oponen a una responsabilidad sin culpa por abuso del derecho. Empero, la teoría del abuso del derecho es cada vez más generalizada; ya no se le mira como un aspecto de la responsabilidad civil, sino como un tema propio de la teoría general del derecho y más específicamente, de los principios generales del derecho, en la medida en que el ejercicio abusivo se relaciona con los límites internos de los derechos subjetivos, lo cual es, propia y precisamente, objeto de delimitación por parte de los principios que informan un ordenamiento jurídico[53].

— En opinión del profesor peruano Fernández Sessarego, hay actos lícitos e ilícitos y existen prohibiciones genéricas y específicas. El acto abusivo es ilícito por la trasgresión de un deber jurídico, derivado de una prohibición genérica: "Por nuestra parte estimamos que el acto abusivo, que se sustenta originariamente en un derecho subjetivo, es un acto ilícito en la medida en que, a través [*sic*] de una conducta antisocial —o una omisión de la misma naturaleza—, se transgrede [*sic*] un genérico deber jurídico recogido normativamente por el ordenamiento positivo y que, como tal, se halla presente en todas las situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial. La ilicitud del acto abusivo es específica, *sui generis*, por lo que se aparta de las reglas de la responsabilidad para constituir una figura autónoma. [...] El acto abusivo

---

ral, los derechos fundamentales en tanto «decisiones valorativas», «normas objetivas» o «valores iusfundamentales», es decir, en tanto principios objetivos en el sentido que se acaba de presentar, influyen en la interpretación del derecho privado. Esta influencia se llevaría a cabo, sobre todo, en la concreción de las cláusulas generales del derecho privado pero, puede, además, estar presente en toda interpretación de una norma de derecho privado y, en casos especiales, se extendería hasta la justificación de decisiones en contra del texto de la ley. No obstante la influencia iusfundamental, las normas del derecho privado deberían seguir siendo normas de derecho privado y los derechos y deberes por ellas fundamentados, derechos y deberes de derecho privado. Para la posición del juez, el efecto de irradiación debería fundamentar el deber de tener en cuenta en su interpretación la influencia iusfundamental en las normas de derecho privado".

[53] Sobre el punto, véase Atilio Aníbal Alterini y Roberto López Cabana, Responsabilidad civil, Medellín, Editorial Diké, 1995, págs. 13 y ss. Así mismo Atienza, *op. cit*., págs. 93 y 94, dice: "Características del derecho de los Estados constitucionales son la importancia creciente de los principios, la superación del legalismo (la ley queda sometida a la [*sic*] normatividad superior de la Constitución, de los principios constitucionales) y del formalismo jurídico (los principios jurídicos, frente a las reglas, son razones no formalistas, en el sentido de que exigen entrar en el fondo de la cuestión)".

significa trascender el límite de lo lícito para ingresar en el ámbito de lo ilícito al haberse transgredido una fundamental norma de convivencia social, nada menos que un principio general del derecho dentro del cual se aloja el genérico deber de no perjudicar el interés ajeno en el ejercicio o del no uso de un derecho. Se trata, por cierto, de una ilicitud *sui generis*, lo que permite considerar el abuso del derecho como una figura autónoma que desborda el campo de la responsabilidad para ingresar en el de la teoría general del derecho"[54].

El acto abusivo comienza siendo lícito, pero deviene en ilícito (cambio de estatus deóntico) precisamente por afectar un deber jurídico de respeto al interés de los demás. De ahí que FERNÁNDEZ SESSAREGO lo califique como un acto ilícito *sui generis* que desborda el campo de la responsabilidad civil para ingresar en el de la teoría general del derecho. Es decir, el acto abusivo es lícito en lo que hace a su aspecto formal, pero ilícito en cuanto supone la trasgresión del deber jurídico genérico, establecido para garantizar la convivencia social. Y ese deber jurídico de no excederse en el uso de un derecho subjetivo, de manera antisocial e inmoral, capaz de lesionar a otro o de no emplearlo adecuadamente en su propia finalidad socioeconómica, se encuentra implantado en toda situación jurídica subjetiva de poder o activa[55]. Se trata, por ende, de un deber genérico que encuentra su fundamento en la cláusula general que prohíbe abusar del derecho.

El mérito de lo expuesto consiste en el análisis del abuso del derecho desde una perspectiva no individualista, sino social; haberlo explicitado en su dimensión social. Se supera así una visión exclusivamente individualista del abuso del derecho, que lo considera únicamente un

[54] CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Abuso del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1992, págs. 139 y 143.

[55] Para FERNÁNDEZ SESSAREGO, "el genérico deber jurídico" se encuentra alojado en un principio general del derecho o en defecto de una cláusula general, su tutela se sustenta en los principios generales del derecho, como la buena fe o las buenas costumbres. Pero además, ese deber jurídico se presenta en todas las situaciones jurídicas subjetivas activas o de poder. La noción de situación jurídica subjetiva, que es más rica y compleja, ha sustituido a la noción individualista de derecho subjetivo. "Se advierte así que el concepto de situación jurídica subjetiva disloca y trastoca las concepciones tradicionales de corte individualista sobre el abuso del derecho, ya que la afirmación de la doctrina clásica, en el sentido de que con el abuso del derecho se lesiona un interés ajeno no tutelado por una específica norma jurídica, ha sido superada en tanto que dicho interés, aparentemente no tutelado, está legalmente amparado a través [*sic*] de un genérico deber jurídico a cargo del titular del derecho subjetivo o jurídicamente protegido mediante los principios generales del derecho", ibid., pág. 160.

exceso en el ejercicio de un derecho subjetivo o una pura intención de causar daño o desviación del derecho de su específica finalidad socioeconómica, o el ejercicio anormal del derecho subjetivo, para situarlo en un campo supraindividual, social y consistente en la violación de un deber jurídico que impide lesionar un interés ajeno, no protegido por una expresa norma del ordenamiento jurídico. Y coherente con esa postura, Fernández califica al abuso del derecho como acto ilícito *sui generis* para desprenderlo del campo de la responsabilidad civil y situarlo dentro del campo de la teoría general del derecho, cosa que no ha hecho la jurisprudencia francesa, que sigue anclada a la idea de explicar la teoría del abuso a la luz de las reglas de la responsabilidad civil. En otras palabras: con una concepción individualista, el tema del abuso del derecho es propio de la responsabilidad civil (dolo, culpa, riesgo creado); puesto en una dimensión social, el abuso se transforma en una figura autónoma y propia de la teoría general del derecho.

"Acto ilícito es así —dice Fernández— no solo aquella conducta que contradice un artículo concreto del ordenamiento positivo sino aquel comportamiento que, aun encontrándose en consonancia formal y aparente con una determinada norma, resulta contrario a lo prescrito en los principios generales del derecho que impregnan e informan la totalidad del sistema jurídico. El acto abusivo es ilícito por transgredir la concreta norma jurídica que aloja el principio general que no ampara el abuso del derecho, [...] y, en ausencia de dicha específica norma, es ilícito por violar algún otro principio general del derecho, como es el caso de la buena fe o de las buenas costumbres, principios de raíz moral de los que se nutre la conciencia jurídica colectiva"[56].

Según Fernández, determinan que el abuso del derecho constituya un ilícito especial estas características: a) el abuso del derecho no es un acto lícito, aunque en su comienzo lo sea; b) el acto abusivo no es una conducta situada entre lo lícito y lo ilícito. No es, pues, un *tertium genus* situado entre la licitud y la ilicitud. Se le identifica como un acto ilícito *sui generis*, en cuanto deriva de una circunstancia particular como lo es la violación de un deber genérico y c) como ilícito *sui generis* no cae en el campo de la responsabilidad civil: "Si el *sui generis* acto ilícito en que consiste el fenómeno del abuso del derecho se indentificara, sin más, con el genérico acto ilícito, debería tratársele dentro de los principios que rigen la responsabilidad civil, por lo que podría pretenderse, según el caso, la exigencia de dolo, culpa o riesgo de parte

[56] Ibid., pág. 152.

del agente. Ello, sin embargo, no es así en el caso del abuso del derecho, donde no es indispensable indagar por esas motivaciones"[57].

Sin embargo, y pese al encomiable esfuerzo del profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO de calificar al acto abusivo como especial a fin de distanciarlo de la responsabilidad civil y de sostener que el daño no es elemento del abuso del derecho, sino un presupuesto del efecto compensatorio, en nuestro derecho el juzgador, al encontrarse frente a una conducta abusiva deberá acudir a las reglas de la responsabilidad civil, porque en las normas en donde aparece la figura del abuso no se prescriben sus consecuencias, sus efectos jurídicos. De ahí que el tema de la responsabilidad civil siga siendo útil en punto del resarcimiento de perjuicios cuando con el ejercicio de un derecho o sin su uso, se causa daño a alguien.

## 5. NATURALEZA CONTRACTUAL O EXTRACONTRACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD POR ABUSO DEL DERECHO

El punto que ha de discernirse es si la cuestión del abuso del derecho es susceptible de plantearse no solo en la esfera extracontractual, sino también en la órbita del contrato. La idea prístina es que el abuso del derecho era propio de la responsabilidad aquiliana. Según los MAZEAUD, por ejemplo, "el estudio de la teoría del abuso del derecho debe ser colocado sobre el terreno delictual y cuasidelictual"[58]. En su opinión, cuando el abuso se comete en la formación del contrato, en su cumplimiento o en su interpretación, la responsabilidad no puede ser sino delictivo, lo mismo que cuando exista una revocación unilateral abusiva. En cambio, la responsabilidad es contractual cuando existe incumplimiento del contrato, ya que el supuesto de aquella es la presencia de este.

Según nuestra Corte Suprema, "el abuso del derecho constituye una especie particular de la culpa aquiliana; por ende, en el abuso puede irse desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede movido por la intención de causar daño, *animus nocendi*, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada"[59].

[57] Ibid., págs. 157 y 158.

[58] MAZEAUD y TUNC, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, t. I, vol. II, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1993, pág. 246.

[59] Cas. de 21 febrero 1938, t. XLVI, pág. 60.

Sin embargo, en opinión de otros, el abuso del derecho engendraría una culpa contractual cuando se produce en el cumplimiento, en la interpretación o en la rescisión de un contrato.

El abuso se puede dar en el ejercicio de un derecho contractual, por ejemplo, en los contratos de duración indeterminada, en el contrato de mandato, en el de compraventa, en el de arrendamiento de cosas y en el de sociedad[60].

En 1994 la Corte Suprema de Justicia definió la posibilidad de aplicar la teoría del abuso del derecho a asuntos de naturaleza contractual: "En este orden de ideas, tratándose de la autonomía de la voluntad privada y el conjunto de facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quién realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas que en cuanto ocasionen agravio a intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aún encontrándose vinculado por el negocio y por la fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia que de este último es propia, pueda exigir la correspondiente indemnización"[61]. Basta agregar que el abuso puede cometerse al momento de celebrar el contrato con la imposición de cláusulas abusivas, al ejecutarlo e incluso al extinguirlo unilateralmente una de las partes[62].

Empero, esta distinción hoy ya se presenta superada, en la medida en que se le ha conferido autonomía conceptual al abuso frente al tema de la responsabilidad. El abuso del derecho, al desbordar los linderos de la responsabilidad, se trata la teoría general del derecho. El acto ilícito abusivo tiene un perfil jurídico propio, por lo que no implica, de suyo, un mero supuesto de responsabilidad extracontractual. De cualquier manera y pese a su autonomía, para efectos de poner a la víctima de un ejercicio abusivo de un derecho contractual o extracontractual en una situación igual o semejante a la que se encontraba antes del daño, es necesario aplicar los criterios indemnizatorios propios de la responsabilidad civil.

[60] Sobre el abuso del derecho en el ejercicio de un derecho contractual, véase en especial Mazeaud y Tunc, *op. cit*., págs. 259 y ss.

[61] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 octubre 1994, M. P. Carlos Esteban Jaramillo.

[62] Véase C. C., art. 1280.

## 6. DIFERENCIA ENTRE ABUSO DEL DERECHO Y FRAUDE DE LA LEY

Sobre esta distinción puede haber muchas disquisiciones teóricas propias de la mentalidad moderna, tan cercana a la abstracción y, al mismo tiempo, a la confusión. Quiero recurrir a dos textos del *Digesto*, porque con sencillez absoluta nos aproximan al entendimiento de la diferencia. El primero, de PAULO: "Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido"[63]. El segundo es de ULPIANO: "Se comete, pues, fraude contra la ley, cuando se hace aquello que no quiso que se hiciera, pero que no lo prohibió que se ejecutara"[64].

El fraude es la elusión de los efectos de una prerrogativa legal, en desconocimiento de su verdadero sentido o alcance. El fraude de la ley presupone no solo la existencia de una norma permisiva, sino además de una norma que confiere poder. Pese a la dificultad de la distinción con el abuso del derecho, ATIENZA afirma: "En el abuso del derecho el elemento del daño tiene un carácter directo, en el sentido de que el daño se produce al realizar, sin más, lo permitido por una regla regulativa [*sic*] (por ejemplo, al extraer arena de una playa, se daña una instalación). En el caso del fraude y de la desviación de poder[,] el daño tiene carácter indirecto o mediato: se produce porque el resultado del uso de la norma que confiere poder se conecta convencional o causalmente con un estado de cosas ulterior; la producción del daño, en definitiva, requiere la producción de un resultado institucional o cambio normativo: un contrato, un acto administrativo, una ley. Cuando a una acción que puede ser calificada simultáneamente de abusiva y de fraudulenta la calificamos como abusiva, hacemos abstracción de esa mediación institucional; que es, por el contrario, lo que destacamos cuando la calificamos como fraudulenta"[65].

El fraude se aprecia cuando media un cambio institucional o normativo, es decir, se eluden los efectos o el sentido de la ley, pero a la vez surge un contrato, un acto administrativo, una ley que lo expresan. En el abuso del derecho no surge un cambio institucional, sino que basta el ejercicio anormal de un derecho para que pueda apreciarse.

[63] *D.* 1.3.29: "Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit".

[64] *D.* 1.3.30: "Fraus enim legi fit, ubi, quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit".

[65] ATIENZA, *op. cit.*, págs. 127 y 128.

## 7. Aplicaciones prácticas de la teoría

Tal como lo previó Josserand, el dominio de aplicación del abuso el derecho es inmenso; sus perspectivas futuras, ilimitadas. En efecto, existen formas tradicionales de abuso reconocidas por nuestra jurisprudencia y formas más desarrolladas y sofisticadas de la figura.

En nuestro contexto, fue la Corte Suprema de Justicia de la segunda mitad del decenio del treinta del siglo pasado la que moldeó la doctrina del abuso del derecho y la que en su esfuerzo por actualizar el derecho civil a las nuevas realidades les dio un sentido amplio y extraordinario a los principios generales del derecho en una actitud no formalista. Esta respuesta de la Corte Suprema a las nuevas exigencias de la vida práctica es el resultado de lo que Gény denominó el "poder pretoriano de la jurisprudencia" de parte de "juristas inquietos"[66]. En efecto, con esa doctrina de la jurisprudencia elaborada por esa magnífica Corte Suprema de Justicia, cuyo contenido material no se apoyaba necesariamente en textos legislativos, refulgió con mayor intensidad el derecho y la jurisprudencia. Cosa similar es lo que acontece a partir de 1991 con la Corte Constitucional Colombiana, cuya doctrina constitucional resulta la mayoría de las veces obligatoria dado que, por ejemplo, y tal como se afirmó, la violación del precedente es causal de tutelabilidad del derecho de igualdad si el juez no ofrece justificaciones suficientes, razonables y adecuadas para fundar un fallo contrario a la línea de la jurisprudencia.

Dentro de las formas tradicionales de abuso del derecho encontramos "excavaciones en predio propio con la mira exclusiva de sacar una fuente o manantial de su vecino"; "el acreedor que por espíritu de persecución contra su deudor honorable, intempestivamente lo ejecuta haciéndole un embargo excesivo de bienes en relación con el crédito que cobra, para empujarlo así aun hasta la ruina»; el litigante que "promueve temeraria controversia judicial" y después de someter al adversario a larga, costosa y reñida lucha, inesperadamente desiste de ella atento a eludir inminente fallo adverso que le diese a la contraparte victoria judicial. También el que "pone un denuncio [*sic*] criminal contra otra persona, formulándolo a la ligera o imputándole perentoriamente, sin base seria la comisión de un hecho criminal"[67].

[66] Sobre el valor de la jurisprudencia en la obra de Gény, se recomienda de manera especial el magnífico trabajo de Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis Ediciones, 2000, págs. 137 a 177.

[67] Cfr. cas. de 21 febrero 1938, t. xlvi, pág. 60, M. P. Arturo Tapias Pilonieta.

En síntesis: las primeras aplicaciones de la teoría del abuso del derecho se tuvieron en los siguientes casos: a) cuando se embargan en exceso bienes del deudor[68]; b) cuando temerariamente se formula denuncia penal[69]; c) cuando se insiste en el secuestro de bienes que no pertenecen al ejecutado[70] y d) cuando se abusa del derecho a litigar[71].

Después, la doctrina elaboró otras formas posibles de abuso del derecho sobre todo en el plano contractual; se desvirtúa de esta manera la tesis según la cual el abuso del derecho constituía una especie particular de la culpa aquiliana: cláusulas abusivas en la predisposición unilateral del contrato (contratos de adhesión), terminación anticipada del contrato; no renovación del contrato; abstención a contratar; abuso en la ejecución del contrato[72].

Modernamente se han expuesto las siguientes formas de abuso del derecho: abuso en la concesión del crédito; ruptura inopinada y brusca del crédito. En el derecho de la competencia, el abuso de posición dominante. En el derecho urbano, dejar que las construcciones que son patrimonio artístico se deterioren para después construir. En el derecho societario, el abuso del derecho de voto y el abuso del derecho de retiro. En el campo de la propiedad inmaterial, el conflicto entre la propiedad material y propiedad intelectual puede resultar del ejercicio abusivo de un derecho.

En el derecho administrativo, el desvío de poder como causal de nulidad de los actos administrativos no es más que una aplicación del abuso del derecho. Se recuerda aquí que la falsa motivación es objetiva, en tanto que el desvío de poder es subjetivo.

De esa mención de nuevas formas de abuso del derecho vale la pena decir que la institución de las cláusulas abusivas (desproporción relevante o significativa en el contenido del contrato) tiene al abuso como componente generador del desequilibrio contractual. Y respecto del abuso de la posición dominante, el concepto del abuso del derecho es su *prius* histórico, lógico y conceptual. En efecto, el abuso de la posi-

[68] Cas. de 30 octubre 1935, t. XLIII, pág. 313; 9 abril 1942, t. LIII, pág. 302.

[69] Cas. de 5 agosto 1937, t. XLV, pág. 419; 19 agosto 1938, t. XLVII, pág. 57; 23 octubre 1942, t. LIV bis, pág. 206; 7 marzo 1944, t. LVII, pág. 76; 21 noviembre 1969, t. CXXXII, pág. 177.

[70] Cas. de 19 mayo 1941, t. LI, pág. 248.

[71] Cas. de 22 junio 1943, t. LV, pág. 550.

[72] Cas. de 19 octubre 1994, M. P. Carlos Esteban Jaramillo, t. CCXXXI, segundo semestre, págs. 709 a 777.

ción dominante no es más que en un abuso del derecho de la iniciativa privada, un abuso del derecho de competir en el mercado o, en fin, un abuso del derecho a desarrollar actividades económicas en posición de dominio en el mercado. En otras palabras: el abuso de posición dominante es una moderna vestidura lingüística, una adaptación del abuso del derecho a los últimos años del siglo XX y específicamente al área del derecho de la competencia.

Hoy se plantea la posibilidad del abuso del derecho en el ejercicio de los derechos fundamentales: "La teoría del abuso del derecho, desarrollada en el derecho privado y acogida jurisprudencialmente en Colombia, incorporada al plano constitucional, no solo se limita a excluir de la protección del ordenamiento jurídico la intención dañina que no reporta provecho alguno para quien ejerce anormalmente sus derechos en perjuicio de un tercero sino que, además, consagra una fórmula de equilibrio en materia de ponderación de los derechos constitucionales, de manera que su ejercicio no comprometa derechos de igual o mayor jerarquía. En otros términos, en el artículo 95 de la Carta Política subyace un principio fundamental del ordenamiento jurídico que hace imperioso el ejercicio razonable de los derechos constitucionales. [...] El artículo 95 de la Carta Política se refiere exclusivamente a derechos y deberes constitucionales que son materia a la que se contrae la obra del Constituyente, sin perjuicio de que la interdicción del abuso del derecho sea un principio general del ordenamiento. La norma que ordena «respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios» (num. 1), es un desarrollo concreto de la precedente prescripción que se contiene en la misma disposición: «El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades»"[73]. El constituyente extendió positivamente la posibilidad del abuso incluso en el ejercicio de derechos fundamentales.

Es decir, habría dos niveles de abuso del derecho. Un abuso del derecho contenido en norma constitucional pero referido no a todo el ordenamiento, sino al ejercicio no razonable de los derechos reconocidos en el mismo texto constitucional; y, el tradicional abuso del derecho que se aplica a las prerrogativas o situaciones de ventaja que el ordenamiento otorga mediante leyes, reglas o normas jurídicas a los sujetos de derecho privado, en la medida en que el abuso del derecho es un principio general del ordenamiento[74].

[73] Corte Const., sent. T-511 de 8 noviembre 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[74] Respecto del derecho de huelga Atienza trae la siguiente hipótesis: "Pero ¿qué ocurre con una acción de huelga llevada a cabo por un pequeño número de trabajadores

Como ejemplo de la existencia del abuso en materia de derechos fundamentales o de abuso en reglas que constituyen la concreción de derechos fundamentales, la Corte Constitucional, respecto de la libertad de expresión, dijo: "[...] Si bien no puede restringirse la libertad de prensa, y no puede tampoco someterse la difusión de ideas o informaciones a censura previa, sí puede el juez constitucional impedir la violación a [*sic*] los derechos al buen nombre y a la honra de la persona, ya sea por la prensa, la televisión o cualquier otro medio, como acto abusivo que no puede ser objeto de garantía constitucional"[75].

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de otros equivalentes jurisdiccionales (Supersociedades y centros de arbitraje), sigue aportando una enriquecida casuística para la adecuada comprensión de la teoría del abuso del derecho.

En sentencia del 1º de noviembre de 2013, la Corte Suprema de Justicia resolvió un caso de abuso del derecho a litigar en el que, en opinión del recurrente, había incurrido la entidad financiera demandada por haber promovido en contra de su poderdante una acción pauliana para lograr la revocatoria de una compraventa y la inscripción de una demanda en el registro del bien inmueble enajenado, bajo la égida del temor a la insolvencia de su deudor hipotecario.

Señaló la Corte sobre la mencionada modalidad de abuso, lo que sigue: "Así las cosas, es pertinente concluir que el ejercicio adecuado de los derechos, esto es, el que se ajusta a los propósitos y límites que su propia naturaleza les impone, teniendo en cuenta para ello los parámetros que el ordenamiento jurídico vigente, con la Constitución Política a la cabeza, establezca, no es, ni puede ser, objeto de reproche, así otras personas resulten afectadas —ejercicio legítimo del derecho—, razón por la cual la responsabilidad civil por abuso del derecho surge, como se

---

que por su posición estratégica tienen la capacidad de bloquear la producción de sectores económicos enteros —equivalentes, digamos, al 50% del PIB— y usan la huelga para reivindicar salarios que multiplican —digamos que veinte veces— el que generalmente reciben trabajadores de cualificación similar? Parece que, ante la ausencia de una regla prohibitiva en la que subsumir el caso, esta acción de huelga se encontraría *prima facie* permitida. Pero ¿debe considerarse permitida esta acción a la luz de las razones que justifican, en general, la permisión de las acciones de huelga, aun cuando su realización no entrara en conflicto con derechos de terceros establecidos en reglas? No parece haber modo de eludir la conclusión de que puede haber situaciones en las que quepa un uso no justificado —esto es, un abuso— de las reglas que constituyan una concreción de derechos fundamentales": ATIENZA, *Ilícitos atípicos, op. cit*., págs. 65 y 66.

[75] Corte Const., sent. T-94 de 2 febrero 2000.

ha reseñado, por el contrario, de los daños que su extralimitación, desviación o desbordamiento ocasione a otras personas [...]. Es corolario de lo precedentemente expuesto que la responsabilidad que sobreviene como consecuencia del abuso del derecho de litigar es, a no dudarlo, de naturaleza extracontractual, pues, como se aprecia, la obligación resarcitoria no surge de la violación de una relación jurídica preexistente, sino del hecho mismo de haber actuado en un proceso por fuera del marco fijado por los artículos 71 a 74 del Código de Procedimiento Civil, responsabilidad que, por consiguiente, en líneas generales, está disciplinada por el artículo 2341 del Código Civil. Empero, para que ella se configure, según se desprende de la interpretación armónica de esos preceptos, el factor de imputación, no obstante ubicarse en el campo subjetivo, es cualificado, en tanto que requiere que el agente causante del daño haya obrado con temeridad o mala fe, sin que, a diferencia del régimen general de la responsabilidad civil extracontractual, pueda tenerse como tal una culpa cualquiera. Siendo ello así, es dable inferir que los elementos estructurales de dicha acción —la resarcitoria de los perjuicios causados por el abuso del derecho de litigar— son aquellos que tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen definidos en todos los supuestos de responsabilidad civil extracontractual, con los ajustes que corresponde, es decir, una conducta humana antijurídica, en este caso, el adelantamiento de un proceso o la realización de un acto procesal particular en forma desviada de su finalidad; un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, que en la referida hipótesis, como viene de explicarse, solamente puede consistir en la temeridad o mala fe; un daño o perjuicio, es decir, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad; y, finalmente, una relación o nexo de causalidad entre el comportamiento de aquel a quien se imputa la responsabilidad y el daño sufrido por el afectado".

Para Taruffo el abuso de las vías procesales significa: "el empleo de un remedio procesal para la consecución de un fin que no pertenece a dicho remedio, dado que no cabe dentro de los objetivos a cuya obtención está dirigido. En otras palabras, cuando tiene lugar una distorsión en el empleo de un instrumento procesal que se destina a la obtención de fines distintos de los que son propios"[76].

[76] Michelle Taruffo, *Páginas sobre justicia civil,* trad. Maximiliano Aramburo Calle, Madrid, Edit. Marcial Pons, 2009, pág. 303.

JOAN PICÓ, por su parte, sistematizó el concepto del abuso del derecho en el ámbito procesal en dos requisitos: el primero, vulneración de la finalidad de una norma procesal sin que exista una infracción directa de la misma y, el segundo, la intención de conseguir objetivos adicionales a los consagrados en la norma[77].

Nótese que ninguno de los autores citados supedita esta modalidad de abuso a un ingrediente subjetivo cualificado como lo es la temeridad o la mala fe. Basta que el uso del mecanismo procesal desborde su finalidad para que se configure el ejercicio abusivo de una prerrogativa procesal, y ello no necesariamente ocurre por una actitud temeraria de quien ejerza su derecho de acceder a la administración de justicia o por el despliegue de una conducta que tenga la intención de causar daño a otro, sino también por el desarrollo de un actuar negligente.

Es más, la Corte reconoce la posibilidad de que la negligencia también sea considerada un criterio de imputación de responsabilidad para la configuración del abuso del derecho a litigar, al señalar: "Ese criterio de la Corte, en los fallos proferidos con posterioridad al precedentemente reproducido, en lo sustancial, no se aprecia modificado y en el presente se reafirma, en tanto que en tales pronunciamientos, en lo tocante con el criterio de imputación en los casos de abuso del derecho de litigar, se ha hecho referencia, de manera general, a la actuación «negligente, temeraria o maliciosa para obtener una tutela jurídica inmerecida»" (Cas. Civ., sent. de 14 de febrero de 2005, exp. 12073. Ver, entre otras, las sents. de 24 de enero de 2005, exp. 2000131100011994-2131-01; 22 de febrero de 2005, exp. 110012103006-1997-9124-01; y 14 de noviembre de 2008, exp. 70001-3103-004-1999-00403-01).

La Corte en este caso decidió no casar la sentencia recurrida por cuanto vislumbró que los cargos del recurso se encontraban sustentados en una lectura equivocada de la providencia recurrida.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 27 de julio de 2015 se pronunció respecto del abuso del derecho en la reclamación de un seguro colectivo de deudores por parte de una entidad financiera.

En esa oportunidad, la Corte Suprema de Justicia decidió no casar la sentencia del Tribunal que negó el *petitum* presentado en contra de un Banco, por haberse tomado un tiempo considerable en reclamar un seguro obligatorio global de deudores que cubría el riesgo de ocurrencia

[77] Cfr. JOAN PICO, *El principio de la buena fe procesal*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2012, págs. 104 y 105.

de incendio o terremoto sobre un bien que le fue ofrecido como garantía real de varios créditos que otorgó.

Para acoger el criterio expuesto por el *ad quem*, la Corte comenzó por precisar la historia, la finalidad y los elementos arquetípicos del contrato de seguro de grupo de deudores, como antesala al análisis de fondo de cada uno de los cargos formulados en contra de la sentencia, lo que de entrada le permitió deslindarlo de otras figuras contractuales afines como el seguro de crédito.

Se lee en la sentencia: "Correspondió así a una medida de protección a la actividad bancaria y financiera, cuya estabilidad pudiera verse comprometida por situaciones catastróficas y de emergencia, que llagaran a menguar el respaldo real entregado por los clientes como garantía de cumplimiento de las obligaciones de mutuo a su cargo [...] La alegación de los impugnantes de que lo buscado era «pagar la deuda pendiente al momento del siniestro pues ese era el interés asegurable cuya protección buscó el Banco según su propio dicho al contratar el seguro», desnaturaliza la esencia del «seguro grupo deudores incendio», como si se tratara de un «seguro de crédito», del cual difiere. Mientras el último protege la imposibilidad de pago en operaciones a plazo, el otro, por tratarse de una garantía adicional, se constituye en un sucedáneo de la cosa que ampara, pero sin que la ocurrencia del siniestro por sí mute la esencia accesoria de la hipoteca y conlleve a la exigibilidad de la obligación. [...] se busca con la imposición de mantener asegurada la parte destructible de los bienes que respaldan créditos concedidos por las entidades financieras, es compensar la insolvencia de los deudores que afrontan circunstancias catastróficas, no que se cubran en el acto las deudas, independientemente de la suficiencia patrimonial del afectado".

La Corte encontró además que los dueños del bien hipotecado tenían un interés asegurable que los habilitaba para realizar todos los actos necesarios para reclamar la indemnización, no solo frente a la posibilidad de resultar beneficiarios del seguro global, sino además por la oportunidad de poder enajenar los terrenos en donde se encontraba ubicada la construcción siniestrada.

Dijo la Corte: "Pero aún en la forma como se dieron las cosas, ya que el valor asegurado era inferior al de los daños a resarcir, constituyéndose el Banco en el único beneficiario de esa reclamación porque el reconocimiento proporcional sólo alcanzó para cubrir o abonar lo adeudado, los esposos Villegas Villar tenían un interés cierto y determinable en el pago de la indemnización, puesto que ese desembolso entró a disminuir las obligaciones financieras pendientes con la entidad,

respaldadas con el inmueble del cual eran propietarios, lo que indudablemente los favorecía. Tan es así que con ello se alivió la situación adversa que afrontaban, además de que se aceleró y facilitó la cancelación del gravamen vigente, que les impedía cumplir la promesa de venta celebrada con un tercero ajeno al pleito. Esa sola situación los facultaba para acuciar, impulsar y exigir, como en efecto lo hicieron, el reconocimiento de la compensación por la realización del riesgo amparado, independientemente de que no figuraran expresamente como asegurados en la póliza, aunque lo eran, o que no quedara un remanente para ellos como beneficiarios [...] La absolución se generó porque el siniestro no alteró el curso de la obligación, pudiendo el acreedor «pedir nueva garantía o simplemente declarar vencido el plazo, a juzgar por lo expresado en el artículo 2.451 del Código Civil», por lo que la «supuesta negligencia en la realización del diligenciamiento del reclamo y, de ahí, el tardío pago de la indemnización debida», que se adujo como causa del perjuicio, no era constitutiva de responsabilidad civil".

La Corte fue indiferente ante el argumento del ejercicio tardío del derecho a la reclamación por parte de la entidad financiera (*verwirkung*), no obstante que se trataba del problema jurídico fundamental planteado en el recurso extraordinario, fijando toda su atención en el análisis de lo cotidiano, esto es, en la valoración de la conducta de la demandada a la luz del normal devenir del contrato de mutuo.

El análisis del abuso del derecho requiere de una especial sensibilidad del juzgador a la hora de resolver la *causa petendi*. Para detectar el ejercicio abusivo de un derecho, no basta con un simple estudio de legalidad de la controversia porque si algo caracteriza a este inveterado principio, es precisamente el respeto por las formas y la aparente juridicidad del actuar del infractor.

La Superintendencia de Sociedades, en uso de sus facultades jurisdiccionales[78], en la sentencia de 27 de febrero de 2014, abordó el tema del abuso de las mayorías, específicamente en el campo de la denominada capitalización abusiva. El conflicto societario objeto del litigio se suscitó entre Capital Airports Holding Company, operador de aeropuertos de la república china y, Cah Colombia S. A., sociedad local constituida *inter alia* para la ejecución de la concesión aeroportuaria otorgada por la Aerocivil para la administración de varios establecimientos aeroportuarios en el territorio nacional.

[78] Recientemente otorgadas por el art. 24 del C. G. P.

La composición accionaria inicial de Cah Colombia S. A. era de un 52 por ciento para Capital Airports Holding Company y un 48 por ciento directa o indirectamente para el señor Mario Fernando Pinzón Bohórquez, socio promotor de los inversionistas chinos; sin embargo, en la reunión por derecho propio de 2 de abril de 2012, se aprobaron diferentes decisiones (aumento de capital, modificación de la estructura de la junta directiva, nombramiento de nuevos miembros en ella y emisión de acciones sin derecho de preferencia) que le hicieron perder a la mencionada sociedad china la calidad de accionista mayoritario (pasó a tener el 44.9 por ciento de las acciones).

Lo anterior dio lugar a que en el fallo se plantearan dos problemas jurídicos: el primero, dirigido a establecer si las decisiones tomadas por los órganos de administración de Cah Colombia S. A. le causaron un grave perjuicio a la sociedad inversionista china o le proporcionaron al señor Pinzón una ventaja injustificada en el manejo de la sociedad y, el segundo, encaminado a analizar los móviles de la capitalización cuestionada. Es importante advertir que la Superintendencia en ningún momento se preguntó por el interés social de Cah Colombia S. A., en las decisiones por derecho propio.

Sobre lo primero, la Superintendencia concluyó que las decisiones tomadas en la oportunidad mencionada le causaron a Capital Airports Holding Company la pérdida de la condición de accionista mayoritario de Cah Colombia S. A., y con ello, la desaparición de la denominada "prima de control" sobre la compañía sin obtener a cambio una contraprestación. En cuanto a la reducción del número de miembros de la Junta Directiva y el cambio en su composición, si bien constituyeron para la Superintendencia decisiones que tienen la potencialidad de causar un detrimento económico considerable para la demandante, consideró "que cualquier perjuicio podría verse atenuado por el sistema de cuociente electoral previsto para la designación de directores en las sociedades anónimas".

Frente a los motivos esgrimidos para realizar la capitalización, la Superintendencia analizó varios indicios entre los que destacó (i) la preexistencia de un conflicto intrasocietario, (ii) la conducta del señor Mario Pinzón, (iii) la no sujeción al derecho de preferencia y (iii) el uso de maniobras sigilosas, para concluir que la capitalización aprobada el día 2 de abril de 2012, tenía una finalidad diferente a la simple consecución de nuevos recursos para Cah Colombia S. A.

Señala la Superintendencia: "El Despacho debe advertir, enfáticamente, que las reglas especiales previstas para las reuniones por

derecho propio no pueden usarse para modificar las circunstancias de asociación en una compañía, con el propósito deliberado de perjudicar a un grupo de accionistas. Este ejercicio censurable del mecanismo contemplado en el artículo 429 del Código de Comercio excede, a todas luces, la intención del legislador mercantil al introducir en nuestro ordenamiento la figura de la reunión por derecho propio".

Es evidente que en la sentencia faltó un estudio más profundo del interés social de la demandada en las decisiones adoptadas en la reunión por derecho propio de 2 de abril de 2012, ello por cuanto como lo señala GHOZI "la ausencia de interés social permite caracterizar el abuso". La Superintendencia no analizó la conveniencia de las determinaciones tomadas en dicha oportunidad para el futuro de la sociedad demandada.

Sobra recordar que no podría existir abuso del poder de la mayoría en los casos en que, aún con el rompimiento de la igualdad entre los accionistas, con las decisiones se logra el beneficio para la sociedad.

SAMUEL FINKIELSZTEIN sobre el abuso en este campo del derecho, ha dicho: "[S]i la mayoría toma decisiones que están fuera del ámbito que se les ha fijado, están actuando sin un derecho que pueda ampararlas o, en otros términos, y de acuerdo con la terminología jurídica pertinente, estaríamos frente a un caso de abuso del derecho. [...] se ha aceptado por los tratadistas que así como puede existir un abuso del derecho por parte de la mayoría, también puede existir ese mismo abuso por parte de una minoría. [...] De acuerdo con lo anterior, se desprende que las causas del abuso del derecho en las decisiones que se toman o se dejan de tomar a nombre de la sociedad, pueden agruparse, *grosso modo*, en las siguientes clases: a) decisiones en contra del interés social; b) decisiones en contra de algunos de los socios, sin beneficio de la sociedad, y c) decisiones a favor de algunos de los socios, sin beneficio de la sociedad. Necesariamente deberá estudiarse los hechos en cada caso, para poder determinar la existencia de ese abuso del derecho"[79].

De la lectura de lo anterior se infiere entonces que el interés social prima sobre el interés de los accionistas; sin embargo, la Superintendencia se preocupó de una particular modalidad de abuso corporativo (decisiones en contra de algunos socios), sin percatarse que si se tomaba aquella decisión en provecho de la sociedad, la conducta de la demandada podría haber resultado jurídica. Los accionistas chinos ni querían

[79] SAMUEL FINKIELSZTEIN, "El abuso del derecho en las decisiones tomadas por junta de socios y asambleas generales", en Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, Bogotá, Imprenta Nacional, tomo XX, núm. 36, 1965, pág. 317.

invertir ni querían dejar invertir, lo que de suyo terminó afectando la operación económica de la sociedad.

En uno de los primeros laudos en la justicia arbitral sobre el abuso de las mayorías se consideró que impedir la cesión de cuotas sociales de un minoritario y con posterioridad capitalizar la sociedad para diluir su participación en el capital social, constituyen conductas abusivas de los mayoritarios que dan lugar a la reparación integral del afectado. Para el Tribunal no puede aceptarse que so pretexto de un fortalecimiento patrimonial, muchas veces injustificado e innecesario, se oprima a los asociados minoritarios mediante la reducción del valor de su inversión y la privación de su interés en la asociación mercantil[80].

De este laudo se ha de destacar que fue en conciencia y que el Tribunal determinó que no se iba a pronunciar sobre la eficacia de las decisiones de la junta de socios que violaron la cesión de las cuotas sociales y en donde se decidió el incremento del patrimonio social. Se lee en este laudo lo que sigue: "A juicio del Tribunal el problema del abuso en el contexto del derecho sociedades no debe reducirse de manera exclusiva al asunto de la responsabilidad de la compañía o de sus socios por las deudas sociales, que suele analizarse bajo la doctrina del descorrimiento del velo societario, sino que puede extenderse a otros ámbitos, como aquellos relacionados con la aplicación del principio de la ley de las mayorías —vinculado de manera estrecha con la teoría organicista sobre la personificación jurídica de la sociedad—, por cuyo posible abuso pueden resultar perjudicados los socios de minoría. [...] Bajo la concepción tradicional se estima que las determinaciones mayoritarias encarnan el denominado querer social, o sea que representan la

[80] Cámara de Comercio de Bogotá, laudo de 17 de marzo de 2004 que dirimió el conflicto entre Guillermo Mejía Rengifo contra Lucila Acosta Bermúdez y otros. Árbitros: Francisco Reyes Villamizar, Florencia Lozano Reveiz y Fernando Silva García. "La conducta desplegada por los accionistas mayoritarios y que es objeto de censura por su tinte abusivo se tradujo en una reducción de la participación del socio convocante, quien pasó de tener el 5.7692 % a ser titular del 0.34 % del capital social en la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. La aludida reducción resultante de la capitalización efectuada generó un daño al patrimonio del señor Guillermo Mejía Rengifo que habrá de ser indemnizado. Cuando se examinó el aspecto relacionado con la violación del derecho de cesión en que incurrieron los accionistas mayoritarios, se puso de presente que dicha violación afectó al convocante en cuanto la conducta en mención le impidió disponer de la parte de sus cuotas sociales que iban a ser negociadas y, de esta forma, se afectó posteriormente su patrimonio como consecuencia de la capitalización que se llevó a cabo, toda vez que la dilución que como consecuencia de la capitalización se produjo no lo hubiera afectado, sino en la parte de la participación social que después de la cesión iba a conservar".

expresión volitiva del ente societario, manifestada por conducto del órgano social competente (junta de socios). Esta asunción fáctica justifica la existencia de preceptos como el contenido en el artículo 188 del Código de Comercio, según el cual, los socios ausentes y disidentes quedan, en general, obligados respecto de la decisión mayoritaria, por la determinación así adoptada. Empero, la realidad enseña, como ocurre en el caso que se decide por este laudo, que la mayoría, al manifestarse en determinaciones del máximo órgano social, puede apartarse de modo significativo del denominado Interés social, para confundirse con la simple suma de los intereses individuales de los asociados mayoritarios, intereses que en cuanto se expresan en dirección contraria a la que guía la protección que el ordenamiento jurídico dispensa a las decisiones de la mayoría, abre las puertas a la corrección de la desviación mediante la aplicación de la figura del abuso del derecho. Cuando, como ocurre en el presente caso, se aprueba una determinación de capitalizar la sociedad con el propósito subyacente de diluir la participación en el capital de los minoritarios y de establecer una pre-composición de los socios mayoritarios, se produce un abuso de mayoría que debe ser corregido. No puede tolerarse, en verdad, que sin que medie una oportunidad real de participación, un asociado resulte mermado en sus derechos patrimoniales por la simple imposición de decisiones arbitrarias orientadas por el propósito inconfesable de perjudicarlo".

Se dijo además en el laudo que el obrar de buena fe adquiere una dimensión mayor en el contexto de los denominados contratos de colaboración, en los cuales la satisfacción de intereses de los asociados se debe buscar mediante la acción coordinada de los mismos en procura de la obtención del fin común. Como la cesión de cuotas es por regla general la única opción que se ofrece a los asociados para desligarse de la sociedad, no es acorde con la buena fe que "los socios que ejercen un nítido control sobre una sociedad de responsabilidad limitada desarrollen una conducta dirigida a obstruir o cuando menos a entorpecer el legítimo derecho del socio minoritario a obtener que un tercero adquiera una parte de su participación en la sociedad, menos aún si la sociedad es familiar y de aquellas que pueden caracterizarse como de personas".

En punto del abuso de la mayoría vale la pena mencionar también un laudo de 3 de agosto de 2011 en donde se declaró que hubo abuso del derecho de la mayoría sobre la minoría por no votar favorablemente los aumentos de cánones de arrendamiento en los inmuebles donde operaban locales o establecimientos de comercio de la sociedad arren-

dataria de la cual eran socios los mayoritarios, pero no los minoritarios que sí lo eran de la sociedad arrendadora. Es decir que los socios mayoritarios de la sociedad arrendadora formaban también la mayoría en los órganos de decisión de la firma arrendataria. Los minoritarios recurrentemente solicitaron en las respectivas juntas de socios de esta última que los valores de los arrendamientos se incrementaran a los valores del mercado[81].

En el laudo se sostiene que la acción por abuso del derecho no es solo para las sociedades por acciones simplificadas; que para buscar la realización del interés social, debe prevalecer este sobre el interés individual de cada socio o de un grupo de socios, sea este mayoritario o minoritario; que no es discutible que en una sociedad las decisiones se tomen por las mayorías, porque eso hace parte intrínseca del desarrollo comercial de los negocios, y por eso el legislador, salvo las votaciones calificadas, deja en libertad a los socios para fijar tales aspectos en sus estatutos sociales. Sin embargo, cuando el ejercicio de ese derecho va más allá del legítimo interés que prevé la norma, y tratándose de votaciones uno de esos objetivos es el de no paralizar el desarrollo del objeto social por un capricho de una minoría, o cuando ese ejercicio lo llevan a cabo las mayorías con un interés alejado, a través del cual se desconocen no solamente los intereses de los minoritarios sino de la sociedad misma, se está frente a un típico caso de abuso del derecho.

En el trámite arbitral no se discutió la eficacia de los contratos que originaron los arrendamientos ni tampoco el resultado de las votaciones dentro de los órganos sociales en cada empresa, sino en esencia el perjuicio sufrido por el no aumento en los cánones de arrendamiento.

En apartes relevantes se lee lo que sigue: "Lo que se discute es que, precisamente con base y bajo el presupuesto de la regularidad formal de las mayorías, se hayan adoptado decisiones que exceden los límites del derecho de quienes las tomaron constituyéndose en abuso, en perjuicio de los socios minoritarios. En otras palabras, el ataque de la convocante consiste en que los socios mayoritarios usaron sus atribuciones cumpliendo formalmente los estatutos pero sobrepasando el límite del ejercicio legítimo de sus derechos de mayoría, en perjuicio de los socios minoritarios. [...] una conducta abusiva entraña ilicitud en el sentido de que parte o se inicia con el ejercicio legítimo de un

[81] Cámara de Comercio de Bogotá, laudo de 3 de agosto de 2011 que dirimió el conflicto entre Yepes Avila y Cia S. en C. y otros contra Inversiones Lopera Macias S. en C. y otros. Árbitros: Julio Benetti Salgar, Jorge Cubides Camacho y Hernando Cardozo Luna.

derecho pero se desvía de la finalidad y función natural de ese derecho hacia un objetivo nocivo o pernicioso. En el caso de las sociedades se manifiesta en buscar un propósito o finalidad que no beneficia a todo el conjunto social sino arbitrariamente a un solo asociado o a un solo grupo de asociados con perjuicio o lesión para los demás, lo que chocaría con los preceptos de los artículos 187(6) del Código de Comercio y 23(6) de la ley 222 de 1995. [...] Con todo, las juntas de socios de las empresas dueñas de los locales siguen negando la solicitud de buscar el ajuste de los cánones no obstante haber aprobado la práctica de avalúos de los locales. Quiere ello decir que el derecho de las mayorías para decidir en las juntas se desvía hacia la dilación, la demora, o el perjuicio para unos socios, sin que tenga ninguna importancia para tales mayorías el hecho de ser las sociedades dueñas las primeras perjudicadas con la demora en arreglar los cánones. Una y otra cosa constituyen lesión de la buena fe**:** lo primero porque desconoce el equilibrio que debe existir en las relaciones de los socios y lo segundo porque pone en duda la obligación de la administración de buscar la realización del interés social, prevalente sobre el interés de algunos socios. [...] Los reajustes de los cánones de arrendamiento hacen parte de los intereses económicos societarios y beneficiaban a todos y cada uno de los socios; pero si un grupo de socios se une para obtener una mayoría a fin de hacer una votación en contra de otro grupo de socios que constituyen en ese acto de votación una minoría, con intereses ocultos, no hay duda de que se da el abuso de derecho y aparece de bulto, a simple vista, el perjuicio o desmedro patrimonial para las sociedades Maype Ltda. y Gran Convenio Ltda., es decir para todos y cada uno de sus socios, pero que afectó directamente a los minoritarios que no eran socios de Almacenes YEP S. A. Aparte de las consecuencias por el conflicto familiar, el interés oculto, o los intereses ocultos, llevaban a evitar a toda costa, mediante el ejercicio del derecho al voto de los socios que conforman una mayoría en las sociedades Inversiones Maype Ltda. y Gran Convenio Ltda., que eran los accionistas de Almacenes YEP S. A., el reajuste de los cánones de arrendamiento de los inmuebles en los cuales Almacenes YEP S. A. desarrolla su operación comercial, decisión que beneficiaba única y exclusivamente a quienes tuvieran simultáneamente la calidad de socios de las tres sociedades. [...] Hay pues, en conclusión, negligencia o culpa de estos socios mayoritarios que en las juntas de socios de cada una de las sociedades Inversiones Maype Ltda., y Gran Convenio Ltda., negaron sistemáticamente la atención de las solicitudes de los minoritarios, por demás fundadas por lo tantas veces dicho en estas consideraciones, de ser muy bajos los

cánones y haber cambiado la composición accionaria de las sociedades involucradas en el conflicto. Pero adicionalmente hay lesión de la buena fe y una clara desviación de la capacidad decisoria de los socios mayoritarios que en vez de obrar en beneficio de todos los asociados, vale decir en la realización del interés social, lo hicieron en perjuicio del grupo minoritario".

El Tribunal decidió que los mayoritarios habían incumplido sus obligaciones derivadas del contrato de sociedad y específicamente habían abusado de sus derechos como socios mayoritarios frente a los socios minoritarios de la sociedad arrendadora. Condenó solidariamente a los mayoritarios a pagar el perjuicio por el no incremento de los cánones de arrendamiento y previno a los condenados a buscar la modificación de los contratos de arrendamiento vigentes entre la sociedad arrendadora y la arrendataria.

## **8**. Valoraciones finales

— La teoría del uso anormal del derecho, inspirada en la teoría de los actos de emulación y en el concepto de la *inmissio*, constituye el antecedente de la figura del abuso del derecho. Ese uso anormal del derecho, estudiado y explicado en principio a la luz del derecho de propiedad, se extendió a otros derechos, derecho de crédito y derecho de la contratación, para hoy aplicarse a todos los derechos subjetivos. La figura del abuso es una forma de control de los derechos, especialmente del derecho de propiedad y de los derechos de crédito y de control a la autonomía privada en materia de contratación, sin descartar, por supuesto, que la figura se puede presentar en todos aquellos casos en que el ordenamiento otorga poder, prerrogativas o facultades a los particulares.

— Se le puede exigir responsabilidad no solo al que actúa al margen de todo derecho, sino también al que causa daño con ocasión del ejercicio de un derecho de que es titular o también con ocasión de su no uso o de su no ejercicio (la abstención, no uso u omisión es una modalidad de abuso del derecho). No obstante, el daño no es elemento constitutivo del abuso, sino un presupuesto del efecto compensatorio.

— Se puede afirmar que la institución del abuso del derecho ha tenido el siguiente desarrollo histórico: a) inicialmente fue considerado una especie de culpa, porque se estimó que el ejercicio del derecho y aquella no eran conceptos incompatibles; es decir, se podía incurrir en culpa incluso ejerciendo un derecho subjetivo; b) el abuso del derecho fue considerado como una fuente independiente de responsabilidad;

esto es, una figura que no encontraba su justificación en la noción clásica de la culpa, o mejor, se estimó que era una fuente autónoma de responsabilidad diferente de la responsabilidad por culpa. En efecto, se dijo que tenía un perfil jurídico propio, por lo que no implicaba, por sí, un supuesto de responsabilidad aquiliana[82]; c) el abuso del derecho no es tema exclusivo de la responsabilidad civil extracontractual, sino también contractual; de ahí que se pueda decir que es también un instrumento de control del contenido negocial; d) se ha querido agravar la responsabilidad de quien abusa de sus derechos de acuerdo con la tendencia actual de aumentar la responsabilidad incluso en las actividades normales de la vida, extendiendo la tesis objetiva al abuso del derecho. De esta forma, la responsabilidad que se derivaría del abuso sería, en ciertos

[82] Incluso se ha planteado como fuente autónoma de obligaciones como lo es el enriquecimiento sin justa causa. Véase mi artículo "El abuso del derecho como fuente autónoma de obligaciones", en Estudios de derecho civil, t. III, libro homenaje a FERNANDO HINESTROSA, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 103 y ss. En efecto aquí se lee: "Podemos afirmar que desde una concepción individualista, el tema del abuso del derecho era propio de la responsabilidad civil (dolo, culpa, riesgo creado); puesto en una dimensión social, el abuso se trasforma en una figura autónoma y por ello merece ser tratado como una fuente independiente de obligación que escapa al estrecho marco del contrato y del delito, de la responsabilidad contractual y de la extra-contractual. La obligación surge no solo cuando se viola una norma específica o el deber abstracto o regla de conducta de no causarle daño a nadie (*neminen laedere*), sino también cuando se viola un principio general del ordenamiento. Como apoyo de lo anterior, obsérvese que el principio general del enriquecimiento sin justa causa, sin dejar de ser principio, también ha sido tratado como fuente no anónima, sino autónoma de obligaciones. [...] Así pues, el abuso del derecho a la luz de una concepción individualista era un mero apéndice de la responsabilidad civil y específicamente de la extra-contractual, razón por la cual no había la necesidad de estructurarlo como fuente independiente de obligaciones (la responsabilidad civil tradicional busca en esencia indemnizar la violación de derechos subjetivos individuales); puesto el abuso en su dimensión social y, si se quiere, supra-individual, en la medida en que conceptualmente la figura se presenta como una violación de un deber jurídico que impide lesionar un interés ajeno, ya sea individual o social, no protegido por una expresa norma del ordenamiento jurídico, merece ser tratado como fuente independiente de obligaciones en razón a que, se insiste aun a riesgo de fatigar, tiene un perfil jurídico propio que desborda los linderos de la tradicional responsabilidad civil. [...] Podríamos señalar que el sistema tradicional de las fuentes de las obligaciones, responde a un concepto individualista de la institución; la inclusión del abuso del derecho como fuente autónoma de obligaciones, implica a nuestro modo de ver la ampliación del abanico, un redimensionamiento del tema en el noble propósito de darle un trato o dimensión social a las fuentes de las obligaciones. No hay que olvidarse que en el abuso del derecho existe un ejercicio disfuncional de un interés jurídicamente protegido y sobre la valoración judicial de ese ejercicio entran, sin duda, consideraciones no solamente de estricto derecho, sino también éticas y sociales", págs. 113 a 115.

casos, responsabilidad objetiva, esto es, una responsabilidad que se basaría en los riesgos o peligros que resultan de ser titular de derechos que no se ejercen o del ejercicio de ellos, en la que no se tomarían en cuenta para nada elementos de orden psicológico y, e) finalmente, el abuso del derecho, más que ser calificado un tema de la responsabilidad civil, hoy día ha despuntado un tema propio de la teoría general del derecho y de los principios o valores axiológicos que informan e impregnan un ordenamiento o un sistema jurídico.

— Así como en materia de responsabilidad civil se presenta la división entre las tesis subjetivas y objetivas, esta se ha trasladado a la teoría del abuso del derecho para efectos de determinar su existencia. La posición subjetivista deduce la existencia del abuso del derecho con base en tres criterios desarrollados por la jurisprudencia inicial: a) falta de interés serio y legítimo para el agente; b) intención de causar perjuicio (*animus nocendi*) y c) acción culposa o negligente del titular del derecho subjetivo. La posición objetivista deduce el abuso del derecho cuando existe un manifiesto ejercicio anormal o irregular de un derecho subjetivo, esto es, cuando se actúa de manera contraria a la función económico-social inherente a cada derecho subjetivo. La solución mixta fue formulada por Josserand al caracterizar el acto abusivo como una desviación del derecho de su función social; pero esa desviación se deducía de los motivos ilegítimos del agente o titular del derecho subjetivo. Habría pues una discordancia entre el factor objetivo, esto es, la específica función de un derecho y el factor subjetivo, es decir, el motivo ilegítimo del agente. El autor citado creó la figura del motivo ilegítimo con el fin de reducir la discrecionalidad del juez en la determinación de la función económica o social de un derecho y, por ende, en su libertad para configurar o fijar el abuso del derecho.

— Si cada derecho tiene una finalidad, pensamos, le corresponde al intérprete descubrirla y determinar si el ejercicio o no de un derecho resultó abusivo con base en los principios y valores axiológicos extraídos de la Constitución y que van formando parte de la doctrina constitucional y no con base en el motivo legítimo del agente. El desarrollo constitucional le servirá al juez para determinar la finalidad de derechos específicos, así como le va creando unos límites a su labor interpretativa, de tal manera que la determinación del espíritu del derecho no quede a su entero o discrecional arbitrio. Se recuerda aquí que la violación del precedente judicial es causal de tutelabilidad del derecho de igualdad si el juez no ofrece justificaciones suficientes y adecuadas para fundar su fallo contrario a una determinada línea de la jurisprudencia. Según la Corte Constitucional, su doctrina es obligatoria en el sentido de que

"es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad"[83].

Significa lo anterior que la función específica de un derecho no se deduciría del motivo legítimo tal como lo planteaba JOSSERAND, sino del texto constitucional, ora de la doctrina constitucional, ora de los valores y principios axiológicos de la Constitución. Así las cosas, se puede afirmar que el acto será normal o abusivo, no por los motivos legítimos del agente, sino en cuanto se encuentre en consonancia con los principios y valores axiológicos extraídos del texto constitucional o de la interpretación dada por la Corte Constitucional. Se recuerda que los principios y los valores constitucionales informan e impregnan todo el ordenamiento jurídico[84] (efecto de irradiación del texto constitucional). JOSSERAND, hijo de su época, quiso superar una concepción individualista del abuso que lo afincaba en la intencionalidad del agente, pero al supeditar la configuración y determinación de la irregularidad del ejercicio del derecho al motivo ilegítimo, estaba perpetuando una concepción subjetivista y deleznable del abuso.

Los criterios para caracterizar el acto abusivo deben ser los valores y principios constitucionales. Habrá ejercicio anormal, irregular o abusivo de un derecho cuando este sea contrario a los valores y principios constitucionales: buena fe, solidaridad, etc. En principio no se exigiría que el comportamiento del titular del derecho fuese doloso o culposo, intencional o negligente[85]; pero tampoco se comparte la tesis de la total objetivización de la teoría del abuso dado que de ello podría resultar una equívoca aplicación de la teoría del abuso del derecho[86]. Las di-

[83] Corte Const., sent. T-123 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes.

[84] La Constitución no es un ordenamiento axiológicamente neutral. Contiene un sistema de valores que debe valer como decisión constitucional fundamental en todos los sectores del derecho. El derecho privado no puede estar en contradicción con ese sistema constitucional de valores, y sus normas deben interpretarse en el espíritu de ese sistema axiológico.

[85] ALBERTO SPOTA, por ejemplo, sostiene que ni la culpa ni el dolo son requisitos necesarios —*sine qua non*— para que exista un acto abusivo. Véase ALBERTO SPOTA, Tratado, Parte general, t. I, vol. II, Buenos Aires, Depalma, 1947, pág. 319.

[86] "En síntesis, y como apunta BORDA, para resolver sobre la presencia de un ejercicio abusivo de un derecho, el juez debería tener en consideración la existencia de diversas

ferentes formas de abuso con sus particularidades y matices obligan a concluir que conceptos apodícticos e inconcusos y sobre todo apriorísticos en este campo resultan, las más de las veces, desvirtuados por la riqueza variopinta de la jurisprudencia y de la vida práctica.

— Se debe subrayar que el abuso del derecho se comete con el ejercicio del derecho subjetivo o sin él. Y que el abuso del derecho se ocasiona cuando se afecta un interés no reconocido en norma jurídica, porque si se afecta un interés reconocido en norma, se estaría ante un conflicto de derechos[87]; sin embargo, si bien el abuso del derecho no afecta un interés específico otorgado por una particular norma jurídica, sí representa, en palabras de Fernández Sessarego, una violación o una trasgresión de lo que él llama un deber jurídico de carácter genérico, es decir, de una prohibición que forma parte de un principio general del derecho. En resumen: en el abuso del derecho hay un conflicto entre una conducta y un principio general del derecho. "Se trataría así del incumplimiento de un genérico deber impuesto por el ordenamiento positivo al titular del derecho, dentro de una específica situación jurídica subjetiva". Y si no hay norma expresa que consagre la prohibición del abuso, se estaría ante un acto que es contrario a los principios generales del derecho, "como aquel de la buena fe y de las buenas costumbres, principios que se inspiran preponderantemente, en el valor de la solidaridad" [88] .

— La institución de las cláusulas abusivas constituye en esencia una manifestación del abuso del derecho en el campo del derecho de los contratos y a través de su declaración el juez actúa para corregir o subsanar un desequilibrio injustificado consignado en el contenido con-

---

situaciones, como son: 1) la intención de dañar; 2) ausencia de interés; 3) si se ha elegido, entre varias maneras de ejercer el derecho, aquella que es dañosa para otros; 4) si el perjuicio ocasionado es normal o excesivo; 5) si la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres. Habría que añadir, además, que el magistrado debe tener en cuenta si el comportamiento del agente no concilia con la finalidad económico-social del derecho que la ley le concede". Carlos Fernández Sessarego, *op. cit*., págs. 134 y 135.

[87] "Sí se puede presentar un conflicto de derechos cuando varios derechos, pertenecientes a un mismo tipo fundamental y atribuidos a distintos sujetos, tienen todos como punto de referencia objetivo un mismo bien y es posible identificar en su contenido concreto (no en el abstractamente prefijado por la norma) un punto de influencia recíproca y, por lo mismo, de incompatibilidad, dado que el ejercicio del uno implicaría una interferencia arbitraria en el del otro, que así resultaría impedido o, de todos modos, obstaculizado, en todo o en parte, temporal o definitivamente". Humberto Breccia y otros, *op. cit*., pág. 483.

[88] Fernández Sessarego, *op. cit*., pág. 144.

tractual. Equilibrio no es igualdad de las prestaciones en sentido matemático sino razonabilidad y proporcionalidad dentro de lo que es un alea normal, tomando en la cuenta circunstancias de tiempo y lugar[89].

— La acción por abuso consagrada en el artículo 43 de la ley 1258 de 2008 representa una innovación de extraordinaria significación, dado que la Corte Suprema la había tradicionalmente concebido con una finalidad resarcitoria y no como un instrumento para impugnar la validez de actos jurídicos. Dicha distinción perdería sentido y esto, sin duda, traerá consecuencias respecto de los efectos de las sentencias en donde los jueces reconozcan el ejercicio abusivo de derechos en las decisiones que se tomen en los ámbitos propios de las sociedades mercantiles.

— De cualquier manera, no se observa un desquiciamiento del ordenamiento patrio de aceptarse que mediante el ejercicio de una acción por abuso del derecho, además de la indemnización de perjuicios, se pida la nulidad de la decisión que dio origen al abuso, tratándose incluso de decisiones en cualquier tipo de sociedades, es decir, no solo para la SAS.

— El interés social puede contribuir a determinar la juridicidad de las decisiones tomadas en el seno de los órganos de administración de los entes sociales y apreciar si ha habido abuso del derecho corporativo.

— Aun cuando la teoría del abuso se ha robustecido con grandes desarrollos doctrinales y jurisprudenciales, siguen siendo muy escasas las condenas por este particular criterio de imputación de responsabilidad. Quizá si la acción fuese considerada, de una vez por todas, como una acción directa, la casuística se aumentaría y enriquecería, por contera, el derecho de daños en nuestro sistema jurídico.

## **9**. BIBLIOGRAFÍA

### A) *Doctrina*

ALEXY, ROBERT: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALTERINI, ATILIO ANÍBAL y LÓPEZ CABANA, ROBERTO: *Responsabilidad civil*, Medellín, Editorial Diké, 1995.

[89]Cfr. GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA, *Abuso de derecho*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2010, pág. 325.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000.

Bonfante, Pietro: Las relaciones de vecindad, trad. de Alfonso García Valdecasas, Madrid, Edit. Reus, 1932.

Breccia, Humberto: *Derecho civil*, *normas, sujetos y relación jurídica,* t. i, vol. i, trad. de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991.

Fernández Sessarego, Carlos: *Abuso del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

Floris Margadant, Guillermo: *Derecho privado romano*, 2ª ed., México, Esfinge, 1965.

Ghestin, Jacques y Goubeaux, Jean: *Traité de droit civil, Introduction générale*, t. i, Paris, LGDJ, 1982.

González De Cancino, Emilssen: *Manual de derecho romano*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991.

Iglesias, Juan: *Derecho romano, instituciones de derecho privado*, 9ª ed., Madrid, Edit. Ariel, 1989.

Picó, Joan: *El principio de la buena fe procesal*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2013.

Josserand, Louis: *El espíritu de los derechos y su relatividad*, trad. de Eglio Sánchez Larios y José M. Cajica Puebla, Edit. José M. Cajica, 1946.

Kaser, Max: *En torno al método de los juristas romanos*, trad. de Juan Miguel, Valladolid, Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 1964.

López Medina, Diego: *El derecho de los jueces*, Bogotá, Ediciones Legis, 2000.

Mazeaud, Henri, Mazeaud, Léon y Tunc, André: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. i, vol. ii, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1993.

Mosset Iturraspe, Jorge: *Interpretación económica de los contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1994.

Ordoqui Castilla, Gustavo: *Abuso de derecho*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2010.

Perlingieri, Pietro: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, Edizione Schentifiche Italiane, 1984.

Planiol, Marcel y Ripert, Georges: *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. vi, Las obligaciones, trad. de Marío Díaz Cruz, La Habana, Cultural, 1936.

Resigno, Pietro: *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1986.

RIPERT, GEORGES: *La regla moral en las obligaciones civiles*, trad. de Carlos Valencia Estrada, Bogotá, Edit. La Gran Colombia, 1946.

SPOTA, ALBERTO: *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I , vol. II, Buenos Aires, Depalma, 1947.

STARCK, BORIS: *Obligations, Responsabilité delictuelle*, 4ème ed., t. I, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1991.

TARUFFO, MICHELLE: *Páginas sobre justicia civil,* trad. Maximiliano Aramburo Calle, Madrid, Marcial Pons, 2009.

VALENCIA ZEA, ARTURO y ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO: *Derecho civil*, t. III, De las obligaciones, 9ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1998.

a) *Artículos especializados*

BARTOLE, S.: "Principi generali del diritto, dir. Constituzionale", en *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano, Guiffrè, 1986.

GROSSO, GUISEPPE: "Abuso del diritto", en *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano, Giuffrè, 1965.

FINKIELSZTEIN, SAMUEL: "El abuso del derecho en las decisiones tomadas por junta de socios y asambleas generales*"*, en *Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas*, Bogotá, Imprenta Nacional, tomo XX, núm. 36, 1965.

HINESTROSA, FERNANDO: "Los principios generales del derecho: aplicación y perspectiva", en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 1, enero-junio de 2000.

RENGIFO, ERNESTO: "Derecho subjetivo y concepto de ius", en *Revista Jurídica*, vol. 6, núm. 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 1992.

B) *Jurisprudencia*

a) *Sentencias de unificación de la Corte Constitucional*

SU-640 de 5 noviembre 1998, t. 10, 963, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

b) *Sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional*

C-083 de 1º marzo 1995, t. 3, 55, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

C-037 de 5 febrero 1996, ed. extraordinaria, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

C-284 de 13 de mayo de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

c) *Sentencias de tutela de la Corte Constitucional*

T-511 de 8 noviembre 1993, t. 8, 446, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-123 de 21 marzo 1995, t. 3, 881, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

T-375 de 14 agosto 1997, t. 8, 795, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-94 de 2 febrero 2000, s. p., M. P. Álvaro Tafur Galvis.

d) *Sentencias de la Corte Suprema de Justicia*

Cas. de 30 octubre 1935, t. XLIII, pág. 310, M. P. Antonio Rocha.

Cas. de 5 agosto 1937, t. XLV, pág. 419, M. P. Juan Francisco Mújica. Cas. de 21 febrero 1938, t. XLVI, pág. 61, M. P. Arturo Arias Pilonieta. Cas. de 19 agosto 1938, t. XLVII, pág. 57, M. P. Hernán Salamanca.

Cas. de 21 noviembre 1938, t. XLVI, pág. 60, M. P. Arturo Arias Pilonieta. Cas. de 24 marzo 1939, t. XLVII, pág. 743, M. P. Ricardo Hinestrosa Daza. Cas. de 19 mayo 1941, t. LI, pág. 283, M. P. Liborio Escallón.

Cas. de 9 abril 1942, t. LIII, pág. 302, M. P. Ricardo Hinestrosa Daza.

Cas. de 23 octubre 1942, t. LIV bis, pág. 206, M. P. Hernán Salamanca. Cas. de 22 junio 1943, t. LV, pág. 550, M. P. Ricardo Hinestrosa Daza. Cas. de 7 marzo 1944, t. LVII, pág. 76, M. P. Ricardo Hinestrosa Daza. Cas. de 21 noviembre 1969, t. CXXXII, pág. 177, M. P. Ernesto Cediel.

Cas. de 19 octubre 1994, t. CCXXXI, 2º sem., pág. 709, M. P. Carlos E. Jaramillo Scholss.

Cas. de 31 octubre 1995, t. CCXXXVII, vol. II, pág. 1269, M. P. Pedro Lafont Pianetta.

Cas. de 1 noviembre de 2013, M. P. Arturo Solarte Rodríguez.

Cas. de 27 julio de 2015, M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez, exp. SC9618-2015.

e) *Sentencias de equivalentes jurisdiccionales*

Superintendencia de Sociedades, sentencia de 27 de febrero de 2014, Superintendente Delegado José Miguel Mendoza, exp. 2012-801-029.

Cámara de Comercio de Bogotá, laudo de 3 de agosto de 2011 que dirimió el conflicto entre Yepes Avila y Cia S. en C. y otros contra Inversiones Lopera Macias S. en C. y otros. Árbitros: Julio Benetti Salgar, Jorge Cubides Camacho y Hernando Cardozo Luna.

Cámara de Comercio de Bogotá, laudo de 17 de marzo de 2004 que dirimió el conflicto entre Guillermo Mejía Rengifo contra Lucila Acosta Bermúdez y otros. Árbitros: Francisco Reyes Villamizar, Florencia Lozano Reveiz y Fernando Silva García.

Capítulo VI[*]

# LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL, CONTRACTUAL Y PRECONTRACTUAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS[**]

Alberto Zuleta Londoño[***]

## 1. Introducción

La responsabilidad civil siempre tiene su fundamento en la conducta de una persona que se califica como responsable[1]. Es muy fácil saber cuándo una persona natural ha incurrido en una conducta y, en esa medida, cuándo puede ser responsable; pero ¿cómo se establece que una persona jurídica ha actuado? ¿De qué forma se comporta esa persona?

¿Difiere su conducta de la de sus funcionarios? La idea misma de la personificación jurídica de las personas morales se basa en la de deslindar la actuación de las personas naturales de aquella de la persona moral propiamente dicha. No obstante, en el mundo cotidiano observamos constantemente el comportamiento de personas naturales que tienen algún tipo de relación con una persona moral: empleados, contratistas, administradores con facultades de representación o, en otros casos, sin ellas. ¿En qué casos las actuaciones de estas personas naturales obligan a la persona moral y no a la persona natural que las lleva a cabo? ¿Cuándo se están obligando las dos? ¿En qué casos no se obliga la una

[*] Este capítulo fue escrito con la ayuda de Paula Torres Holguín.

[**] http://dx.doi.org/10.15425/2017.180

[***] Máster en Leyes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Especialista en Régimen Contractual Internacional y abogado de la Universidad de los Andes. Profesor de la Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Exdirector de la Especialización en Derecho de los Negocios Internacionales, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

[1] Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. i, Bogotá, Legis Editores, 2007, pág. 189.

ni la otra? Todas estas son preguntas complejas, cuya solución en el derecho no ha sido fácil, y que han llevado, incluso, a crear conceptos e instituciones jurídicas que buscan responderlas. El estudio de estos conceptos y su desarrollo en la jurisprudencia es muy importante para tener criterios claros que se apliquen de manera consistente en el tiempo y que permitan determinar en qué casos se obliga la persona jurídica y cuál es el alcance y contenido de sus obligaciones.

Este capítulo artículo se limita, entonces, a señalar brevemente el desarrollo de la jurisprudencia que ha tenido la respuesta a la pregunta planteada al principio: ¿cómo se establece que una persona jurídica ha incurrido en una conducta? O, en otras palabras: ¿cuándo se enfrenta el derecho a la conducta de una persona jurídica? Los regímenes de responsabilidad civil en los ámbitos contractual y extracontractual, junto con la responsabilidad precontractual (una especie de la responsabilidad extracontractual que ha ido tomando fisonomía propia), serán tratados en forma exhaustiva en otro capítulo del libro. En el presente escrito se analizarán con el propósito exclusivo de responder a la pregunta sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en sí mismas. Y se hará, además, en un debate circunscrito al derecho civil. Si bien este régimen sirvió en alguna época para soportar la responsabilidad de las personas jurídicas estatales, hoy el régimen de responsabilidad de la administración pública cuenta con un sistema propio que no se nutre de las normas civiles, sino de principios constitucionales, legales y jurisprudenciales, específicamente concebidos en torno a la naturaleza y función de las autoridades públicas.

## **2**. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LA PERSONA JURÍDICA

### A) *Delimitación del problema*

En materia de responsabilidad extracontractual existen tres sistemas fundamentales en nuestro Código Civil[2], a saber:

— La responsabilidad directa, es decir, aquella en que la persona responde por su propia conducta, la cual está cobijada por los artículos 2341 a 2346[3].

[2] GILBERTO MARTÍNEZ RAVÉ, *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 1990, pág. 17.

[3] A lo largo del capítulo se hará referencia a la responsabilidad aquiliana propiamente dicha. No se hará referencia a la responsabilidad por el hecho de las cosas en la modalidad

— La responsabilidad por el hecho de terceros (o indirecta), es decir, aquella en que la persona que responde lo hace por la conducta de otro, que se encontraba a su cuidado. Esta forma de responsabilidad está prevista en los artículos 2347 a 2349.

— La responsabilidad por el hecho de las cosas, la cual se divide, a su vez, en las cosas animadas e inanimadas. Respecto de las cosas inanimadas la responsabilidad puede surgir con ocasión de daños provenientes de situaciones de normalidad (arts. 2350 y 2355) o del ejercicio de una actividad peligrosa (art. 2356).

Así, aunque el Código Civil establece distintos regímenes de responsabilidad que buscan adecuarse a diversas circunstancias de hecho, lo cierto es que estos parecen diseñados originalmente para personas naturales[4]. El Código Civil no se refiere de manera explícita a lo que ocurre cuando los que actúan son funcionarios de una persona jurídica. Las normas referentes a la responsabilidad por el hecho de terceros, que parecen aplicables —en la medida en que prevén relaciones de subordinación o dependencia, en las que existen deberes de vigilancia—, tampoco mencionan qué pasa en el caso de las personas jurídicas. Por su parte, el artículo 2341, norma fundamental de la responsabilidad directa, se refiere a "El que ha cometido un delito o culpa [...]", dando a entender que se trata de una norma referente a las personas naturales.

Esta limitación en el lenguaje utilizado por las normas correspondientes a la responsabilidad civil llevó incluso, en un momento dado, a la discusión sobre la posibilidad misma de que las personas jurídicas fueran sujetos de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, esta duda fue superada en la doctrina y la jurisprudencia, por lo que la discusión se centró entonces en cómo clasificar la responsabilidad de las personas morales dentro del universo de las normas del título XXXIV del libro cuarto del Código Civil.

Como se mencionó en la introducción las personas morales son, jurídicamente hablando, diferentes de quienes las constituyen y de sus administradores y funcionarios; en realidad, este es el elemento fundamental que los caracteriza y que justificó su creación. Sin embargo, esta separación es solo una ficción jurídica, pues lo cierto es que solamente

de actividades peligrosas, construida a partir del art. 2356 del C. C., puesto que en ella no cambia lo que se explica en el capítulo.

[4] Darío Preciado Agudelo, *Indemnización de perjuicios. Responsabilidad civil contractual, extracontractual y delictual*, ts. I y II, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1997.

sus funcionarios pueden, en sentido estricto, incurrir en una conducta. ¿Puede sostenerse entonces que hay dos sujetos de responsabilidad cuando, en realidad, solo de uno de ellos se puede realmente decir que incurrió en una conducta? Diversas han sido las respuestas a esta pregunta, que finalmente busca responder la inquietud sobre el momento en el que se obliga a la persona jurídica y no a la persona natural que desarrolla las conductas pertinentes para el ordenamiento jurídico y, en particular, para el régimen de responsabilidad civil.

Partiendo de la base de que persona moral y funcionario son dos sujetos distintos, es apenas lógico que exista la tentación de encuadrar el sistema en aquellas normas que regulan la responsabilidad de unas personas por el hecho de otras. La persona moral sería la persona respecto de la cual existen una relación de subordinación y un deber de vigilancia. Sin embargo, el hecho de que una persona moral no puede, en estricto sentido, vigilar o escoger a otros (la omisión en el deber de escogencia o el de vigilancia ha sido el fundamento de la responsabilidad por el hecho de terceros) permitía formularse la pregunta sobre si la responsabilidad de las personas jurídicas no estaría mejor situada en el ámbito de la responsabilidad directa.

A continuación se explica cuáles son las consecuencias de establecer uno u otro régimen para la responsabilidad de las personas jurídicas. Luego se explicará cómo se llegó a la escogencia, por lo menos hasta la fecha de la redacción de este capítulo, del régimen que regula la responsabilidad de las personas jurídicas.

### B) *Las consecuencias de resolver el problema en favor de la responsabilidad directa o de la indirecta*

Las distinciones en el derecho no siempre traen consigo consecuencias prácticas que las justifiquen. En muchas ocasiones la doctrina se esfuerza en separar unos conceptos de otros, sin que la distinción tenga realmente un interés que se verifique en la realidad de la operación jurídica, es decir, sin que traiga consigo consecuencias diferentes cuando se aplique una u otra figura a un caso real. Es importante señalar que en el tema de la caracterización de la responsabilidad de las personas jurídicas como directa o indirecta sí existen consecuencias jurídicas significativas que justifican la necesidad de que la jurisprudencia sobre el tema sea consistente a través del tiempo, de tal forma que se puedan prever adecuadamente los riesgos de las actuaciones tanto de las personas jurídicas como de sus funcionarios individualmente considerados.

a) *La persona responsable.* La primera consecuencia que viene a la mente cuando se trata de definir si estamos frente a la responsabilidad directa de una persona moral o su responsabilidad indirecta es que, en uno y otro caso, cambian la persona obligada y la razón que justifica esta obligación.

La responsabilidad indirecta sugiere la presencia de dos sujetos, a saber: el que realiza la conducta y un segundo sujeto que debe responder por la conducta del primero. Esta separación de los sujetos resulta, naturalmente, en la aplicación de sanciones jurídicas distintas, con elementos que difieren en uno y otro caso. La responsabilidad indirecta de las personas jurídicas genera, entonces, los siguientes interrogantes: ¿cuáles son los elementos de la responsabilidad de cada uno de los sujetos involucrados? ¿Cuáles son las causales de exoneración de la responsabilidad que operan para cada uno de ellos? ¿Cuál es la relación de una conducta con la otra, es decir, estas responsabilidades coexisten? ¿Cuál es la conducta en la que incurre la persona jurídica y que justifica que responda por las actuaciones de sus funcionarios?

En el caso de la responsabilidad directa la situación es aún más interesante. En esta circunstancia se sugiere que existe la responsabilidad única de la persona moral, pues jurídicamente sería ella la que incurriría en la conducta y no sus funcionarios. ¿Significa esto que no existe la responsabilidad individual del funcionario hacia la persona lesionada? Esta sería una conclusión lógica desde el punto de vista conceptual, pues no parece coherente sostener la responsabilidad de dos sujetos diferentes cuando, para aterrizar en el régimen de responsabilidad directa, debemos afirmar la conducta de uno solo.

Con una perspectiva estrictamente teórica, entonces, si la responsabilidad de las personas jurídicas se enmarca en el régimen de la responsabilidad indirecta, son dos los sujetos obligados a responder: la persona natural que realiza la conducta en ejercicio o con ocasión de sus funciones y la persona jurídica, respecto de la cual dicho individuo se encuentra en relación de subordinación o dependencia. Por el contrario, si la responsabilidad se enmarca en el régimen de la responsabilidad directa, solo habría un obligado: la persona jurídica.

Con todo, la jurisprudencia colombiana, con fundamento en lo que dispone el artículo 2344 de nuestro Código Civil[5], ha insistido en la

[5] "Art. 2344.—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.

responsabilidad solidaria del funcionario con la persona jurídica, aun en el caso de que se examine bajo la perspectiva de la responsabilidad directa. Al respecto, manifestó la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

En consecuencia, cuando un individuo —persona natural— incurre en un delito o culpa en ejercicio de sus funciones o con ocasión de estas e independientemente de la denominación o jerarquía del cargo que tiene, queriendo así por el ente colectivo al que sirve y perdiendo por ende esa individualidad que en otras condiciones mantendría, no se trata entonces de una falta que por reflejo obligue al comitente sobre quien pesa el deber de proceder diligente en la escogencia y en el control del encargado como aparece concebido en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, sino de una auténtica culpa propia atribuible como tal a la persona jurídica noción esta que por cierto es la que predomina en el panorama nacional en la actualidad [...] y de la cual se desprenden importantes conclusiones que también han merecido cuidadoso estudio de jurisprudencia de casación, siendo una de tales conclusiones, digna de recalcarse por la evidente relevancia que adquiere frente a las apreciaciones conceptuales del recurrente que tienden a menoscabar la validez jurídica de las consideraciones contenidas en la sentencia impugnada que en aquella se fundan, la que permite poner de manifiesto, ante casos concretos con las particularidades que ofrece el que dio origen al litigio en el que trae su causa el presente proceso, que en beneficio del damnificado y por mandato expreso del artículo 2344 del Código Civil, se configura una vinculación solidaria entre la persona jurídica y el agente autor del daño, obligados ambos a satisfacer «*in integrum*» prestaciones indemnizatorias análogas, vinculación que por simple inferencia lógica excluye la idea, al parecer insinuada en el escrito sustentatorio del recurso que ocupa la atención de la Corte, de que la aludida solidaridad no existe por tanto el autor del daño no responde, si concurren los supuestos legales para que lo haga el ente moral del que aquel es agente"[6].

El aparte trascrito sugiere que el recurrente en casación sostuvo que, de existir la responsabilidad directa de la persona jurídica, no debe existir una responsabilidad separada y solidaria del funcionario frente a la persona lesionada. Si bien, como se dijo, esta es una tesis aceptable en el plano teórico y desde el punto de vista lógico, nunca ha sido

---

"Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso".

[6] C. S. de J., sent. de 15 abril 1997. M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

adoptada por nuestra Corte Suprema de Justicia. Esta, por medio de la jurisprudencia dictada desde principios del decenio del sesenta y reiterada en la sentencia trascrita, parece insistir en la tesis de una única conducta, pero dos responsables. Si bien desde el punto de vista lógico esta tesis parece ser inconsistente, era tal vez la única manera de cambiar el régimen de responsabilidad indirecto por el régimen directo sin privar al lesionado del derecho de ser reparado también por la persona natural causante del daño.

b) *Elementos de la responsabilidad.* Es necesario, entonces, establecer los elementos de la responsabilidad en el caso de que esta sea directa o indirecta, para ver claramente las diferencias que existen entre uno y otro régimen. Estas diferencias, a su vez, servirán para determinar cuál es el verdadero alcance de la decisión de encuadrar la conducta de los funcionarios de la persona moral en cada uno de ellos.

a') *Elementos de la responsabilidad indirecta.* El artículo 2347 del Código Civil establece: "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 [...].

"Inc. 2º.—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.

"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".

Aunque el artículo tiene varios incisos, los elementos de la responsabilidad indirecta se encuentran en el primero, mientras que los demás incisos son solo enunciaciones ilustrativas de circunstancias en que esos elementos están presentes. Como se ha mencionado ya varias veces y se ilustra en el artículo citado, la responsabilidad indirecta trata del deber que tiene una persona (que, según los ejemplos previstos en la norma es una persona natural) de responder por el hecho de aquellos que estén a su cuidado. Preliminarmente, entonces, podemos establecer que para que pueda aplicarse el régimen de responsabilidad indirecta se requiere un hecho generador de un daño de parte de una persona y

un vínculo de subordinación o dependencia entre esta y otra, que sería llamada a responder por el hecho de no haber ejercido en forma diligente el deber de cuidado que le confería la situación de subordinación o dependencia en que se encontraba el causante del daño.

De esta forma, la configuración de la responsabilidad por el hecho ajeno en el Código Civil colombiano parte de establecer una presunción en contra de quien tenía a su cargo el deber de vigilancia y cuidado sobre la persona natural que realiza la conducta causante de un daño, bien sea por culpa o dolo.

Así, en el caso de las personas jurídicas y sus agentes, la presunción opera cuando se dan los siguientes cuatro elementos:

• La culpa de un funcionario de la persona moral;

• La realización de la conducta del funcionario de la persona jurídica, que actúa en ejercicio de sus funciones, con ocasión de estas, o prevalido de la posición que ocupa al interior de la institución[7];

• Un daño sufrido por un tercero;

• Una relación de causalidad entre el perjuicio sufrido y la actuación del funcionario;

Sin embargo, la razón de ser de la responsabilidad de la persona moral por el hecho de su dependiente no parte del solo hecho de la subordinación, sino de la negligencia en el ejercicio del cuidado que dicha situación le impone. Esta negligencia o culpa se presume cuando se dan los elementos que se acaban de describir, pero su existencia puede ser desvirtuada. Por eso, el último inciso del artículo 2347 del Código Civil permite exonerar a las personas respecto de las cuales se predica la subordinación, en este caso las personas jurídicas, cuando se demuestre que "[...] con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho".

[7] El hecho de actuar o no a nombre de la persona jurídica y lo que esto significa ha sido objeto de amplios debates de la jurisprudencia. En ellos se ha discutido lo que significa que el funcionario actúe dentro de las funciones que le impone el cargo o con ocasión de estas, con el fin de determinar cuándo existe suficiente vinculación entre la conducta individual del agente y su cargo, como para imputarle responsabilidad a la persona por el hecho de su dependiente. El análisis detallado de estos debates y el estado actual de la cuestión en nuestro derecho son objeto de otro capítulo dentro de esta misma obra, por lo que no serán analizados en el presente. Vale la pena en todo caso señalar que en fallo 73411-31-03-001-2009-00042-01 de 7 octubre 2015, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia consideró suficiente vínculo entre el funcionario y la institución, que este se prevaliera de la posición que ocupa en ella para realizar la conducta, aun si no se encontraba propiamente en ejercicio de sus funciones

b') *Elementos de la responsabilidad directa.* En el caso de la responsabilidad directa de la persona jurídica, estaríamos en el marco del artículo 2341 del Código Civil, el cual dispone: "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".

En este evento estamos frente a la conducta de la persona jurídica y no de uno de sus agentes que es, en el fondo, una construcción jurídica diferente de las mismas circunstancias de hecho que se analizaron en el punto anterior. Dicho de otra manera: también nos encontramos frente a la circunstancia en que un funcionario de la persona moral, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de estas, causa un daño a otro mediante una conducta calificada como culposa o dolosa.

Los elementos de la responsabilidad son, entonces, los mismos que para cualquier persona natural: el delito o la culpa, el daño y el nexo causal entre los dos. La Corte Suprema de Justicia recientemente resaltó la ventaja que representa para la víctima del daño el que la responsabilidad de la persona jurídica se estructure como responsabilidad directa y no como responsabilidad por el hecho de otra[8]. "La circunstancia de que las personas jurídicas incurran en responsabilidad civil directa favorece a las víctimas del perjuicio, puesto que no solo se amplía el término de la prescripción de la acción (art. 2358) sino que se atenúa la carga probatoria con relación a los requisitos de la responsabilidad por el hecho ajeno, dado que —a diferencia de lo que acontece en esta última— al demandante no se le exige demostrar la relación de dependencia o subordinación del autor del daño respecto del ente moral ni el deber de vigilancia de este frente a aquel".

Esta atenuación de la carga probatoria no debe subestimarse, pues la prueba de la subordinación puede en sí misma ser bastante difícil. En el caso que dio lugar a la expedición de la sentencia en mención, por ejemplo, se discutió ante los jueces de instancia si un sacerdote que carece de relación contractual o laboral con la diócesis es un subordinado de esta, de tal manera que pueda comprometer la responsabilidad de la institución. El juez de primera instancia consideró que no existía tal subordinación y exoneró a la diócesis por el acto del sacerdote, decisión que fue revocada por el juez de segunda instancia, quien se mantuvo dentro de la teoría de la responsabilidad por el hecho ajeno, pero consideró que sí existía subordinación y, como consecuencia de ella,

[8] Sala de Casación Civil, sent. de 7 octubre 2015, M. P. Ariel Salazar Ramírez.

responsabilidad solidaria de parte de la diócesis. La Corte Suprema de Justicio obvió la discusión al hacer la rectificación doctrinaria y encuadrar la responsabilidad de uno y otro en la tesis de la responsabilidad directa de la institución.

c) *Causales de exoneración.* Una de las consecuencias importantes que tiene el que se clasifique la responsabilidad de la persona jurídica como directa o indirecta es que las causales de exoneración cambian. Como regla general, cualquier persona se exonera de responsabilidad cuando demuestra la inexistencia de alguno de los elementos que la configuran. En la medida en que los elementos son diferentes en el caso de la responsabilidad directa y la indirecta, lo son también las posibilidades de exoneración.

En el caso de la responsabilidad directa, la actuación generadora de un daño de parte del agente dentro de sus funciones o con ocasión de estas, trae consigo la responsabilidad inmediata de la persona jurídica como tal. No tiene la persona moral la posibilidad de sostener que no le era posible evitar la conducta del funcionario y, de esa manera, escapar de la obligación de indemnizar el daño con base en dicho argumento. La culpa del funcionario es la de la persona moral.

El tema es diferente en el caso de la responsabilidad indirecta. En este escenario, la persona moral podría exonerarse de responsabilidad, además de los eventos en los que puede hacerlo en un escenario de responsabilidad directa, como, por ejemplo, la fuerza mayor o el caso fortuito, si demuestra que "[...] con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubiere podido impedir el hecho", como lo establece el último inciso del artículo 2347 del Código Civil.

Dicho de otra manera: las posibilidades de exoneración de la persona jurídica son mayores si se escoge la tesis de la responsabilidad indirecta, pues en el fondo, no basta con la culpa del funcionario para que tenga que asumir las consecuencias de dicha culpa; se requiere también la culpa independiente la persona moral cuya existencia, si bien es presumida por la ley, puede ser desvirtuada probatoriamente dentro del proceso.

d) *La prescripción de la acción.* Otra de las diferencias fundamentales entre el régimen de responsabilidad directa y el de la responsabilidad por el hecho ajeno es el término de prescripción de una y otra[9]. En

[9] Sala de Casación Civil, sent. de 6 julio de 2006, M. P. César Julio Valencia Copete.

el caso de la responsabilidad directa, la prescripción opera de acuerdo con la regla general prevista en el artículo 2536 del Código Civil, modificado por el artículo 8º de la ley 791 de 2002[10], salvo que el acto constituya un hecho punible, caso en el cual el término de prescripción será el de la pena correspondiente.

Por su parte, el artículo 2358 del Código Civil establece un término de prescripción para la acción en contra de quien debe responder por los hechos de otro, que es de tres años, únicamente: "Las acciones para la reparación del daño proveniente de 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".

Esta es una diferencia fundamental entre el régimen de responsabilidad directa y el de responsabilidad indirecta, pues puede llevar a que se pierda más rápidamente la posibilidad de exigir la reparación del daño de parte de la persona jurídica. Así, bajo el régimen de responsabilidad indirecta, la persona moral estaría expuesta a la acción judicial de reparación únicamente durante tres años si se considerara que es un tercero que debe responder por el hecho de uno de sus funcionarios, teniéndose este por un hecho ajeno. Por el contrario, si se considera que la persona moral actúa directamente, el término de prescripción es el ordinario, que actualmente es de diez años, según lo establece el artículo 8º de la ley 791 de 2002.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido con claridad esta consecuencia para la responsabilidad directa de las personas jurídicas[11]:

[10] C. C., "Art. 2536.—Modificado. Ley 791 de 2002, art. 8º. La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años y la ordinaria por diez (10).

"La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).

"Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término".

[11] Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término

C. S. de J., sent. de 20 mayo 1993, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

"La responsabilidad imputable a las personas jurídicas y originada en actos dañosos cometidos por agentes que obran en su interés es directa ya que la culpa en que puede incurrir la persona moral es inseparable de la individual del agente, porque aquella obra por medio de sus dependientes o empleados, de modo que los actos de estos son sus propios actos.

"La acción resarcitoria contra estas personas prescribe según el derecho común en veinte años".

Tal afirmación significa que el debate sobre la responsabilidad directa o indirecta de la persona jurídica tiene consecuencias importantes relacionadas con el tiempo que tiene la víctima para intentar la acción de reparación. En el actual estado de cosas, como se dijo, este término es de diez años.

e) *Aspectos procesales*. El régimen invocado y la congruencia del fallo. Los debates de la jurisprudencia sobre cuál es el régimen jurídico aplicable a unos hechos determinados fuerzan a preguntarse qué pasa si un demandante presenta su petición invocando un régimen específico y el juez de conocimiento, bien sea porque la jurisprudencia sobre el particular ha variado, o por cualquier otra razón, estima que el régimen aplicable era otro. Esta pregunta surge del hecho de que, en los procesos de naturaleza dispositiva, como lo es el proceso civil en Colombia, lo concedido por el juez debe estar en consonancia con lo solicitado en la demanda. El juez no tiene la libertad de conceder más de lo que se le solicitó, ni tampoco puede conceder algo diferente[12]. Este principio enunciado, si bien tiene varias denominaciones, se conoce generalmente con el nombre de principio procesal de congruencia, y significa que el fallo debe ser congruente con lo que en la demanda se ha pedido. Es necesario establecer, entonces, si un juez dictaría un fallo incongruente al conceder una pretensión indemnizatoria al amparo del régimen de responsabilidad directa, por ejemplo, si el demandante invocó en su demanda el régimen de responsabilidad indirecta.

[12] C. de P. C., "Modificado por el decr. 2282 de 1989, art. 1º, num. 135. Congruencias. 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.

"No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a [*sic*] la invocada en esta. [...]" (bastardilla fuera del texto original).

Para resolver el punto se puede acudir a lo que la jurisprudencia ha sostenido dentro del mismo tema general, pero a propósito de una situación diferente, que es aquella en que se invoca el régimen de responsabilidad extracontractual, debiéndose haber invocado la responsabilidad contractual. En efecto, con frecuencia ocurre (especialmente en el transporte de personas), que los abogados piden una indemnización con base en unos hechos específicos (un accidente en carretera, por ejemplo) e invocan el régimen de responsabilidad extracontractual debiendo haber invocado el de responsabilidad contractual, por ser la persona lesionada un pasajero que había celebrado un contrato de transporte con la empresa transportadora, por ejemplo.

Sobre este tema la doctrina habla de dos teorías, la de la pluralidad de causas y la de unidad de causa[13]. La primera es aquella en la que cada régimen de responsabilidad invocado se considera una *causa petendi* independiente. Así pues, si se invoca un régimen de responsabilidad específico, el juez tendría que fallar exclusivamente con fundamento en ese régimen, so pena de considerarse incongruente el fallo que dicte. En la teoría de la unidad de causa, se entiende que la *causa petendi* es el hecho dañoso que da lugar a la demanda y no la institución de responsabilidad civil invocada[14]. Visto así el tema, ante unos mismos hechos y unas mismas partes, un juez pude valorar una pretensión indemnizatoria con la perspectiva del régimen de responsabilidad civil que considere apropiada, independientemente del que haya invocado el actor. En nuestra opinión esta situación se presenta no solamente cuando existe la necesidad de escoger entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, sino también entre diferentes regímenes de responsabilidad extracontractual. Lo cual significa que quien demande a una persona jurídica podría invocar el régimen de responsabilidad indirecta y resultar exitoso en sus pretensiones, aun si el juez decide que debe aplicar el régimen de responsabilidad directa.

Si bien existe una tendencia en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de utilizar la teoría de la unidad de causa y así permitirle al juez aplicar un régimen de responsabilidad diferente del invocado por el actor, hay fallos del mismo tribunal que tienden todavía a aplicar la teoría de la pluralidad de causas[15]. Como se dijo, estos

[13] Tamayo, *op. cit.,* t. i, pág. 130.

[14] Id., pág. 131.

[15] C. S. de J., sent. de 19 febrero 1999, exp. 5099, citada por Tamayo, *op. cit*., t. i, pág. 133.

pronunciamientos de la Corte se han producido a raíz del problema que se presenta entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, pero son perfectamente aplicables a las situaciones en que es necesario escoger entre un régimen de responsabilidad extracontractual y otro, tal como lo explicó recientemente la Corte Suprema de Justicia[16]:

"Por ello, cuando una pretensión se soporta en una *causa petendi* que puede encuadrarse en cualquiera de las normas atinentes a la responsabilidad extracontractual, el carácter único de la indemnización no puede negarse bajo la excusa de que el actor se equivocó en la elección del precepto aplicable al caso, o en la calificación jurídica del instituto que lo regula. Semejante grado de injusticia e inequidad no ha sido jamás defendido por jurista alguno, ni mucho menos podría llegar a ser admitido por la jurisprudencia".

Tal materia jurídica —expresa la doctrina más autorizada— "se entiende que pertenece al campo del *iura novit curia* y no cabe eludir por razón de la errónea e incompleta elección de la norma el conocimiento de fondo, de manera que el cambio de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso[17].

La anterior explicación —que el renombrado autor español realiza respecto de la viabilidad de la demanda en los casos en que el actor se equivoca al elegir entre la responsabilidad contractual y la extracontractual— es aplicable, con mayor razón, cuando se trata de no haber precisado la norma pertinente dentro del propio ámbito de la responsabilidad extracontractual, pues en esta última situación no varían los hechos sobre los cuales se sustenta la controversia.

En tales circunstancias no cabe negar el reconocimiento de una indemnización solo porque el fundamento jurídico señalado en el libelo —aplicable en todo caso a los mismos hechos— es distinto al que el juez considera que está llamado a resolver el litigio.

En el aparte citado, el alto tribunal recurre a la doctrina que DÍEZ-PICAZO formuló a propósito de una posible escogencia errónea entre el régimen de responsabilidad contractual y el de responsabilidad extracontractual, extendiendo el principio —*iura novit curia*— a la posible invocación del régimen equivocado de responsabilidad extracontractual. La misma decisión se toma el trabajo de establecer el límite de la doctrina de la siguiente manera[18]:

[16] Sala de Casación Civil, sent. de 7 octubre 2015, M. P. Ariel Salazar Ramírez.

[17] LUIS DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Civitas, 2011, pág. 221.

[18] Sala de Casación Civil, sent. de 7 octubre 2015, M. P. Ariel Salazar Ramírez.

"Cosa distinta ocurriría si, por ejemplo, se cambiaran los hechos que constituyen la *causa petendi*, tal como ocurre cuando el *petitum* versa sobre un incumplimiento contractual pero el litigio se resuelve con base en hechos que dan origen a una responsabilidad extracontractual, en cuyo evento podría llegar a vulnerase el principio dispositivo.

"La diferencia que existe entre las fuentes que dan origen a uno y otro tipo de responsabilidad impide, incluso, que el actor escoja, según su propia conveniencia, la especie de acción que habrá de invocar en su libelo, en razón de la 'prohibición de opción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual'.

"La limitación que se impone al demandante de escoger la acción que más se amolde a sus intereses con desconocimiento de la fuente exclusiva que dio origen a la obligación que reclama (*non cumul*), se predica únicamente entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Pero ningún autor la ha hecho extensiva a las subespecies de la responsabilidad aquiliana, por la sencilla razón de que en estas el origen fáctico de la controversia no cambia por el hecho de sustentar jurídicamente el libelo en una u otra de las normas que configuran la responsabilidad común por los delitos y las culpas. El carácter común de todos los casos que se rigen por la responsabilidad extracontractual significa, precisamente, que tienen el mismo fundamento fáctico al no derivar tal obligación de un vínculo jurídico concreto y previo entre las partes.

"En tales condiciones, la prohibición de opción se justifica únicamente para diferenciar los casos de responsabilidad extracontractual de la contractual, no por la mención que de una u otra se haya hecho en las «razones de derecho» señaladas en la demanda, sino porque el sustrato fáctico que dio origen a la controversia es, en uno u otro caso, un vínculo jurídico preexistente o una violación al deber de no dañar al otro, de manera excluyente.

"En cambio, cuando la fuente de la obligación cuyo resarcimiento se reclama es siempre una responsabilidad común extracontractual, no se presenta ni puede presentarse una variación de la base fáctica o *mutatio libelli*.

"Aceptar una postura contraria sería tanto como admitir que el actor que invoca como sustento de su pretensión una responsabilidad por culpa probada (art. 2341) tuviera que soportar la negación de su derecho a ser resarcido por el hecho de haber considerado el juzgador que el caso se regía por la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas (2356).

”Lo mismo, ni más ni menos, ocurriría si se llegara a concluir que debe negarse la corrección de la doctrina del Tribunal que se fundamentó en la responsabilidad indirecta (2347) a pesar de estar demostrado que el instituto que rige el caso es el de la responsabilidad directa (2341).

”Tales argumentos, evidentemente, parten de una premisa falsa, cual es hacer extensiva la prohibición de opción (*non cumul*) —propia de la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual— a una situación que escapa de la problemática para la cual esa limitación jurídica fue planteada. En primer lugar, porque no fue el demandante sino el Tribunal quien se equivocó al escoger la norma que rige el caso, y en segundo lugar, porque frente a las situaciones que caen en el ámbito de la responsabilidad extracontractual no opera la prohibición de opción, por lo que aún en el caso hipotético que el demandante se hubiera equivocado en la mención del instituto jurídico bajo el cual se ha de resolver la controversia, de todos modos un error de esa naturaleza no es obstáculo para que el sentenciador lo corrija”.

La Corte, en este fallo escoge la teoría de la pluralidad de causas para el caso en el que se invoca erróneamente la responsabilidad extracontractual en lugar de la responsabilidad originada en el incumplimiento de un contrato, pero de manera clara indica que ella no aplica para el evento en que se invoca una teoría de responsabilidad extracontractual a un caso para el que debería aplicarse otra. La Corte encuentra la justificación para establecer esta distinción en que, según ese tribunal, en el caso de la opción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual los hechos en los que se funda la responsabilidad son distintos, pues no es lo mismo, desde el punto de vista fáctico, incumplir un contrato que violar un deber general de conducta. En todo caso, y más allá de si el problema de la opción entre la responsabilidad extracontractual y la contractual debe resolverse a la luz de la teoría de la unidad de causa o de la pluralidad de causas, lo cierto es que en materia de responsabilidad extracontractual la Corte entiende que el juez puede escoger libremente entre los diferentes regímenes potencialmente aplicables al caso, independientemente del que haya sido invocado por el actor.

### C) *Historia de la jurisprudencia en Colombia en materia extracontractual y el estado actual de la cuestión*

Como se mencionó, la posición actual de la jurisprudencia en el tema de responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas es que dicha responsabilidad es directa, es decir, que no se dan dos

culpas concurrentes —la del funcionario que realiza la conducta y de la persona moral—, sino una única culpa, la de la persona jurídica, que se manifiesta mediante las actuaciones de sus funcionarios. Así mismo, la jurisprudencia actual sostiene que el daño que se ocasione a terceros debe ser reparado de manera solidaria por la persona jurídica y el individuo causantes directo del daño.

No obstante, esta interpretación sobre el carácter de la responsabilidad aquiliana de las personas jurídicas como responsabilidad directa no siempre fue aceptada. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha adoptado diversas posiciones, que son objeto aquí de una breve reseña[19].

a) *Primera tesis.* La responsabilidad indirecta de las personas jurídicas con base en los deberes "ineligendo" e "in vigilando". Lo primero que valdría la pena señalar es que, aunque el texto de las normas relativas a la responsabilidad civil extracontractual del Código Civil parecen redactadas específicamente para personas naturales, desde 1898[20], en sentencia del 20 de octubre, la Corte Suprema de Justicia determinó que no era posible sostener que esta redacción limitada de las normas llevaba a la irresponsabilidad de las personas morales. El fundamento de esta responsabilidad, sin embargo, se basó, en ese entonces, en el incumplimiento de los deberes in eligiendo e in vigilando, encuadrándose así en el marco de la responsabilidad indirecta. En palabras de la Corte:

"Además de la falta personal del empleado, regulada por el artículo 2341, existe la del empleador, quien en ese caso se hace responsable por razón de una presunción de culpa consistente en la falta de vigilancia y mala elección de su representante, mandatario o dependiente; presunción que se destruye probando la ausencia de culpa, o sea que así en la elección del empleado (préposés, llaman los franceses), como en el desarrollo del hecho causante del perjuicio, el dueño usó de los recursos que un hombre avisado y diligente emplearía en situación semejante tanto para asegurar la buena elección del agente, como el cumplimiento normal de la respectiva función por parte de este, en forma tal que el comitente no tuvo medio de prever o impedir el daño"[21].

[19] C. S. de J., sent. de 30 junio 1962, M. P. José J. Gómez.

[20] Esta jurisprudencia fue reiterada, entre otras, en las sents. de la Sala de Negocios Generales de 17 junio 1916, 12 mayo 1939, 16 noviembre 1941, 25 febrero 1942, 28 octubre 1942, 27 agosto 1943, 20 abril 1944, 5 noviembre 1952, 4 julio 1957, 26 julio 1957 y 2 febrero 1959.

[21] C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. de 30 junio 1941. Esta sentencia es interesante, pues como se verá a continuación, fue de las últimas en las que se sostuvo

Según la Corte, entonces, existía una presunción de responsabilidad indirecta de la persona jurídica, basada en el hecho dañoso de sus agentes, desarrollado con ocasión de sus cargos o en ejercicio de ellos, independientemente de su posición jerárquica dentro de la persona, con fundamento en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. Dicha presunción se justificaba en la obligación de la persona jurídica de elegir adecuadamente su personal y de vigilarlo de manera diligente, pero podía desvirtuarse probando la ausencia de culpa. La responsabilidad ante la víctima del daño se consideraba solidaria como también lo hace la Corte hoy. Así mismo, se sostenía la existencia de una responsabilidad personal del autor del daño frente a su víctima.

Dado el carácter indirecto de la responsabilidad y la separación entre los distintos sujetos responsables, las diferencias relacionadas con las causales de exoneración y con los términos de prescripción aplicables, descritos en los puntos anteriores, se aplicaban dentro del marco de esta interpretación de la Corte Suprema de Justicia sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas.

b) *Segunda tesis.* El efecto de la teoría organicista. El 15 de mayo de 1944[22] (LVII, págs. 2010 a 2014, 793 y ss.), la Corte Suprema de Justicia consagró la tesis organicista para apoyar la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas. En esta etapa se acudió a la figura de la representación legal para explicar el hecho de que se atribuyera la conducta de un funcionario a la persona misma y, en consecuencia, solamente los agentes especiales que tuvieran esta facultad de representación se entendían estar actuando por la persona misma y comprometiendo su responsabilidad directamente. Los demás funcionarios de la persona actuaban en forma individual y la persona jurídica se entendía su guardián, generándose así, todavía, un régimen de responsabilidad indirecta. Este régimen causaba múltiples problemas prácticos, pues obligaba a que los demandantes trataran en forma diferente sus casos, según la calidad del funcionario, lo cual generaba controversias en no pocos casos. En la medida en que, por ejemplo, el régimen de prescripción de la acción es diferente si se trata de la responsabilidad directa o la indirecta, la posibilidad de que los abogados debatieran la calidad de las personas involucradas en el acto, en razón

---

la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas, al quedar atrapada dentro del marco temporal de varias que empezaron la transición hacia la idea de la responsabilidad extracontractual directa de las personas morales.

[22] C. S. de J., sent. de 30 junio 1962, M. P. José J. Gómez.

de la necesidad de extender su término de prescripción, era bastante alta.

c) *Tercera tesis*. La responsabilidad directa de las personas jurídicas: la culpa del agente como la culpa de la persona moral. El 30 de junio de 1962, la Corte Suprema de Justicia instauró de manera definitiva, por lo menos hasta hoy, la tesis de la responsabilidad directa[23]. Para llegar a esta decisión la Corte empezó por cuestionar la analogía que se hacía entre la relación de dependencia que existía entre las personas mencionadas en el artículo 2347 del Código Civil y la que existe entre una persona jurídica y sus funcionarios:

"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".

Sobre la base de que resultaba artificioso equiparar el vínculo que existe entre una persona jurídica y sus funcionarios con aquel que es propio de las relaciones que a manera enunciativa aparecen en el artículo 2347 del Código Civil, la Corte giró hacia la responsabilidad directa. La culpa del funcionario, incurrida en ejercicio de sus funciones o con ocasión de estas, se tornó en la de la persona moral; el término de prescripción se convirtió en el ordinario; la casual de exoneración consistente en la posibilidad de demostrar diligencia en la elección o vigilancia del funcionario desapareció; y la responsabilidad solidaria entre el agente y la persona jurídica sobrevivió.

En fallo del 28 de octubre de 1975, la Corte reiteró que esta postura había permanecido inmodificada desde 1962[24].

"La doctrina de la responsabilidad directa sustentada en los dos fallos a que se ha hecho alusión, ha venido siendo mantenida por la Corte en forma constante y sin vacilación alguna desde entonces, como puede verse, entre otras, en las siguientes sentencias: 20 de febrero de 1964 (CVI, 130 y 131); 16 de marzo de 1964 (CVI, 192); 17 de junio del mismo año (CVI, 807); 9 de diciembre de 1969 (CXXXII, 209); y 5 de julio de 1971 (CXXXIX, 18)".

Así se encuentra la jurisprudencia hoy en materia de responsabilidad extracontractual, cuarenta y siete años después del fallo de José J. Gómez.

[23] C. S. de J., sent. de 30 junio 1962, M. P. José J. Gómez.

[24] C. S. de J., sent. de 28 octubre 1975, M. P. Humberto Murcia Ballén.

## **3**. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LA PERSONA JURÍDICA

La responsabilidad contractual de las personas jurídicas, es decir, aquella que nace de la inejecución o la ejecución imperfecta o retardada de las obligaciones contenidas en un contrato, es una materia en la que, a diferencia del tema de la responsabilidad civil extracontractual, existe poca controversia doctrinal o de la jurisprudencia. Sin embargo, en la práctica se presentan situaciones complejas en las que también es necesario preguntarse por el efecto que tiene, sobre la persona jurídica, el acto de uno de sus funcionarios durante la ejecución del contrato. En esta materia vale la pena distinguir dos ámbitos de especial interés: 1) el incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato y 2) el incumplimiento de obligaciones adquiridas a lo largo de la ejecución contractual.

### A) *Incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato*

Sobre esta materia, como se dijo, no existe mayor debate doctrinal. Por la conducta de los funcionarios de la persona jurídica se entiende la de esta (siempre y cuando estén en ejercicio de sus funciones o la conducta se desarrolle con ocasión de dichas funciones), por lo que compromete directamente la responsabilidad de la persona moral[25]. En este punto, como se vio en el análisis anterior, no existen diferencias significativas entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Lo cual significa que el acto de cualquier funcionario de la persona jurídica que se encuentre en ejercicio de sus funciones o que actúe con ocasión de estas puede constituir un incumpliendo del contrato. De esta manera, por ejemplo, la negligencia propia del empleado de una constructora, que omite utilizar la mezcla correcta de materiales y de

[25] Lo manifestado en las sentencias mencionadas, que se refieren a casos de responsabilidad extracontractual, tiene plena aplicación en los casos de responsabilidad contractual, por basarse en los mismos principios, como bien lo ha afirmado nuestro más alto tribunal, de manera que los hechos u omisiones de los administradores y dependientes de las personas jurídicas que generen el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso o retardado de las obligaciones convencionalmente contraídas por el ente moral comprometen la responsabilidad directa de la persona jurídica. [...] Entratándose de personas jurídicas, los hechos de sus empleados y dependientes se miran como los propios hechos de la sociedad, de suerte que las acciones u omisiones culposas de aquellos son vistas como realizados por esta directamente". JORGE SUESCÚN MELO, "La responsabilidad de las personas jurídicas por el hecho de sus empleados y dependientes", en *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. I, Bogotá, Universidad de los Andes-Legis Ediciones, 2003, pág. 423.

esa manera obliga a rehacer parte de la obra que quedó defectuosa constituye, frente a quien encargó la construcción de la obra, un incumplimiento del contratista constructor, independientemente del cargo que ostente el empleado que causó el daño. Lo mismo ocurriría, por poner otro ejemplo, con el empleado de bodega que despacha un pedido en forma incompleta o tardía.

La diferencia que existe entre la responsabilidad contractual y la extracontractual en esta materia radica en que, en la primera, no existe solidaridad entre el funcionario y la persona jurídica al momento de responder por los daños ocasionados a terceros. En este sentido, en la responsabilidad contractual sí se aplica plenamente y de manera consistente la idea de que, en la medida en que la conducta del funcionario es la del organismo mismo —es decir, en la medida en que es una responsabilidad directa—, solamente la persona jurídica es responsable.

B) *Incumplimiento de obligaciones adquiridas a lo largo de la ejecución del contrato*

Los funcionarios de las personas jurídicas no solamente tienen la posibilidad de comprometer la responsabilidad contractual de los órganos para los que trabajan, sino que pueden, en ciertos casos, modificar las obligaciones contractuales y así hacer responsable a la persona jurídica por incumplir obligaciones que no fueron creadas originalmente en el contrato, o incluso hacerla perder derechos que tenía bajo dicho contrato. Lo cual se debe a que, en el derecho colombiano, la conducta contractual, en ciertas ocasiones, crea, modifica y extingue derechos y obligaciones. En la medida en que la conducta de cualquier funcionario es la de la persona misma, los funcionarios de una persona jurídica pueden, mediante su conducta y aun sin tener facultades de representación legal, modificar la situación de la persona jurídica dentro de un contrato.

Resulta interesante, entonces, examinar cómo las reglas de interpretación de los contratos permiten que funcionarios de una persona jurídica, que carecen de la facultad de representación legal, pueden terminar modificando las obligaciones contractuales adquiridas por esta y, luego, además, incumplirlas, generando la responsabilidad de la persona moral.

Sabido es que solamente los órganos de representación pueden obligar a una persona jurídica. De esta manera, en principio, los funcionarios que carecen de la facultad de representación no podrían modificar los términos de un contrato y, mucho menos, hacer incurrir a la persona

jurídica en responsabilidad por incumplir obligaciones que no ha pactado por medio de órganos específicamente destinados para este fin, como lo son los órganos de representación.

Sin embargo, es necesario recordar que la conducta contractual por una parte genera derechos para la otra y, en consecuencia, obligaciones para la primera. En esta materia, el artículo 1622 del Código Civil establece que la conducta de las partes en un contrato, al aplicar determinada cláusula, sirve para interpretar el alcance de esa misma cláusula[26]. Lo cual quiere decir que la conducta de las partes puede terminar modificando las obligaciones determinadas originalmente, por lo menos en lo que hace la forma en que estas fueron pactadas por los órganos de representación en el contrato.

¿Qué pasa entonces, en términos de la responsabilidad de la persona jurídica, cuando un contrato es celebrado en su nombre por funcionarios que tienen facultad para representarla legalmente, pero a lo largo de la ejecución del contrato otros funcionarios, que carecen de la facultad de representación legal, desarrollan una conducta contractual que modifica el alcance de las cláusulas pactadas al inicio de la relación contractual? En el momento de una controversia, alguna de las dos partes seguramente invocará la cláusula sobre la base de su tenor literal, ante lo cual el juez puede revisar la conducta contractual de las partes y establecer que, en forma reiterada y consistente, esta se produjo de manera tal que el contenido o alcance de la cláusula debe entenderse sin atender a su literalidad. La prelación de la interpretación de las obligaciones conforme a la regla creada por la conducta de las partes, por encima de la interpretación derivada de la literalidad de lo pactado tendría, sin duda, fundamento en el inciso 3º del artículo 1622 del Código Civil. No obstante, queda la duda de si, en términos estrictos, podría decirse que las que establecieron la conducta fueron, efectivamente, las partes. ¿No serían más bien los funcionarios, entendidos como personas naturales distintas e independientes de la persona jurídica, incapaces, por tanto, de representar o comprometer la responsabilidad de las personas para las que trabajan? Teniendo en cuenta el régimen de responsabilidad directa de las personas jurídicas y

[26] "Art. 1622.—Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

"Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

"O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte".

de acuerdo con lo dicho hasta ahora, la respuesta tendría que ser la primera: todo funcionario que ejecuta un contrato dentro del marco de sus funciones y con ocasión de ellas es la persona jurídica misma que actúa. En esa materia existe una diferencia importante entre la voluntad expresa de la persona jurídica, la cual solamente puede vincularla si es manifestada por sus representantes legales, y la voluntad inferida de la conducta, que puede llegar a surgir a partir del comportamiento de cualquiera de sus agentes.

Son múltiples los ejemplos de la situación que se ha descrito, pues en la vida mercantil cotidiana, con mucha frecuencia se encuentra que la ejecución del contrato difiere notoriamente de lo pactado. Ello ocurre, no porque la intención de las partes haya sido diferente de su manifestación exterior (lo cual daría lugar a aplicar una regla de interpretación diferente) sino porque, dentro de la misma ejecución del contrato, ciertas prácticas que contradicen o complementan lo acordado se tornan habituales entre las personas encargadas de cumplir con las obligaciones contractuales. Ocurre entonces que el contrato se modifica o se complementa.

Un ejemplo de lo que se ha sostenido en esta materia tiene que ver con los plazos contractuales cuando se trata de prestaciones periódicas. El contrato puede establecer que determinado bien o servicio se debe suministrar dentro de los primeros cinco días del mes, por ejemplo, pero las partes pueden haber creado entre ellas una regla, derivada de su conducta contractual, según la cual las entregas se hacen el día diez del mes. Si esta conducta reúne los requisitos para ser un uso contractual, de tal manera que se aplique lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 1622 del Código Civil, el contrato habrá quedado modificado en ese sentido.

Una situación análoga se presenta cuando existen vacíos en los contratos. Por ejemplo, un contrato puede prever la entrega de determinados bienes, pero omitir la indicación de quién debe transportarlos hasta el lugar de su utilización, si el proveedor o el comprador. Si durante varios meses el proveedor transporta, a su costo, los bienes hasta el lugar de utilización, sin hacer manifestación alguna al respecto, es muy probable que el juez determine que la interpretación de correcta de la cláusula que dice que "el proveedor entregará los bienes al comprador dentro de los cinco primeros días del mes", por ejemplo, deba interpretarse en el sentido de que esa entrega se debe hacer en el lugar de utilización de los bienes y a costo del proveedor. A esta conclusión conduce la práctica contractual. Ahora, es perfectamente posible que

esta práctica haya ocurrido sin conocimiento de las personas que dentro de la organización del proveedor tienen obligación para comprometerlo frente a terceros. Pero este hecho no obsta para que, por vía de la interpretación de una cláusula a partir de una práctica contractual reiterada, un funcionario cualquiera de una persona jurídica genere una obligación a cargo de esta. Si después que esto ocurre, el funcionario deja de transportar los bienes hasta el lugar correspondiente, la persona jurídica habría, seguramente, incumplido el contrato.

## **4**. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DE LA PERSONA JURÍDICA

La responsabilidad precontractual surge cuando uno de los potenciales contratantes omite actuar de buena fe en su decisión de no contratar[27]. La calificación de la buena o la mala fe en la toma de esta decisión, cuando ella está precedida de negociaciones, se relaciona con lo manifestado por las partes en la negociación en materia de cuáles son sus intenciones y objetivos. La mayoría de las veces estas manifestaciones son realizadas por funcionarios de la persona jurídica que no ostentan facultades de representación legal.

Con todo, no existe debate doctrinal o de la jurisprudencia sobre si, en ausencia de representación legal, debería hablarse de culpa del agente y no de la persona jurídica, o de la última por omisión en el deber de vigilancia del primero. Está establecido claramente que, aun en el escenario precontractual, el acto del funcionario es el de la persona jurídica. Esto se debe, probablemente, a que para estos efectos sencillamente se aplica la teoría de la responsabilidad directa de la persona jurídica en el escenario extracontractual, del cual la responsabilidad precontractual es tan solo una especie.

## **5**. CONCLUSIONES

Ha sido difícil, a lo largo de los años de vigencia del Código Civil, llegar a una situación pacífica en lo que hace al tema de la responsabilidad civil de las personas jurídicas. Su personificación jurídica como sujetos de derecho, independientes y diferentes de sus funcionarios, creará siempre la tentación de enmarcar el régimen de su responsabilidad en algún sistema diseñado para la responsabilidad de un sujeto por el hecho de otro. Lo cual, sin embargo, generó suficientes problemas

[27] C. S. de J., sent. de 23 noviembre 1989, M. P. José Alejandro Bonivento.

conceptuales para que, finalmente, la jurisprudencia hiciera lo que no quisieron hacer los redactores del Código Civil: enmarcar la responsabilidad de las personas jurídicas en el mismo régimen de responsabilidad directa de las personas naturales, con todas las consecuencias que ello acarrea.

Hoy, el actuar de los funcionarios es el de la persona jurídica. La única inconsistencia lógica restante, tal vez, consiste en establecer la responsabilidad solidaria del agente con la de la persona moral. No se entiende cómo puede haber responsabilidad solidaria entre dos personas, dentro de un régimen de responsabilidad que supone la conducta de solamente una de ellas. Pero no se vislumbra debate sobre el particular; parece que el régimen actual en esta materia dure varias más de las casi cinco décadas que ha estado presente en el derecho colombiano.

## **6**. Bibliografía

### A) *Doctrina*

Martínez Ravé, Gilberto: *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 1990.

Mazeaud, Henri y Léon y Tunc, André: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

Peirano Facio, Jorge: *Responsabilidad extracontractual*, Bogotá, Edit. Temis, 1981.

Preciado Agudelo, Darío*: Indemnización de perjuicios. Responsabilidad civil contractual, extracontractual y delictual*, ts. i y ii, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1997.

Tamayo Jaramillo, Javier: *Tratado de responsabilidad civil*, ts. i y ii, Bogotá, Legis Ediciones, 2007.

#### a) *Artículos académicos*

Suescún Melo, Jorge: "La responsabilidad de las personas jurídicas por el hecho de sus empleados y dependientes", en Suescún Melo, Jorge: *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. i, Bogotá, Universidad de los Andes-Legis Ediciones, 2003.

### B) *Jurisprudencia*

#### a) *Sentencias de la Corte Suprema de Justicia*

Sala de Casación Civil, sent. de 30 junio 1962, M. P. Gustavo Fajardo Pinzón. Sentencia de 30 junio 1962, M. P. José J. Gómez.

Sala de Casación Civil, sent. de 23 noviembre 1989, M. P. José Alejandro Bonivento Fernández.

Sala de Casación Civil, sent. de 27 junio 1990, M. P. Pedro Lafont Pianetta. Sala de Casación Civil, sent. de 8 octubre 1992, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Sala de Casación Civil, sent. de 20 mayo 1993, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Sala de Casación Civil, sent. de 15 junio 1993, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Sala de Casación Civil, sent. de 15 abril 1997, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Sala de Casación Civil, sent. de 23 octubre 2001, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Sala de Casación Civil, sent. de 13 diciembre 2001, M. P. Manuel Ardila Velásquez.

Sala de Casación Civil, sent. de 12 agosto 2002, M. P. José Fernando Ramírez Gómez.

Sala de Casación Civil, sent. de 6 julio de 2006, M. P. César Julio Valencia Copete.

Sala de Casación Civil, sent. de 7 octubre 2015, M. P. Ariel Salazar Ramírez.

Capítulo VII

# RESPONSABILIDAD OBJETIVA EXTRACONTRACTUAL*

Maximiliano A. Aramburo C.**

## 1. La insuficiencia de la responsabilidad civil basada (solo) en culpa[1]

Cuando en 1986 se celebraban los primeros cien años de vigencia del Código Civil[2], Fernando Hinestrosa destacaba que, de todos los

* http://dx.doi.org/10.15425/2017.181

** Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana; especialista en Responsabilidad Civil y Seguros de la Universidad Eafit y en Derecho Penal, de la misma universidad. Especialista y máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante. Candidato a doctor de la Universidad de Alicante. Miembro del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado y del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Profesor de tiempo completo en la Universidad Eafit y de posgrado en la Universidad de Los Andes.

[1] Las páginas que siguen, de acuerdo con el espíritu de la obra, tienen un carácter eminentemente descriptivo del estado del tema en la materia, con alguna perspectiva sobre la modernización posible en algunos aspectos de la legislación. La pretensión de estas páginas, pues, es dogmática y no aspira a contribuir al debate filosófico sobre la responsabilidad objetiva, discusión que tiene otros quilates y otros escenarios. El apoyo fundamental del texto en literatura jurídica reciente, dejando de lado la producción doctrinal más importante del siglo xx, tiene como propósito esencial facilitar la confrontación de las referencias. Así, solo en casos de estricta necesidad metodológica se han dejado las citas de obras publicadas en el siglo xx. La omisión de la ya abundante doctrina sobre la materia no implica, tampoco, su desconocimiento sino la necesidad de aligerar el texto.

[2] En realidad, como se sabe por la historia muchas veces contada, en 1886 ya el Código Civil estaba en vigor en el territorio de lo que a partir de entonces fue la República de Colombia: tras la adopción del Código Civil de Andrés Bello por Chile en 1855, varios estados de la entonces Confederación Granadina lo habían incorporado, entre

ámbitos abarcados por la vieja codificación, el de las obligaciones y los contratos era donde se observaba menos movimiento legislativo, pues apenas cinco reformas (frente a ochenta del Código en general) se habían producido en ese lapso en el derecho de obligaciones[3]. Justamente ese sector del Código era el ámbito del derecho al que RAIMUNDO EMILIANI, con ocasión del mismo certamen conmemorativo, llamó la gran aventura jurídica del hombre, ese "gran protagonista" del Código de BELLO[4]. De esto han pasado tres décadas y la conclusión general sigue siendo la misma. Sin embargo, ya desde los años treinta del siglo XX, la Corte Suprema de Justicia, además de haber introducido distintas discusiones y nuevos temas, había producido una de las grandes "transformaciones" del derecho privado, al reinterpretar el artículo 2356 del Código Civil —reinterpretación no exenta de polémica, como se verá[5]— para señalar que este precepto consagraba un tipo de responsabilidad extracontractual que no prescinde de la culpa como uno de sus elementos integrantes, pero la presume de manera necesaria hasta hacer equivalente el régimen a una institución de responsabilidad objetiva.

En efecto, de acuerdo con opinión generalizada de la doctrina, las instituciones de la responsabilidad civil extracontractual en Colombia se gobiernan por un régimen general subjetivo o, lo que es lo mismo, esencialmente basado en culpa y ocasionalmente regido por criterios de atribución diferentes. Dicho régimen estaría consagrado en el artículo 2341 del Código Civil[6], que a estos efectos se consideraría la

---

ellos los de Santander (1858) y Cundinamarca (1859). En 1873 fue sancionado para la Unión (esto es, para los Estados Unidos de Colombia) y cuando se produjo el cambio político con la Constitución de 1886 que creó la República de Colombia, eliminando el régimen federalista, fue sancionado para el nuevo Estado mediante la ley 57 de 1887.

[3] FERNANDO HINESTROSA, "El desarrollo doctrinario del derecho civil", en *100 años del Código Civil de la Nación*, vol. I, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro-Ministerio de Justicia, 1987, pág. 69.

[4] RAIMUNDO EMILIANI ROMÁN, "El humanismo del Código de Bello", en *100 años del Código Civil de la Nación*, vol. I, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro-Ministerio de Justicia, 1987, pág. 27.

[5] El ya citado EMILIANI consideró que esa interpretación del art. 2356 era el reflejo de una especie de complejo de culpa por no haberse consagrado en el Código de BELLO una presunción general de responsabilidad por el hecho de las cosas, a la manera del art. 1384 del *Code* de Napoleón, lo que habría producido, a su juicio, "una teoría resignada y retorcida [...] que no tiene arraigo en la letra de aquel artículo". EMILIANI, *op. cit*., pág. 33.

[6] Solo como ejemplos de esta posición, véanse Álvaro Pérez Vives, *Teoría general de las obligaciones*, vol. II, Bogotá, Temis, 1968, pág. 55; RICARDO URIBE HOLGUÍN, *Cin-*

regla general (y residual) de la responsabilidad civil en Colombia. Esta lectura implica varias cosas. En primer lugar, que a falta de un régimen especial se aplique la regla general, según la cual el juicio por el que se atribuye responsabilidad civil a alguien incluye, de manera necesaria, un elemento que se denomina culpa[7]. Segundo, que ese elemento puede llegar a estar presente en el juicio de responsabilidad por varias vías: la de la prueba de los hechos que la constituyen[8], la de las presunciones o, finalmente, las de las ficciones jurídicas. Tercero, que la existencia del régimen general y residual no significa que no pueda haber regímenes diferentes no basados en la culpa sino que, en caso de existir, serán considerados regímenes especiales y excepcionales; ni siquiera significa que necesariamente el régimen basado en culpa sea el que se aplica con mayor frecuencia, pues podría haber tantos regímenes especiales cuantos el legislador quisiera establecer y estos podrían aplicarse a la mayoría de los casos que llegan a juzgarse. Finalmente, siempre según esta lectura que podríamos llamar tradicional, no corresponde al juez —sino al legislador— establecer regímenes especiales, atendido el sistema de fuentes del derecho que rige en nuestro país. Una buena parte del respaldo doctrinal a esta afirmación tendría su origen en la idea de que las instituciones de la responsabilidad civil en Bello estaban inspiradas, en importante medida, en el *Code* francés, con respecto al cual nadie dudaría de que se trata de un régimen basado en culpa[9].

---

*cuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1979, pág. 29; Raimundo Emiliani, *La responsabilidad delictual en el Código Civil colombiano*, Santafé de Bogotá, Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994, pág. 1; Gilberto Martínez Rave y Catalina Martínez Tamayo, *Responsabilidad civil extracontractual*, 11ª ed., Bogotá, Temis, 2003, pág. 92; Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed., t. I, Bogotá, Legis, 2007, pág. 35; Jorge Santos Ballesteros, *Responsabilidad civil*, 3ª ed., t. I., Bogotá, Temis-Pontificia Universidad Javeriana, 2012, pág. 17 (aunque más adelante considera que no hay un régimen privilegiado sobre otros; *ibíd*., pág. 290); Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad extracontractual*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2014, pág. 87.

[7] Cómo se defina la culpa, pues, es una de las discusiones más interesantes (y, sin embargo, poco frecuentes) que podría dar la doctrina. Siguiendo una clásica distinción que en la filosofía del derecho hizo famosa Dworkin, a un *concepto* general de responsabilidad basada en culpa, podrían subyacer varias *concepciones* de la culpa.

[8] Se discute, en general, si la culpa es *quaestio facti* o *quaestio iuris*. Pero hay acuerdo en que, sea lo uno o lo otro, solo puede predicarse su existencia a partir de enunciados fácticos verdaderos.

[9] En opinión de Mantilla, la influencia del derecho francés en nuestro propio derecho de la responsabilidad extracontractual es evidente en la noción de "culpa objetiva". Cfr. Fabricio Mantilla, "La influencia del *Code Civil* y la doctrina francesa en el derecho de

Nuestra codificación civil, pues, contempló un régimen de responsabilidad que (al menos) durante sus primeras décadas fue interpretado como eminentemente basado en culpa. Esto implicaba una distribución de la carga de la prueba precisa y sencilla que obligaba a que resultasen acreditados —por cuenta de la víctima demandante— los hechos constitutivos de la culpa, es decir, la base fáctica a partir de la cual se podía hacer un reproche subjetivo al autor por haber incurrido, de acuerdo con la célebre definición de los hermanos MAZEAUD, en un error de conducta que otra persona avisada y prudente, puesta en las mismas condiciones que el autor, no habría cometido. A su turno, esto suponía que, en teoría, el demandado podía afrontar el proceso judicial con una cierta pasividad, salvo que quisiera defenderse de manera activa, probando que había actuado prudente y diligentemente, es decir, probando los hechos constitutivos de la ausencia de culpa en su actuar[10].

Pero en opinión de EDUARDO ZULETA ÁNGEL la "transformación" más profunda del derecho, en general, habría ocurrido desde finales del siglo XIX, con "la creación o descubrimiento del artículo 1384 del Código de Napoleón"[11], a partir del cual la jurisprudencia francesa desarrolló la responsabilidad por el hecho de las cosas. Ese descubrimiento obedecería, de acuerdo con RIPERT, a una idea de socialización de los riesgos y habría sido facilitado por la generalización de los seguros[12].

las obligaciones colombiano", en C. Pizarro y M. Tapia (editores), *De la codificación a la descodificación. Code Civil (1804-2004) – Código de Bello (1844-2005)*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2005, pág. 79.

[10] En estricto sentido, no puede hablarse ni de prueba de la culpa ni de prueba de la diligencia y cuidado. La prueba solo versa sobre hechos (o mejor, sobre enunciados fácticos) y ni la culpa, ni la diligencia, ni el cuidado, son hechos, sino calificaciones jurídicas.

[11] De "descubrimiento" habla, también, TAMAYO JARAMILLO Cfr. TAMAYO JARAMILLO, *Tratado…*, *op. cit*., I, pág. 819. La jurisprudencia colombiana, desde 1936 al menos (período en que era magistrado el citado ZULETA ÁNGEL), se hizo eco de tal situación. Al respecto es paradigmático el salvamento de voto de los magistrados Hernán Salamanca y Arturo Tapias Pilonietta a la sentencia de 14 marzo 1938 ("G. J.", t. XLVI, núm. 1934, págs. 218-223): "En torno a la noción de culpa subjetiva, imprecisa y elástica, se han elaborado por la jurisprudencia francesa verdaderas transformaciones jurídicas en busca de la acomodación de los viejos preceptos a las nuevas situaciones creadas por el progreso en todos los órdenes de la actividad humana. Y así los tribunales franceses adoptan la teoría de la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas, fundándola en el párrafo 1 del art. 1384 del Código Civil de Francia".

[12] En palabras de JOURDAIN, a partir de la mitad del siglo XIX se produjo un movimiento de extensión de la responsabilidad civil que marcó el ritmo de los cambios a partir de un doble fenómeno: por una parte, de objetivación y, por la otra, de "colectivización".

En efecto, la responsabilidad civil prevista en el Código Civil francés partía de los fenómenos generadores de daños en una sociedad preindustrial, en la que la multiplicación y acumulación de fuerzas y energía (utilizadas, sobre todo, en labores artesanales y agrícolas) solo ocasionalmente superaban la fuerza muscular y por lo tanto, eran, en general, controlables. Cuando Bello redactó el Código Civil que finalmente fue adoptado por Chile hacia mediados del siglo xix, ya se cuestionaba en Francia el fundamento esencialmente culpable de la responsabilidad civil[13]. Sauzet, Sainctelette, Josserand y Saleilles atacaban el enfoque eminentemente subjetivo de la responsabilidad civil y abogaban por instituciones de responsabilidad objetiva o de responsabilidad fundada en riesgo (y no en culpa), que terminarían por plasmarse en la legislación sobre ferrocarriles y en la legislación sobre accidentes de trabajo (ley de 9 de abril de 1889). Tales autores no hacían otra cosa que mostrar que si el resarcimiento a las víctimas era uno de los propósitos generalmente aceptados que se atribuían a la responsabilidad civil, entonces esta tenía que ser al menos parcialmente objetiva o expandir sus dominios, con la finalidad de asegurar ese resarcimiento a un mayor número de víctimas.

Con todo, la responsabilidad objetiva no fue un invento moderno ni francés. Aunque suele considerarse a la *Lex Aquilia* como "el fundamento más significativo del derecho de la responsabilidad"[14] y a ella

---

Cfr. Patrice Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, 7ème éd., Paris, Dalloz, 2007, pág. 9. Por su parte, otros autores han estimado que el mercado del seguro de responsabilidad civil es "un excelente caldo de cultivo para la pérdida de incentivos a la precaución", de tal manera que a mayor cobertura de los seguros, más justificada se encontraría, desde un punto de vista económico, la objetivación de la responsabilidad. Cfr., de manera breve, Jesús Pintos Ager, *Baremos, seguros y derecho de daños*, Madrid, Civitas, 2000, págs. 116 y ss.

[13] Sin embargo, ni en Francia ni en otros países se ha considerado el establecimiento de un régimen general de responsabilidad sin culpa. En Estados Unidos, por ejemplo, la discusión suele girar en torno del objetivo de la responsabilidad civil, de tal manera que al comprender el *tort law* como un asunto de justicia correctiva, nunca se han adoptado regímenes que privilegien la reparación sobre dicha justicia correctiva ni regímenes de responsabilidad objetiva. Cfr., al respecto, Dan B. Dobbs, *The Law of Torts*, St. Paul, West Group, 2000, pág. 18. Sobre la evolución de la discusión a partir del derecho francés, véase Javier Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, Mc.Graw Hill, 1995, págs. 166 y ss. Para el ya citado Zuleta Ángel, si Bello hubiese vivido la época del maquinismo, seguramente habría incluido en el art. 2356 ejemplos relacionados con calderas, automóviles y explosiones de gas. Cfr. Zuleta Angel, *op. cit*., pág. 233.

[14] La expresión es de Velásquez Posada, *op. cit*., pág. 202.

se atribuye el fundamento subjetivo que luego se incorporaría en las codificaciones occidentales del siglo XIX, el derecho romano antiguo y el preclásico contemplaban numerosas figuras de responsabilidad sin culpa. Lo que sí debe atribuirse a la citada *Lex* es la paulatina desaparición de dichas instituciones de responsabilidad objetiva, pues por vía de su interpretación —como destaca PEIRANO— se amplió su campo de aplicación[15]. Así, aunque con la codificación napoleónica se había afianzado la noción de culpa como criterio casi inamovible hasta finales del siglo XIX (y que algunos aún defienden como la esencia de la noción de responsabilidad civil[16]), su pleno vigor comenzó a decaer con el maquinismo, al producirse el citado "descubrimiento" del artículo 1384 francés del que hablaba ZULETA ÁNGEL[17].

Ahora bien: para el citado ZULETA ÁNGEL, el Código de BELLO nunca fue solo culpabilista. Desde su redacción, al menos cincuenta años antes de los "avances" de la jurisprudencia francesa[18] —dice ZULETA— el artículo 2356 (en la versión colombiana de dicho código) se podía aplicar a la indemnización de los perjuicios "cuya misma naturaleza permite atribuirlos a una culpa, es decir, a aquellos en los que existe

[15] Al respecto, véase JORGE PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual*, 2ª ed., (reimp.), Bogotá, Temis, 2004, págs. 109 y ss.

[16] Para LÓPEZ MESA, por ejemplo, después de regla general de la responsabilidad civil que impone la obligación de reparar el daño, la gran innovación del *Code* habría sido "el fundar [...] la responsabilidad sobre la culpa; y una tercera, convertir a la culpa en el eje de todo el sistema, estableciendo por primera vez en forma expresa y rotunda el principio 'no hay responsabilidad sin culpa'". De esta manera "la culpa asume así una función bilateral, cual una moneda: de un lado, constituye el eje de todo el sistema de responsabilidad civil: toda culpa genera responsabilidad; del otro, constituye un vallado a pretensiones resarcitorias respecto de hechos inculpables, puesto que sin culpa no hay responsabilidad". Véase al respecto, MARCELO LÓPEZ MESA, *Elementos de la responsabilidad civil*, Bogotá, Diké, 2009, págs. 517 y ss. En contra de esta posición, es paradigmática la defensa de la responsabilidad objetiva como régimen general que hace ROSENKRANTZ, para quien toda responsabilidad con culpa no es más que una excepción a la regla general según la cual deben compensarse *todos* los daños causados.

[17] La filosofía de la responsabilidad civil ha discutido ampliamente los fundamentos de responsabilidad objetiva, que se debaten entre el extremo de la eficiencia económica y el principio de justicia correctiva de raigambre aristotélica. Esta discusión es tan importante que cualquier nota al respecto en este texto, que tiene un objetivo diferente, sería disonante

[18] Con todo, para ZULETA las reglas de la responsabilidad civil en el Código de BELLO obedecían a que el venezolano "conocía muy bien las reglas de la moral cristiana", pues la responsabilidad civil no sería otra cosa, en su opinión, que "una aplicación de la regla moral". Cfr. ZULETA ÁNGEL, *op. cit*., pág. 231.

una posibilidad de descubrir, por una simple constatación de que se ha producido un perjuicio, una culpa generadora de responsabilidad". Por esa razón, en la mitad de la década de 1930, y en contra de la opinión generalizada de la doctrina de la época[19], la Corte Suprema "reinterpretó" el artículo 2356 del Código Civil y entendió que todos los ejemplos citados allí por Bello suponían el ejercicio de una actividad particularmente peligrosa, que justificaba presumir la culpa, todo lo cual le permitía mantener el régimen esencialmente culposo del sistema. Este sería el origen, en el derecho colombiano, de las responsabilidades que nuestra doctrina suele llamar "objetivas", porque prescinden del concepto de culpa en su estructuración (bien por supresión del mismo, bien por presunción) de tal manera que el juicio que las determina se satisface con la acreditación de tres elementos, sin atención a la culpa: hecho imputable al demandado, el daño y el nexo causal[20].

De acuerdo con Tamayo Jaramillo, si bien "la culpa ha sido y debe seguir siendo un pilar fundamental en buena parte de las instituciones de la responsabilidad civil, lo cierto es que cada día se propaga con más fuerza la idea de que debe ser objetiva"[21]. ¿Por qué ese campo demandó la modificación jurisprudencial y el surgimiento —o, al menos, la consolidación— de las responsabilidades sin culpa? ¿En realidad una presunción de la culpa equivale a un sistema de responsabilidad que no la consagre? ¿Era insuficiente la legislación para dar cuenta del problema que la reinterpretación del artículo 2356 pretendía solucionar? ¿Qué tan legítima fue, en el fondo, esa transformación, en la que no intervino —en estricto sentido— el legislador? ¿En qué otros ámbitos cabe la responsabilidad objetiva y cuál es su *verdadera* estructura, si

[19] De manera paradigmática, véase Fernando Vélez, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, 2ª ed., t. ix, París, Imprenta París-América, 1929, págs. 14-16.

[20] Las palabras de la Corte Suprema de Justicia en un fallo de mediados del siglo pasado sobre la responsabilidad por el hecho de las cosas son ilustradoras: "La responsabilidad que se origina en el 'hecho de las cosas' se funda precisamente en los presuntos descuidos o imprevisión con que su propietario o poseedor las guarda o conserva. Y en cuanto al modo como debe acreditarse cada una de estas dos culpas, su naturaleza impone tan claras diferencias, que no es posible identificarlas. La responsabilidad extracontractual supone que [...] la víctima entonces tiene que acreditar, real o presuntivamente, de acuerdo con lo hasta aquí expuesto, el hecho culposo y, además, que ese hecho fue la causa determinante del daño". Cfr. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 17 octubre 1951 (G. Peña), "G. J.", t. lxx, núms. 2105-2106, págs. 475-480.

[21] Cfr. J. Tamayo Jaramillo, "¿Hasta dónde se puede objetivar la responsabilidad civil?", en M. Castro de Cifuentes (coord.), *Derecho de las obligaciones*, t. ii, vol. i, Bogotá, Uniandes-Temis, 2010, pág. 205.

es que hay una única estructura? En los párrafos que siguen se examinará qué tan objetivas son algunas instituciones de la responsabilidad civil extracontractual colombiana.

## 2. DIVERSOS CASOS DE RESPONSABILIDAD SIN CULPA

Si se ha dicho que lo que define la responsabilidad objetiva es el hecho de que prescinde de la noción de culpa, entonces lo más justo es decir que no hay *un* régimen de responsabilidad sin culpa sino que puede haber varias instituciones de tal tipo de responsabilidad, según el elemento que reemplace tome el lugar de la culpa en la estructura de la imputación (v. gr., el riesgo o la garantía) y según las posibilidades que tenga el demandado para liberarse de las pretensiones de la víctima. Esto quiere decir que, en realidad, bajo la denominación de *responsabilidad objetiva* se agrupan de manera indiferenciada instituciones que tienen en común que se prescinde de probar (los hechos constitutivos de) la culpa en la estructuración del juicio de responsabilidad. Como ya se ha señalado, en algunos casos más que prescindir de la noción de culpa lo que se hace es presumirla, mientras que en otros efectivamente se reemplaza la culpa por otro factor de atribución de la responsabilidad.

COLEMAN y MENDLOW explican que el derecho de la responsabilidad civil extracontractual (*tort law*, en el entorno anglosajón) consiste, de manera general, en imponer deberes de no causar daño a otros. Esos deberes estarían relacionados directamente con un tipo de conducta: a veces se trata de deberes de no dañar mediante negligencia, imprudencia o conducta intencional, y a veces son deberes absolutos de no dañar, es decir, deberes de no dañar en ningún caso[22]. En el primero de los eventos estaremos frente a responsabilidades con culpa (también llamadas subjetivas); en el segundo, frente a responsabilidades sin culpa (también llamadas objetivas o estrictas). Sin embargo, como ya se ha advertido, hay una cierta ambigüedad en la expresión "responsabilidad objetiva". En primer lugar, hay que señalar que la expresión "objetiva" no es del todo afortunada. Por una parte, porque tiende a confundirse con la expresión "imputación objetiva"[23]. Por la otra, porque es posible

[22] Sobre ello, puede verse JULES COLEMAN y GABRIEL MENDLOW, "Las teorías de la responsabilidad extracontractual", en Carlos Bernal y Jorge Fabra (editores), *Filosofía de la responsabilidad civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pág. 178.

[23] "Imputación objetiva" es una expresión acuñada ya por cierto tipo de doctrinas que, aunque se originaron en el derecho civil alemán de la mano de KARL LARENZ, han florecido particularmente en el derecho penal (con alguna deriva también, todavía mi-

distinguir varios grados de responsabilidad *objetiva* según los medios de defensa disponibles para el demandado, y entre ellos la estructura es diferente. En efecto, se suele utilizar denominación responsabilidad objetiva para los casos de presunción de culpa, en los que el demandado se exoneraría simplemente desvirtuando la presunción mediante la prueba de los hechos constitutivos de su propia diligencia; también se la emplea para los casos en los que el demandado debe probar los hechos constitutivos de cualquier causa extraña; en otras más, sólo podrá exonerarse probando los hechos constitutivos de *algunas* causas extrañas, sin que le sea posible alegar *otras* causas extrañas; y, finalmente, habrá casos en los que ninguna causa extraña lo exonerará. Solo el último de los casos es, hablando con todo rigor, verdadera responsabilidad objetiva[24], mientras que en los demás el fenómeno apenas llega a asemejársele desde el punto de vista estructural. Lo que tienen en común, por el contrario, es la limitación de las posibilidades de defensa del demandado[25]. Quizás por ello en algunos ordenamientos se prefieren expresiones diferentes, como en los anglosajones, donde la traducción más literal de la denominación (*strict liability*) sería "responsabilidad estricta", que es menos ambigua.

noritaria, en la responsabilidad civil desde finales del siglo xx). Es, como se sabe, un mecanismo normativo para corregir los excesos a los que pueden llevar algunas teorías de la causalidad, en virtud del cual puede atribuirse un determinado resultado a un autor *si y solo si* puede imputársele objetivamente, con arreglo a ciertos criterios. Así, mientras la causalidad sería una *quaestio facti*, la imputación objetiva sería una *quaestio iuris*. La confusión denunciada se agrava en los contextos en los que no se habla siquiera de responsabilidad objetiva sino que se habla de "imputación (de responsabilidad) a título objetivo", para distinguirla de la imputación de responsabilidad a título subjetivo (esto es, a título de culpa).

[24] Peirano Facio señala al efecto que en sentido restringido solo es responsabilidad objetiva la que extrae "el fundamento de la obligación de reparar en la mera causalidad externa, material". Pero añade que en ese sentido, la noción de responsabilidad objetiva "no posee interés desde nuestro punto de vista, ya que solo ofrece un valor histórico propio de las épocas bárbaras de la venganza", razón por la cual sugiere hablar de responsabilidad objetiva en un sentido amplio (la cual inicialmente parece reducir a la teoría del riesgo), que serviría de "rótulo común para los sistemas de responsabilidad sin culpa". Cfr. J. Peirano Facio, *op. cit*., págs. 147-148.

[25] En palabras de la Corte Suprema: "La presunción de culpa es un fardo que pesa sobre los hombros del empresario. Nadie lo ha de librar de él, y mucho menos el demandante, a quien aprovecha la incomodidad en que el actor se encuentra" (C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 marzo 1953, M. P. G. Arias, "G. J.", t. lxxiv, núm. 2126, págs. 296-302.

Ahora bien: como se dijo antes, por regla general suele llamarse *objetiva* a toda responsabilidad que no requiere de la culpa para su estructuración porque o bien esta no es necesaria, o bien —siendo necesaria— se presume[26] lo cual da lugar a no pocos equívocos. Los autores de nuestra tradición jurídica que abogan por superar estos equívocos prefieren la denominación "responsabilidad estricta" a "responsabilidad objetiva". Un ejemplo paradigmático de ellos es el chileno ENRIQUE BARROS BOURIE. Para este autor hay que diferenciar los supuestos de presunción de culpa, que caben dentro del régimen "común y supletorio" de la culpa, de los casos de responsabilidad estricta, que no exigen "juicio de valor alguno respecto de la conducta del demandado"[27]. Dentro de los primeros estarían el caso del artículo 2329 del Código chileno (equivalente a nuestro art. 2356, como se verá), los casos de responsabilidad por el hecho ajeno (hecho de quienes están bajo el cuidado o dependencia, como los hijos respecto de los padres), la responsabilidad del empresario por el hecho de los dependientes y, finalmente, los casos de hechos de los animales, ruina de edificios y caída de objetos. Entre los segundos, BARROS considera que es justo que sean responsabilidades objetivas las derivadas de actividades especialmente peligrosas, la responsabilidad por el hecho ajeno, la responsabilidad en los regímenes en los que las víctimas se encuentran en posición de desventaja respecto del autor (trabajadores, consumidores) y los casos de protección de ciertos bienes públicos, como el medio ambiente[28]. Entre nosotros, URIBE GARCÍA ha sostenido que el riesgo debe ser un criterio de imputación, en lugar de la culpa, cuando la actividad que ha producido el daño es generadora de riesgos[29].

Ahora bien: el caso paradigmático de las responsabilidades "sin culpa" en Colombia es el de las actividades peligrosas, cuyo origen y desarrollo jurisprudencial es innegable, a pesar de que en realidad es tratado de manera mayoritaria como un caso de responsabilidad con culpa presunta. En los acápites siguientes abordaremos de manera detallada el panorama de este tipo de responsabilidad, a partir del artículo

[26] No abordaremos aquí, pues, la amplísima cuestión acerca de los fundamentos teóricos y económicos de las responsabilidades sin culpa, discusión cuya bibliografía básica superaría los límites de lo razonable para este tipo de textos.

[27] Cfr. ENRIQUE BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 1ª reimp., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, págs. 445 y ss.

[28] Cfr. E. BARROS, *Tratado...*, *op. cit*., pág. 457.

[29] Cfr. SAÚL URIBE GARCÍA, *El riesgo y su incidencia en la responsabilidad civil y del Estado*, Medellín, Unaula, 2017, pág. 259 y ss.

2356 del Código Civil y, posteriormente, nos detendremos de manera breve en otros tipos de responsabilidades que prescinden de la culpa.

## 3. La responsabilidad por actividades peligrosas como paradigma

Como se ha señalado, la idea de responsabilidad exclusivamente basada en culpa fue desafiada en el derecho de estirpe latina con "el descubrimiento" del artículo 1384 del Código Civil francés. Mediante dicha disposición se creó un "principio general" de responsabilidad por el hecho de las cosas que se tienen bajo la propia guarda, a partir del cual se desarrolló la responsabilidad por las cosas y las actividades peligrosas en los ordenamientos que tomaron al *Code* como modelo legislativo o como modelo hermenéutico. Pero Bello no consagró norma semejante a la disposición francesa, razón por la cual sentar tal principio general ha resultado siempre extraordinariamente difícil, al menos desde el prisma de la interpretación literal o declarativa del Código Civil[30]. A pesar de que *prima facie* la técnica legislativa empleada por Andrés Bello no permite encontrar una regla general para las responsabilidades sin culpa, no son pocas las hipótesis que la jurisprudencia ha encontrado en el ordenamiento.

El tratamiento de las responsabilidades sin culpa suele ser poco sistemático en la doctrina, a pesar del aumento progresivo de la preocupación por la compensación (o reparación, en sentido amplio) de

[30] No obstante, algunos como Tamayo Jaramillo y Martínez Rave-Martínez Tamayo parecen entender que el art. 669 del Código Civil contiene tal principio de responsabilidad general por el hecho de las cosas. Cfr. J. Tamayo Jaramillo, *Tratado*..., *op. cit*., pág. 849; G. Martínez Rave y C. Martínez Tamayo, *op. cit*., pág. 150. La interpretación de Tamayo Jaramillo, por ejemplo, supone leer la definición del derecho de dominio como una norma de responsabilidad: "Si Bello suprimió en el artículo 2347 del Código Civil la frase consagrada en el artículo 1384 del Código de Napoleón, según la cual «Uno es responsable de las cosas que tiene bajo la guarda», lo cierto es que providencialmente, adicionó en la definición de dominio un concepto que no se encuentra en el derecho francés, pero que puede servir en nuestro ordenamiento como pilar de una revolucionaria teoría de la responsabilidad civil por el hecho de las cosas". Su tesis es que la definición del derecho de dominio como la facultad de usar, gozar y disponer de la cosa "no siendo contra la ley ni contra el derecho ajeno", encierra en sí misma dos normas de responsabilidad. Una, que se refiere al uso de la cosa "contra la ley", que sería una regla de responsabilidad subjetiva; otra, que se refiere al uso de la cosa "contra derecho ajeno", que sería una regla de responsabilidad objetiva. Cfr. J. Tamayo Jaramillo, *Tratado*..., *op. cit*., pág. 849. De opinión contraria es Velásquez Posada (cfr. Velásquez Posada, *op. cit*., pág. 93), quien considera que en Colombia "no hay un régimen general de responsabilidad por las cosas".

las víctimas. De esta suerte, mientras en los manuales y tratados suele explicarse el régimen general de la responsabilidad civil por el hecho propio como forma arquetípica de la responsabilidad extracontractual, las responsabilidades objetivas a menudo no encuentran más que un tratamiento episódico, que suele reducirse a la responsabilidad por actividades peligrosas y que toma como punto de partida la discusión sobre la interpretación que se ha hecho en Colombia del artículo 2356 del Código Civil. Solo de manera ocasional se encuentran intentos por formular las bases de la responsabilidad por riesgo. Uno de tales casos corresponde al esfuerzo de justificación teórica que ha realizado TAMAYO JARAMILLO para intentar demostrar cuáles instituciones de la responsabilidad civil con culpa pueden tornarse objetivas y cuáles, a partir de argumentos económicos, axiológicos y lógicos, deben seguir rigiéndose por un régimen que exija el establecimiento de la culpa[31]. Sin embargo, a falta de un régimen general, el legislador y la jurisprudencia recurren al expediente de explicar diversas instituciones a partir de la noción de presunción de culpa que, caso por caso, cuando se considera que dicha presunción no es desvirtuable, lleva al mismo resultado de una responsabilidad objetiva o estricta[32]. Hay que insistir, pues, en que no se trata de "verdadera" responsabilidad objetiva, aunque se le trate como tal.

[31] Este intento de justificación fue respondido por PAPAYANNIS. Este autor estima que, adecuadamente, TAMAYO diferencia los problemas conceptuales de los problemas prácticos de la responsabilidad objetiva. Sin embargo, considera que los límites lógicos que advierte TAMAYO no son tales en todos los casos. Además —en cuanto a los límites prácticos— estima que el argumento del profesor colombiano es equivocado, por cuanto la única función de la responsabilidad objetiva no es exclusivamente la dispersión de la pérdida a través de los seguros, sino que cumple otras: "que los agentes mantengan su nivel de actividad en niveles razonables, soluciona el problema de los estándares de culpa incompletos, brinda incentivos para la investigación y el desarrollo de nuevas tecnologías que pueden reducir la cantidad y la gravedad de accidentes en el futuro y, en último lugar, reduce el impacto de los daños sobre las víctimas a versas al riesgo". Al respecto, cfr. DIEGO PAPAYANNIS, "Sobre los límites de la responsabilidad sin culpa", en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*, t. I, Medellín: UPB-IARCE-Diké-Pontificia Universidad Javeriana, 2011, págs. 59-96 (especialmente, en lo reproducido, la pág. 93).

[32] Otras propuestas legislativas, como los *Principles of European Tort Law*, para el caso de las actividades peligrosas consideran en su art. 4:201 la inversión de la carga de la prueba "a la luz de la gravedad del peligro que la actividad en cuestión comporta", de tal manera que el régimen sigue siendo el de la culpa, cuyos elementos constitutivos debe, por caso, acreditar el demandante o el demandado.

Con todo, para seguir el camino metodológico del tratamiento episódico de las responsabilidades sin culpa, nos ocuparemos de la institución más conocida para exponer sus alcances y sus perspectivas[33], sin perder de vista que la mayor parte de la doctrina en nuestro medio coincide en que —como afirma Papayannis— la responsabilidad objetiva no puede funcionar como único fundamento para el derecho de daños[34]. En efecto, el primer caso (y quizás el más importante, tanto por la frecuencia de su ocurrencia como por la cantidad de estudios doctrinales de los que ha sido objeto) de responsabilidad sin culpa en Colombia se deriva del ejercicio de actividades peligrosas. Su consagración legislativa, decíamos, estaría en el artículo 2356 del Código Civil[35]. En ese sentido, hay al menos dos cuestiones preliminares básicas para la comprensión de la institución. En primer lugar, se trata de aclarar que la institución es tratada en la práctica como una responsabilidad objetiva porque, en cualquier caso, la exoneración del demandado a quien se atribuye haber causado el daño mediante el ejercicio de una actividad peligrosa, solo es posible mediante la acreditación de una causa extraña.

[33] Castro de Cifuentes encuentra que son los casos de responsabilidad por el hecho de las cosas, por el hecho de los animales, por actividades peligrosas, por la actividad aeronáutica, por productos defectuosos, por desechos tóxicos, por daños al medio ambiente y por riesgo empresarial. Cfr. Castro de Cifuentes, *op. cit.*, págs. 40-50. De manera paradigmática, en materia de daños al medio ambiente (sobre lo que se volverá más adelante), debe tenerse en cuenta la sentencia de la Sala de Casación Civil, de 16 mayo 2011, rad. 52835310300120000000501, M. P. William Namén), mediante la cual se apeló al art. 3 del convenio CLC/6, y al art. 4 del Protocolo de 1992, para limitar las posibilidades de defensa del demandado a la causa extraña. Barros, por su parte considera que es justo que sean responsabilidades objetivas las derivadas de actividades especialmente peligrosas, la responsabilidad por el hecho ajeno, la responsabilidad en los regímenes en los que las víctimas se encuentran en posición de desventaja respecto del autor (trabajadores, consumidores) y los casos de protección de ciertos bienes públicos, como el medio ambiente. Cfr. Barros, *op. cit*., pág. 457.

[34] Cfr. D. Papayannis, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Madrid, Marcial Pons, 2014, págs. 299-317. En estas páginas, Papayannis examina los problemas teóricos de las posiciones según la cual la responsabilidad objetiva se considera el único fundamento de la responsabilidad civil (v. gr., Epstein) pero, también, las posiciones que consideran las posibilidades de la responsabilidad objetiva como un régimen general y supletorio (v. gr. Rosenkrantz).

[35] En el ordenamiento italiano, por ejemplo, el art. 2050 del *Codice civile* introdujo por primera vez, en palabras de Giovanna Visintini, el principio de la exposición a un peligro como criterio de imputación de la responsabilidad, norma que fue considerada desde siempre como una verdadera innovación en el derecho de ese país. Cfr. G. Visintini, ¿Qué es la responsabilidad civil?*,* trad. T. Cellurale, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, págs. 209 y ss.

Es decir: el demandante no tiene que probar los hechos constitutivos de la culpa del demandado para obtener una sentencia a su favor, sino que le basta con demostrar que ha sufrido un daño y que dicho daño proviene causalmente de la actividad peligrosa ejercida por el demandado, de tal suerte que la prueba positiva de la ausencia de culpa del demandado no es suficiente para exonerarle de responsabilidad. Sin embargo, en segundo lugar, se discute cuál es el fundamento de la responsabilidad civil por actividades peligrosas. Y aquí la discusión no solo es viva sino, además, muy interesante, pues mientras para algunos no es en rigor, como se dijo, un caso de responsabilidad objetiva (sino apenas de presunción de culpa y, por lo tanto, de responsabilidad subjetiva), para otros es el paradigma de la responsabilidad cuya estructuración no requiere de culpa del agente.

### A) *Tres posiciones sobre su fundamento en la doctrina y la jurisprudencia*

En primer lugar, estaría la posición —que a estos efectos llamaríamos *estándar*— que ha sido sostenida de manera constante, con algunas excepciones marginales[36], por la Corte Suprema de Justicia desde mitad de los años treinta del siglo pasado. Según esta posición, la responsabilidad por actividades peligrosas es una responsabilidad fundamentada en culpa y que, por lo tanto, no se aparta del fundamento culpabilista del Código Civil. No obstante, la Corte —y con ella la doctrina que le ha seguido— considera que se trata de una culpa que no debe ser probada por quien la alega, sino que se presume sin posibilidad de desvirtuarse. El mecanismo sería el siguiente: si el demandante alega que ha sufrido un daño proveniente de actividad peligrosa, le basta con probar el daño y la peligrosidad de la actividad ejercida por el demandado, para que los elementos de la responsabilidad civil queden establecidos, pues una vez establecida la peligrosidad, se presume la culpa, de tal manera que el demandado solo puede exonerarse acreditando una causa extraña[37].

[36] Las excepciones marginales tienen que ver con la reivindicación del principio culpabilista según el cual si bien es posible presumir la culpa, esta puede ser desvirtuada. Una de tales excepciones es la sentencia de la C. S. de J., Sala de Casación Civil, de 24 febrero 1947 (M. P. A. Cardoso), "G. J.", t. LXIII, núms. 2057-2058, págs. 927-931: "De la culpa presunta general puede el autor del daño exonerarse probando la ausencia de ella [...] La ausencia de culpa en este se halla comprobada. Por lo cual procede declarar la absolución del demandado".

[37] La posición cuenta con una larga tradición jurisprudencial que han recogido diversos autores. En cuanto a la jurisprudencia, entre las sentencias de la Corte Suprema de

Esta sería una presunción *iuris et de iure*, esto es, que no admite prueba en contrario[38], y que habitualmente se fundamenta en una lectura pretendidamente sistemática del Código Civil.

En efecto, según esta posición, sería absurdo que el legislador hubiese sentado dos veces en el mismo título del Código un mismo e idéntico principio general de responsabilidad civil por culpa, a saber: la primera en el artículo 2341 y la segunda en el artículo 2356[39]. En Chile, donde los textos de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil son exactamente idénticos a los citados, la mayoría de la doctrina no había encontrado reparo en interpretar el artículo 2329 como una reiteración del artículo 2314. Pero nuestra Corte Suprema, hacia los años treinta, imbuida del espíritu antiformalista que siempre se le ha atribuido, consideró que los tres casos puestos a título de ejemplo por el legislador[40] eran ejemplos de actividades típicamente peligrosas en la época en que fue redactado el Código, de tal suerte que con el mismo

Justicia más antiguas se cuentan las de 14 marzo 1938, 18 noviembre 1940, 10 agosto 1941, 25 noviembre 1943, 16 marzo 1945. Y entre las más recientes, la de 18 diciembre 2012, e. 00094, M. P. Ariel Salazar o la de 12 enero 2018, 11001310302720100057801, M.P. Ariel Salazar.

[38] En Colombia suele hacerse una clasificación de las presunciones en dos grupos: presunciones legales o de hecho (a las que en ocasiones se les llama *iuris tantum*) y que admiten prueba en contrario; y presunciones de derecho (a las que también se denomina *iuris et de iure*), que no admiten prueba en contrario. No parece haber objeción teórica a la existencia de presunciones que, por disposición del legislador, no admitan prueba en contra. Sin embargo, una discusión no menor cabe dar aquí desde el punto de vista de la precisión conceptual y terminológica, con algunos efectos prácticos. Apenas la enuncio: con la clasificación habitual de la doctrina colombiana, se confunden dos cosas. Una es la pregunta acerca de *qué* se presume, y otra la pregunta sobre *cómo* se presume. De acuerdo con la distinción tradicional, hay presunciones legales (que serán relativas —*iuris tantum*— o absolutas —*iuris et de iure*—) y presunciones simples o de hombre (que suelen reconducirse a la forma de construir indicios). Lo que puede cuestionarse —y es la cuestión que dejo abierta— es si la presunción permite "fijar" un hecho o una calificación jurídica, esto es, si se presume un hecho o se presume una *quaestio iuris*, como la culpa. Sobre estos conceptos, véase Marina Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, págs. 137 y ss.

[39] "Art. 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".

"Art. 2356. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta".

[40] "Son especialmente obligados a esta reparación:

"1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego.

espíritu, en otra época, habría que tener en cuenta actividades típicamente riesgosas del momento. Esos tres casos, se ha interpretado, indicarían que hay actividades cuya esencia es tan peligrosa, que autorizan a presumir que, si hay un daño, este ha ocurrido por culpa[41].

Para una corriente doctrinal chilena, representada por ALESSANDRI RODRÍGUEZ y recientemente por BARROS[42] —y que coincide en lo esencial con la jurisprudencia mayoritaria colombiana— habría varias razones que demuestran la existencia de una presunción, perfectamente trasladables a la legislación colombiana. En primer lugar, la ubicación del artículo 2356 (2329 del Código chileno) después de las presunciones de culpa por el hecho ajeno y por el hecho de las cosas; en segundo lugar, la redacción del enunciado normativo ("Todo daño que *pueda* imputarse..."), que aplica un subjuntivo que no exige prueba de culpa; en tercer lugar, los ejemplos que contiene la disposición normativa suponen la ejecución de un hecho demostrativo de culpa; y, finalmente, la necesidad de que el artículo 2356 no se vea inútil frente al 2341, en virtud de lo que hoy se denominaría el principio del legislador no redundante. Hay casos, dice ALESSANDRI, que por sí mismos denotan la culpabilidad de su autor: choque de trenes o de vehículos, el hecho de caerse un ascensor, el incendio provocado por las chispas de una locomotora, porque "no es normal que los trenes o los automóviles choquen, no que los ascensores se caigan; si así ha ocurrido, es porque ha habido una imprudencia o descuido de alguien. Es lo que nos dice la razón natural"[43]. Pero —a diferencia de la jurisprudencia colombiana— la doctrina representada por ALESSANDRI admite la posibilidad de que en algunos casos no surja la presunción, bien por la naturaleza misma del hecho, bien por las circunstancias en las que este

"2. 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.

"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".

[41] Según BARROS, "las notas de BELLO al Proyecto de Código Civil de 1853" darían cuenta de que "esta norma tiene su origen en *Las Siete Partidas*" y, además, de que "en cada caso se trata de daños que inequívocamente se deben a la acción u omisión de un tercero y que en forma usual pueden ser evitados si se emplea el debido cuidado". Cfr. BARROS, *op. cit.,* pág. 147.

[42] Cfr. ARTURO ALESSANDRI R., *Responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005 (reimpr.), pág. 212; BARROS, *op. cit*., págs. 147 y ss.

[43] ALESSANDRI, *op. cit*., pág. 214.

tuvo lugar. Así, por ejemplo, las muertes en una piscina, la explosión de una caldera, el naufragio de una nave. Y, en cualquier caso, tal doctrina no considera —nuevamente, a diferencia de la jurisprudencia colombiana— que la presunción sea en sí misma indesvirtuable. En efecto, como ya se ha señalado, la interpretación vernácula ha sostenido desde siempre que la presunción de culpa no se desvirtúa con la prueba positiva de la ausencia de culpa, sino que se trataría de una presunción de culpa indesvirtuable, de tal manera que sólo le queda al demandado la posibilidad de exonerarse probando causa extraña.

Esta interpretación ha querido desvincularse desde siempre de una segunda posición, según la cual la responsabilidad por actividades peligrosas sería una responsabilidad por riesgo que no toma en cuenta la culpa, en absoluto y que, por lo tanto, sería una verdadera responsabilidad objetiva o estricta. Esta posición ha sido sostenida en Colombia por doctrina minoritaria y por algunos fallos aislados que, de tanto en tanto y en ocasiones con carácter de *obiter dictum* intentan una reorientación doctrinal. Uno de los casos paradigmáticos de esta posición es la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, de 24 de agosto de 2009 (M. P. William Namén) en la que la Corte, con una mayoría accidental, estableció que la peligrosidad de la actividad no tenía nada que ver con el cuidado con el que se ejerciera la misma. En ese fallo[44], la Corte sostuvo en la ponencia mayoritaria que la exigencia de la causa extraña como única causal de exoneración es, en realidad, una contradicción lógica frente a la pretendida presunción de culpa. Es decir, para dicho fallo, una vez se dice que se presume la culpa, la prueba contraria tendría que bastar para eximir de responsabilidad. Pero como *de facto* no se admite dicha prueba, entonces el marco teórico ha de ser diferente. En realidad —sostiene el fallo— la culpa no es elemento estructurante de esta responsabilidad y, por tanto, tampoco la prueba de la ausencia de culpa exonera de la obligación reparatoria. Solo eso explica que no se admita prueba que desvirtúe la supuesta presunción. Al mismo tiempo, para esta posición carece de sentido considerar que se presume la negligencia por el solo hecho de llevar a cabo actividades riesgosas que, no obstante, suelen ser lícitas, están permitidas, están reguladas y —al menos en la mayoría de los casos— son socialmente útiles. Por tal razón, en la línea argumental

[44] La discusión se repitió en sentencia de noviembre 3 de 2011, e. 734493103001-20000000101, M. P. William Namén, y en la ya citada sentencia de enero 12 de 2018, e. 11001310302720100057801, M. P. Ariel Salazar, que parece aceptar, en nota al pie de página, un argumento similar.

del fallo de 2009, el problema no sería en realidad acerca de la ubicación dogmática de la culpa en la estructura de la responsabilidad. Por el contrario, consideró la Corte que el criterio de imputación de la responsabilidad en este tipo de casos (actividades peligrosas) es el peligro potencial de causar daño.

Mediante sentencia de la Sala de Casación Civil, de 26 de agosto de 2010 (M. P. Ruth Marina Díaz) la Corte Suprema pareció recoger los planteamientos doctrinales del fallo anterior. Esta vez, en un fallo de reemplazo de una sentencia casada en 2008, la Corte volvió a reafirmar su doctrina de la culpa presunta como fundamento de la responsabilidad civil por actividades peligrosas y sostuvo que la subregla del fallo de 2009 únicamente se aplicaba a casos de colisión de actividades peligrosas. Para la Corte, pues, el fallo de 2009 únicamente "contiene una rectificación doctrinaria, tal como aparece en su motivación y la parte resolutiva, circunscrita exclusivamente al punto relativo al tratamiento jurídico equivocado que le dio el Tribunal al aspecto atinente a la 'concurrencia de culpas' en el ejercicio de actividades peligrosas, mas no frente a la doctrina tradicional de la Sala referente a que éstas se examinan bajo la perspectiva de una responsabilidad 'subjetiva' y no 'objetiva'".

Una tercera posición, difícil de clasificar, es la que ha sostenido TAMAYO JARAMILLO[45], quien estima que la única lectura coherente del artículo 2356 consiste en considerar que el ejercicio de una actividad peligrosa es, en sí mismo, una culpa. Esto es: no es que al demandante se le exonere de probar los hechos constitutivos de la culpa, sino que este, gravado con la carga de probar la peligrosidad de la actividad, está probando con ella la culpa necesaria para establecer la responsabilidad a cargo de quien la ejerce. En ocasiones la Corte Suprema de Justicia ha empleado el mismo tipo de razonamiento. Así, en la sentencia de 18 de diciembre de 2012 (exp. 00094, rad. 76001310300920060009401, M. P. A. Salazar), señala: "No es, entonces, que la observancia del deber de cuidado no sea suficiente para refutar la presunción de culpa, sino que la demostración de ese hecho es de tal rigor en esta especie de actividades que, por obra de la presunción legal, se forma en la mente del sentenciador la convicción de que el perjuicio se causó con culpa de su autor, de manera que únicamente la prueba de la causa extraña resulta idónea para corroborar la ausencia de culpa del demandado". Estos casos deben diferenciarse de aquellos en los que la Corte

[45] Cfr. TAMAYO JARAMILLO, *Tratado*..., I., *op. cit*., pág. 879.

encuentra que hay culpa incluso dentro del ejercicio de la actividad peligrosa. Tal es el caso de la sentencia de mayo 13 de 2010 (exp. 73319310100220010016101, M. P. Edgardo Villamil), en el que la Corte encontró que la demandada, que ejercía una actividad de generación de energía, no había tomado "las medidas necesarias, aconsejadas en el manual de funcionamiento de la empresa, para controlar las riadas propias de la temporada de invierno", razón por la cual "se dedujo culpa de la demandada por ejercer una actividad de suyo peligrosa".

B) *¿Qué hace peligrosa una actividad?*

Como se ha visto, la responsabilidad por actividades peligrosas se ha hecho derivar mayoritariamente del artículo 2356 del Código Civil, que no tiene una definición de actividad peligrosa. Es pues, una construcción jurisprudencial y doctrinal, aunque tampoco hay consenso ni acerca del tipo de definición posible, ni de sus elementos estructurantes, lo que advierte una primera línea para la posible modernización: la necesidad de estructurar un régimen legislativo para las actividades peligrosas o anormalmente peligrosas, que no esté sujeto a los vaivenes jurisprudenciales de los que se ha hablado. Habitualmente se afirma que la actividad susceptible de calificarse como peligrosa debe consistir en una conducta lícita (pues si se tratase de una actividad ilícita la ilicitud misma constituiría culpa)[46], mediante la cual o bien se manipulan ciertos objetos o bien se despliega una cierta conducta que en sí misma entraña el riesgo de producir un daño (corporal o material), por la aptitud que tiene de provocar un desequilibrio entre las fuerzas que una persona despliega frente a otra. Esto implica que la potencialidad de causar daños es uno de los elementos estructurantes de la actividad peligrosa, y esta potencialidad se deriva del uso de una cosa peligrosa, o bien de la manipulación de cosas no peligrosas, en forma tal que es dicha manipulación lo que genera el desequilibrio entre las fuerzas y, por lo tanto, la potencialidad del daño.

Con todo, algunos señalan que lo único que justifica la presunción (desvirtuable o no), es que la peligrosidad de la actividad sea inusual o especialmente alta, bajo el entendido de que quien actúa en un ámbito particularmente riesgoso debe incorporar en su conducta especiales cuidados, no exigibles a otros, para evitar accidentes que causen daños

[46] Así ocurre, por ejemplo, en la legislación italiana, donde se distingue entre el peligro generado por la conducta del agente (art. 2043) y el peligro derivado de la actividad (art. 2050).

a terceros[47]. Por ello, es frecuente encontrar dos tipos de tratamiento legislativo a las actividades peligrosas y a las excepcionalmente peligrosas: el de la presunción de culpa y el de la responsabilidad estricta. Si la presunción es desvirtuable estaremos en el ámbito de la responsabilidad subjetiva tradicional, mientras que si la presunción es indesvirtuable, el resultado es equivalente al de la responsabilidad estricta. Habitualmente, la actividad peligrosa sin más entraría en el terreno de la presunción de culpa, mientras que la actividad anormalmente peligrosa sería tratada como verdadera responsabilidad estricta. Dado que nuestro legislador y nuestra jurisprudencia no hacen dicha distinción, ambos casos quedarían cobijados por el régimen del artículo 2356 que es una mezcla de las dos instituciones: presunción de culpa, sí, pero que no puede ser desvirtuada.

C) *Responsabilidad por* '*cosas*' *y por* '*actividades*' *peligrosas*

Desde un punto de vista funcional u operativo, resulta posible distinguir entre la responsabilidad que se deriva de *actividades* peligrosas y la que se deriva del hecho de las *cosas*. En ese sentido, la responsabilidad que se genera por la guarda o custodia de una cosa es diferente de la que se deriva del ejercicio de una actividad peligrosa, así en esta se utilice una cosa, que puede ser animada o inanimada. En el primer caso, la responsabilidad se reconduce a la llamada responsabilidad por el hecho de las cosas (arts. 2350 y ss. del Código Civil); en el segundo, como se vio, la opinión ampliamente mayoritaria consiente en aplicar el régimen del artículo 2356[48].

[47] En palabras de BARROS, "son especialmente sugestivas las condiciones que la jurisprudencia comparada ha establecido para aceptar una responsabilidad estricta en este tipo de casos; en esencia, tales condiciones guardan relación con los criterios para determinar el nivel de cuidado exigible: mientras mayor sea el peligro y la probabilidad de un accidente, y menor la utilidad que presenta para los demás, más cerca se encuentra la cosa o actividad de estar sujeta al régimen especial de responsabilidad sin culpa". Cfr. BARROS, *op. cit*., pág. 152.

[48] Esta distinción tiene amplio respaldo jurisprudencial. Solo a manera de ejemplo, la sentencia de la Sala de Casación Civil de 17 mayo 2011 (rad. 25290310300120050034501, M. P. William Namén). Con todo, algún sector de la doctrina parece considerar que la responsabilidad por actividades peligrosas forma parte de la responsabilidad por el hecho de las cosas. Así, SANTOS BALLESTEROS incluye el capítulo correspondiente a aquella dentro de ésta, aunque distingue entre la potencialidad de daño de las cosas como instrumento "de la actividad positiva" del hombre y el peligro que se genera en "un proceso propio y espontáneo que escapa a todo control del hombre" (cfr. SANTOS BALLESTEROS, *op. cit*., págs. 291 y ss.).

La responsabilidad por el hecho de las cosas (que comprende, en general, la responsabilidad por el hecho de los animales) son casos de responsabilidad objetiva. En algunos casos, traslada al demandado la carga de demostrar que actuó sin culpa y en otros (como en el caso del artículo 2350, por ruina de edificio, o el 2353, de responsabilidad por daños causados por animales fieros) solo admiten la exoneración mediante causa extraña. Con todo, la responsabilidad civil por actividades peligrosas comprende los daños causados por *cosas peligrosas*, toda vez que la tenencia, custodia o manipulación de una cosa peligrosa cabría perfectamente dentro de la noción de actividad peligrosa. En ese sentido, por ejemplo, la acumulación de energía o de materiales explosivos, hacen que el contenedor sea peligroso (un transformador de energía, un recipiente que almacena gas a presión o algún líquido inflamable).

D) *Peligrosidad en la estructura y en el comportamiento*

Cuando la actividad que se califica como peligrosa está vinculada a cosas (es decir, se ejerce con cosas) es posible diferenciar al menos dos casos que suponen peligrosidad: la potencialidad de daño por la cosa misma (por su diseño, sus materiales o su propio dinamismo) y la potencialidad de daño por el uso que se haga de la cosa, a pesar de que esta en sí misma no entrañe riesgos. A la primera situación se le ha denominado peligrosidad en la estructura y a la segunda, peligrosidad en el comportamiento.

E) *¿Qué actividades se consideran peligrosas?*

Si fuese posible una sistematización de la jurisprudencia al respecto, podría hacerse un elenco ejemplificativo de las actividades que se han considerado peligrosas. En él estarían marcadamente la conducción de vehículos automotores[49], la construcción[50], la generación y transporte

[49] Sobre la calificación de la conducción de automotores como actividad peligrosa, Corte Constitucional, sent. C-1090 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas —aunque en *obiter dictum*—; C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 16 junio 2008, exp. 0611, M. P. Ruth Marina Díaz; sent. de 17 mayo 2011, exp. 25290310300120050034501, M. P. William Namén; sent. de 3 noviembre 2011, exp. 0001, M. P. William Namén.

[50] C. S. de J. Sala de Casación Civil, sent. de 25 agosto 2014, M. P. Margarita Cabello, exp. 000227. Con esta sentencia, además, se reiteró la posición de la Corte sobre la solidaridad de los varios implicados en la actividad constructiva: constructor, titular

de energía[51], la explotación y transporte de hidrocarburos, la utilización de armas de fuego y explosivos, el uso de maquinaria (escaleras eléctricas, malacates, ascensores, etc.). Sin embargo, la identificación de una actividad como peligrosa no encuentra sustento en un catálogo preciso y cerrado, sino que está abierta a la consideración del juez en cada caso concreto.

F) ¿*Quién responde por actividades peligrosas*? (*la noción de guardián*)

La respuesta obvia es que incurre en responsabilidad civil por ejercicio de la actividad peligrosa quien ejerce la actividad peligrosa. Sin embargo, no siempre es tan claro determinar quién *ejerce* la actividad que se califica como peligrosa, y la disposición normativa que se ha empleado para justificar la existencia del régimen de responsabilidad no da luces al respecto. La jurisprudencia y la doctrina, entonces, han señalado que ejercer la actividad peligrosa no equivale a desplegarla materialmente, sino a tener el control, la dirección o el manejo de dicha actividad[52]. Pero aquí, en lugar de solucionarse el problema jurídico, apenas comienza el debate porque un sector doctrinal y alguna jurisprudencia trasladan parte del lenguaje de las instituciones francesas a las colombianas para determinar quién tiene ese control, buscando la cobertura normativa que el artículo 2356 del Código Civil no ofrece en sí mismo.

Y entonces, en lugar de realizar la construcción teórica acerca del titular de la actividad a partir de las nociones de dirección, control o manejo, se trasplanta la noción de "guarda" que el derecho francés construyó a partir del artículo 1384 del *Code* que, recuérdese, se refiere a la responsabilidad por las cosas que se tienen bajo la propia guarda[53].

---

de la licencia de construcción, dueño de la obra, propietario del predio en el que se desarrollan, etc.

[51] Las actividades relacionadas con energía eléctrica han sido calificadas por la jurisprudencia como peligrosas "en grado sumo" y de manera reiterada. Al respecto, C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 9 julio 2010, exp. 11001310303519990219101, M. P. William Namén; también C. S. de J.. Sala de Casación Civil, sent. de 14 octubre 2010, rad. 41298310300220020002401, M. P. Ruth Marina Díaz.

[52] De allí que algunos consideren que el fundamento de la responsabilidad por actividades peligrosas es el mismo fundamento de la responsabilidad por el hecho de las cosas, del cual formaría parte la obligación de custodia de la cosa. Es la posición, por ejemplo, de SANTOS BALLESTEROS (cfr. SANTOS BALLESTEROS, *op. cit.*, pág. 297).

[53] Sobre la evolución de la noción de guardián en el derecho colombiano, véase especialmente CASTRO DE CIFUENTES, "El guardián de la actividad peligrosa: una solución

Así las cosas, se afirma que la responsabilidad corresponde al *guardián* de la actividad causante del daño, y guardián sería quien ejerce poderes autónomos de dirección, manejo, control o gobierno de la actividad. Repárese en que la noción de guarda funciona muy bien para la cosa causante de daños en el derecho francés, porque allí el texto de la disposición normativa explícitamente atribuye la responsabilidad al guardián, esto es, la disposición normativa atribuye responsabilidad a quien tenga una relación fáctica (y no jurídica: propietario, poseedor, tenedor) con la cosa que causalmente puede conectarse con la producción del daño. Pero causa algún problema de comprensión en el derecho colombiano, porque la figura del guardián no aparece en nuestra legislación y la institución a la que pertenece en el derecho francés (la responsabilidad por el hecho de las cosas) no está regulada en los mismos términos en el derecho colombiano. Tal problema de comprensión se deriva de que suele afirmarse que la noción de guarda no hace alusión al vínculo fáctico entre el sujeto y la cosa, sino que haría alusión a un vínculo jurídico, pero cuyos caracteres distintivos no son, en estricto sentido, elementos jurídicos (*quaestio iuris*).

Por una parte, se tiene que ni la mera manipulación material de una cosa por un sujeto, ni el ejercicio material de una actividad son suficientes para que pueda considerarse que dicho sujeto es su guardián. Se hace necesario, por el contrario, determinar quién tiene el poder de controlar o dirigir en forma autónoma —esto es, sin injerencia ajena— la actividad que a la postre causa el daño. Y aunque doctrina y jurisprudencia afirman que esta es una cuestión jurídica, ciertamente no lo es. Porque es una cuestión fáctica la determinación de quién, de hecho, tiene ese poder sobre la actividad considerada peligrosa. Pero como tal cuestión fáctica puede ser difícil de determinar, la doctrina propone la formulación de presunciones *iuris tantum* —y la jurisprudencia las acoge y aplica— para atribuir la calidad de guardián a quien tenga una relación jurídica con la actividad (o la cosa con la que dicha

---

jurisprudencial diseñada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia", en Marcela Castro de Cifuentes (coordinadora), *Gaceta Judicial: 130 años de historia jurisprudencial* colombiana, Bogotá, Temis, 2017, pág. 125 y ss. La doctrina italiana, por su parte, se refiere a la "custodia" de cosas como criterio de imputación de responsabilidad civil a partir del art. 2051 del *Codice*, hipótesis normativa que se diferencia del art. 2050 por medio del cual se atribuye responsabilidad por el riesgo. En Italia, pues, el art. 2051 tiene su antecedente en el anterior código de 1865 y este, a su vez, en el art. 1384 del *Code* de Napoleón. Entre nosotros, por el contrario, bajo el concepto de la actividad peligrosa se identifica al guardián de la misma, fundiendo en un solo las dos hipótesis (peligro y custodia) que el derecho italiano trata separadamente.

actividad se ejerce), tal como ocurre con el derecho de dominio, que ha permitido a los tribunales *presumir* guardián al propietario de la cosa con la que se ejerce la actividad peligrosa[54].

En ese sentido, la jurisprudencia ha entendido que a veces la fuente de la guarda es una situación jurídica —un derecho en relación con la cosa o actividad— y a veces es una situación fáctica —tener efectivamente el control y el gobierno de la actividad—, cuando en realidad la relación jurídica no es más que la base para aplicar la presunción judicial correspondiente. Y en aplicación de este esquema, entonces, se ha considerado guardián, tanto a quien tiene la condición de poseedor material, como al tenedor legítimo de la cosa —siempre que este último tenga facultad de uso o con facultad de goce— como al detentador ilegítimo o usurpador de la cosa, esto es, a quien asume de hecho el gobierno material de la cosa, así ese gobierno haya sido adquirido de manera ilícita, mediante despojo de quien era su legítimo titular.

Ahora bien: esta relación entre el guardián y la actividad no es una relación de causalidad, como algún sector de la doctrina lo ha sostenido. El guardián demandado, entonces, no puede considerarse *causa* de la actividad peligrosa, sino que tiene (o mejor, ejerce) un poder de dirección y control sobre la misma. Esto significa que el guardián bien podría perder la calidad de guardián por un hecho que le sea irresistible e imprevisible, pero no por ello hablaríamos de que se ha roto la causalidad entre la actividad y el daño, sino que diríamos, simplemente, que el sujeto ya no era guardián.

Como ya se ha señalado a partir de la distinción teórica entre presunción de culpa y responsabilidad objetiva, algunas propuestas de modernización, como los *Principles of European Tort Law*, distinguen las hipótesis de presunción de culpa o inversión de la carga probatoria ("a la luz de la gravedad del peligro que la actividad en cuestión comporta") de las responsabilidades objetivas en estricto sentido, como aquellas que se establecen por "actividades anormalmente peligrosas", en las que el responsable es simplemente "quien lleva a cabo" dicha actividad (art. 5:101). Dicha propuesta expresamente acoge la noción de guardián (*keeper*)[55] o explotador, como la persona "que ejerce el

[54] Tal es el caso de la sentencia C. S. de J., Sala de Casación Civil, de 13 mayo 2008, exp. 11001310300619970932701, M. P. César Julio Valencia.

[55] B. KOCH, "Responsabilidad objetiva", en *Principios del derecho europeo de la responsabilidad civil* (trad. coordinada por Miquel Martín-Casals), Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008, pág. 151.

control efectivo" sobre la actividad, sin necesidad de que el control sea específicamente material.

G) *La posibilidad de una guarda compartida*

Es posible, con todo, que haya varios sujetos de derecho que tengan un poder sobre la actividad peligrosa o la cosa con la que se ejerce, de tal manera que pueda considerarse que todos ellos ejercen simultáneamente la guarda. A este respecto, se ha empleado el concepto de guarda compartida y el concepto de guarda concurrente, dependiendo de que la guarda ejercida por cada uno de los *guardianes* sea dependiente (compartida) o independiente (concurrente) de las demás. Quizás el ejemplo paradigmático ocurre en el ámbito de la construcción respecto de los daños sufridos por terceros ajenos a la obra. El alto nivel de complejidad que tiene la actividad constructiva actualmente (a diferencia de la relativa simpleza con la que era tratada en el Código Civil) supone entender que normalmente la construcción es un proceso en el que intervienen sujetos muy diferentes, cada uno de los cuales puede comprometer su propia responsabilidad, pero que en ocasiones se confunden sin que sea posible delimitar el ámbito de cada uno de ellos. Así, por ejemplo, el empresario responsable de toda la construcción y el contratista suyo encargado de realizar movimientos de tierra, podrían ser considerados, ambos, guardianes de las primeras actividades de excavación, en razón de que ambos ejercen actos de dirección, control y manejo del movimiento de tierras. Tal sería una guarda concurrente sobre una misma actividad[56]. Caso semejante (e igualmente frecuente) es el del transporte terrestre, en el que concurre la guarda que ejerce el propietario del vehículo y la que ejerce el empresario del transporte que afilia los automotores[57]. Por el contrario, es diferente el supuesto de los copropietarios de un vehículo automotor, si ambos tienen la

[56] No obstante, no siempre es claro que pueda tenerse a todos los intervinientes en una construcción como guardianes de la actividad peligrosa. La jurisprudencia ha llegado a considerar al propietario del inmueble guardián de la actividad peligrosa y, por lo tanto, responsable. Sobre este tema, los salvamentos de voto de Edgardo Villamil y Jaime Arrubla a la sentencia C. S. de J. Sala de Casación Civil de 13 mayo 2008, exp. 11010013103006199709327 01. Y este, justamente, es uno de los puntos en los que la modernización de la legislación sería deseable, indicando sobre qué debe recaer la condición de guardián para que se predique responsabilidad (y, por lo tanto, solidaridad).

[57] Así se declaró, por ejemplo, en la sentencia C. S. de J., Sala de Casación Civil de 19 diciembre 2011, exp. 00050, rad. 44013103001200100050 01, M. P. Pedro Octavio Munar.

posibilidad de dirigir la actividad que con él se despliega. Se trataría, en esta hipótesis, de una guarda compartida. En todos estos casos, se predicará responsabilidad solidaria[58], en la medida en que varios sujetos efectivamente realizan actos de dirección, control y manejo de la actividad peligrosa[59].

Cuando se ha distinguido entre la estructura y el comportamiento, es perfectamente posible que haya también dos o más guardianes, uno en cada uno de los frentes (estructura y comportamiento). En tal caso, lo que corresponde a la víctima es establecer cuál de ellos fue el causante del daño. Así, por ejemplo, cuando se transportan sustancias peligrosas y ocurre un accidente que causa daños a un tercero, tendría que determinarse si el daño se ocasionó por la peligrosidad de la sustancia (estructura) o por razón de su manipulación en el transporte (comportamiento), para determinar quién es el guardián que debe responder del daño.

En algún sector de la doctrina, como se ha señalado, se ha sostenido que el propietario de la cosa con la que se ejerce la actividad peligrosa es el guardián de la misma. Pero tal asociación entre el derecho de dominio y la calidad de guardián debe deshacerse pues, por una parte, es perfectamente posible que el propietario no sea guardián (porque ha sido despojado o ha cedido el poder de dirección, manejo y control) y es asímismo posible que el guardián no sea propietario. La fuente de los equívocos ha estado en que la calidad de propietario de la cosa ha sido tratada como la base para presumir la calidad de guardián, fundamentalmente a partir de la definición del derecho de dominio del artículo 669 del Código Civil. Si se prueba que una persona es la dueña o el empresario de la actividad, se presume que dicha persona ostenta poderes de dirección, manejo y control. Esta presunción, con todo, no es legal sino judicial, y se fundamenta en las facultades que otorga el derecho de dominio al propietario (usar, gozar y disponer de la cosa). Por eso, probar la calidad de propietario aumenta las probabilidades de éxito de la víctima, pero no garantiza el triunfo de las pretensiones, pues

[58] No es solidaria, por el contrario, la responsabilidad en virtud del art. 2350 del C. C., que presume culpables a todos los vecinos de un edificio del que se cae un objeto que termina causando daños.

[59] C. S. de J.. Sala de Casación Civil, sent. de 8 abril 2014, exp. 00743, rad. 11001-310302620090074301 (M. P. Fernando Giraldo), la cual reitera la posición adoptada en las siguientes sentencias: C. S. de J. Sala de Casación Civil, sent. de 4 abril 2013, exp. 11001310300820020941401, M. P. Ruth Marina Díaz; de 17 mayo 2011, exp. 00345, M. P. William Namén; junio 4 de 1992, exp. 3382, M. P. Carlos Esteban Jaramillo.

el propietario siempre podría demostrar que, pese a ser titular del derecho real, no ejercía realmente actos de dirección, manejo o control de la actividad. Esto supone, bajo el tratamiento de una presunción judicial, que al propietario le corresponde la carga de acreditar que, de hecho, se había desprendido de los poderes de dirección, manejo o control, bien en virtud de un acto jurídico (por ejemplo, un contrato más el correspondiente modo, en caso de que sea necesario), bien en virtud de un hecho jurídico (como el hurto de la cosa). Sobre lo primero, conviene precisar que no basta con el mero título contractual que obligue a las partes a transferir el derecho de dominio sobre el bien, para desvirtuar la presunción que recae sobre el propietario, sino que es necesario probar que efectivamente se ha realizado la transferencia del dominio, o que el propietario, de *facto*, carecía de toda facultad de control sobre la actividad peligrosa.

Ya se ha señalado que la responsabilidad por actividades peligrosas y la calidad de guardián no se predican de quien ejerce materialmente la actividad, sino que lo determinante es el poder de control sobre la misma. Esa es la razón por la cual el trabajador bajo las órdenes de un empresario o empleador supraordenado, usualmente no responde bajo este tipo de responsabilidad, cuando ejecuta la actividad por cuenta de dicho empresario, o cuando lo hace con cosas peligrosas que son de propiedad de aquel. Por supuesto, esto no impide que ese trabajador comprometa su propia responsabilidad por el hecho propio cuando, además de la peligrosidad de la actividad, la víctima logre acreditar que se ha cometido una culpa, o cuando la cosa o actividad peligrosa no tengan vínculo alguno con el empleador, así hayan sido ejercidas por el trabajador durante su jornada laboral (pues en este caso la institución aplicable sería la responsabilidad por el hecho ajeno prevista en el art. 2347 del C. C., que permite la exoneración de ese empleador, si se prueban hechos que constituyan diligencia y cuidado en la vigilancia del trabajador).

Ahora bien: hay casos particulares en los que el carácter variopinto de la actividad involucra diversos sujetos en el ejercicio de la actividad, lo que obliga a aguzar el criterio a la hora de seleccionar los posibles responsables. El primero de ellos es el transporte terrestre de pasajeros, donde pueden aparecer el propietario del vehículo, su explotador y el conductor del mismo. Los dos primeros, por ejemplo, pueden tener control de la actividad peligrosa y ser considerados, por ello, guardianes de la misma. Las normas reguladoras de la actividad del transporte (extensivamente regulada), señalan que la empresa de

transporte, que requiere autorización estatal para operar, responde si obtiene aprovechamiento económico del servicio de transporte, pues es justamente la autorización estatal lo que les confiere un poder de dirección sobre la actividad. En ese sentido, incluso el artículo 36 de la ley 336 de 1996 señala que la empresa es solidariamente responsable con el empleador del conductor, para "todos los efectos". Por ello, a la víctima le corresponde una carga probatoria relativamente fácil de satisfacer, pues únicamente debe probar cuál es el transportador al que se encuentra afiliado el vehículo de transporte que le ha causado el daño[60].

Un segundo caso corresponde a la determinación de quién se considera explotador de la actividad peligrosa, cuando las enseñas comerciales o los signos distintivos son visibles en la cosa con la que se ejerce la actividad peligrosa. En estos casos, la jurisprudencia ha considerado que tal visibilidad de las enseñas y marcas comerciales puede indicar la posibilidad de control compartido entre el transportador y el remitente o destinatario[61].

El tercer caso corresponde a los mecanismos de financiación mediante arrendamiento financiero (*leasing*), mediante los cuales una entidad financiera adquiere el dominio de un bien, cuya tenencia traslada a quien lo va a utilizar efectivamente, a cambio del pago de un canon de arrendamiento (con o sin opción de compra). En estos casos, aunque la entidad de servicios financieros es la titular del derecho de dominio, se

[60] A este respecto, la sentencia C. S. de J., Sala de Casación Civil, de 17 mayo 2011 (exp. 25290310300120050034501, M. P. William Namén) resolvió un caso en el que se alegó en casación que se había condenado a una sociedad distinta de la que era la afiliadora del vehículo, aunque tenían denominación social semejante. La Corte consideró que tal irregularidad no se había alegado por las vías de la nulidad en el curso del proceso y que, a pesar de haberse errado en esa denominación social en el texto de la demanda, se habían aportado por la actora los certificados de existencia y representación legal correctos.

[61] Es el caso de la sentencia C. S. de J., Sala de Casación Civil de 22 abril 1997 (exp. 1453), mediante la cual se decidió un caso contra una sociedad que distribuía sus productos a través de un transportador independiente, al que le exigía exclusividad y le sometía a la determinación de los recorridos que ella considerase. Producido un daño con uno de tales vehículos, la Corte consideró que podía considerarse la guarda compartida entre el transportador y la sociedad que había contratado el transporte de sus productos. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha considerado que las empresas de transporte generalmente tienen la calidad de guardián de la actividad peligrosa, por ser "quienes de ordinario ejercen sobre el automotor un poder efectivo de dirección y control" (C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 20 junio 2005, exp. 7267, M. P. César Julio Valencia).

considera por la jurisprudencia que la dirección, control y manejo de la actividad peligrosa corresponde al arrendatario (*locatario*) del bien[62].

Un último caso corresponde a los bienes que se transfieren a un patrimonio autónomo administrado por una sociedad fiduciaria para actividades como, por ejemplo, la construcción de un inmueble. Dado que la construcción en sí misma se considera una actividad peligrosa, la pregunta que surge es si la sociedad fiduciaria que administra los recursos es guardiana de dicha actividad. La jurisprudencia ha considerado que no, en virtud de que la sociedad fiduciaria cede la tenencia de los bienes a quien gerencia el proyecto inmobiliario, que es quien asume la guarda de los mismos y, por lo tanto, controla la actividad constructora[63].

H) *Carga de la prueba*

Lo que constituye el *onus probandi* del demandante supone establecer cuáles son los extremos fácticos que deben encontrarse acreditados para que triunfe la pretensión indemnizatoria en la responsabilidad por actividades peligrosas. Además de lo que debe aparecer probado en todo proceso de responsabilidad civil (el daño) y la actividad del demandante, es necesario que se pruebe la calidad de guardián que tiene el demandado y el nexo causal entre la actividad y el daño. En efecto, nadie duda de que debe probarse por el demandante (la víctima o sus causahabientes) que la actividad peligrosa fue la causa del daño, pues resulta claro que si alguien ejerce una actividad peligrosa pero no ha causado el daño con dicha actividad, el régimen jurídico que se le aplica no es el de la responsabilidad por actividades peligrosas. Así, por ejemplo, si a alguien le cae un recipiente con líquido inflamable en un pie, porque quien lo transportaba se distrae y el recipiente cae de sus manos, pero el daño que sufre la víctima es la contusión por el golpe, no podría emplearse el régimen jurídico de las actividades peligrosas.

[62] Es el caso, por ejemplo de las sentencias C. S. de J., Sala de Casación Civil, de 2 diciembre 2011 (rad. 11001310303520000089901, M. P. William Namén; abril 4 de 2013, exp. 11001310300820020941401, M. P. Ruth Marina Díaz; y, más recientemente, de la sentencia C. S. de J., Sala de Casación Penal, de 8 junio 2016, rad. 45804, M. P. Fernando Castro, cuyo valor especial radica en que en pocas ocasiones la Sala Penal se ocupa de temas civiles y en esta ocasión lo hace para compartir el criterio que, en casos semejantes, ha tenido la Sala Civil. Con todo, la posición la ha sostenido la Corte Suprema en numerosas ocasiones.

[63] Un caso de esta naturaleza fue fallado mediante la sentencia C. S. de J., Sala de Casación Civil de 27 abril 2004, exp. 54508, M. P. Silvio Fernando Trejos.

En la actividad probatoria así caracterizada existe plena libertad de las partes (y, en la dinámica del Código General del Proceso, con las amplias facultades probatorias del juez, también de este). Sin embargo, la prueba científica de la causalidad suele tener alguna preeminencia en ciertos ámbitos, como ocurre en materia de daños al medio ambiente, o en los casos de daños a la estabilidad de los suelos por la actividad constructiva. Pero hay algunas actividades peligrosas que, en sí mismas, facilitan la prueba del vínculo entre la actividad y el daño, pues facilitan la generalización propia de los indicios y las presunciones judiciales. Así, por ejemplo, cuando se trata de actividades cuya peligrosidad se deriva de la acumulación de energía o del empleo de fuerzas muy superiores a la humana, a partir de regularidades causales es posible estructurar una inferencia que de por establecido el nexo que vincula el daño a la actividad, como en los casos de accidentes con vehículos automotores en movimiento, fuerzas hidráulicas o explosiones de hidrocarburos. Pero no es necesario que la actividad peligrosa haya entrado en contacto físico con la persona o los bienes del demandante, pues la causalidad en estos casos va más allá de ese contacto cuando el riesgo se deriva de la situación y el resultado dañoso se produce como consecuencia indirecta de la peligrosidad de la conducta desplegada (el ciclista que se lesiona al salirse de la vía para evitar ser arrollado, el sujeto que pierde el equilibrio como consecuencia del ruido de una explosión y se lesiona en la caída, o la víctima que resulta lesionada en un accidente de varios vehículos, en relación con el que inició la cadena de colisiones) .

I) *Actividades peligrosas inertes*

No es necesario, de acuerdo con lo que se ha dicho, que la actividad peligrosa esté en movimiento o con su dinamismo activo al momento de la causación del accidente. La jurisprudencia, en efecto, se ha referido a actividades peligrosas en receso y a cosas peligrosas inertes. Recuérdese que, por lo general, la actividad peligrosa se encuentra en movimiento, pero tal dinamismo no es necesario. En estos casos, el análisis de la causalidad que enlaza la actividad peligrosa con el daño puede dar lugar a varias situaciones posibles. En primer lugar, es posible que la inercia de la cosa o el receso de la actividad excluya la posibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad por actividades peligrosas, si en tal situación el carácter peligroso desaparece o no existe, pues se encontraba justamente en el dinamismo o comportamiento, y no en su estructura. Tal sería el caso, por ejemplo, de un transformador eléctrico

desconectado y almacenado en una bodega. Pero cuando la cosa con la que se ejerce la actividad peligrosa puede causar daños por su estructura (el material del que está hecha, por ejemplo), su peligrosidad no disminuye ni desaparece con la inercia. En tales casos (materiales inflamables, materiales cortantes, etc.), lo que debe resultar acreditado es que pese a la inercia de la cosa, el riesgo se concretó por la estructura misma de la cosa: almacenamiento de explosivos, elementos filosos o cortantes, entre otros, son ejemplos de este tipo de casos, en los que el examen del vínculo causal puede verse enfrentado a algunas vicisitudes.

En este sentido, si la actividad se encontraba inerte es necesario determinar cómo entró la víctima en contacto con ella, pues su conducta podría tener alguna relevancia causal y, por lo tanto, dar lugar o bien a la reducción de la indemnización en virtud del artículo 2357 (si tal exposición al riesgo fue imprudente), o a la exoneración total del demandado. La situación es diferente si la actividad peligrosa puede causar daños si su dinamismo se pone en marcha de manera espontánea o no provocada por la víctima. En sentencia de la Sala de Casación Civil de 22 de febrero de 1995 (exp. 4345, M. P. Carlos Esteban Jaramillo) la Corte estimó que una construcción (caseta de peaje) localizada en medio de una vía sin debida iluminación y señalización, pese a estar inmóvil, era peligrosa en sí misma (en su estructura), lo que comprometía la responsabilidad del concesionario de la vía, pues este debía evitar los accidentes de los vehículos con la construcción misma[64].

J) *Colisión de actividades peligrosas*

Dado que se ha aplicado tradicionalmente una presunción de culpa en el ejercicio de las actividades peligrosas, surgen dudas al momento de determinar qué régimen se aplica cuando tanto la víctima como el causante del daño ejercían una de tales actividades. A este problema, siguiendo la denominación francesa, se le ha llamado "colisión de actividades peligrosas", y se aplica fundamentalmente a la colisión de vehículos automotores, aunque no necesariamente se debe tratar de tales casos[65]. El legislador no se ha ocupado de determinar a quién

[64] Sobre el punto, la aclaración de voto de Tamayo Jaramillo puso de presente que si la peligrosidad se debe a una conducta negligente o imprudente del concesionario, como no iluminar o no señalizar debidamente la construcción, entonces la responsabilidad ha de regirse por el régimen de la culpa y no por el de actividades peligrosas. Cfr. Tamayo Jaramillo, *Tratado...*, *op. cit.*, págs. 961 y ss.

[65] Puede tratarse, por ejemplo, de los daños causados por una explosión de un transformador eléctrico, como consecuencia de un golpe sufrido por un árbol que está siendo

corresponde la carga de la prueba en este tipo de supuestos, razón por la cual se han formulado diversos tipos de respuesta[66], con prescindencia de quién sea el demandante y quién el demandado, e incluso con prescindencia de la curiosa situación en la que ambas partes se formulan pretensiones recíprocamente.

El primer tipo de respuesta supone analizar de manera teleológica la presunción que la jurisprudencia ha derivado del texto legal. Según esta posición, las presunciones solo operan a favor de las víctimas, de tal manera que no hay razón alguna para alterar el régimen de exoneración: el demandado que ejercía una actividad peligrosa debe indemnizar la totalidad del daño, de tal manera que si las partes son recíprocamente demandante y demandado, se deben completamente las indemnizaciones de los daños que se hayan causado, aunque luego puedan operar modos de extinción de las obligaciones, como la compensación.

Un segundo tipo de respuestas exige comparar los niveles de peligrosidad de las actividades peligrosas implicadas en la colisión. Según estas respuestas, la mayor preligrosidad absorbe a la menor, de tal manera que solo está llamado a indemnizar en virtud de este tipo de responsabilidad peligrosas quien fuese guardián de la actividad más peligrosa. De esta suerte, solo al titular de la actividad más peligrosa se le aplica la presunción de culpa.

Un tercer tipo de respuestas, que ha sido ampliamente utilizado por la jurisprudencia, supone que las presunciones se neutralizan recíprocamente, de tal manera que ninguno de los guardianes de las actividades que colisionan responderá bajo el régimen del artículo 2356 del Código Civil. Esta solución, como resulta apenas comprensible, arroja a las víctimas al terreno de la culpa probada, de tal manera que solo será indemnizado aquel que logre acreditar los hechos constitutivos de culpa de su contraparte, no obstante esta haya estado ejerciendo una actividad peligrosa[67].

talado; o de los daños producidos por el uso de explosivos en una generadora de energía hidroeléctrica. Evidentemente, quien no *ejerce* la actividad peligrosa no se encuentra en este tipo de situaciones, aunque sus daños provengan de la colisión de dos actividades peligrosas. Así, por ejemplo, los pasajeros de un bus que colisiona con otro no ejercían actividad peligrosa alguna.

[66] Sobre ellas, véase ampliamente TAMAYO, *Tratado*..., t. I, *op. cit*., págs. 995 y ss. Su exhaustiva clasificación parte de una separación conceptual entre dos grupos de supuestos: cuando solo uno de los que ejercían actividades peligrosas sufre un daño y cuando ambos guardianes de las actividades peligrosas que colisionan padecen daño, convirtiéndose en víctimas recíprocas.

[67] Tal es la solución que hasta hace apenas un par de décadas empleaba la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Véanse, al respecto, las sents. de 5 mayo 1999,

Un cuarto grupo de respuestas estima que la solución correcta supone la graduación de las indemnizaciones en función de la peligrosidad de las actividades, a la manera del artículo 2357 del Código Civil. Una variante de esta solución supone considerar que el ejercicio de la actividad peligrosa es una culpa en sí misma, posición que ya se ha examinado. Si hay una culpa adicional, toda la relevancia causal del hecho será absorbida por esa culpa adicional a la peligrosidad de la actividad, y solo en caso de que no haya una culpa adicional, se acude a la reducción (recíproca) de la indemnización en atención a la peligrosidad de las actividades, que será —según esta posición— equivalente a la gravedad de las culpas en que han incurrido los implicados.

El último grupo de soluciones corresponde al estado actual de la jurisprudencia, que fue adoptado mediante la citada sentencia de la Sala de Casación Civil de 26 de agosto de 2009 (M. P. William Namén) y se ha reiterado mediante sentencia de 3 de noviembre de 2011[68]. Para esta posición, no hay razón alguna para que en la solución jurídica de los casos de colisión de actividades peligrosas se cambie el régimen aplicable, pues en cualquier caso se está en presencia de actividades peligrosas. Por ello, no es posible hablar de compensación de culpas, neutralización de actividades ni de neutralización de presunciones, pues aunque se trate de una actividad peligrosa, es posible —según esta doctrina jurisprudencial— ejercerla con culpa o sin ella. Esto implica que la existencia de una culpa adicional de alguno de los guardianes de las actividades peligrosas que colisionan no implica, tampoco, un cambio de régimen. Por lo tanto, el problema de la colisión se resuelve en el terreno de la causalidad.

Desde este punto de vista, de acuerdo con el fallo, la conducta de las partes debe apreciarse de manera objetiva "según el marco fáctico de circunstancias y los elementos probatorios, para determinar si es causa única o concurrente y, por ende, excluir o atenuar el deber indemnizatorio". Y cuando se establezca que el daño es atribuible a la conducta de ambas partes, cada uno será responsable en la medida de su contribución causal. El análisis, pues, pasa a centrarse en la relevancia causal de cada actividad peligrosa en la producción del daño, de tal suerte que sea posible aplicar exoneraciones totales o reducciones parciales de la indemnización.

---

exp. 4978, M. P. Jorge Antonio Castillo; 26 noviembre 1999, exp. 5220, M. P. Silvio Trejos, y 19 diciembre 2006, exp. 00011, M. P. Manuel Ardila.

[68] C. S. de J. Sala de Casación Civil, sent. de 3 noviembre 2011, exp. 73449310-300120000000101, M. P. William Namén.

K) *Los incapaces aquilianos y las actividades peligrosas*

Dado que la responsabilidad por actividades peligrosas supone una presunción de culpa, es pertinente preguntarse si este esquema admite la atribución de responsabilidad a un incapaz. Teniendo en cuenta que el artículo 2346 del Código Civil consagra la incapacidad *aquliana* de los que entonces se llamaba dementes (incapaces absolutos por discapacidad mental absoluta) y de los menores de diez años, hay que concluir que, *a fortiori*, quienes no quepan en tales descripciones sí son capaces de cometer delitos o culpas, en los términos de la legislación civil.

Ahora bien: las concepciones que suponen que este tipo de responsabilidad es una culpa probada, o que es una culpa presunta, suponen necesariamente la irresponsabilidad del incapaz aquiliano. Sin embargo, conforme a una lectura del artículo 2356 que no contemple en absoluto la noción de culpa, la incapacidad aquiliana no se opone a la posibilidad de atribuir consecuencias patrimoniales aun a aquellos que, por sus condiciones personales de edad o capacidad mental, carecen de capacidad de autodeterminarse, pues —recuérdese— la noción de guarda supone únicamente poderes de hecho de dirección y control de una actividad peligrosa, al margen de cualquier capacidad de discernimiento.

L) *La exoneración*

En todos los casos de responsabilidad sin culpa, la defensa del demandado se encuentra limitada a la acreditación de los hechos constitutivos de causa extraña. Solo en las hipótesis en las que el esquema dogmático supone una presunción de culpa, y esta se contemple como desvirtuable, será posible al demandado probar únicamente su diligencia y cuidado como forma de liberarse de responsabilidad. Este es, justamente, uno de los principales argumentos teóricos contra el expediente de la presunción de culpa que emplea la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia para la responsabilidad por actividades peligrosas, toda vez que la inadmisibilidad de la prueba de la diligencia y cuidado convierte a esta institución en un verdadero caso de responsabilidad estricta[69].

[69] SANTOS BALLESTEROS lo explica en los siguientes términos: "si existe presunción de culpa, es porque existe vínculo causal entre la actividad peligrosa y el daño, debidamente probado, lo que equivale a decir que el demandante al probar el vínculo causal está acreditando que por consiguiente no existe factor extraño que la impida, luego la presunción de culpa es artificiosa.

En los demás supuestos las posibilidades pasan por la acreditación de un hecho imprevisible, irresistible y, especialmente, exterior o jurídicamente ajeno al demandado. Este último requisito es particularmente importante en algunas hipótesis, pues no todo hecho imprevisible e irresistible libera al demandado, por no serle ajeno a su esfera de control en razón, por ejemplo, de la profesionalidad con la que ejerce la actividad. Tal es el caso de las fallas mecánicas en los vehículos automotores, en donde la jurisprudencia ya ha considerado[70] que no se alcanza a satisfacer el requisito de la exterioridad.

En algunas hipótesis, con todo, no exonera cualquier causa extraña. El legislador puede limitar el tipo de causas extrañas que se admiten como defensas. Tal es el caso, por ejemplo, previsto por el artículo 1827 del Código de Comercio sobre daños causados por el explotador de una aeronave, a terceros en la superficie: en esta hipótesis no exonera ni aun la causa extraña.

## **4.** Otras responsabilidades objetivas

A pesar del papel protagónico que desempeña la responsabilidad por actividades peligrosas (pese a su carta de navegación a dos aguas entre la presunción de culpa y la responsabilidad estricta, como se ha explicado), otros casos de responsabilidad sin culpa existen en nuestro ordenamiento. Para reiterar lo ya anotado, en algunos casos se trata de presunciones de culpa, mientras que en otros es verdadera responsabilidad objetiva. Veamos algunos de ellos de manera muy breve y con el único propósito de hacer una enunciación general de lo que supone cada uno de ellos.

### A) *En el Código Civil*

a) *La responsabilidad por el hecho ajeno*. Prácticamente toda la doctrina coincide en que en la responsabilidad por el hecho ajeno

”Tiene más sentido, dentro del criterio de la antijuridicidad y del fundamento normativo de la responsabilidad, admitir sin ambages que en el evento de la actividad peligrosa regulada por el artículo 2356 del Código Civil existe ciertamente una responsabilidad objetiva basada, en unos casos, en el riesgo beneficio y en otros, en el riesgo creado, en lugar de seguir elaborando artificiosamente una responsabilidad subjetiva, en aras de una tradición que no es sostenible lógicamente y en la que el criterio de culpa ni siquiera tiene cabida como factor exonerativo” (cfr. Santos Ballesteros, *op. cit*., págs. 302 y ss.).

[70] C. S. de J. Sala de Casación Civil, sent. de 26 noviembre 1999, exp. 5220, M. P. Silvio Trejos.

(prevista de manera general en el art. 2347 y ss. del C. C.) hay una presunción de culpa que, en principio, exonera al demandado de probar el elemento consistente en el reproche subjetivo. Pero a diferencia de la responsabilidad por las actividades peligrosas —y, en general, a diferencia de las "verdaderas" responsabilidades objetivas— el demandado puede liberarse de tal presunción si prueba —en los términos del mismo código— que "con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere no hubieren podido impedir el hecho". En estos términos, la responsabilidad por el hecho ajeno es un régimen en el que la culpa sigue siendo parte del juicio de responsabilidad. Así es en los casos de responsabilidad por el hecho de los hijos menores que habitan en la misma casa, la responsabilidad de los colegios y escuelas por los discípulos o la responsabilidad del empleador por el hecho de sus dependientes. Es diferente la hipótesis prevista en el artículo 2348, que establece la responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos cuando el hecho provenga de la mala educación. En estos casos se trata de una responsabilidad con culpa probada y no presunta: corresponde al demandante probar la mala educación del hijo.

b) *La responsabilidad por el hecho de las cosas.* La responsabilidad por el hecho de las cosas suele mencionarse como ejemplo de responsabilidad en la que la culpa se presume. Ya se ha mencionado que autores como TAMAYO y MARTÍNEZ RAVE-MARTÍNEZ TAMAYO creen encontrar en el artículo 669 del Código Civil un principio general de responsabilidad por el hecho de las cosas. De allí se derivarían varias responsabilidades sin culpa y con culpa presunta.

La primera de ellas es la llamada responsabilidad por perturbaciones de vecindario[71], derivada directamente del artículo 669 del Código Civil y que habría sido reconocida por la jurisprudencia a partir de los años cuarenta y cincuenta del siglo pasado. Dicha responsabilidad grava cualquier intromisión en el derecho ajeno, según la doctrina, en virtud de la llamada teoría de la garantía. Todas las obligaciones de reparar incorporadas en las acciones posesorias especiales (arts. 986 y ss. del C. C.), pues, tendrían fundamento en una responsabilidad que prescinde de la culpa y tiene en cuenta únicamente la perturbación del derecho ajeno. Es el caso, por ejemplo, de la responsabilidad del propietario del edificio que amenaza ruina, cuyas consecuencias patrimoniales se despliegan aún en ausencia de culpa[72].

[71] Cfr. TAMAYO JARAMILLO, *Tratado…op. cit*., págs. 850 y ss.

[72] Para algunos, con todo, esta no es una institución de la responsabilidad, pues no hay verdadero daño. La amenaza de daño, dirían, no es daño actual y, por lo tanto, la

La segunda es la responsabilidad por las cosas que se arrojan de un edificio (art. 2355), institución que en principio prescinde completamente de la culpa. Todo daño causado por cosas que caen de un edificio, compromete a todo aquel que "habite" la misma parte del edificio (aunque no de manera solidaria). La culpa solo se vuelve relevante como factor de exoneración de alguno de los responsables, si se puede establecer como exclusiva de alguno de ellos. En este caso, la responsabilidad no surge del derecho de dominio sino del hecho de "habitar" en la zona del edificio de la cual se desprende la cosa que causa el daño. Por esto, este tipo de responsabilidad no es el que se aplica a los edificios en construcción (que la jurisprudencia considera cobijados por el régimen de las actividades peligrosas, como se vio).

Si los daños no provienen de cosas que se arrojan del edificio, sino que se imputan a un defecto en la construcción, entonces no se aplica el régimen del artículo 2355, sino el del artículo 2351, que remite a la garantía que grava al constructor durante diez años, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2060. Esto implica que durante los diez primeros años el constructor tiene sobre sí una presunción de culpa, casos de vicio de la construcción, vicio del suelo o vicio de los materiales empleados.

c) *La responsabilidad por el hecho de los animales.* La responsabilidad por el hecho de los animales, la prevista en el artículo 2353 y la del artículo 2354 del Código Civil son responsabilidades de las que tradicionalmente se denominan objetivas, si bien con diferente fundamento. En el primer caso, porque la culpa se presume, pero es desvirtuable. Es decir, se presume que los daños causados por el animal doméstico encuentran su causa en la imprudencia del dueño o de quien se sirve de aquel, de suerte que su exoneración exige acreditar la ausencia de culpa en la soltura del animal. No es, pues, una causa extraña lo que debe acreditarse por el demandado, sino la ausencia de culpa. Hipótesis diferente es la del artículo 2354, citado antes, en la que no se trata ya de animales domésticos sino de animales fieros de los que no se reporta utilidad alguna. En estos casos se consagra una verdadera responsabilidad objetiva, pues ninguna causa extraña

---

acción correspondiente es aledaña a las acciones propias de la responsabilidad civil pero no es una acción de responsabilidad civil. La acción derivada del art. 988, con todo, es diferente de la derivada del art. 2350, que compromete al dueño del edificio que se arruina "por haber omitido las reparaciones necesarias". Esta segunda es una responsabilidad típicamente subjetiva pues para que surja hay que probar la omisión culposa del dueño del edificio. Para la responsabilidad por los daños ocurridos durante la construcción, por el contrario, se aplicaría la responsabilidad por actividades peligrosas.

exonera al demandado. Esta norma, cuyos orígenes son claramente romanos, encuentra su justificación en que tanto la peligrosidad intrínseca del animal como su falta de utilidad para quien lo mantiene, son suficientes para trasladar el riesgo completamente a este último. La fórmula que consagra la responsabilidad por riesgo en este precepto tiene la particularidad de que no se refiere al tipo de responsabilidad sino a la imposibilidad de defensa del demandado: "si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oido". En este caso, se trata de una responsabilidad objetiva absoluta, pues ninguna causa extraña le exonera.

B) *En otras leyes*[73]

a) *La ley sobre residuos peligrosos (ley 1252 de 2008, que derogó la 430 de 1998)*. Esta ley estableció un régimen de responsabilidad objetiva, también absoluta, para los generadores, fabricantes, importadores y transportadores de residuos peligrosos "hasta que el residuo peligroso sea aprovechado como insumo o dispuesto finalmente en depósitos o sistemas técnicamente diseñados que no representen riesgos para la salud humana y el ambiente" (arts. 7 a 11). Este tipo de responsabilidades se enmarca en las responsabilidades ambientales, que ya la jurisprudencia ha considerado que deben ser objetivas, como se verá brevemente a continuación.

La responsabilidad consagrada en este cuerpo normativo es quizás la más exigente de todas las previstas por el legislador, si bien tiene defectos de técnica legislativa. En primer lugar, la severidad de la norma deviene de la amplitud de lo que se considera residuo peligroso, por la vía de una definición estipulativa en el artículo 3 de la ley: es "aquel residuo o desecho que por sus características corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables, infecciosas o radiactivas, puede causar riesgos, daños o efectos no deseados, directos e indirectos, a la salud humana y el ambiente. Así mismo, se considerará residuo peligroso los empaques, envases y embalajes que estuvieron en contacto con ellos".

Evidentemente, el legislador no considera ningún elemento de reproche subjetivo en la estructuración del juicio de responsabilidad. La propia definición amplísima del daño como "todos los efectos ocasiona-

[73] Cada uno de los casos previstos en este apartado bien podría suponer un capítulo independiente sobre las particularidades que conlleva. Por esa razón, a manera de *disclaimer*, debe advertirse que solo se consideran en este texto a efectos de ilustrar los casos de responsabilidad sin culpa que consagra el legislador.

dos en la salud o en el ambiente", implica la posibilidad de estructurar muy numerosos vínculos causales. Infortunadamente, desde el punto de vista de la eficiencia de un sistema de responsabilidad estricta como el que se ha contemplado aquí, el legislador no previó un sistema de aseguramiento obligatorio de los que suelen acompañar este tipo de sistemas, lo que permite dudar de que el endurecimiento del régimen de responsabilidad que comenzó con la ley 430 de 1998 en este tipo de casos, sea verdaderamente eficiente[74].

b) *El Estatuto del Consumidor (ley 1480 de 2011)*[75]. Ya habíamos señalado que los ámbitos de relaciones desiguales —como la que se presenta por la natural asimetría entre productores y distribuidosres de bienes y servicios, por una parte, y consumidores, por la otra— son escenario privilegiado para el establecimiento de responsabilidades objetivas. En el estatuto de protección al consumidor de 2011, en efecto, se consagró un régimen en el que únicamente la existencia de causa extraña libera de responsabilidad al productor, cuando el defecto del producto puesto en circulación causa un daño a un consumidor, aunque este no haya sido el adquirente del bien.

Este régimen no es completamente nuevo. En vigencia del estatuto anterior, ya la Corte Suprema de Justicia consideraba que se trataba de una responsabilidad objetiva, aunque la remitía al régimen de responsabilidad por actividades y objetos peligrosos[76]. Abandonando la relevancia de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual en el nuevo estatuto (y en la jurisprudencia que ha surgido a partir de él) a la víctima le basta con demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y que este proviene de aquel. A este tipo de responsabilidades estrictas se les ha llamado responsabilidades estrictas *calificadas*[77], pues aunque prescinden de la culpa, exigen que la víctima pruebe

[74] Sobre la relación entre los sistemas de reparación sin culpa y la distribución de los costes, véase en general J. Pintos, *op. cit*.

[75] Si respecto de otros casos hemos insinuado la imposibilidad de abarcar todas las aristas en un escrito como el presente, en el caso de la responsabilidad por productos defectuosos dicha dificultad es clamorosa. La literatura de los últimos años es abundante y la jurisprudencia comienza a multiplicarse. Por lo tanto, respecto de las implicaciones de esta responsabilidad cfr. de manera general Javier Tamayo Jaramillo, *Responsabilidad por productos defectuosos*, Bogotá, Legis, 2016.

[76] Cfr. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 diciembre 1986, M. P. Hernando Gómez. Esta sentencia, además, calificaba la responsabilidad por productos defectuosos como contractual.

[77] Cfr. Barros, *Tratado..., op. cit*., pág. 448.

el defecto del producto. Es decir, se pasa de enjuiciar la conducta del responsable, a enjuiciar la cosa productora del daño. Este régimen se asemeja al régimen contractual de la obligación de seguridad, pese a que tanto la doctrina como la jurisprudencia destacan la necesidad de superar la distinción entre las dos hipótesis de responsabilidad. El legislador contempla tres tipos de defectos posibles en el producto —sea mueble o inmueble, al tenor del art. 5º del la ley— (concepción o diseño, fabricación y presentación o embalaje, que comprende la falta de advertencias o información), de tal manera que la noción de defecto del producto, se dice, no coincide con la de culpa del productor. Y esta es, justamente, la razón por la cual se considera que se trata de una responsabilidad objetiva, a pesar de que el defecto se define como *error* de diseño, fabricación o embalaje, redacción que también podría servir para justificar que se trata de una responsabilidad subjetiva.

Dicho carácter de responsabilidad estricta queda confirmado por la misma ley cuando el artículo 20 establece el elenco de lo que el demandante debe acreditar (defecto, daño y nexo causal entre uno y otro), en el que no aparece por ninguna parte el juicio de reproche subjetivo. Y si lo anterior no bastase, el artículo 22 señala de manera taxativa las posibilidades de defensa del demandado, que no incluyen la ausencia de culpa. En efecto, en dicha disposición se incluyen hipótesis de causa extraña (nums. 1, 2, 3 y 5 —que es el denominado "hecho del príncipe"—), de ausencia de hecho generador de la responsabilidad (no haber puesto en circulación el producto) y la curiosa posibilidad de defenderse alegando el llamado riesgo de desarrollo, que traslada a la víctima la ignorancia de la ciencia sobre el defecto.

Ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, pues, hay duda alguna sobre el carácter objetivo de la responsabilidad por productos defectuosos.

c) *En materia de responsabilidad ambiental*[78]. Una importante sentencia de 2011[79] se ha convertido en el principal referente jurisprudencial de la tendencia a la objetivación de la responsabilidad civil por daños ambientales que, de manera semejante a lo que ha ocurrido en materia de derecho del consumo, tiende a prescindir de la distinción

[78] Al respecto, véase SERGIO ROJAS, *Responsabilidad civil. La nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales*, Bogotá, Ibáñez, 2014, págs. 273 y ss. Igualmente, TAMAYO JARAMILLO, *Tratado...*, *ob. cit*., págs. 1277 y ss.

[79] C. S. de J. Sala de Casación Civil, sent. de 16 mayo 2011, exp. 2000-00005-01, M. P. William Namén.

entre responsabilidad contractual y extracontractual, para sostener que se trata simplemente de responsabilidad por daños al medio ambiente, aunque bien sería útil un régimen legislativo expreso sobre el tema.

Para la Corte, debe aplicarse un régimen jurídico semejante al de las actividades peligrosas en virtud del riesgo o peligro consustancial e inherente, las cuales "socialmente útiles y aún necesarias pero también peligrosas", aunque sean lícitas, no autorizan a dañar el medio ambiente, considerado como bien colectivo. Para la Corte, esta responsabilidad no tiene por qué ajustarse a un sistema específico de responsabilidad, aunque claramente prescinde de la culpa, configurando un régimen autónomo a partir del artículo 16 de la ley 23 de 1973 que tiene primacía sobre cualquier otra norma de responsabilidad del Código Civil cuando se trata de daños medioambientales (y del art. 80 de la Const.)[80]: basta demostrar el daño (es decir, el resultado contaminación o el empleo inadecuado de recursos naturales) y la relación de causalidad para obtener la reparación "del perjuicio sufrido, salvo prueba de fuerza mayor, o caso fortuito o de la culpa exclusiva de la propia víctima".

La Corte, distingue adecuadamente las diversas consecuencias que se generan por el hecho de la contaminación, y señala que los particulares responden "por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada a consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente, y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado. Basta por tanto una cualquiera de estas conductas, el daño y la relación de causalidad, para el surgimiento de la responsabilidad civil".

Ahora bien: es preciso advertir que para que se aplique el régimen objetivo, no es necesario que el daño recaiga sobre el bien colectivo "medio ambiente", sino que es posible derivar la responsabilidad sin culpa también para la obtención de la indemnización de los daños individuales (por ejemplo, la muerte de semovientes que han bebido del río contaminado), bajo la condición de que ese daño individual esté conectado de manera causalmente inexorable con la afectación al medio ambiente.

[80] En materia de hidrocarburos, encontró la Corte que se aplica la normativa internacional, especialmente el Protocolo de 1992 (antes Convenio de Bruselas de 1969), que establece un régimen de responsabilidad que prescinde totalmente de la culpa. Este marco internacional se complementa a su vez con diversas fuentes (constitucionales, legales y reglamentarias), que convergen hacia un sistema objetivo.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI, ARTURO: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

BARCELÓ DOMÉNECH, JAVIER: *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, Mc.Graw Hill, 1995.

BARROS BOURIE, ENRIQUE: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 1ª reimpr., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

BERNAL PULIDO, CARLOS y FABRA ZAMORA, JORGE (editores): *Filosofía de la responsabilidad civil. Escritos sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA: "El guardián de la actividad peligrosa: una solución jurisprudencial diseñada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia", en Marcela Castro de Cifuentes (coordinadora), *Gaceta Judicial: 130 años de historia jurisprudencial* colombiana, Bogotá, Temis, 2017.

DOBBS, DAN B.: *The Law of Torts*, St. Paul, West Group, 2000.

EMILIANI ROMÁN, RAIMUNDO: *La responsabilidad delictual en el Código Civil colombiano*, Santafé de Bogotá, Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994.

HINESTROSA, FERNANDO: "El desarrollo doctrinario del derecho civil", en *100 años del Código Civil de la Nación*, vol. I, Bogotá: Superintendencia de Notariado y Registro-Ministerio de Justicia, 1987.

JOURDAIN, PATRICE: *Les principes de la responsabilité civile*, 7ème éd., Paris, Dalloz, 2007.

LE TOURNEAU, PHILIPPE: *Droit de la responsabilité et des contrats*, 8ème éd., Paris, Dalloz, 2010.

LÓPEZ MESA MARCELO: *Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo,* Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Diké, 2009.

— "El reverdecer de la culpa como elemento de la responsabilidad civil", en AA.VV., *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI*, t. IV, vol. II, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Temis, 2010.

MANTILLA, FABRICIO: "La influencia del *Code Civil* y la doctrina francesa en el derecho de las obligaciones colombiano", en C. Pizarro y M. Tapia (editores), *De la codificación a la descodificación. Code Civil (1804-2004) – Código de Bello (1844-2005)*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2005.

MANTILLA, FABRICIO y PIZARRO, CARLOS: "La responsabilidad por actividades peligrosas: aplique primero y explique después", en *Responsabilidad*

*civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*, t. I, Medellín, UPB-IARCE-Diké-Pontificia Universidad Javeriana, 2011.

Martínez Rave, Gilberto y Martínez Tamayo, Catalina: *Responsabilidad civil extracontractual*, 11ª ed., Bogotá, Temis, 2004.

Papayannis, Diego: "Sobre los límites de la responsabilidad sin culpa", en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*, t. I, Medellín, UPB-IARCE-Diké-Pontificia Universidad Javeriana, 2011.

— *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

Peirano Facio, Jorge: *Responsabilidad extracontractual*, 2ª ed. (reimpr.), Bogotá, Temis, 2004.

Pérez Vives, Álvaro: *Teoría general de las obligaciones*, vol. II, Bogotá, Temis, 1968.

Pintos, Jesús: *Baremos, seguros y derecho de daños*, Madrid, Civitas, 2000.

Rojas Quiñones, Sergio: *Responsabilidad civil. La nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales*, Bogotá, Ibáñez, 2014.

Santos Ballesteros, Jorge: *Responsabilidad civil*, ts. I y II, 3ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Temis, 2012.

Tamayo Jaramillo, Javier: *Tratado de responsabilidad civil*, ts. I y II, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2007.

— "¿Hasta dónde se puede objetivar la responsabilidad civil?", en M. Castro de Cifuentes, (coord.), *Derecho de las obligaciones*, t. II, vol. I, Bogotá, Uniandes-Temis, 2010.

— *Responsabilidad por productos defectuosos*, Bogotá, Legis, 2016.

Uribe García, Saúl: *El riesgo y su incidencia en la responsabilidad civil y del Estado*, Medellín, Unaula, 2017.

Uribe Holguín, Ricardo: *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1979.

Velásquez Posada, Obdulio: *Responsabilidad extracontractual*, 2ª ed., Bogotá, Universidad de la Sabana-Temis, 2013.

Vélez, Fernando: *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, t. IX, París, Imprenta París-América, 1926.

Visintini, Giovanna: ¿Qué es la responsabilidad civil? *Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual*, trad. Mariateresa Cellurale, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Zuleta Ángel, Eduardo: *Estudios jurídicos*, Bogotá, Temis, 1974.

A) *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*

C. S. de J., Sala de Casación Civil, salvamento de voto de los magistrados Hernán Salamanca y Arturo Tapias Pilonietta a la sent. de 14 de marzo de 1938, "G. J.", t. XLVI, núm. 1934.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 de noviembre de 1940.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 10 de agosto de 1941.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 de noviembre de 1943.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 16 de marzo de 1945.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 24 de febrero de 1947 (A. Cardoso), "G. J.", t. LXIII, núms. 2057-2058.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 17 de octubre de 1951, M. P. G. Peña, "G. J.", t. LXX, núms. 2105-2106.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 de marzo de 1953, M. P. G. Arias, "G. J.", t. LXXIV, núm. 2126.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 de diciembre de 1986, M. P. Hernando Gómez.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 de junio de 1992, exp. 3382, M. P. Carlos Esteban Jaramillo.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 22 de febrero de 1995, exp. 4345, M. P. Carlos Esteban Jaramillo.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, aclaración de voto de Javier Tamayo a la sent. de 22 de febrero de 1995, exp. 4345.

C. S. de J., Sala de Casación civil, sent. de 22 de abril de 1997, exp. 1453.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 de mayo de 1999, exp. 4978, M. P. Jorge Antonio Castillo.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 de noviembre de 1999, exp. 5220, M. P. Silvio Trejos.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 de abril de 2004, exp. 54508, M. P. Silvio Fernando Trejos.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 20 de junio de 2005, exp. 7267, M. P. César Julio Valencia

C. S. de J. Sala de Casación Civil, sent. de 19 de diciembre de 2006, exp. 00011, M. P. Manuel Ardila.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 de mayo de 2008, exp. 11001310300619970932701, M. P. César Julio Valencia.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, salvamentos de voto de os magistrados Edgardo Villamil y Jaime Arrubla a la sentencia C. S. de J., Sala de Casación Civil, de 13 de mayo de 2008.

C. S. de J. Sala de Casación Civil, sent. de 16 de junio de 2008, exp. 0611, M. P. Ruth Marina Díaz.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 24 de agosto de 2009, exp. 10013103038200101054O1, M. P. William Namén.

C. S. J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 de mayo de 2010, exp. 73319310100220010016101, M. P. Edgardo Villamil.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 de octubre de 2010, rad. 41298310300220020002401, M. P. Ruth Marina Díaz.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 9 de julio de 2010, exp. 11001310303519990219101, M. P. William Namén.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 16 de mayo de 2011, rad. 52835310300120000000501, M. P. William Namén.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 17 de mayo de 2011, exp. 25290310300120050034501, M. P. William Namén.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 3 de noviembre de 2011, exp. 73449310300120000000101, M. P. William Namén.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 de diciembre de 2011, exp. 00050, rad. 4401310300120010005001, M. P. Pedro Octavio Munar.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 de diciembre de 2012, exp. 00094, rad. 76001310300920060009401, M. P. Ariel Salazar.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 de abril de 2013, exp. 11001310300820020941401, M. P. Ruth Marina Díaz.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 8 de abril de 2014, exp. 00743, rad. 11001310302620090074301, M. P. Fernando Giraldo.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 de agosto de 2014, exp. 00022, M. P. Margarita Cabello.

C. S. de J., Sala de Casación civil, sent. de 2 de diciembre de 2011, rad. 11001310303520000089901, M. P. William Namén.

C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 8 de junio de 2016, rad. 45804, M. P. Fernando Castro.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 12 de enero de 2018, rad. 11001310302720100057801, M.P. Ariel Salazar.

B) *Jurisprudencia de la Corte Constitucional*

Sentencia C-1090 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas.

Capítulo VIII

# CAUSA EXTRAÑA COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD*

Juan Pablo Cárdenas Mejia**

El Código Civil colombiano no consagra expresamente la causa extraña como factor de exoneración de responsabilidad, sino que se refiere a la fuerza mayor y al caso fortuito. Sin embargo, la jurisprudencia[1] y doctrina[2] se refieren a la causa extraña como eximente de responsabilidad. Históricamente la distinción entre causa extraña y fuerza mayor surge de la redacción del Código Civil francés que hace referencia a dichos conceptos[3]. Aunque la noción de causa extraña se basa en la redacción de dicho Código, ha sido recogida por nuestra doctrina en la medida en que agrupa aquellos elementos que exoneran de responsabilidad y que son ajenos al deudor o a la persona a la que se pretende

* http://dx.doi.org/10.15425/2017.182

** Abogado, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, especialista en Derecho Civil y Comercial de la Universidad de París II. Se desempeñó como secretario jurídico de la Presidencia de la República; profesor en las Universidades del Rosario, Javeriana, Externado y Andes. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá y de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial —CIAC—. Conferencista, autor de libros y artículos especializados.

[1] Por ejemplo, C. S. de J., sents. de 30 abril 2009 (exp. 2589931939921999 0062901) y 24 junio 2009 (exp. 1100131030201999 0109801) que se refieren al hecho externo. Las sentencias que se mencionan de la C. S. de J. corresponden a la Sala de Casación Civil, salvo indicación en contrario. Igualmente C. de E., sents. 11222 de 15 marzo 2001, 13657 de 25 julio 2002, 11044 de 4 mayo 1998 y 13657 de 25 julio 2002. En general, salvo indicación en contrario, las sentencias que se citan del Consejo de Estado son de la Sección Tercera.

[2] Por ejemplo, Javier Tamayo Jaramillo, *De la responsabilidad civil*, t. iii, Bogotá, 1999, pág. 81 y ss.

[3] En efecto, el art. 1147 de dicho Código prevé la exoneración del deudor cuando se presenta una causa extraña que no sea imputable al deudor, en tanto que el 1148 prevé la exoneración cuando el deudor no haya podido ejecutar su prestación por caso fortuito o fuerza mayor.

imputar la responsabilidad[4]. Tradicionalmente se han señalado como casos de causa extraña la fuerza mayor o el caso fortuito, el hecho de un tercero o el hecho de la víctima[5]. En este capítulo se analizará inicialmente la fuerza mayor que constituye la causa extraña por excelencia, y luego se analiza el hecho de un tercero y el hecho de la víctima.

## 1. FUERZA MAYOR

### A) *Fuerza mayor, factor universal de exoneración de responsabilidad*

En los principales sistemas jurídicos existe la posibilidad de exonerarse de responsabilidad invocando hechos ajenos a aquel de quien se pretende la responsabilidad en ciertas condiciones. Sin embargo, en la mayoría de los sistemas no se habla de causa extraña como factor eximente de responsabilidad. En muchos tampoco se habla expresamente de fuerza mayor[6]. En todo caso, en la familia romano-germánica por regla general el deudor se puede exonerar si demuestra la imposibilidad de cumplir[7] o que hizo todo lo posible para impedir el daño[8].

En materia de responsabilidad extracontractual, el derecho anglosajón conoce como causal de exoneración el acto de Dios[9], que se refiere fundamentalmente a los hechos de la naturaleza.

[4] En derecho alemán para efectos de la exoneración del deudor se hace referencia a la imposibilidad de cumplimiento y en el derecho inglés a la frustración del contrato. Ver HUGH BEALE, BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON, JACOBIEN RUTGERS, DENIS TALLON y STEFAN VOGENAUER, *Cases, Materials and Text on Contract Law*. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Hart Publishing, Oregon, Oxford and Portland, 2010, pág. 1094.

[5] En tal sentido por ejemplo, C. S. de J., sent. de 24 junio 2009 (exp. 1100131030201999 01098019). El profesor RICARDO URIBE HOLGUÍN (*De las obligaciones y los contratos*, Bogotá, Ed. Rosaristas, 1980, pág. 122) sostenía que realmente la causa de exoneración era la fuerza mayor y que el hecho de la víctima o de un tercero como causa de exoneración no se distinguían de ella.

[6] Así sucede en el derecho del *common law*; sin embargo, algunos consideran que la exoneración por fuerza mayor es un principio común. En tal sentido JAMES MYERS citado por NEVILLE MARYAN GREEN ("Force Majeure in Internacional Construction Contracts", *International Bussines Lawyer*, diciembre de 1985).

[7] Arts. 1218 y 1256 del Código Civil italiano y sección 275 del Código Civil alemán. En todo caso, la doctrina italiana señala que la imposibilidad no imputable comprende el caso fortuito al cual se refieren diversas normas del Código Civil italiano.

[8] C. C. Italiano, art. 2054.

[9] El *common law* hace referencia al acto de Dios (en Estados Unidos, *Restatement of Torts*) como la intervención de una fuerza de la naturaleza, imprevisible e irresistible,

En materia contractual, si bien el sistema *common law* originalmente fue muy estricto en el sentido de que el deudor no podía exonerarse incluso invocando imposibilidad, pues tal circunstancia se pudo haber previsto en el contrato[10], dicho derecho ha evolucionado para aceptar más ampliamente la posibilidad de exoneración[11]. En el derecho inglés se habla de *impossibility*, y en el estadounidense se hace referencia a la teoría de la *impracticability*[12]. Sin embargo, debe precisarse que normalmente se afirma que esta última noción es más amplia que la fuerza mayor, pues no solo incluye eventos que hacen imposible el cumplimiento sino también los que lo hacen más oneroso[13]. Adicionalmente,

---

sin la cual el daño no habría resultado de la conducta negligente del actor. Se requiere que el evento sea extraordinario y que el daño que resulta de él sea diferente del que probablemente hubiera resultado de la conducta negligente del autor del daño. (Denis Biner, "Act of God? Or act of man? A reappraisal of the act of God. defense in tort law", *15 Rev litig* 1, 1995-1996). No sobra señalar que ya Gayo, al referirse a la fuerza mayor en el derecho romano hablaba de "Fuerza de Dios" (María Teresa Dupla Marín, "Algunas consideraciones sobre la vis mayor como causa de incumplimiento de los contratos y su tratamiento en el art. 7.1.7 de los Principios Unidroit de 2004", en *IX Congreso Internacional y XII Iberoamericano de Derecho Romano. El derecho comercial de Roma al derecho moderno*, Gran Canaria, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2007, pág. 327).

[10] Caso Paradine v Jane de la Corte del Rey de 1647, citado por Allan Farnsworth, *Contracts*, 3ª ed., New York, Aspen Law Bussines, 1999, pág. 637, y por A. G. Guest, *Anson's Law of Contract*, 25ª ed., Oxford, University Press, 1979, págs. 494 y 495. En este caso se trataba del arrendamiento de un predio, el cual fue ocupado por la fuerza militar del príncipe alemán Rupert por tres años. No obstante lo cual, el arrendatario fue obligado por las Cortes inglesas a pagar la renta, con el argumento que quien celebra un contrato se obliga a cumplirlo incluso en casos de inevitabilidad, porque pudo haberlo previsto en el contrato.

[11] La regla absoluta, que sin embargo tenía tres excepciones, se modificó en el caso Taylor v Caldwell de 1863. Se trataba de un arriendo de un inmueble para conciertos; antes del primer concierto, se incendió el local. El arrendatario demandó el pago de los perjuicios por los gastos en que había incurrido, la Corte señala que el contrato no es absoluto si las partes deben haber conocido que la obligación solo podría ser cumplida si ciertas circunstancias continuaran existiendo. Consideró la Corte que las partes contrataron partiendo de la base que el local continuaría existiendo cuando se realizaran los conciertos.

[12] Farnsworth, *op. cit.*, págs. 637 y ss., señala que se requieren cuatro elementos: el evento debe haber hecho el cumplimiento impracticable; la no ocurrencia del evento debe haber sido una asunción básica del contrato (lo que supone determinar quién asume el riesgo del evento); la impracticabilidad no debe ocurrir por culpa de la parte; y no se debe haber asumido una obligación más amplia que la que la ley establece.

[13] René David y David Pugsley, *Les contrats en droit Anglais*, citado por Paul Henri Antonmattei, *Contribution a l'étude de la force majeure*, Paris, LGDJ, 1992, pág. 87.

la *common law* conoce también la teoría de la frustración del contrato que surgió en los denominados casos Coronación[14], y la cual se presenta cuando se reúnen las siguientes condiciones[15]: en primer lugar, las circunstancias que se producen frustran el principal propósito de la parte al celebrar el contrato; en segundo lugar, el contrato se celebró bajo la asunción de que el evento que se produce no ocurriría; en tercer lugar, la frustración ocurre sin culpa de la parte que busca ser exonerada de la obligación, y, finalmente, la parte que invoca la doctrina no asumió una obligación mayor de la prevista en la ley. En tales casos no es que el contrato se haga imposible, sino que priva a una parte del beneficio que esperaba recibir del contrato. De esta manera, en materia contractual, el derecho de la *common law*, particularmente en USA, reconoce otros mecanismos que permiten a un deudor exonerarse de su obligación, habida cuenta de la finalidad buscada con el contrato.

Sin embargo, algunos debaten si en el ámbito internacional existe el concepto de fuerza mayor como un principio general. Así se discute si en derecho europeo de manera general es aplicable dicho concepto[16]. Por otra parte, muchos textos internacionales tampoco hacen referencia expresamente a los conceptos de causa extraña o fuerza mayor, sino al hecho de que existen eventos que hagan imposible el cumplimiento. Así sucede con la Convención de Varsovia sobre transporte aéreo, que precisa en forma restrictiva las causales de exoneración, y la Convención de Viena sobre compraventa[17]. Acerca de esta, algunos

---

En el artículo "Commercial Frustration: a comparative study", *Texas Internacional Law Journal* 275, 1967, se señala que *impracticabilidad* significa en el UCC una situación en la cual el cumplimiento solo puede ser realizado a un costo excesivo e irracional. Sin embargo, FARNSWORTH (ob. cit., pág. 646) señala que las Cortes no exoneran por el solo hecho del incremento del costo.

[14] En el proceso de Krell v. Henry de 1903. En este caso se habían arrendado unas habitaciones en un inmueble para poder presenciar el desfile de coronación del rey Eduardo VII. El desfile fue cancelado por la enfermedad del rey. El arrendador demandó al arrendatario el pago. La Corte consideró que la obligación se extinguió porque el desfile de coronación era la base del contrato y el contrato fue frustrado por la no realización de la coronación.

[15] En derecho norteamericano estas condiciones aparecen en el Restatement Second, num. 265. Contract Texts: Restatement 2d Contracts. US UCC Article 2 & The CISG. 4ª ed., Institute of International Banking Law and Practice, 4ª ed., Montgomery, USA, 2008, pág. 359.

[16] ANTONMATTEI, *op. cit.*, núms. 257 y ss.

[17] Señala la Convención en su art. 79: "Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento

doctrinantes enseñan que en los sistemas romano-germánicos el juez razonará al aplicar estas disposiciones en términos de fuerza mayor[18], aunque otros señalan que los conceptos de la Convención son particulares y distintos a los derechos nacionales por lo que su alcance debe determinarse a la luz de su carácter internacional[19]. Por el contrario, los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales hacen referencia expresamente a la fuerza mayor en el artículo 7.1.7, y en la explicación de dicho artículo se advierte que se usa tal denominación, puesto que es ampliamente utilizada en la contratación internacional[20]. En efecto, en la contratación internacional es común incluir en los contratos cláusulas relativas a la imposibilidad de cumplimiento y a la fuerza mayor, dadas las incertidumbres que puede existir por las diferencias conceptuales sobre la materia[21]. De este modo es claro que en el ámbito internacional el concepto de fuerza mayor tiene un papel importante como causal de exoneración, aunque existan discusiones sobre su contenido.

En síntesis: si bien no se puede afirmar que la fuerza mayor se encuentra consagrada con tal denominación por todos los ordenamientos, lo cierto es que estos consagran, como regla general, la imposibilidad de ejecución o la imposibilidad de evitar el daño como un factor de exoneración, y la expresión *fuerza mayor* es ampliamente usada para referirse a tales eventos.

Vale la pena subrayar que desde otra perspectiva la fuerza mayor es por regla general un factor eximente de las diversas clases de responsabilidad. En efecto, no solo exonera de la responsabilidad civil, en

---

se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias".

[18] Paul Henri Antonmattei, *Contribution a l'étude de la force majeure*, Paris, LGDJ, 1992, pág. 91.

[19] Chengwei Liu, *Force majeure*. *Perspectives from the CISG, Unidroit Principles, PECL and Case Law*, 2ª ed., Case annotated update (April 2005)] en *http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ liu6.html*.

[20] "Art. 7.1.7.—(Fuerza mayor) 1. El incumplimiento de una parte es excusable cuando se debió a un impedimento ajeno a su control y a que no cabía esperar razonablemente al momento de celebrarse el contrato, o que haber evitado o superado tal impedimento o sus consecuencias".

[21] Véase María Paula Durán Piedrahita, "La cláusula de fuerza mayor en los contratos Internacionales", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 21, Universidad de los Andes, febrero 1998.

sus diversas manifestaciones, y por ello tanto en materia contractual como extracontractual, sino que igualmente exonera en general de la responsabilidad patrimonial, la responsabilidad disciplinaria[22] y la responsabilidad penal[23].

B) *Prueba de la causal de exoneración: la fuerza mayor, la ausencia de culpa y la causa ignorada*

Aunque es claro que la fuerza mayor es causa de exoneración de responsabilidad, se ha discutido si a la luz del Código Civil, particularmente del artículo 1604, procede también como causal de exoneración la ausencia de culpa. Si bien podría afirmarse que quien prueba la fuerza mayor está probando su ausencia de culpa, cuando se discute cuál es la prueba adecuada para exonerarse y se distingue entre fuerza mayor y ausencia de culpa, se da a esta un contenido específico. En efecto, cuando se prueba la ausencia de culpa no se prueba la causa que impidió el cumplimiento del contrato, sino que se acredita que frente a las causas posibles el deudor obró con diligencia y cuidado. De este modo, cuando la causa de la imposibilidad de cumplir permanece ignorada, si se exige la prueba de la fuerza mayor se llega a la conclusión que el deudor que no prueba el hecho que impidió el cumplimiento sigue siendo responsable, en tanto que si se exige la ausencia de culpa, el deudor que no prueba el hecho que impidió el cumplimiento, pero acredita que actuó con diligencia y cuidado frente a las causas posibles de la imposibilidad, es exonerado[24].

Según algunos, el artículo 1604 del Código es muy claro en el sentido de establecer que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al

[22] Ley 734 de 2002, art. 28.

[23] C. P., art. 32.

[24] En derecho marítimo se presentó la discusión en el caso *The Popi* fallado en Inglaterra por la Cámara de los Lores. La Corte de instancia aceptó la exoneración de responsabilidad, porque la causa del hundimiento de un buque podía tener dos explicaciones. Una de ellas la de un objeto sumergido desconocido (llamada por la doctrina la teoría del submarino amarillo). La Cámara de los Lores en 1983 consideró que si no se había probado la causa, el propietario del buque era responsable. (WILLIAM TETLEY, *Q. C. The Cause of the Loss or Damage. Études de droit maritime à l'aube du XXIe siècle. Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, París, Editions Moreux, 2001, págs. 357-371, en *http://www.mcgill.ca/maritimelaw/maritime-admiralty/cause/#_ftn27*). Igualmente J. R. CUNNINGHAM, "The Popi M. and the yellow submarine", en *International Business Lawyer*, 1986, pág. 32.

que la alega, por lo cual siempre es posible probar la fuerza mayor o la ausencia de culpa para liberarse[25].

También se ha señalado que un deudor para exonerarse debe probar la fuerza mayor y la ausencia de culpa, pues debe acreditar que el hecho constitutivo de fuerza mayor no ocurrió por su culpa[26]. Se agrega que la referencia que hace el artículo 1604 a la prueba de la ausencia de culpa obedece a que el redactor del Código Civil, el señor Bello, entendía que el caso fortuito podía ser provocado por culpa del deudor, y por ello consideró insuficiente la prueba del caso fortuito sin la prueba de la diligencia y cuidado[27].

Otros, siguiendo la clasificación hecha por la jurisprudencia y la doctrina francesas, distinguen entre obligaciones de medio y de resultado, para señalar que respecto de las primeras procede invocar la ausencia de culpa para exonerarse de responsabilidad, al paso que cuando se trata de obligación de resultado debe probarse el caso fortuito o la fuerza mayor[28].

Igualmente se ha advertido que cuando se habla de prueba de ausencia de culpa en las obligaciones de medio, realmente lo que se está señalado es que se acredita el pago, porque el deudor solo está obligado a emplear los medios adecuados[29].

Así mismo se ha señalado que un punto de partida necesario son las reglas de la carga de la prueba para señalar que, en principio, quien invoca un hecho tiene que probarlo, salvo en los casos en que la ley lo exonera de dicha carga por tratarse de una negación o afirmación indefinida, para después precisar que se puede acreditar la prueba de la ausencia de culpa cuando la obligación es de medio, pero que en los demás casos debe probarse la fuerza mayor. Finalmente, en algunos casos se ha distinguido si la causa es conocida o no para exigir la prueba de la fuerza mayor en el primer caso y permitir la prueba de la ausencia de culpa en los casos de causa desconocida[30].

[25] Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis, 1976, pág. 161.

[26] Carlos Holguín Holguín, "Responsabilidad civil médica", en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núms. 302-303, pág. 134.

[27] Uribe Holguín, *op. cit.*, pág. 180.

[28] C. S. de J., sent. de 31 mayo 1938. En general, todas las sentencias que se citan de la Corte Suprema de Justicia son de la Sala Civil.

[29] Uribe Holguín, *op. cit.*, pág. 174.

[30] Laudo de 22 de abril de 1998 en el Tribunal Arbitral de Geofundaciones S. A. vs. Consorcio Constructores Asociados de Colombia Conascol S. A. - Impregilo S. P. A. Sucursal Colombia.

Con esta perspectiva, parece que hay varios puntos claros:

Quien invoca un incumplimiento de un contrato debe acreditar el supuesto en el que se basa, salvo que se trate de un caso en que la ley exonera de la carga de la prueba, como ocurre cuando se trata de una negativa o afirmación indefinida. Es claro que si simplemente el acreedor afirma que no le han pagado, quien debe probar el pago es el deudor. Por el contrario, si en principio se ha realizado el pago y así está acreditado, y lo que se afirma es que no correspondía a lo pactado o fue defectuoso, quien así lo sostiene debe acreditarlo.

Ahora bien, a pesar de las críticas que se han hecho en el pasado, lo cierto es que la realidad muestra que las obligaciones pueden tener diverso alcance, pues en algunos casos el deudor solo se obliga a poner los medios idóneos para lograr un resultado, en tanto que en otros eventos se obliga lograr el resultado.

Cuando la obligación es de medio, al deudor le basta probar que ha empleado los medios adecuados, pues cuando prueba que obró con diligencia y cuidado empleando los medios adecuados, acredita el cumplimiento de su obligación[31].

Así las cosas, respecto de las obligaciones de resultado cabe la duda de si para exonerarse el deudor debe probar fuerza mayor o caso fortuito o le basta probar la ausencia de culpa.

Como ya se vio, según algunos, las dos alternativas están abiertas; de acuerdo con otros, la posibilidad de acudir a la prueba de la ausencia de culpa supone que se desconozca la causa real del daño; finalmente en opinión de otros, es necesario siempre probar la fuerza mayor, lo cual implica que no haya culpa del deudor.

Con esta perspectiva se observa que si el deudor se obliga a obtener un resultado y no simplemente a emplear los medios para lograr, el respeto de la voluntad de las partes permite concluir que en principio el deudor solo puede exonerarse si prueba la fuerza mayor o el caso fortuito, pues solo así se demuestra que no incumplió su obligación, pues le fue imposible hacerlo. Así las cosas, no es posible distinguir entre los eventos en los que es posible probar la causa de la imposibilidad de

[31] Es pertinente aclarar que si bien el art. 1604 del Código señala que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearla, lo que indicaría que es el deudor quien debe probar que cumplió, la Corte ha señalado que esta regla puede tener excepción en casos concretos en razón de lo dispuesto por el último inciso de dicho artículo, por ejemplo, en materia de responsabilidad médica (C. S. de J., sent. SC-001, de 30 enero 2001).

cumplir y aquellos en los que no es posible, pues no corresponde a la voluntad de las partes ni la ley hace tal distinción[32]. Solo en los casos en que las partes lo hayan convenido o la ley lo permite será posible en caso de obligaciones de resultado la simple prueba de la ausencia de culpa. Precisamente la jurisprudencia que a veces se cita[33] para demostrar la posibilidad de prueba de la ausencia de culpa se refiere a una hipótesis en que la ley (C. C., art. 2005) establece para el contrato de arrendamiento que el deudor puede exonerarse si prueba su ausencia de culpa.

En todo caso, nótese que en virtud del artículo 167 del Código General del Proceso el juez puede distribuir la carga de la prueba "exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos". Sin embargo, tal regla a mi juicio solo autoriza a desplazar la carga de la prueba, pero no el hecho que debe probarse, por lo que no podría el juez con fundamento en esa norma autorizar que se pruebe la ausencia de culpa en lugar de la fuerza mayor, o exigir que se pruebe la culpa del deudor, en lugar de que este pruebe la fuerza mayor.

## **2**. Caso fortuito y fuerza mayor

Ha habido discusión acerca de si existe o no identidad entre los fenómenos de fuerza mayor y caso fortuito. En algún momento se señaló que existía diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito. De esta manera, la fuerza mayor siempre exoneraría, lo que no ocurriría con el caso fortuito. Diversas teorías se expusieron para marcar la diferencia entre fuerza mayor y caso fortuito[34], pero tal vez la que ha tenido más resonancia entre nosotros señala que la fuerza mayor es un hecho externo,

[32] En la doctrina italiana se señala (Guido Alpa, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, Lima, Jurista Editores, 2006, pág. 437) que la "causa ignota", es decir, desconocida, se impone al cuidador, de conformidad con el art. 2051 del Código Civil, que se refiere a los daños causados a las cosas que se tienen en custodia.

[33] C. S. de J., sents. de 30 noviembre 1935 y 23 febrero 1951, "G. J.", t. lxix, pág. 280.

[34] Henri, Léon Mazeaud y André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, 5ª ed., t. ii, vol. ii, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, núms. 1553 y ss. Igualmente Mario César Gianfelici, *Caso fortuito y caso de fuerza mayor en el sistema de responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, págs. 25 y ss., señala que la discusión existe desde la glosa.

en tanto que el caso fortuito no tendría ese carácter[35]. De esta manera, el caso fortuito no exoneraría en eventos como la responsabilidad por el hecho de las cosas en el derecho francés y la responsabilidad por actividades peligrosas en derecho colombiano por referirse a circunstancias propias a la cosa o a la actividad peligrosa[36].

La ley colombiana no hace expresamente esta distinción, y si bien en alguna época la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la acogió[37], en otras[38] ha señalado que no procede dicha distinción[39]. Por su parte, el Consejo de Estado ha considerado que se debe distinguir entre caso fortuito y fuerza mayor[40]. La doctrina francesa reciente considera que no procede dicha distinción[41]. Vale la pena señalar que en materia de contrato de transporte, el Código de Comercio colombiano

[35] Fue EXNER el que precisó que la fuerza mayor debía haberse originado fuera del círculo de la empresa. Posteriormente JOSSERAND expresó que la fuerza mayor se caracterizaba por la exterioridad, porque no tenía una relación de conexión con el hecho del deudor. Cfr. GIANFELICI, *op. cit.*, págs. 33 y ss.

[36] Por ejemplo, dijo el Consejo de Estado en sent. de 17 febrero 1995, exp. 9311, que "el caso fortuito, que sí pertenece a la propia actividad peligrosa, no es causal que exonere de responsabilidad".

[37] En sent. de 7 marzo 1939 ("G. J.", t. XLVII, pág. 707) expresó que son distintos la fuerza mayor y el caso fortuito. La primera designa el obstáculo a la ejecución como resultado de una fuerza extraña, y el caso fortuito, al obstáculo interno. Agregó la Corte que en el caso fortuito se trata de una imposibilidad relativa, al paso que la fuerza mayor se considera imposibilidad absoluta. Igualmente sents. de 5 marzo, 12 septiembre y 18 noviembre 1940; 2 abril 1943 y 22 febrero 1945.

[38] C. S. de J., sent. de 9 diciembre 1936, "G. J.", t. XLIV, págs. 789-801.

[39] Sent. S-104-99 de 26 noviembre 1999, exp. 5220.

[40] Sent. 10024 de 16 junio 1997, que hace referencia a las de 18 noviembre 1986, 25 junio 1987, 20 febrero, 31 julio y 19 diciembre 1989 del mismo Consejo. Así dijo el Consejo de Estado en esta providencia: "La distinción entre la fuerza mayor y el caso fortuito adquiere su mayor interés dentro del marco de la responsabilidad fundada en el riesgo excepcional. La fuerza mayor, en efecto, es causa exterior, externa al demandado, que lo exonera de responsabilidad en todos los casos".

[41] Los MAZEAUD señalaban que en la ley francesa no cabía distinción y aprobaban en tal sentido la jurisprudencia (*op. cit.*, núms. 1560 y 1561). ANTONMATTEI, *op. cit.*, núm. 37. PHILIPPE LETOURNEAU y LOÏC CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2000, núm. 1802. Por su parte, en Italia se habla en general de caso fortuito y se discute si es una sola noción o puede distinguirse de la causas no imputables. Así GASTONE COTTINO ("Caso fortuito", en *Enciclopedia del Diritto*, t. VI, núm. 3, París, Giuffrè, 1960) señala que el caso fortuito, la fuerza mayor y la causa no imputable se identifican. El reciente Código Civil y Comercial de la Nación en Argentina considera dichos términos como sinónimos (art. 1730).

parece hacer referencia a dicha diferencia en el artículo 1003, en el cual establece que la responsabilidad del transportador cesará "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". Sin embargo, al analizar la fuerza mayor, la Corte lo hace bajo la definición del Código Civil, sin hacer distinción con el caso fortuito[42].

En el fondo la discusión acerca de la diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor obedece al debate acerca de si el deudor se puede exonerar por circunstancias internas. Desde este punto de vista, el punto fundamental no es distinguir el caso fortuito o la fuerza mayor, sino realmente cuáles son los elementos que deben reunirse para que determinado evento conduzca a exonerar al deudor o a la persona cuya responsabilidad se demanda.

## 3. Elementos de la fuerza mayor

El artículo 1º de la ley 95 de 1890 define la fuerza mayor o el caso fortuito como "el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.". Desde este punto de vista, los elementos de la fuerza mayor o caso fortuito serían la imprevisibilidad y la irresistibilidad[43]. Sin embargo, en algunos fallos, la jurisprudencia de la Corte ha hecho referencia a que se requiere adicionalmente que el evento no sea imputable al deudor o a quien se imputa la responsabilidad[44]. Igualmente en algunas decisiones ha exigido que el evento sea externo[45]. Finalmente, en algunos casos de responsabilidad

[42] Por ejemplo, sent. S-087-98 de 9 octubre 1998, exp. 4895.

[43] A dichos dos elementos hace referencia la Corte en diversas sentencias como la de 16 de septiembre de 1961 ("G. J.", t. XCVII, págs. 64-71), 26 de julio de 1995 (exp. 4785), 19 julio 1996 (exp. 4469); 9 octubre 1998 (exp. 4895), 23 junio 2000 (exp. 5475), 29 abril 2005 (SC-071-2005, exp. 0829-92), entre otras. Cabe subrayar que la Corte de Casación francesa, en fallos de 14 abril 2006, señaló estos mismos dos requisitos.

[44] Así, por ejemplo, en sent. de 31 mayo 1965 ("G. J.", t. CXI, págs. 111-134) la Corte señaló que adicionalmente se requiere que el evento no debe ser imputable, esto es, que no se haya cometido culpa. Igualmente en sent. de 27 septiembre 1945 ("G. J.", t. LIX, págs. 441-444) la Corte había dicho que se consideraba un caso fortuito o fuerza mayor la causa extraña que no se nos pudiera imputar.

[45] Mediante sent. S-104-99, indicó: "Estas expresiones normativas se refieren, esencialmente, a acontecimientos anónimos, imprevisibles, irresistibles y externos a la

contractual, la Corte Suprema de Justicia ha hecho referencia a otros elementos señalando en ciertos casos como configurativos de la fuerza mayor los siguientes[46]: la inimputabilidad, la imprevisibilidad, la irresistibilidad y la imposibilidad absoluta de cumplimiento, y en otros[47]: que el hecho no sea imputable al deudor; que no haya concurrido con una culpa de este, que sea irresistible y que haya sido imprevisible,

Si se examina la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se observa que cuando la Corte hace referencia a la inimputabilidad señala que no debe haber culpa de quien invoca la fuerza mayor o caso fortuito. Lo cual en muchos casos no es un elemento distinto de la imprevisibilidad o irresistibilidad del evento. Sin embargo, en otros casos la Corte, al hacer referencia a la inimputabilidad, hace relación a que por el evento deba responder quien invoca el caso fortuito o la fuerza mayor. Desde esta perspectiva, este requisito corresponde, como se verá, a la misma idea que se expresa cuando señala la doctrina que el evento debe ser externo. De esta manera, de la jurisprudencia de la Corte se desprende que el evento debe ser imprevisible, irresistible, y en algunos casos se ha señalado que debe ser externo, en el sentido que más adelante se precisará.

---

actividad del deudor o de quien se pretende lo sea, demostrativos en cuanto tales de una causa extraña que a este no le sea imputable". En sent. de 31 agosto 2011 (exp. 11001020300020060204100) al referirse a la fuerza mayor expresó la C. S. de J.: "ha de tratarse de fenómenos externos al sujeto cuyo comportamiento se analiza, que reúnan las características que de antaño estereotipan la figura, esto es, la imprevisibilidad (hechos súbitos, sorpresivos, insospechados, etc.) y la irresistibilidad (que los efectos del hecho no puedan ser exitosamente enfrentados o detenidos por una persona común)". Así mismo, el Consejo de Estado ha hecho referencia a que debe tratarse de un hecho extraño. Por ejemplo en sent. 14781 de 11 septiembre 2003 de la sección tercera, el Consejo de Estado expresó: "La fuerza mayor es un hecho extraño a las partes contratantes, imprevisible e irresistible que determina la inejecución de las obligaciones derivadas del contrato". Así mismo sent. de 10 noviembre 2005 (rad. 14.392). Igualmente lo ha hecho la Corte Constitucional. En efecto, en sent. T-943 de 2005, expresó: "Estas circunstancias de fuerza mayor deben contar con las características de externalidad a la voluntad del interesado y con los factores de imprevisibilidad e irresistibilidad; pues de otra forma, no podría erigirse la propia culpa como causal de riesgo de los derechos fundamentales".

[46] Sent. de 13 diciembre 1962 ("G. J.", t. C, págs. 269-283). Precisó la Corte Suprema de Justicia que lo primero implicaba que el caso fortuito no se hubiese producido por culpa del deudor o de las personas por quienes este fuere responsable. La imprevisibilidad se funda en que el mismo suceso no haya podido ser racionalmente previsto. La irresistibilidad consiste en que haya sido absolutamente imposible evitar el hecho o suceso aludido. La imposibilidad implica que tal hecho ponga al deudor en situación absoluta de no poder cumplir.

[47] Sent. de 4 julio 2002, exp. 6461.

En todo caso ha dicho la doctrina y la jurisprudencia que el análisis de una fuerza mayor debe hacerse en el caso concreto en razón de las circunstancias, sin que se pueda afirmar que un evento en abstracto pueda calificarse automáticamente de fuerza mayor[48], pues para ello es necesario analizar lo que sucedió y la posibilidad o no de prever y resistir el evento, sin perjuicio de que puedan trazarse ciertas directrices[49]. No obstante lo anterior, debe observarse que la Corte Constitucional ha considerado que si bien esa solución es razonable de manera general, en el caso del secuestro, "imponer al deudor que ha sido secuestrado la carga de probar que en su caso el secuestro era una circunstancia imprevista, imprevisible e irresistible, conforme a los cánones probatorios ordinarios resulta irrazonable y desproporcionado"[50], porque es de suponer que si se supiera cuándo se va a efectuar, la persona tomaría las precauciones para evitarlo y aunque fuera previsible, corresponde al Estado velar por la seguridad de las personas y no se puede desplazar esa obligación a dichas personas.

Por ende, en principio los elementos fuerza mayor o caso fortuito son su carácter externo o su inimputabilidad, su imprevisibilidad y su irresistibilidad.

A) *Carácter externo de la fuerza mayor*

Si bien parte de la doctrina reconoce la importancia del carácter externo de la fuerza mayor e incluso algunos sostienen que es este el elemento más importante, algunos consideran que tal elemento no es propio de la fuerza mayor[51].

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia ha hecho referencia a tal elemento en algunos casos para señalar que si no se reúne dicho requisito no se exonera y que por ello los defectos de la cosa con la que

[48] C. S. de J., sent. de 23 junio 2000, que reitera sents. de 20 noviembre 1989 y 9 octubre 1998, exp. 4895.

[49] Sent. SC-071-2005 de 29 abril 2005, exp. 0829-92.

[50] Sent. T-520 de 2003.

[51] En derecho italiano la doctrina señala que el Código Civil no hizo referencia expresa a tal elemento, por lo cual pueden invocarse como casos fortuitos eventos propios de la empresa. Cottino, *op. cit*., núm. 4, que además señala los problemas de definición del concepto de exterioridad a la empresa, pues puede haber hechos dentro que finalmente tienen causa externa. Jourdain, en el comentario a los fallos de la Corte de Casación francesa de 14 abril 2006 (*Recueil Dalloz,* 2006, núm. 23) subraya que ella no señaló como elemento de la fuerza mayor el carácter externo, pues este en el fondo no es más que la expresión de una garantía o, en sentido positivo, la existencia de responsabilidades.

se desarrolla la actividad peligrosa no pueden invocarse como fuerza mayor[52]. Igualmente existen referencias a la exterioridad en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Cuando se expresa que el hecho debe ser externo, dicho requisito puede analizarse desde diversas perspectivas, pues el hecho puede ser externo al agente, a la cosa o a la actividad por la cual se responde[53].

Para precisar realmente a qué se refiere la exterioridad, debe acentuarse que mediante tal requisito se trata de precisar los eventos que a pesar de ser irresistibles e imprevisibles no exoneran al deudor o a la persona cuya responsabilidad se invoca por no ser externos[54]. Con

[52] Expresa la Corte que "un caso fortuito o fuerza mayor «no puede concurrir con la culpa del demandado que haya tenido un rol [*sic*] preponderante en la causación del daño, ni puede estar ligado al agente, a su persona ni a su industria» (sent. 104 de 26 noviembre 1999), habida cuenta [de] que debe tratarse, según doctrina citada en este último fallo, de «un acontecimiento extraordinario que se desata desde el exterior sobre la industria, acontecimiento imprevisible y que no hubiera sido posible evitar aun 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» (ANDREAS VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, t. II, cap. VII, trad. de Wenceslao Roces, Madrid, Edit. Reus, 1934, pág. 68)". Agregó la Corte que "que un hecho solo puede ser calificado como fuerza mayor o caso fortuito, es lo ordinario, si tiene su origen en una actividad exógena a la que despliega el agente a quien se imputa un daño, por lo que no puede considerarse como tal, en forma apodíctica, el acontecimiento que tiene su manantial en la conducta que aquel ejecuta o de la que es responsable. Por eso, entonces, si una persona desarrolla en forma empresarial y profesional una actividad calificable como «peligrosa», de la cual, además, deriva provecho económico, por ejemplo la sistemática conducción de automotores de servicio público, no puede, por regla general y salvo casos muy particulares, invocar las fallas mecánicas, por súbitas que en efecto sean, como constitutivas de fuerza mayor, en orden a edificar una causa extraña y, por esa vía, excusar su responsabilidad" (sent. 104 de 26 noviembre 1999, reiterada en sent. 064 de 16 junio 2003). En el mismo sentido C. S. de J., sent. S-04-99. Ver igualmente sents. de 29 abril 2005 (exp. 0829-92) y 24 junio 2009 (exp. 11001-3103-020-1999-01098-01).

[53] ANTONMATTEI, *op. cit.*, núm. 34. Vale la pena señalar que la doctrina indica que al consagrar los Principios de Unidroit que el hecho debe ser ajeno al control del deudor, se consagra el requisito de exterioridad. DUPLA MARÍN, *op. cit.*, pág. 325.

[54] Dijo la C. S. de J., en sent. de 29 abril 2005, exp. 0829-92: "A este respecto, ha precisado la Sala que «en sana lógica se impone concluir, siguiendo este criterio, que las fallas en el mecanismo u operación de ciertas cosas o actividades peligrosas, de cuyo buen funcionamiento y ejecución exenta de peligros es garante el empresario frente a potenciales víctimas..., por faltarles el requisito de exterioridad», no pueden, en general, estructurar «en la modalidad de caso fortuito o de fuerza mayor, una causa exoneratoria capaz de contrarrestar la presunción de culpa que consagra el art. 2356 del C. C.»" (se subraya; sent. 104 de 26 noviembre 1999, reiterada en sent. 064 de 16 junio 2003).

esta perspectiva, la exterioridad hace referencia de manera general a aquellos hechos por los cuales el deudor o la persona cuya responsabilidad se invoca no está llamada a responder[55]. Lo cual implica entonces determinar los riesgos que el ordenamiento considera deben ser asumidos por determinada persona.

Así las cosas, el autor de un hecho no podrá invocar para exonerarse de una responsabilidad civil el hecho de sus dependientes por los cuales responde, de conformidad con los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. Igualmente, el deudor tampoco podrá exonerarse por el hecho de la persona que él ha introducido en la ejecución del contrato. Así, por ejemplo, el contratista no puede invocar el hecho de sus subcontratistas, ni el de sus empleados[56].

Cuando se trata de la responsabilidad por actividades peligrosas, no pueden invocarse para exonerarse todos aquellos factores que forman parte del riesgo de la actividad peligrosa y que por ello debe asumir el responsable. Así, el responsable de los daños causados por un vehículo no puede invocar una falla en los frenos para exonerarse. En todo caso puede haber discusiones. Así por ejemplo, cabe preguntarse si los problemas de la vía se consideran o no exteriores. Desde esta perspectiva, debe observarse que en principio los problemas de la vía no forman parte de los riesgos que asume el responsable de la actividad peligrosa. En esta medida, tales eventos pueden considerase externos. Ahora bien, para que puedan dar lugar a exoneración, es necesario que sean imprevisibles e irresistibles.

En materia contractual es claro que si el contrato versa sobre una cosa, los vicios de esta no son externos. Pero cabe preguntar si la misma conclusión es predicable de los elementos necesarios para ejecutar el contrato. Si se examina el contrato de transporte, se concluye que los vicios propios del vehículo usado para el transporte no pueden ser invocados. Así mismo, en derecho francés se considera que el médico

[55] Carbonnier decía que se produce fuera de la esfera de la que el deudor debe responder. *Droit civil. Les obligations*, Paris, PUF, 1955, núm. 162. En forma semejante Tamayo, *op. cit.*, pág. 125. La Corte de Casación italiana en sent. de 14 marzo 1983, señala en materia de responsabilidad por el hecho de las cosas que se debe demostrar el caso fortuito, es decir, "el hecho extraño a su esfera de cuidado" (citada por Guido Alpa, *op. cit.*, pág. 436).

[56] En derecho francés, la Corte de Casación consideró que la SNFC, esto es, la empresa de transporte férreo, no podía invocar un atentado como causa de exoneración, porque no se pudo establecer que dicho atentado hubiera sido realizado por alguien ajeno a la empresa. Antonmattei, *op. cit.*, núm. 39.

es responsable por los instrumentos que utiliza[57]. Incluso se ha sostenido que quien provee sangre no puede invocar el vicio de la sangre aunque sea indetectable[58],

La fuerza mayor también puede consistir en una orden de autoridad legítima. Ahora bien, se ha discutido qué sucede cuando la orden no es legal. Al respecto, la doctrina ha precisado que solo se podría negar la exoneración por razón de la orden cuando fuera clara la ilegalidad y existiera realmente la posibilidad de sustraerse a su cumplimiento[59].

A este respecto, se advierte que a nivel internacional tribunales de arbitraje han considerado en algunos casos en que es parte una entidad estatal que ella no podría invocar como causa extraña las decisiones del Estado de modificar el régimen cambiario[60]. Sin embargo, ha de subrayarse que en otros casos el análisis ha sido específico teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la posibilidad de desconocer la personería jurídica de la entidad pública[61].

En todo caso, puede haber incertidumbres. En efecto, la jurisprudencia en otros países muestra que unos mismos hechos han sido considerados causa extraña en unas circunstancias y no en otras. Un ejemplo es la huelga. En efecto, en principio, el deudor no puede invocar el hecho de sus dependientes, pues responde por el hecho de ellos. Por ello se puede discutir si la huelga de sus trabajadores puede exonerar al deudor. La doctrina tiende a considerar que la huelga puede exonerar al deudor siempre que reúna los requisitos de la fuerza mayor, lo que implica que haga imposible cumplir el contrato, sea imprevisible y no sea atribuible a culpa del deudor[62]. En Francia la Corte de Casación en un fallo de 24 de enero de 1995 consideró que la huelga del personal es un evento interno, y por ello no exonera, salvo cuando afecta al público en su conjunto[63].

[57] ANTONMATTEI, *op. cit.*, núm. 39.

[58] LE TOURNEAU, *op. cit.*, núm. 1817.

[59] LE TOURNEAU, *op. cit.*, núm. 1847 y 1848.

[60] Un fallo de 1974 citado por DURÁN PIEDRAHITA, *op. cit.*, págs. 196 y 197.

[61] Cfr. por ejemplo, Interim Award de 9 septiembre 1983 en el caso F. R. German Engineering Company contra Polish Buyer, publicado en *Yearbook Commercial Arbitration*, A. J. van den Berg (Ed.), vol. XII (1987), págs. 63-81.

[62] MAZEAUD, *op. cit.*, núm. 1587, LE TOURNEAU, *op. cit.*, núms. 1838 y 1839.

[63] Se trataba de una huelga en la EDF (empresa de electricidad), pero la Corte de Casación aceptó que era una fuerza mayor porque se trataba de una huelga general del sector público por razón de salarios que no dependían de EDF sino del gobierno.

En la jurisprudencia colombiana se encuentra que en un caso la Corte Suprema de Justicia negó que la huelga fuera fuerza mayor porque la consideró previsible[64].

Otro aspecto que se debe considerar es la enfermedad del deudor. ¿Puede ella constituir un hecho externo y por ello fuerza mayor? Hay quienes consideran que la enfermedad en principio no puede exonerar por no ser causa extraña[65]. Sin embargo, otros distinguen la causa de la enfermedad y por ello indican que se debe tener en cuenta si proviene del ser o de un agente exterior[66]. En fallos de 14 de abril de 2006, la Corte de Casación francesa consideró que la enfermedad constituía fuerza mayor, en la medida en que fuera imprevisible al tiempo del contrato e irresistible.

En materia de responsabilidad contractual, la Corte Suprema de Justicia colombiana ha considerado que una enfermedad puede considerarse fuerza mayor, para lo cual debe tenerse en cuenta si "la persona afectada sabía o estaba en condiciones de saber que probablemente —posibilidad más o menos cierta y no especulativa— llegaría a padecer una concreta y determinada enfermedad que inexorablemente, por sus antecedentes sanitarios, le impidiera cumplir con el deber de prestación a su cargo"[67]. Así mismo, en materia de responsabilidad extracontractual en sentencia del 26 de marzo de 1952, consideró fuerza mayor el hecho de que un conductor fuera vencido por el sueño[68]. Con mayor razón tendrá carácter exoneratorio la enfermedad.

Como se puede apreciar, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia no hace distinción en materia de enfermedades entre

[64] Sent. 117-2002 de 4 julio 2002, exp. 6461.

[65] Le Tourneau, *op. cit.*, núm. 1823, expresa que la enfermedad no es fuerza mayor porque no hay elemento extraño. Sin embargo, otra situación a su juicio se presenta cuando el contrato solo puede ser ejecutado por el deudor por ser *intuitu personae*. Cita una sentencia de 1998 de la que se desprende que la enfermedad puede ser fuerza mayor si es irresistible.

[66] Mazeaud, *op. cit.*, núm. 1588-1.

[67] Sent. S-078 de 2000, relativa a la firma de un contrato de compraventa.

[68] "Porque reconocido en el auto de sobreseimiento que «habiendo reposado en el agente durante la noche anterior y no habiendo ingerido ninguna sustancia tóxica, le era imposible prever el momento en que el control de sus movimientos quedara paralizado por la acción del sueño y, por consiguiente, queda en incapacidad de conducir por senderos de seguridad el vehículo en que viajaba con cuatro personas más»; quedó legítimamente acreditado a través del fallo penal la ausencia de culpa en la ocurrencia del hecho fortuito determinante del daño, con la observancia de aquellas normas de prudente diligencia con que de ordinario es posible prevenirlo".

causas externas o no, y solo toma en consideración si la enfermedad o el evento resultante de ella es imprevisible e irresistible. Por lo cual, en aquellos casos en que una persona sabe que sufre un padecimiento que puede afectarle repentinamente la capacidad de conducir, y lo hace, no podrá invocar dicha circunstancia como fuerza mayor[69].

Debe observarse, por el contrario, que el Consejo de Estado ha adoptado una posición distinta en materia de actividades peligrosas. A tal efecto señala que la responsabilidad derivada del ejercicio de actividades peligrosas se encuentra por completo desligada de toda consideración sobre la culpa o diligencia o prudencia de quien ocasiona el daño, con fundamento en el principio *ubi emolumentum ibi onus esse debet* (donde está la utilidad debe estar la carga), que hace responsable de los perjuicios a quien crea la situación de peligro. Después de hacer referencia a la jurisprudencia y legislación francesas, el Consejo de Estado expresa que de acuerdo con la ley penal colombiana, la inimputabilidad, esto es, la incapacidad de comprender la ilicitud del hecho legalmente descrito o de determinarse de acuerdo con esa comprensión por inmadurez psicológica o trastorno mental, no impide empezar o proseguir la acción civil (C. de P. P., art. 57, modificado por el art. 8º de la ley 81 de 1993). Por ello señala el Consejo de Estado, "la enfermedad imprevista e inevitable del guardián de la cosa peligrosa que crea un riesgo no es de origen externo y por tal motivo no tiene efectos liberatorios en materia de responsabilidad patrimonial". Como se observa, existe una discrepancia en este punto entre las dos jurisdicciones, la cual corresponde a la tendencia más protectora de las víctimas que en ocasiones se aprecia en el Consejo de Estado.

De todo lo anterior se desprende que mediante el requisito de exterioridad lo que se busca es excluir como causal de exoneración aquellos riesgos que por razones de la naturaleza de las cosas o de la responsabilidad que se invoca, debe asumir el deudor o las personas cuya responsabilidad se reclama. No basta entonces simplemente afirmar que un hecho es externo o no para determinar si puede dar lugar a exonerar o no, sino que es necesario precisar si es un riesgo que por sus características y el régimen de responsabilidad aplicable, el deudor o la persona cuya responsabilidad se reclama debe asumir.

[69] TAMAYO, *op. cit.*, págs. 187 y 188, quien cita el caso del infarto. A dicha hipótesis ya se había referido MAZEAUD, *op. cit.*, núm. 1604.

B) *La irresistibilidad*

Para que un evento sea fuerza mayor se requiere que sea irresistible. Debe aclararse que la irresistibilidad hace relación al evento y sus consecuencias, pues puede suceder que el evento sea irresistible, pero no sus consecuencias, caso en el cual no se cumple esta condición. La jurisprudencia tradicionalmente ha señalado que la irresistibilidad debe ser absoluta[70] en el sentido de que es imposible superar las consecuencias del hecho[71]. Además[72] la determinación de la irresistibilidad se hace en abstracto y no en concreto, por lo que no es suficiente la imposibilidad relativa de un deudor, esto es, aquella que proviene de sus condiciones personales.

La exigencia de irresistibilidad implica que no se trata de que la obligación se haga más difícil o más onerosa, incluso si es excesivamente onerosa. Lo importante es que se haga imposible. Lo anterior marca la diferencia entre la fuerza mayor y los eventos que dan lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión. La fuerza mayor supone eventos irresistibles. La imprevisión implica eventos que sin hacer imposible el cumplimiento lo hacen excesivamente oneroso[73]. Por lo demás, señala el Consejo de Estado en materia de contratación estatal que la fuerza mayor determina que el contratista no sea responsable, en tanto que la teoría de la imprevisión determina que se restablezca la ecuación económica del contrato[74].

Por lo demás la imposibilidad puede ser física o moral[75].

[70] Igual parte de la doctrina. Por ejemplo, Arturo Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, Santiago de Chile, Imprenta Universal, 1981, págs. 599 y 600. Vale la pena subrayar que la doctrina italiana (Guido Alpa, *op. cit.*, págs. 434 y 435) señala que existe una diferencia de tratamiento entre la responsabilidad extracontractual y la contractual. En esta el rigor ha sido atenuado porque el comportamiento del deudor es evaluado de acuerdo con la buena fe.

[71] Sent. de 26 enero 1982 ("G. J.", núm. 2406, pág. 23). En el mismo sentido, sent. 11001310300219950711301 de 21 noviembre 2005, que reitera jurisprudencia anterior, como son las sentencias de 26 julio 2005, exp. 06569-02, 13 diciembre 1962 ("G. J.", t. c, pág. 262), de 31 mayo 1965 ("G. J.", ts. cxi y cxii, pág. 126) y 26 enero 1982 ("G. J.", t. clxv, pág. 21). Igualmente el Consejo de Estado ha hecho consideraciones análogas. En tal sentido ver sent. 14781 de 11 septiembre 2003.

[72] Mazeaud, *op. cit.*, núm. 1572. Le Tourneau, *op. cit.*, núm. 1808.

[73] Sent. 14781 de 11 septiembre 2003. Sent. de 22 julio 2009, exp. 14389.

[74] Sent. 14781 de 11 septiembre 2003. Sent. de 22 julio 2009, exp. 14389.

[75] Mazeaud, *op. cit.*, núm. 1570.

Sin embargo, donde puede existir controversia es cómo se determina la imposibilidad absoluta, pues para establecerla necesariamente ha de partirse de la comparación de la conducta del deudor con la de un modelo de conducta.

La jurisprudencia tradicional tiende a adoptar una posición generalmente estricta. Así en algunas sentencias ha precisado el concepto de irresistibilidad en el sentido de que "es absolutamente imposible evitar sus consecuencias, es decir, que situada *cualquier persona en las circunstancias que enfrenta el deudor, invariablemente se vería sometido a esos efectos perturbadores*"[76]. La Corte también ha dicho[77] que la irresistibilidad implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho, para eludir sus efectos o inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias[78]. Así mismo ha precisado que "La imposibilidad relativa, entonces, no permite calificar un hecho de irresistible, pues las dificultades de índole personal que se ciernen sobre el deudor para atender sus compromisos contractuales, o aquellas situaciones que, pese a ser generalizadas y gravosas, no frustran —*in radice*— la posibilidad de cumplimiento, y que, *ad cautelam*, correlativamente reclaman la asunción de ciertas cargas o medidas racionales por parte del deudor, constituyen hechos por definición superables, sin que la mayor onerosidad que ellas representen, de por sí, inequívocamente tenga la entidad suficiente de tornar insuperable lo que por esencia es resistible, rectamente entendida la irresistibilidad".

Sin embargo, cuando se examina con cuidado la jurisprudencia se advierte que la Corte parece hace referencia a diversos modelos, pues en algunos casos alude a circunstancias que no pueden ser superadas por ninguna persona, en tanto que en otros se refiere a una persona normal. Así, por ejemplo, en sentencia de 31 de agosto de 2011[79] la Corte Suprema de Justicia al referirse a la irresistibilidad señaló que ello ocurre cuando los efectos del hecho no puedan ser exitosamente enfrentados o detenidos por una persona común.

[76] Sent. SC-190 de 26 julio 2005, exp. 050013103011-1998 6569-02. En el mismo sentido sent. de 24 junio 2009, exp. 1100131030201999 0109801. La misma posición adopta el Consejo de Estado siguiendo a la Corte Suprema de Justicia en sent. de 22 julio 2009 (exp. 050013103011-1998 6569-02).

[77] Sent. de 31 mayo 1965, "G. J.", t. CXI, págs. 111-134. Igualmente GIANFELICI, *op. cit*., pág. 91. Considera que el obstáculo debe ser insuperable para cualquier miembro de la comunidad.

[78] Sent. de 26 enero 1982, "G. J.", t. CLXX pág. 21.

[79] Ref. exp. 11001020300020060204100.

Cabe preguntarse si es razonable considerar que el evento debe ser insuperable para cualquier persona, pues puede suceder que un evento sea irresistible para el común de las personas, pero que no lo sea para alguna categoría por razón de sus características físicas. Así, por ejemplo, el hecho de que una persona empuje a otra y cause un daño, puede constituir una causa extraña. Sin embargo, es claro que la capacidad de resistir la fuerza que emplea otra persona puede variar en función del tipo de persona que se trate, esto es, una persona de mediana edad, un niño o un anciano.

La jurisprudencia francesa, que inicialmente consideró que el hecho debía ser imprevisible e irresistible, posteriormente ha hecho referencia a eventos normalmente imprevisibles e irresistibles. Se trata de un patrón de conducta que busca establecer una mediana conducta social[80].

Es pertinente, de otra parte, señalar que el Código Civil alemán en su artículo 275 excluye la posibilidad de exigir el cumplimiento cuando hay imposibilidad objetiva (para cualquier persona) o subjetiva (para el deudor)[81]. En efecto, dicho Código establece en su artículo 275, numeral 2, que el obligado puede negarse a ejecutar la obligación cuando el cumplimiento requiere gastos y esfuerzos que teniendo en cuenta el objeto de la obligación y los requerimientos de la buena fe, es groseramente desproporcionado con el interés en el cumplimiento del obligado[82]. Así mismo, el artículo 275, numeral 3, establece que el deudor puede negarse a cumplir si se trata de una prestación que debía cumplir personalmente, y cuando al comparar el interés del obligado en el cumplimiento frente al obstáculo en el cumplimiento, este no puede ser razonablemente exigido[83]. Por consiguiente, de acuerdo con esta regla, la

[80] Antonmattei, *op. cit*., núm. 57; Mazeaud, *op. cit*., t. I, núm. 167, señala que lo insuperable e irresistible debe entenderse razonablemente; es suficiente que no se pueda reprochar al transportador el no haber previsto y evitado. Tamayo, *op. cit*., pág. 93.

[81] Horst Ehmann y Holger Sutschet, *La reforma del BGB. Modernización del derecho alemán de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 21.

[82] A tal efecto, Heck señalaba que si se cae un anillo en un lago, y dicho anillo podría ser encontrado si se seca el lago, se saca la arena y se zarandea, a un costo de millones, el deudor no está obligado a ejecutar la prestación, pero debe indemnizar. En tal sentido Ehmann y Sustchet, *op. cit*., Reinhard Zimmermann, *The New German Law of Obligations*, New York, Oxford University Press, 2010, pág. 45, se refiere a este evento como imposibilidad práctica.

83 Zimmerman, *op. cit*., pág. 48, se refiere a la imposibilidad moral, y señala como ejemplo el caso del cantante que se niega a cantar cuando sabe que su hijo contrajo una enfermedad que amenaza su vida.

imposibilidad de superar un obstáculo al cumplimiento de la obligación no se examina en términos absolutos sino de razonabilidad a la luz de la buena fe.

Desde el punto de vista del derecho colombiano, la filosofía de la responsabilidad civil impone comparar la conducta de las personas con un patrón que se precisa en función de la categoría a la cual pertenece dicha persona. Así, por ejemplo, si el autor del daño es un menor de edad o un profesional, la comparación debe ser hecha frente a un menor de edad o un profesional. Precisamente se exige dicha diligencia. Si la persona empleó dicha diligencia, no hay nada que reprocharle y por ello debe ser exonerada[84]. De esta manera, si a pesar de haber empleado la diligencia y cuidado el autor del daño no hubiera podido evitarlo, es claro que el hecho debería constituir una fuerza mayor. Desde esta perspectiva es pertinente destacar que en materia de compraventa internacional la Convención de Viena hace referencia al hecho que no cabía razonablemente esperar que el deudor lo evitara o superara. De este modo no se toma en cuenta un criterio absoluto.

Vale la pena señalar que la Corte Constitucional ha considerado[85] que un paro judicial no es una fuerza mayor, pero puede tener esas características cuando "los trabajadores impidieran físicamente el acceso a los edificios donde funcionan los despachos judiciales. En este último caso, no sería exigible por parte del ordenamiento, comportamientos heroicos que pongan en riesgo la vida y la integridad personal de los funcionarios judiciales y, menos aún, de la comunidad jurídica (abogados, practicantes, judicantes, etc.)". Como se puede apreciar, desde esta perspectiva se toma en consideración lo que sería un comportamiento normal y se toman en cuenta también los riesgos para las personas.

En todo caso, comoquiera que la jurisprudencia ha señalado que el examen de lo que constituye una fuerza mayor o un caso fortuito debe hacerse en el caso concreto, en el fondo ello conduce a tener en cuenta todas las circunstancias y en particular puede implicar, aún sin decirlo expresamente, a utilizar un patrón de comparación distinto. Así, por ejemplo, es razonable considerar que no se realiza el mismo análisis en los casos en que el deudor es un profesional en la materia, y aquellos otros en que no lo es, pues en el primer caso para determinar lo imprevisible e irresistible debería tomarse en consideración dicho carácter profesional.

[84] MAZEAUD, *op. cit.*, núm. 1568 y ss., expresa que no se deben adoptar soluciones absolutas, pues lo que hay que mirar es si el deudor se comportó como debía comportarse.

[85] Sent. T-1165 de 2003.

Por otra parte la Corte Constitucional ha considerado[86] que el secuestro es una fuerza mayor, pues le impide el deudor el cumplimiento de su obligación. Esta solución de la Corte fue además consagrada por la ley 986 de 2005, pero solo para los efectos previstos en la misma ley[87]. En la jurisprudencia de la Corte Constitucional debe destacarse que igualmente se acepta que una persona distinta al secuestrado puede invocar como fuerza mayor el secuestro de aquella, cuando dependía del secuestrado, solución que no reprodujo el legislador en la norma mencionada.

A este respecto la Corte Constitucional igualmente consideró que tampoco les resulta exigible la obligación a los demás obligados distintos al secuestrado[88], "pues se encontraban en situación de extrema necesidad. El secuestro suponía disponer de todos los recursos económicos para impedir el daño a la libertad personal y la vida de XXX, que constituyen bienes jurídicos de mayor valor constitucional que el simple cumplimiento de sus responsabilidades mercantiles". Lo anterior claramente implica un análisis distinto al tradicional que ha empleado la jurisdicción civil frente a la fuerza mayor. Adicionalmente la Corte expreso que "no puede afirmarse que la disminución de la capacidad económica y laboral de la persona como consecuencia de su estado mental, aunada al pago del rescate, le impidan cumplir sus obligaciones después de su liberación. Sin embargo, estas circunstancias significan un aumento de la carga económica que debe asumir la persona liberada durante una fase crítica de su proceso de readaptación social. En esa

[86] Sent. T-520-03.

[87] Dispone el art. 10 de la ley: "*Secuestro como fuerza mayor o caso fortuito*. Todo secuestro se tendrá como causal constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito para el secuestrado. Se presumirá sin necesidad de declaratoria judicial que la privación de libertad en tal circunstancia reviste las características de imprevisibilidad y de irresistibilidad. Tal presunción sin declaratoria judicial procederá exclusivamente para los efectos patrimoniales y sociales definidos en esta ley en beneficio de la víctima de secuestro.

"*Parágrafo*. Para los efectos aquí previstos se entiende que el deudor secuestrado no se hace responsable del caso fortuito. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita".

[88] Solución semejante retoma la ley 986 de 2005 al disponer que se interrumpen los términos de vencimiento de todas las obligaciones dinerarias del secuestrado y que por ello (art. 11) "los respectivos acreedores no podrán iniciar el cobro prejudicial o judicial de dichas obligaciones, ni contra el deudor principal secuestrado, ni contra sus garantes ni contra sus codeudores no beneficiarios del crédito que tengan la calidad de garantes". Una regla semejante se establece para las obligaciones no dinerarias en el art. 12 de la misma ley.

medida, exigir el cumplimiento de las cuotas del préstamo durante este período pone en riesgo su proceso de recuperación, e implica una amenaza de su capacidad para retomar su propio plan de vida, afectando con ello el derecho al libre desarrollo de su personalidad". Agregó que "En esa medida, no le son exigibles intereses moratorios durante este período, pues el carácter sancionatorio que les es inherente no es compatible con la ausencia de culpa de quien materialmente no puede cumplir su obligación, o hacerlo le resulta extremadamente gravoso".

A este respecto debe recordarse que el artículo 1616 del Código Civil dispone que "La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios". Sin embargo, en el caso que se examina el deudor se ve exonerado de su mora por un hecho que realmente no es una fuerza mayor, sino por razón de criterios de solidaridad.

En un sentido semejante también se observa que en otras sentencias de la Corte Constitucional se acude a un doble fundamento, la fuerza mayor y la teoría de la imprevisión, para sustentar un tratamiento favorable al desplazado. Así, la Corte Constitucional debió pronunciarse en un caso en el cual una entidad financiera adelantó un proceso ejecutivo para el cobro de una obligación a una persona desplazada y la misma se opuso invocando que no podía pagar por fuerza mayor. La Corte Constitucional en sentencia T-726 de 2010 (13 de septiembre) consideró que: "el hecho del desplazamiento forzado constituye un acontecimiento de fuerza mayor para quien lo padece, por cuanto este hecho no se deriva del afectado, sino que precisamente por ser forzado, no media la voluntad de quien lo sufre (inimputable). Además, es un hecho inserto en el conflicto armado o en la violencia generalizada que hace imposible evitar que se presente (irresistible) y que afecta el *statu quo* de quien lo padece sin que sea posible prever los inicios o al menos el alcance del mismo (imprevisible)". Agregó que "el desplazamiento forzado impide el cumplimiento de las obligaciones cuando estas fueron adquiridas con anterioridad al desplazamiento", "por lo que al configurarse este hecho irresistible, imprevisible e inimputable al deudor, y al afectar de manera ostensible su capacidad económica, partiendo del supuesto de que la persona desplazada derivaba su sustento del lugar del que fue desarraigado, se configura un impedimento para cumplir esta obligación". Pero es de destacar que igualmente en la misma sentencia la Corte, partiendo de que se trata de una obligación dineraria se refiere a la teoría de la imprevisión y concluye que "el hecho del desplazamiento forzado constituye un impedimento que influye en

la exigibilidad de la obligación al hacer para el afectado por este delito y deudor de una obligación, más onerosa su situación. De allí que se imponga al acreedor la reestructuración de las obligaciones dinerarias, como efecto de lo que la doctrina ha denominado teoría de la imprevisión, como quiera que la consecuencia de dicha teoría es que ante una dificultad de características graves que influye en el cumplimiento de la obligación, el deudor continúa obligado a responder con la prestación, esto es, no queda exonerado de su cumplimiento, empero se impone un ajuste de acuerdo con la equidad contractual". Finalmente, la sentencia establece que el acreedor debe abstenerse de cobrar anticipadamente la deuda, esto es, de hacer uso de la cláusula aceleratoria y cobrar intereses moratorios por el incumplimiento. Por otra parte, reconoce el derecho de la entidad bancaria para reclamar el pago de intereses remuneratorios o de plazo causados a partir del momento del desplazamiento sobre las cuotas que hayan dejado de pagarse a partir de dicha fecha y señala que "Estos intereses, al igual que las cuotas que están pendientes de pagar deben calcularse con sujeción al principio de solidaridad y teniendo en cuenta las condiciones de desplazamiento del actor, para lo cual deberán llegar a nuevos acuerdos de pago. Si no se llega a un acuerdo se debe aplicar el artículo 884 del Código de Comercio".

Como se puede apreciar, la sentencia a la que hace referencia la Corte adopta un doble fundamento, pues en algunos de los apartes de su providencia se refiere a la fuerza mayor y a los elementos que la definen, y que encuentra reunidos en caso de desplazamiento, y en otros, a la teoría de la imprevisión, y concluye que se trata de un evento en el cual se hacen más onerosas las condiciones, por lo cual deben reestructurarse las condiciones. La diferencia entre el doble tratamiento aparentemente se deriva de que la Corte recurre a la teoría de la imprevisión cuando se trata de obligaciones dinerarias, a pesar de que al hablar de la fuerza mayor aludió a la capacidad económica para cumplir las obligaciones.

Realmente, si se examina con cuidado la situación ha de llegarse a la conclusión de que en los casos de los desplazados no se reúnen las condiciones de la fuerza mayor ni los de la teoría de la imprevisión. En efecto, no existe un hecho que impida el cumplimiento de la obligación dineraria, si se tiene en cuenta que la misma es de género y que la imposibilidad en materia de fuerza mayor no se analiza frente a un deudor concreto. Además, la conclusión de la propia Corte excluye que se trate de fuerza mayor, porque reconoce que la obligación debe cumplirse, aunque con intereses remuneratorios y no moratorios. Por otro lado, tampoco se trata de imprevisión, pues lo que ocurre no es que

la prestación se haya hecho excesivamente onerosa por circunstancias sobrevinientes, sino que al deudor, por las circunstancias que lo afectan se le hace más difícil cumplir la obligación.

En realidad, en el caso del desplazamiento, como en el caso del secuestrado recién liberado, lo que se desarrolla es una figura distinta fundada en el cumplimiento del deber de solidaridad como lo entiende la Corte Constitucional.

De lo expuesto se puede apreciar, que existe una gran diferencia entre el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. En efecto, cuando se trata de la Corte Constitucional el análisis se hace en concreto y en particular teniendo en cuenta los derechos fundamentales violados. Adicionalmente, no se exige una imposibilidad absoluta, sino que se tiene en cuenta el balance frente a los intereses en presencia y en particular se examina si el cumplimiento de la obligación es particularmente gravosa.

Por lo demás, la Corte Constitucional en desarrollo del principio de solidaridad y de la protección a las personas en situación de debilidad ha introducido importantes modificaciones al derecho contractual, al establecer el deber de mantener, renovar o celebrar un contrato. Así por ejemplo imponiendo a una aseguradora otorgar un seguro de vida a personas portadoras del sida, para que pudieran adquirir una vivienda[89] o al ordenar suspender procesos ejecutivos hipotecarios contra deudores portadores asintomáticos del SIDA que se encuentran desempleados y tienen hijos[90].

La jurisprudencia constitucional plantea hacia el futuro la necesidad de determinar cuál es el alcance de esas causales de exoneración fundadas en reglas constitucionales, como la de protección de personas en situación de debilidad manifiesta y el deber de solidaridad.

C) *La imprevisibilidad*

Finalmente, para que haya causa extraña es necesario que adicionalmente el hecho sea imprevisible. Al igual que en el caso anterior es necesario establecer el criterio para establecer la imprevisibilidad, pues finalmente son pocos los eventos que no pueden ser considerados y tomados como eventualmente posibles. Realmente lo que importa

[89] Sent. T-1165.

[90] Sent. T-170-05.

es establecer si el evento debió ser tomado en consideración, lo que implica que sea probable.

Así como en el caso anterior, la determinación de la imprevisibilidad parte necesariamente de evaluar si la persona se comportó como debía hacerlo, por consiguiente implica considerar que es lo que una persona colocada en las circunstancias debió prever. En todo caso la imprevisibilidad se aprecia por comparación a un modelo abstracto y no concreto[91].

En tal sentido la Corte Suprema de Justicia colombiana hace referencia a que el hecho debe ser normalmente previsible. Así en sentencia de 1945[92] había dicho "Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay porque prever lo que es excepcional". Igualmente hizo referencia a que para que un evento reúna tal condición es menester que "no exista manera de contemplar su ocurrencia en condiciones de normalidad, justamente porque se presenta de súbito o en forma intempestiva"[93]. Precisó que "si 'el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor... ("G. J.", tomos LIV, pág. 377, y CLVIII, pág. 63)', siendo necesario, claro está, 'examinar cada situación de manera específica y, por contera, individual', desde la perspectiva de los tres criterios que permiten, en concreto, establecer si el hecho es imprevisible, a saber: '1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo (sent. de 23 junio 2000, exp. 5475)[94]. Igualmente ha dicho que en material de responsabilidad contractual para que el hecho sea imprevisible es necesario "[...] que no haya sido suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimiento, una posibilidad vaga de realización (Cas. Civ. jul. 5/35)"

[91] Mazeaud, *op. cit*, núm. 1576.

[92] 27 de sep 1945, "G. J.", t. 59, págs. 441-444.

[93] Sent. 11001310300219950711301 de 21 noviembre 2005 que reitera jurisprudencia anterior.

[94] Sent. S-078 de 2000. En sentido semejante de 26 julio 2005, exp. 050013103011-1998 6569-02.

La misma posición ha acogido el Consejo de Estado, sent. de 22 julio 2009, exp. 14389.

(Cas. Civ., sent. de 4 julio 2002, exp. 6461)[95]. Así mismo ha dicho[96]: "La imprevisibilidad del acontecimiento, concierne a la imposibilidad de prever, contemplar o anticipar *ex ante* las circunstancias singulares, concretas o específicas de su ocurrencia o verificación de acuerdo con las reglas de experiencia, el cotidiano, normal o corriente diario vivir, su frecuencia, probabilidad e insularidad *in casu* dentro del marco fáctico de circunstancias del suceso, analizando *in concreto* y en cada situación los referentes de su «*normalidad y frecuencia*», «*probabilidad de realización*» y talante «*...intempestivo, excepcional o sorpresivo*»".

La imprevisibilidad toma en cuenta lo que una persona normal debió prever en las circunstancias, en el sentido de que era razonable que tal hecho se pudiera presentar dado el curso normal de los eventos[97]. En tal sentido en materia de compraventa internacional la Convención de Viena toma en cuenta lo que era razonable que el deudor tuviera en cuenta al momento de celebrar el contrato.

En todo caso, en las circunstancias concretas el análisis puede ser severo. En el caso de los daños que origina la inundación causada por una represa y por lluvias muy severas, la Corte Suprema de Justicia insistió en que no podía alegar la demandada un hecho humanamente previsible. Destacó que en una central de generación un elemento fundamental es el hídrico; "que un proyecto hidroeléctrico tiene como uno de sus elementos esenciales la predicción" y señaló que la naturaleza del clima es un fenómeno incontrolable, pero no por ello es totalmente impredecible. Señaló que "que quienes emprenden o explotan un proyecto de generación hidroeléctrica, deben saber como el que más, acerca del sistema de lluvias, no sólo porque de esto depende la rentabilidad esperada, sino porque un mal cálculo puede causar tragedias de grandes proporciones". Agregó que no se puede pretextar "que estaba fuera de su alcance estimar la posibilidad de una precipitación de la intensidad de la ocurrida en los primeros días del mes de abril de 1994, menos si acontecimientos similares ya habían ocurrido en el pasado". Igualmente se refirió al manual de manejo de la represa y consideró que esas "recomendaciones fijan un margen que podría catalogarse como insuficiente para el control de las situaciones infrecuentes pero posibles"[98].

[95] En el mismo sentido sent. de 26 julio 2005, exp. 050013103011-1998 6569-02.

[96] Sent. de 24 junio 2009, exp. 11001-3103-020-1999-01098-01.

[97] LE TOURNEAU, *op. cit.*, núm. 1813 expresa que un evento es imprevisible cuando no había ninguna razón particular para pensar que se produciría.

[98] Sent. de 27 junio 2007, exp. 73319 3103 002 2001 00152 01.

Como se puede apreciar, en este caso concreto para analizar la previsibilidad la Corte no tuvo en cuenta la situación de una persona normal, sino las características de la persona que adelantaba un proyecto hidroeléctrico que le imponía realizar cálculos más cuidadosos.

De este modo en esta materia, como en el caso anterior, el patrón de comparación debe tomar en cuenta aquellas características que se toman en cuenta en la responsabilidad civil para determinar si existe o no culpa. Es por ello que el profesional debe ser tratado más severamente[99].

Por otro lado, en materia de contratos debe determinarse si la imprevisibilidad debe examinarse al momento de celebrar el contrato o a aquél en que se produce el daño. En principio debe tomarse el mismo criterio que aplica la doctrina para determinar los daños previsibles de los cuales se responde en materia de responsabilidad contractual, salvo que haya dolo o culpa grave (C. C., art. 1616). Así las cosas, la previsibilidad debe apreciarse al momento del contrato, porque es en relación con lo que en ese momento existía que se celebró el negocio[100], lo cual es congruente con consideraciones de buena fe y honestidad. Este es además el criterio de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional la cual señala en su artículo 79 que "Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar *que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato*, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias" (se subraya).

Por consiguiente, en principio no son relevantes hechos que se vuelven previsibles durante la ejecución del contrato. Debe aclararse en todo caso que si el evento no era previsible pero lo es posteriormente, y el contratante puede superar el obstáculo, debe hacerlo dentro de los límites de la buena fe, que le impone realizar todo aquello para asegurar el resultado útil de la prestación, sin sacrificios desproporcionados.

D) *El evento irresistible pero previsible*

Ahora bien, como quiera que la doctrina y la jurisprudencia señalan que la fuerza mayor implica que el evento sea irresistible e imprevisible

[99] Le Tourneau, *op. cit.*, núm. 1814 expresa que cuando es un profesional la jurisprudencia tiende a considerar el daño previsible salvo cuando él ha tomado todas las medidas para evitar el evento.

[100] Ver en tal sentido el fallo de la sala plena de la Corte de Casación francesa de 14 de abril de 2006. Igualmente, Mazeaud *op. cit.*, núm. 1576, Paul Henri Antonmattei, *op. cit.*, núm. 73, Le Tourneau, *op. cit.*, núm. 1814 y Beale, Fauvarque-Cosson, Rutgers, Tallon y Vogenauer, ob. cit., pág. 1093.

cabe preguntarse qué sucede si el evento siendo irresistible no es imprevisible. Algunos autores consideran que el elemento fundamental de la fuerza mayor es la irresistibilidad[101], pues en todo caso si el evento es irresistible no importa que sea previsible, pues en todo caso el deudor no puede continuar obligado. Así lo ha señalado la Corte de Casación francesa[102]. A lo imposible nadie está obligado.

Sobre el punto la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que en Colombia no se podría adoptar dicha solución, pues en derecho colombiano los dos presupuestos "que estereotipan, como unidad conceptual y como sinonimia legal, al caso fortuito o fuerza mayor, son la imprevisibilidad y la irresistibilidad del acontecimiento"[103].

Sin embargo esta solución de la Corte merece una precisión. En efecto, cuando se analiza la justificación que hace la propia Corte en algunos casos de la imprevisibilidad se observa que ella se exige en cuanto complementa la irresistibilidad, pues el reproche que cabe hacer en estos casos es no haber tomado las precauciones adecuadas para el evento previsible, o haberse colocado en dicha situación que era previsible[104]. De este modo, la previsibilidad se toma en la medida

[101] LE TOURNEAU, *op. cit*. En Colombia en este sentido TAMAYO, *op. cit.*, págs. 112 y 113. En derecho italiano COTTINO, *op. cit.*, núm. 6, señala que en el fondo lo que prevalece es la inevitabilidad. GUIDO ALPA, *op. cit.*, pág. 435, señala que ha dejado de ser requisito del caso fortuito la imprevisibilidad.

[102] En sent. de 9 marzo 1994, la Corte de Casación francesa consideró que la imposibilidad constituye fuerza mayor, cuando la previsibilidad no permite evitar el hecho. En el caso concreto, referido a un robo, consideró la Corte que en todo caso no se tomaron todas las precauciones y por ello no encontró que había fuerza mayor.

[103] Sent. S-078 de 2000.

[104] Corte Suprema 26 mayo 1936, "G. J.", t. XLIII, págs. 585 señaló que "si no se previó el accidente pero se le puede resistir, no habrá caso fortuito" y que "Si el accidente es irresistible pero debió preverse, tampoco habrá caso fortuito: ejemplo: *cualquiera fuerza física o moral, a que no pueda resistirse pero que pudo evitarse en sus consecuencias*". Así mismo en sent. de 19 julio 1996, exp. 4469 dijo "... en tanto sea posible prever la realización de un hecho susceptible de oponerse a la ejecución de un contrato, y que este evento pueda evitarse con diligencia y cuidado, no hay caso fortuito ni fuerza mayor. Sin duda el deudor puede verse en la imposibilidad de ejecutar la prestación que le corresponde, *pero su deber de previsión le permitirá evitar encontrarse en semejante situación* [...] La presunción de culpa que acompaña a quien no ha ejecutado el contrato, no se destruye por la simple demostración de la causa del incumplimiento cuando el hecho así señalado es de los que el deudor está obligado a prever o impedir. Por ejemplo, *el robo y el hurto son hechos que se pueden prever y evitar con solo tomar las precauciones* que indique la naturaleza de las cosas ("G. J.", LXIX, pág. 555)". En sent.

en que ella permite evitar los efectos del hecho o por lo menos tomarlo en consideración[105]. Así las cosas, en materia de responsabilidad extracontractual en aquellos casos en que aunque se pueda prever el fenómeno no hay posibilidad alguna de tomar medidas que impidan que se produzca o sus efectos, puede concluirse que existe una fuerza mayor o caso fortuito.

Así lo consideró el Consejo de Estado[106] en el caso de la erupción del Nevado del Ruíz, pues señaló que aunque el evento era previsible era irresistible y no se podía exigir a la administración otras medidas de las que adoptó.

Por otra parte, cuando se trata de obligaciones contractuales si el deudor se obliga a ejecutar una prestación y es previsible que la misma se vuelva imposible por un evento posterior, podría considerarse que quien se obligó en tales circunstancias asumió tal evento. Sin embargo, otros opinan que cuando el evento era previsible para ambas partes, si el evento ocurre el mismo debe considerarse una fuerza mayor, pues no hay razón para sostener que el deudor asume el riesgo. A tal efecto, se preguntan por qué el transportador en caso de guerra debe asumir el riesgo de hundimiento del buque por una mina, o la destrucción del

---

de 26 enero 1982, "G. J.", núm. 2406, pág. 23, expresó: Igualmente expresó "Sin duda el deudor puede verse en la imposibilidad de ejecutar la prestación que le corresponda, pero su deber de previsión le permitirá evitar encontrarse en semejante situación…". Así mismo en sent. SC-254-2005 de 24 octubre 2005, expresó en tanto 'sea posible prever la realización de un hecho susceptible de oponerse a la ejecución del contrato, *y que este evento pueda evitarse con diligencia y cuidado, no hay caso fortuito ni fuerza mayor*. Sin duda el deudor puede verse en la imposibilidad de ejecutar la prestación que le corresponde, pero su deber de previsión era evitar encontrarse en semejante situación" (LXIX, 555) (CLXV, pág.12.). En sent. de 31 agosto 1942, "G. J.", t. 54, págs. 370-383, expresó "Cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni fuerza mayor. Por ende, *en tanto que sea posible prever la realización de un evento susceptible de oponerse a la ejecución del contrato, y que este evento pueda evitarse* con mediana diligencia y cuidado, no hay caso fortuito o fuerza mayor. Sin duda el deudor puede verse en la imposibilidad de ejecutar la prestación que le corresponda, pero su deber de previsión le permitía evitar encontrarse en esa situación".

[105] Antonmattei, *op. cit.*, núm. 69. En el fallo Bouvier (sent. de 7 marzo 1966) la Corte de Casación dijo "si la irresistibilidad del evento constituye la fuerza mayor cuando su previsión no permitiría eludir sus efectos, no es igual cuando el deudor podía prever tal efecto a la fecha de la conclusión del contrato". *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1966, 823 núm. 27.

[106] Sent. de 24 junio 1994, exp. 6639.

inmueble por una bomba[107]. Realmente en estos casos lo que hay que determinar es quién debe asumir el riesgo. Desde este punto de vista parecería claro que las partes podrían regular la materia. Ahora bien, si no lo han regulado ¿quién debe asumir el riesgo? Si es claro en la ley que el deudor solo se exonera si el hecho era imprevisible e irresistible, no se ve porque pueda exonerarse si el hecho era previsible, pero no se adoptó ninguna previsión sobre el particular.

### **4.** Los efectos de la fuerza mayor

Cuando se reúnen los requisitos de la fuerza mayor, ella da lugar a la exoneración total.

Sin embargo debe precisarse igualmente que puede ocurrir que la fuerza mayor no tenga carácter definitivo. Así puede acontecer que ella solo impida temporalmente el cumplimiento del contrato. En tales casos lo que procede es una suspensión de los efectos del contrato mientras dura la fuerza mayor[108]. Así lo consagran los principios de Unidroit que señalan que en tal caso se suspende por un período de tiempo razonable en función del efecto del impedimento sobre el cumplimiento (art. 7.1.7. num. 2). Igualmente ello se puede deducir del numeral 3º del artículo 79 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional que señala que la exoneración por razón de impedimento ajeno a la voluntad del deudor dura mientras dure el impedimento. En todo caso, si ello termina afectando la causa del contrato, —pues ya no es útil su ejecución—, debe producirse la liberación del deudor.

Puede suceder que la fuerza mayor solo cause un impedimento parcial. En tal caso, es claro que en la parte que es imposible ejecutar el deudor queda liberado, pero qué sucede con el resto de las prestaciones. En este punto puede tomarse en cuenta el criterio que fija el Código Civil para el contrato de arriendo, cuando señala en su artículo 1990 que si el impedimento para el goce es parcial o la cosa se destruye en parte, el juez debe decidir "según las circunstancias, si debe tener lugar la terminación del arrendamiento, o concederse una rebaja del precio o renta". El criterio que debe tomar en consideración el juez es si a la luz del fin para el cual se arrendó la cosa, el contrato continúa siendo útil para el arrendatario, pues en todo caso es razonable suponer que habría arrendado la cosa aunque a menor precio. Este criterio puede aplicarse

[107] Ricardo Uribe Holguin, *op. cit.*, págs. 155 y 156.

[108] Antonmattei, *op. cit.*, núms. 212 y 291. Le Tourneau, *op. cit.*, núm. 1809.

a todos los casos en que existe una fuerza mayor que impide parcialmente la ejecución del contrato.

En este punto es importante señalar que puede ocurrir que un evento impida cumplir totalmente todos los contratos celebrados por una persona, pero que no impida eventualmente cumplir en su totalidad alguno o algunos de ellos. Si se analizara la situación individualmente podría pensarse que frente a los contratos que el deudor puede cumplir en su totalidad no habría fuerza mayor, sin embargo, tal análisis implica darle un tratamiento más favorable a unos contratantes sobre otros. Tal vez la mejor solución es la del derecho alemán en el caso fallado el 3 de febrero de 1914, en el cual un agricultor no pudo cumplir con la entrega de semillas de remolacha azucarera por razón de una mala cosecha por difíciles condiciones climáticas. El producto vendido era específicamente el producto de su cosecha, por lo que no podía entregar otro equivalente. Como había celebrado varios contratos, el agricultor distribuyó el producto a prorrata entre sus varios compradores. El Tribunal del Imperio consideró que estaba liberado a luz de la buena fe y en razón de las excepcionales condiciones climáticas de 1911[109].

La explicación del efecto liberatorio de la fuerza mayor ha tenido distinto fundamento. Para algunos en principio la fuerza mayor rompe el vínculo causal[110]. Explicación que para otros no es suficiente, pues el caso fortuito no es realmente la única causa del accidente y por ello señalan que se trata de una causa de no imputabilidad[111]. Otros autores señalan que lo que sucede es que ella prueba la ausencia de culpa[112]. Finalmente, hay quienes expresan que la fuerza mayor demuestra que el autor ha tenido un papel accesorio en la producción del daño y que su conducta no es criticable. Para la jurisprudencia colombiana la fuerza mayor afecta la relación causal[113].

Desde esta perspectiva, si se toman en cuenta los elementos de la causa extraña que exige la ley civil se concluye que la prueba de la causa extraña acredita, por una parte, que el daño le es ajeno al demandado, es

[109] Citado por Beale, Fauvarque-Cosson, Rutgers, Tallon y Vogenauer, ob. cit., pág. 1093.

[110] Weill Terre, *op. cit.*, núm. 742.

[111] Jourdain, citado por Antonmattei, *op. cit.*

[112] Ricardo Uribe-Holguín, *op. cit.*, págs. 115 y 116.

[113] Sent. 078 de 23 junio 2000, exp. 5475. En sentido análogo sent. 021 de 21 febrero 2002, exp. 6063. Igualmente sent. de 5 mayo 1999. Así mismo el Consejo de Estado en sent. 14643 de 20 abril 2005.

decir, afecta la relación causal y que en todo caso este no ha incurrido en culpa que tenga relevancia en la causación del daño[114].

Ahora bien, sucede a menudo que a la producción del daño han contribuido físicamente el hecho del demandado y la fuerza mayor y por ello debe determinarse si realmente la fuerza mayor debe exonerar. En tal caso lo que debe analizarse es si la fuerza mayor es la causa jurídica del daño[115]. Si se toma en cuenta la teoría de la equivalencia de condiciones, que considera que todas las causas *sine qua non* del daño son causa jurídica del mismo, habría que concluir que la fuerza mayor no exonera, en la medida en que el hecho del demandado de todas maneras tuvo incidencia en la producción del daño. Sin embargo, como es sabido la jurisprudencia en materia de causalidad adopta la teoría de la causalidad adecuada, lo cual implica examinar cuáles eran las consecuencias normales del hecho del demandado. Así, cuando el hecho del demandado solo es perjudicial por razón de un evento que lo ha modificado de manera inesperada en su desarrollo o consecuencias, hay una fuerza mayor, por razón de la causalidad adecuada. En este sentido el Consejo de Estado ha advertido[116]. "Cuando concurren la actividad peligrosa y el hecho de un tercero, el que ejerce aquella actividad deberá responder siempre que la misma sea causa eficiente en su producción pero no cuando solo sea causa pasiva". Un ejemplo de este análisis se presenta en caso de complicaciones en tratamientos médicos. Dichas complicaciones tienen el carácter de fuerza mayor cuando no hay instrumentos para detectar cuándo se va a presentar y siempre que una vez que se producen, sus efectos letales son inminentes[117].

Si en todo caso se llega a la conclusión de que el hecho del demandado fue causa del daño, aun cuando concurran otras causas, dicha persona es responsable de la totalidad del daño, pues en todo caso si no se hubiera realizado la conducta no se hubiese producido el daño. Lo anterior es además conforme al principio que consagra nuestra legislación en virtud del cual cuando hay varios autores del daño los mismos responden solidariamente.

Vale la pena señalar que en algunos casos la jurisprudencia francesa ha aceptado la posibilidad de exoneración parcial, cuando al daño con-

[114] Es la tesis de VINEY, *op. cit.*, núm. 403.

[115] Sent. 11001310300219950711301 de 21 noviembre 2005.

[116] Sent. 13657 de 25 julio 2002.

[117] Sent. 11833 de 24 agosto 1998.

tribuyen tanto el hecho de una persona y una causa extraña[118]. Señala la mayor parte de la doctrina, con aprobación, que a partir de 1970 la jurisprudencia considera que tales hechos no exoneran parcialmente, pues de otro modo se afecta el principio de la reparación integral[119]. En todo caso en derecho colombiano no parece tener ninguna cabida una reducción parcial de la responsabilidad. Si el demandado causó el daño, así haya concurrido una causa extraña a él, debe responder.

Pueden existir empero casos en los cuales la fuerza mayor no exonera. Así, por ejemplo, el artículo 2354 del Código Civil dispone que cuando el daño es causado por un animal fiero, del 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. Algunos autores han señalado también que en la obligación de género, el deudor no puede exonerarse por fuerza mayor, pero ello no es exacto porque siempre es posible que la obligación de género se haga imposible. Este el caso de un acto de autoridad que impide entregar bienes de dicho género[120]. En tal caso el deudor queda exonerado.

Aunque ni el Código Civil ni el Código de Comercio lo señalan, la doctrina contemporánea precisa que cuando se produce una fuerza mayor que impide la ejecución del contrato, la buena fe en la ejecución del mismo impone a una parte dar aviso a la otra, para que esta última puede adoptar medidas para evitar los daños que le pueda causar[121]. Así por lo demás lo consagran los Principios de Unidroit (art. 7.1.7., num. 3) e igualmente lo hace para las compraventas internacionales el numeral 4 del artículo 79 de la Convención de Viena, estableciendo que si la otra parte a aquella que sufre el impedimento no recibe "la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción". Tal principio es aplicable entre nosotros a la luz de la buena fe. Si una parte se ve imposibilitada para cumplir debe avisarle a la otra, la que a su turno en razón de su deber de mitigar el daño debe adoptar las medidas razonables para reducirlo o evitarlo.

[118] En el caso *Lamoricière* en 1951 la Corte de Casación francesa aceptó la exoneración parcial (Viney, *op. cit.*, núm. 414), asignando 4/5 a una tempestad y al carbón de mala calidad. En 1957 la Corte Francesa expresó que una tempestad podía causar una exoneración parcial.

[119] Por todos ver por ejemplo Le Tourneau, *op. cit.*, núm. 1803.

[120] Le Tourneau, *op. cit.*, núm. 1809.

[121] Antonmattei, *op. cit.*, núm. 244.

A) *Convenciones sobre fuerza mayor*

Otro punto que debe analizarse es cuáles son las consecuencias de los pactos en materia de fuerza mayor.

Sobre el punto lo primero que debe destacarse es que de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil las partes pueden modificar las reglas allí establecidas, por lo cual en principio es posible que celebren convenciones por las cuales se modifiquen las reglas que rigen la fuerza mayor y su poder liberatorio. Sin embargo, es necesario distinguir entre las diversas hipótesis.

En primer lugar, en materia contractual se pueda pactar que una de las partes asuma la fuerza mayor o cualquier causa extraña. Tal pacto es sin duda válido. Así ocurre cuando el mandatario garantiza la solvencia del tercero con quien contrata y asume todas las incertidumbres y embarazos del cobro, caso en el cual la ley entiende que se asumen incluso los casos fortuitos y la fuerza mayor[122].

Por otro lado, las partes pueden simplemente prever que la fuerza mayor libera al deudor de sus obligaciones y señalar una serie de casos que constituyen fuerza mayor. En tales casos es necesario determinar cuál es la intención de las partes, si simplemente tratan de reproducir la regla legal o, por el contrario, introducir algunas modificaciones a la misma.

La jurisprudencia francesa consideró que el hecho de que las partes pactaran que ciertos fenómenos naturales constituían fuerza mayor no exoneraba de probar que en el caso concreto el fenómeno reunía las condiciones propias de la fuerza mayor[123]. Se consideró que la fuerza mayor supone tales elementos y que salvo que existiera un acuerdo expreso de las partes, no puede concluirse que las mismas quisieron eliminar las reglas de la fuerza mayor. Sin embargo, tal conclusión debe matizarse. En efecto, por regla general cuando las partes han definido una serie de hipótesis como fuerza mayor o causa extraña, quieren resolver eventuales controversias sobre la posibilidad de que esta clase de eventos tengan carácter de fuerza mayor. Sostener que allí solo se reproduce la ley, es desconocer el efecto de dichas cláusulas contractuales, contra lo que dispone el Código en materia de interpretación de contratos en el sentido de que las cláusulas de un contrato deben interpretarse en el

[122] C. C., art. 2178.

[123] Fallo de la Corte de París de 28 de febrero de 1990, citado PAUL HENRI ANTONMATTEI, *op. cit.*, pág. 132.

sentido de que produzcan efectos. Lo que buscan las partes es despejar dudas sobre la materia y determinar el alcance de la obligación del deudor. Lo anterior en principio significa que para las partes el evento indicado en el contrato constituye una fuerza mayor. Sin embargo, tampoco es posible afirmar que las partes han querido que tal evento constituya fuerza mayor en todo caso, pues pueden existir eventos en los que exista culpa del deudor, y no es razonable suponer que una cláusula como la descrita implique una exoneración del deudor. Bajo esta perspectiva es razonable pensar que las partes se han referido a los casos que normalmente corresponden a la descripción que realizan y han entendido que los mismos constituyen fuerza mayor. En todo caso, será necesario analizar en cada caso concreto cuál es la intención de las partes. Algunos autores agregan que en caso de que no sea posible despejar la ambigüedad, estas cláusulas deberán interpretarse a favor del deudor[124]. En este sentido vale la pena tener en cuenta el Código Civil Italiano que dispone en su artículo 1694 que son válidas las cláusulas que establecen presunciones de caso fortuito por eventos que normalmente en relación con los medios y condiciones del transporte dependen de casos fortuitos.

Por otra parte, las partes pueden establecer los criterios que debe reunir un evento para que sea fuerza mayor.

Ahora bien, partiendo de lo anterior debe establecerse si tales pactos son válidos. Para algunos tales pactos sin duda son válidos, pues lo que hacen es definir el alcance de la obligación[125]. Sin embargo no en todos los casos es clara dicha solución. En efecto, si la ley ha determinado a través de normas imperativas la responsabilidad en un contrato y ha establecido que solo es posible exonerarse por fuerza mayor, parece claro que las partes no podrían definir como fuerza mayor un evento que no tenga legalmente tal carácter, ni reducir las exigencias legales, pues desconocerían la norma legal.

Así es evidente que por la vía de la definición de la fuerza mayor no es posible exonerarse de una culpa grave o el dolo. Igualmente si la ley ha establecido un régimen imperativo en materia de responsabilidad, no parece posible que las partes puedan convenir que tengan carácter liberatorio eventos que no lo tienen de acuerdo con la ley. Por otra parte, también hay que tener en cuenta los casos en que se aplican las

[124] Gianfelici, *op. cit.*, pág. 134.

[125] Mazeaud, *op. cit.*, núm. 1621.

reglas sobre cláusulas abusivas[126]. Adicionalmente, deberá tomarse en consideración si se afecta una obligación esencial[127], teniendo en cuenta los casos en que no son válidas las cláusulas exoneratorias por el incumplimiento de obligaciones esenciales.

En materia de responsabilidad extracontractual la solución parte de determinar si es posible celebrar pactos en esta materia. Si se admite tal posibilidad, se debe concluir que es viable celebrar acuerdos en materia de fuerza mayor. Por el contrario, si se considera que no son posibles las modificaciones convencionales al régimen de la responsabilidad extracontractual, que es la tendencia predominante, no parece posible establecer pactos en materia de fuerza mayor[128].

## **5.** El hecho de un tercero

### A) *Los requisitos para la exoneración por el hecho de un tercero*

Para que el hecho de un tercero exonere de responsabilidad es necesario que el mismo reúna las condiciones de la fuerza mayor. Así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia[129] y el Consejo de Estado[130]. Es por ello que algunos señalan que ella no es una causal autónoma de exoneración[131].

Para determinar el alcance del hecho de un tercero es importante señalar que cuando se trata de responsabilidad contractual el contratante responde por todas las personas que ha introducido en la ejecución del contrato, pues si él decide no ejecutar el contrato personalmente, sino a través de otro asume el riesgo consiguiente. Por el contrario, cuando se trata de responsabilidad extracontractual, solo se responde por el hecho de otro en los eventos previstos por el ordenamiento. Desde esta

[126] Paul Henri Antonmattei, *op. cit.*, pág. 130.

[127] Paul Henri Antonmattei, *op. cit.*, pág. 130.

[128] Viney, *op. cit.,* núm. 404-2, señala que la jurisprudencia considera que tales convenciones son nulas en materia de responsabilidad extracontractual pero validas en materia de responsabilidad contractual.

[129] Sent. 11001310300219950711301 de 21 noviembre 2005.

[130] Sent. 13657 de 25 julio 2002.

[131] Gianfelici, *op. cit*., pág. 186. En el mismo sentido Ricardo Uribe Holguín, *op. cit.*, pág. 122.

perspectiva se plantea entonces una diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

Adicionalmente, para que el hecho del tercero pueda exonerar de responsabilidad es necesario que tenga el carácter de causa exclusiva del daño[132]. Así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia[133]. Si el hecho del tercero no es causa exclusiva se mantendrá la responsabilidad del agente, y lo que puede haber es una responsabilidad solidaria.

B) *El problema de la concurrencia de causas con el hecho de un tercero o de varios terceros*

Ahora bien, puede ocurrir que diversos terceros concurran a la realización del hecho dañoso. En tal caso los mismos están solidariamente obligados. Esta regla está consagrada en el artículo 2344 en materia de responsabilidad extracontractual, el cual dispone que cuando varias personas hayan cometido un delito o culpa, son solidariamente responsables de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa[134].

Ha señalado la Corte que esta solidaridad[135] "tiene por único objeto garantizarle a ella la reparación íntegra de los perjuicios; es en tal virtud que le otorga la posibilidad de reclamar de todos o de cada uno de ellos el pago de la correspondiente indemnización, y para el efecto cuenta entonces con varios patrimonios para hacerla efectiva, de acuerdo con lo que más convenga a sus intereses". Agregó la Corte que la acción que se ejerce respecto de cada corresponsables es autónoma e independiente[136]. Por ello respecto de cada corresponsable el demandante debe demostrar los elementos constitutivos de la responsabilidad.

[132] C. S. de J., sents. S-009-98 de 27 febrero 1998, exp. 4901 y sent. de 29 febrero 1964, "G. J.", t. 106, págs. 148-168.

[133] Sent. 3446 de 8 octubre 1992.

[134] Desde este punto de vista debe recordarse que en derecho francés el Código Civil no establece la obligación *in solidum* a cargo de las diversas personas que causan un daño, pero la misma la consagró la jurisprudencia. Para explicar esta obligación se ha acudido a la tesis de la indivisibilidad de la causa. Otros autores consideran que el fundamento es realmente el deseo de proteger a las víctimas.

[135] Sent. S-170-2001, de 7 septiembre 2001, exp. 6171 en el caso de dos vehículos que colisionan.

[136] En este caso la corte analizó una situación en que demandaba el conductor de vehículo colisionado y su esposa. Precisó la Corte que esta última no era agente del accidente y podría invocar la responsabilidad por actividad peligrosa del otro conductor. En este mismo sentido, sents. 6171 de 7 septiembre 2001 y 075 de 10 septiembre 1998.

La solidaridad aplica aun cuando frente a unos autores se invoquen las reglas generales de responsabilidad civil, que suponen la prueba de la culpa, en tanto que frente a otros se invoquen otros hechos generadores de responsabilidad[137]. Igualmente se debería aplicar aun cuando cuando se achaque a una persona la responsabilidad contractual y a otra la extracontractual. En efecto, de conformidad con la jurisprudencia la solidaridad se funda en un deseo de proteger a las víctimas. Así mismo la doctrina ha fundado la solidaridad en una indivisibilidad del vínculo causal, que impide que cada coautor responda por una parte del daño. Es claro que ambos fundamentos existen no solamente en materia de responsabilidad civil extracontractual, sino también cuando concurren la responsabilidad contractual y extracontractual. En este sentido, por ejemplo, el Consejo de Estado[138] ha admitido la responsabilidad solidaridad en caso de accidente aéreo entre la empresa transportadora y la autoridad aeronáutica. En todo caso se requiere que todos los hechos hayan sido causa del daño y que este sea indivisible, pues si se puede distinguir claramente el daño causado por cada hecho, no será posible condenar a cada corresponsable por el todo[139].

Otro es el problema que se presenta cuando una vez satisfecha la víctima, se trata de determinar cómo se distribuye la carga de la responsabilidad entre los diversos coautores.

En tal sentido se señala que en los derechos anglosajones quien deba responder por el daño solo tiene posibilidad de dirigirse contra los coautores en los casos en que la ley lo autoriza[140].

En todo caso desde el punto de vista civil, el responsable, bien sea a título de responsabilidad por culpa o por actividades peligrosas o en virtud de un contrato, tiene acción contra los otros corresponsables. Se puede repetir incluso contra los responsables por actividades peligrosas o por culpa presunta, porque a menos que se pruebe culpa exclusiva del tercero, el ordenamiento le impone a quien desarrolla la actividad peligrosa o a quien es responsable de culpa presunta el deber de asumir los perjuicios.

[137] VINEY, *op. cit.*, núm. 420.

[138] Sent. 11224 de 11 septiembre 1997.

[139] VINEY, *op. cit.*, núm. 420.

[140] VINEY, *op. cit.*, núm. 421. TONY WEIR "Complex Liability" en el capítulo de Torts de la Internacional Enciclopedia of Comparative Law, J:C:B: MOHR (Paul Siebeck) *The Hague*, 1976, pág. 57.

Para este efecto conviene recordar que en el derecho comparado la doctrina discute cuál es la naturaleza de la acción que se puede intentar por el corresponsable que ha pagado. Se discute si la acción es una acción subrogatoria o si es una acción de reembolso. La diferencia radica en que en el primer caso se está ejerciendo la misma acción que tenía la víctima, en tanto que en el segundo caso es una acción nueva. En tal sentido hay países en los que se considera que es una acción subrogatoria y en otros una acción de reembolso[141]. En derecho francés la jurisprudencia ha considerado que por regla general es una acción subrogatoria.

En derecho colombiano, si se parte de la base que el Código Civil claramente establece que cuando el daño ha sido causado por varias personas las mismas quedan solidariamente obligadas, y que igualmente dispone que opera el pago con subrogación en el caso en que ha pagado una de las personas que se encontraban solidariamente obligadas (arts. 1579 y 1668, num. 3 del C. C.), ha de concluirse que en tal caso la acción que tiene quien fue condenado es la acción de la víctima en la que se subroga. Por ello se aplican las mismas reglas de prescripción, no habrá acción si no se ha pagado a la víctima y adicionalmente puede aplicarse la cosa juzgada, teniendo en cuenta, claro está, que puede suceder que se invoquen distintas causas de responsabilidad[142].

Ahora bien, uno de los temas que se discuten en esta materia es la posibilidad en materia de responsabilidad por accidentes de tránsito de intentar la acción de repetición contra los parientes de la víctima que también participaron en el hecho. La Corte de Casación Francesa lo ha excluido porque podría privar parcialmente la victima de la indemnización.

Algunos autores se preguntan si cuando los aseguradores pagan convendría eliminar la posibilidad de intentar una acción de repetición, pues consideran que no se justifica la acción de repetición por parte de ellos. Igual duda surge cuando pretenden ejercer la acción otras personas responsables que pueden distribuir el riesgo[143].

Ahora bien, ¿cómo se divide la carga entre los diferentes corresponsables?

[141] En Alemania el que paga tiene un derecho independiente contra los otros codeudores y adicionalmente cuando paga se subroga. Weir, *op. cit*.

[142] Estas soluciones han sido aplicadas por la Corte de Casación Francesa.

[143] Viney, *op. cit.*, núm. 424-2.

A tal efecto, el artículo 1579 del Código Civil dispone que el deudor solidario que ha pagado la deuda o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda.

¿Cómo se determina entonces la cuota que corresponde a cada corresponsable?.

Lo primero que debe observarse es que en algunos casos pueden existir reglas que impongan a uno de los corresponsables asumir la totalidad de la reparación. En tales casos los demás corresponsables podrán intentar su acción para obtener el pago de la totalidad. Así ocurre cuando, por ejemplo, uno de los corresponsables había otorgado una garantía o debía responder por el todo. Es por ejemplo el caso del constructor que debía responder por todos los daños en virtud de su contrato.

En los demás casos cabe preguntarse cuál es el criterio para distribuir la responsabilidad entre los corresponsables. Existen diversos criterios para tal efecto. En algunos países se distribuye la carga en función de la participación causal, en otros en función de la gravedad de la culpa, o por razón de consideraciones de equidad e incluso se distribuye por partes iguales. Aunque el criterio generalmente aplicado es tomar en cuenta tanto la causalidad como la culpa[144].

En Colombia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no ha precisado con claridad cómo se distribuye la responsabilidad entre los coautores; por el contrario si lo ha hecho para determinar el efecto de la culpa de la víctima. A este respecto ha tomado en cuenta la causalidad. En esta medida es razonable entender que en cuando se trate de distribuir la carga de la responsabilidad entre los terceros se debe tomar igualmente en consideración la causalidad. Si ello no es posible en principio parece necesario hacer una repartición por partes iguales.

C) *El hecho de la víctima*

a) *Los requisitos de exoneración.* Es claro que el hecho de la víctima puede exonerar de responsabilidad, pero hay discusión acerca de los requisitos que debe requerir para tal efecto.

En todo caso para que exonere de responsabilidad totalmente se requiere que el hecho sea imputable exclusivamente a la víctima[145]. Des-

[144] Ver WEIR, *op. cit.*, págs. 72 y 73.

[145] C. S. de J., sent. de 16 diciembre 2010, ref. 11001-3103-008-1989-00042-01.

de esta perspectiva en los casos de actividades peligrosas, el Consejo de Estado ha tomado en cuenta el papel activo de la víctima y la imposibilidad para el responsable de la actividad peligrosa de actuar de otra manera[146].

Es importante precisar que de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia el hecho de la víctima o del acreedor que se toma en cuenta es solo aquel sin el cual[147] "no se habría producido el perjuicio, o por mejor decirlo, a una actividad que haya tenido incidencia en la realización del daño y no por consiguiente a la que resulta inocua". Señala a tal efecto la Corte el caso en el que el vehículo es alcanzado por un alud o un rayo o la carretera se desploma, y existe una conducta reprochable que no tiene trascendencia para causar el daño. Al respecto, la Corte ha recordado que "[...] la jurisprudencia no ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, sino la actividad que entre las concurrentes, ha desempeñado un papel preponderante y trascendente en la realización del perjuicio".

Para algunos, para que el hecho de la víctima exonere se requiere que cumpla las condiciones de la fuerza mayor[148]. No obstante, otros consideran que lo que se requiere es que el hecho de la víctima sea causa del daño y no sea imputable al demandado, pero no es necesario que se presente la irresistibilidad y la imprevisibilidad propia de la fuerza mayor. Expresan que desde el momento en que el hecho no sea imputable al demandado eso basta, pues no puede obligarse al demandado a precaverse contra los hechos de la víctima[149]. Finalmente se dice que cuando hay culpa de la víctima la misma exonera desde que sea causa del daño, pero que el hecho no culposo de la víctima exonera si reúne los requisitos de la fuerza mayor[150].

[146] Sent. de 21 octubre 1999, exp. 11.815 relativa a una conexión eléctrica sin autorización y sent. de 21 septiembre 2000, exp. 13.138 en relación con un transformador que no ofrecía riesgo y que solo se tornó dañino por la conducta de la víctima.

[147] Sent. S-009-98 de 27 febrero 1998, exp. 4901.

[148] Le Tourneau (*op. cit.*, núm. 1864) señala que el hecho de la víctima debe ser imprevisible e invencible. En sent. 9311 de 17 febrero 1995 el Consejo de Estado dijo: "IV. Para que el hecho de la víctima sea causal de exoneración de responsabilidad se requiere que exista relación causal entre el hecho de la víctima y el daño; que el hecho de la víctima sea exclusivo, extraño y no imputable al demandado y que sea imprevisible e irresistible para el mismo".

[149] Mazeaud, *op. cit.*, núm. 1462.

[150] Gianfelici, *op. cit.*, pág. 190.

Realmente, la diferencia reside en establecer qué sucede si el hecho de la víctima pudo haber sido previsible y evitable por la persona a la que se imputa la responsabilidad: se exonera o no de responsabilidad el demandado. Si el hecho era previsible y evitable y la víctima no incurrió en culpa, parece claro que no puede exonerarse de responsabilidad al autor del daño. No parece razonable que se exonere el autor si podía prever la conducta no culpable de la víctima o evitar sus consecuencias, por lo que el hecho de la víctima para exonerar totalmente debe ser irresistible e imprevisible[151].

Cuando el hecho de la víctima es imprevisible e irresistible no se requiere para que dé lugar a exoneración que el mismo sea culposo, pues lo que se trata de establecer es si tal hecho afecta o no la relación causal[152]. Si la afecta, el daño no puede ser imputado a otro[153]. La exoneración opera no solo en las responsabilidades por culpa probada, sino también en las otras, incluyendo la responsabilidad por actividad peligrosa[154].

A este respecto hay que recordar que ciertas personas, esto es, los dementes o los infantes, son incapaces de cometer delito o culpa. Sin embargo, ello no significa que su hecho no se pueda tomar en consideración como causa de exoneración, lo que ocurrirá siempre que sea la causa exclusiva del daño[155]. Aunque algunos critican que esta solución es excesiva frente a las víctimas y proponen su reforma[156], en todo caso, la solución tradicional se explica porque finalmente la causa del daño no es demandado. En todo caso ha de tenerse cuidado de verificar que el demandado no incurrió en culpa, porque si él conocía el estado de la víctima o fue advertido de ese estado, pudo haber previsto que la acción insensata de la misma junto con su propia acción causaría el daño[157].

Cuando el hecho de la víctima no reúne los requisitos mencionados se discute en el derecho comparado cuál debe ser la solución. En algunos sistemas solo se toma en cuenta el hecho de la víctima cuando incurre en culpa grave y en otros se suprime el derecho a indemnización

[151] Fallo de la Corte de Casación francesa de 14 abril 2006.

[152] En forma semejante LE TOURNEAU *op. cit.,* 1864, TAMAYO, *op. cit.*, pág. 129.

[153] C. de E., sent. 14643 de 20 abril 2005.

[154] Sent. de 29 febrero 1964, "G. J.", t. CVI, págs. 148-168.

[155] En este sentido, TAMAYO, págs. 135 y 136. Sents. de 29 noviembre 1946, "G. J.", t. LXI, pág. 667 y 8 septiembre 1950, t. 68, pág. 901.

[156] VINEY, *op. cit.*, núm. 433-1.

[157] MAZEAUD, *op. cit.*, núm. 1468.

salvo falta intencional del causante del daño[158]. En derecho colombiano lo que existe es una exoneración parcial siempre que exista culpa de la víctima. Así lo dispone el Código Civil cuando establece en el artículo 2357 que "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente". Si bien esta regla forma parte de las disposiciones que regulan la responsabilidad civil extracontractual, la misma puede aplicarse en materia contractual, pero en todo caso debe tenerse en cuenta el contrato y las obligaciones de las partes para determinar cuando realmente la víctima incurrió en culpa, pues en principio, no podría considerarse que existe culpa si la víctima actuó conforme al contrato. En todo caso, deben tenerse en cuenta las reglas de los contratos que pueden otorgar efectos particulares a la culpa de la víctima que es el acreedor de la prestación. En efecto, como ha dicho la Corte el legislador regula la *mora creditoris*[159] y al hacerlo previó los efectos que podrían producirse. Pero a falta de regla particular pueden tenerse en cuenta las disposiciones del articulo 2357 del Código Civil.

De observarse que de acuerdo con este precepto no hay exoneración parcial si existió un hecho de la víctima pero no es culposo[160]. Algunos autores cuestionan la reducción por culpa de la víctima en los casos de seguro, porque la víctima sufre un daño desproporcionado, pues el autor del daño no soporta la carga de su responsabilidad[161].

En todo caso, para que la culpa de la víctima se tome en cuenta no importa la gravedad de la culpa ni se requiere que esta sea intencional[162]. También, para el mismo efecto, se toma en cuenta el hecho de sus dependientes o de las personas por las cuales es responsable[163].

[158] Viney, *op. cit.*, núm. 426. En este sentido señaló la Corte en sent. de 16 diciembre 2010, que en derecho romano el tratamiento era inicialmente muy riguroso con la víctima, pues se consideraba que el daño que una persona sufriera por su culpa era como si no lo hubiera padecido, por lo que no podría reclamar indemnización. Un tratamiento igualmente riguroso se aplicó en el derecho Ingles inicialmente aunque se cambió posteriormente.

[159] Sent. de 16 diciembre 2010, ref. 11001-3103-008-1989-00042-01.

[160] Mazeaud, *op. cit.,* núm. 1465, Viney, *op. cit.,* núm. 426. Durante un tiempo la jurisprudencia francesa consideró que también exoneraba parcialmente el hecho no culposo de la víctima. Pero no era posición unánime. Finalmente dicha posición fue abandonada.

[161] Ver Le Tourneau, *op. cit.*, núm. 1872. En este sentido se orienta la ley francesa en materia de accidentes de tráfico en que solo una culpa intencional exonera de responsabilidad.

[162] Viney, *op. cit*., núm. 427.

[163] Viney, *op. cit*., núm. 427-1.

Así, en diversas sentencias, el Consejo de Estado ha reducido la condena por la actividad de la víctima que efectivamente concurrió al daño[164]. El Consejo de Estado ha señalado en materia de responsabilidad por actividad peligrosa[165] que no basta el conocimiento de la víctima de la existencia de una actividad peligrosa, pues para que se considere que se incurrió en culpa es necesario que haya una clara conducta imprudente. En materia contencioso administrativa ha dicho el Consejo de Estado que solo hay exoneración cuando hay temeridad[166]. Además, al apreciar la culpa ha tomado en cuenta las características físicas de la víctima[167].

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que si bien hay dos tendencias en relación con la posibilidad de reducir la indemnización por el hecho de la víctima, esto es, si el hecho de la víctima debe ser culposo o si, por el contrario ,es suficiente que la conducta del damnificado haya contribuido a la generación del daño, en todo caso no se debe tener en cuenta exclusivamente los criterios técnicos de culpa, sino que se trata de "un conjunto heterogéneo de supuestos de hecho, en los que se incluyen no sólo comportamientos culposos en sentido estricto, sino también actuaciones anómalas o irregulares del perjudicado que interfieren causalmente en la producción del daño, con lo que se logra explicar, de manera general, que la norma consagrada en el artículo 2357 del Código Civil, aun cuando allí se aluda a "imprudencia" de la víctima, pueda ser aplicable a la conducta de aquellos llamados *inimputables* porque no son "capaces de cometer delito o culpa" (art. 2346 *ibidem*) o a comportamientos de los que la propia víctima no es consciente o en los que no hay posibilidad de hacer reproche alguno a su actuación (*v. gr.*,

[164] Sents. de 11 mayo 1994, exp. 8639, de 26 agosto 1994, exp. 9310 y de 3 febrero 2000, exp. 12.552.

[165] Sent. 11365 de 4 octubre 2001.

[166] Sent. de 4 mayo 1998, exp. 11.044. reiterada en sent. 11365 de 4 octubre 2001. "La Sala desea precisar que en los casos en los que particularmente se examina la responsabilidad de la administración, por la explotación de actividades peligrosas como la conducción de energía eléctrica, [...] este es un riesgo de aquellos que implican generalmente a los particulares una exposición del cual se pueda derivar un accidente más o menos grave, y por ello puede decirse que solo la temeridad de la víctima haría fracasar las pretensiones indemnizatorias de los damnificados [...]".

[167] En sent. 7176 de 14 diciembre 1992, al examinar un accidente causado por un escolta consideró que no puede calificarse como culpa de la víctima el que su paso fuera lento y cansado.

aquel que sufre un desmayo, un desvanecimiento o un tropiezo y como consecuencia sufre el daño)[168].

Ahora bien, para determinar cómo se hace la reducción de la responsabilidad por razón de la culpa de la víctima se ha acudido en el derecho comparado a la gravedad de las culpas o a la relación causal. La Corte Suprema de Justicia, por su parte, se ha inclinado por considerar que en esta materia debe tomarse en cuenta la relación causal[169], pues "cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro". De esta manera "*a cada cual se procurará hacerle soportar las secuelas del daño en la medida y proporción en que su conducta se identifique como causa de dicho resultado dañoso, lo que equivale a afirmar, en tesis general por supuesto, que la distribución del daño entre ofensor y ofendido procede hacerla de acuerdo con el criterio de la influencia causal de las respectivas actividades*, vale decir observando a manera de factor preponderante el grado de causalidad imputable al obrar de cada uno frente a aquel acontecimiento" ("G. J.", núm. 2443, págs. 64 y ss.) (cursivas fuera de texto)[170].

En todo caso no sobra señalar que cuando concurren una culpa intencional y otra que no lo es el tratamiento puede ser distinto. En efecto, señala la doctrina[171] que cuando el demandado incurrió en culpa intencionalmente, puede no tomarse en consideración la simple culpa de la víctima, pues realmente la verdadera causa del daño es el hecho intencional del demandado y la culpa de la víctima es solo un instrumento. Igual ocurrirá en sentido contrario cuando la culpa intencional es la de la víctima.

Un punto que debe examinarse es qué sucede con la aceptación del riesgo. ¿Puede ella o no dar lugar a exoneración o disminución de responsabilidad?

La aceptación del riesgo puede analizarse, en primer lugar, como un pacto por medio del cual se exonera de responsabilidad. En esta medida

[168] Sent. de 16 diciembre 2010, ref. 11001-3103-008-1989-00042-01, en el mismo sentido en sentencias Cas. Civ. 15 de marzo de 1941, "G. J.", t. L, pág. 793. En el mismo sentido, Cas. Civ. 29 de noviembre de 1946, "G. J.", t. LXI, pág. 677; Cas. Civ. 8 de septiembre de 1950, "G. J.", t. LXVIII, pág. 48.

[169] Sent. de 21 febrero 2002, exp. 6063. Este mismo criterio se expuso en sent. 5173 de 25 noviembre 1999, reiterada en sent. 2001-00055 de 9 julio 2007.

[170] En el mismo sentido Mazeaud, *op. cit.*, núm. 1510.

[171] Le Tourneau, *op. cit.*, núms. 1873 y 1877. Mazeaud *op. cit.*, núm. 1482.

si existe un pacto de aceptación del riesgo, el mismo podrá producir efectos en aquellos casos en los que son válidos los pactos en materia de responsabilidad. En todo caso debe haber claridad acerca de que se quiere asumir el riesgo. El simple conocimiento de la existencia de un riesgo no implica asumirlo[172].

Ahora bien, cuando ello no es así y la aceptación de riesgo no puede analizarse como un pacto válido de exoneración de responsabilidad, lo que ha de examinarse es si se obró o no imprudentemente, pues cuando la aceptación del riesgo puede calificarse de imprudente da lugar a una reducción de responsabilidad[173].

Por otra parte, hay casos en que la jurisprudencia francesa ha considerado que el hecho de la víctima no puede tomarse en cuenta. Es el caso de la víctima de un accidente por su culpa y que recibe sangre contaminada. La Corte considera que debe responder la entidad que provee la sangre, pues la misma tiene una obligación de resultado de la cual solo se puede exonerar si existe fuerza mayor[174]. En tal caso se considera la sangre contaminada como única causa.

Por otra parte, en esta materia también es procedente examinar si se debe tomar en cuenta la obligación de mitigar el daño. En efecto, en ciertos sistemas como la *common law* se reconoce la obligación para la victima de mitigar el daño, lo cual conduce a reducir la indemnización en la parte del daño que hubiera podido ser mitigado[175].

Ahora bien, en derecho colombiano la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 16 de diciembre de 2010[176] consideró que en virtud de principio de la buena fe se aplica en Colombia el deber o carga de mitigar el daño lo que implica "que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, [...] debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones,

[172] MAZEAUD, *op. cit.,* núm. 1488. Igualmente el C. de E. en sent. de 4 octubre 2001, exp. 11365.

[173] VINEY, *op. cit*., núm. 429-1 la aceptación de riesgo debe exonerar parcialmente si dicha aceptación es culposa. Igualmente MAZEAUD, *op. cit.*, núm. 1495.

[174] VINEY, *op. cit*., núm. 431-1.

[175] En derecho francés la Corte de Casación en decisión de 19 de junio de 2003 afirmó que el autor del accidente es responsable de todos los daños y la víctima no está obligada a limitar su perjuicio en interés del responsable. La doctrina ha considerado que la posición de la Corte es exagerada y debería reducirse la responsabilidad en los casos de abstención culposa de la victima, que debe ser apreciada en le caso concreto.

[176] Ref. 11001-3103-008-1989-00042-01.

o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, [...]". De esta manera, el deber de mitigar el daño supone que la víctima tenga la capacidad física y jurídica de actuar, que la actuación no implique riesgos o sacrificios desproporcionados y que la conducta sea razonable, es decir, apropiada para el fin. No sobra recordar que esta regla se encuentra igualmente consagrada en el ordenamiento colombiano, por diversas disposiciones. En efecto, el artículo 77 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional dispone que "La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida". Así mismo en materia de seguros, el artículo 1074 del Código de Comercio, que establece que ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas. Por otra parte, la misma ha sido aplicada por la jurisprudencia arbitral. La consecuencia del incumplimiento del deber de mitigar el riesgo es que la víctima no podrá reclamar el daño que pudo haber reducido, pero queda la pregunta de si puede reclamar los costos en que incurrió para mitigar el riesgo. La respuesta es positiva, pues al mitigar está actuando no solo en su propio beneficio, sino en el del autor del daño y por ello, este debe asumir el costo correspondiente.

Desde esta perspectiva se discute si se puede tomar en cuenta la negativa de la víctima de someterse a un determinado tratamiento que podría mejorar la situación. La doctrina parte del respeto a la autonomía de la víctima, por lo cual ella puede negarse a practicarse tratamientos que impliquen riesgos o sean dolorosos. Finalmente, solo pueden tomarse en cuenta la omisión de tratamientos normales que no causen riesgos o dolores particulares[177].

Otro problema es si como parte del hecho de la víctima se puede tomar su predisposición. En tal sentido se ha dicho que el principio general es[178] que el autor del hecho toma a la víctima en el estado que la encuentra y no puede invocar su predisposición como causal de exoneración. Se discute en todo caso si la predisposición puede generar una exoneración parcial.

[177] Mazeaud, *op. cit.*, núm. 1474-2. Le Tourneau, *op. cit.,* núm. 1887.

[178] Honoré, citado por Viney, *op. cit.*, núm. 434.

Desde este punto de vista, algunos autores[179] distinguen entre predisposiciones sin manifestaciones externas, daños y estados patológicos estabilizados y disminuciones que son consecuencia ineluctable de un estado patológico preexistente. Señalan estos autores que las primeras no se toman en cuenta, pero las otras sí, para determinar el daño imputable al demandado. Se advierte que la indemnización no se disminuye por la predisposición cuando la afectación no se ha revelado o provocado por el hecho del accidente. Lo que sí se considera es si ya existía una invalidez preexistente. No obstante, advierte la doctrina que la jurisprudencia francesa afirma que cuando hay una incapacidad preexistente pero es transformada totalmente, se condena a la indemnización por esta incapacidad. Así, cuando un tuerto se convierte en ciego. En todo caso, la jurisprudencia francesa ha dicho que no se indemnizan como parte del accidente de trabajo las consecuencias que son la evolución natural de un estado patológico congénito.

En general, parece claro que no se puede tomar en cuenta la predisposición, salvo cuando esta ya había causado una lesión o lo que se produce es el desarrollo natural de la lesión.

Otro punto que se ha discutido es si frente a las víctimas por rebote se puede invocar la culpa de la víctima inicial. Desde este punto debe advertirse que si las victimas por rebote suceden a la víctima inicial, es claro que podría invocarse la culpa de la víctima inicial. Pero si se estima que las víctimas por rebote sufren un daño distinto al de la víctima directa, existe discusión sobre el particular, pues tales víctimas en ese caso actúan como terceros. En esta materia hay discusión en el derecho comparado.

La Corte de Casación francesa por fallos de 19 de junio de 1981 consagró el principio de que la culpa de la víctima es oponible a las víctimas por rebote. Señaló la jurisprudencia que si bien la acción de la víctima por rebote es distinta a la de la víctima inmediata, en todo caso proviene del mismo hecho originario con todas sus circunstancias.

En Colombia, en sentencia de 1965[180], la Corte, reiterando doctrinas anteriores[181] y al referirse a la acción que pueden intentar las víctimas por rebote, señaló que esta era una acción extracontractual, pero igual-

[179] VINEY, *op. cit.*, núm. 434.

[180] 31 mayo 1965 "G. J.", t. CXI, págs. 111-134.

[181] Sents. de 23 abril 1954 (t. LXXVII, págs. 408 a 425) y 27 septiembre 1955 (t. 81, págs. 164 a 187).

mente precisó que "habrá lugar a compensación de culpas de acuerdo con el artículo 2357 del C. C.". Así mismo, la Corte, en sentencia de 17 de mayo de 1982, aceptó la oponibilidad por razones de equidad, porque no hay sentido en distinguir entre la acción personal y hereditaria y porque si no después habría acción contra ellas.

En el fondo, cuando se trata de un heredero, así ejerza la acción a título personal, la culpa de la víctima debe serle oponible, porque el heredero de quien contribuyó a causar parte del daño debe asumir una parte[182].

D) *El hecho del acreedor*

Cuando se trata de responsabilidad contractual es posible hacer algunas consideraciones adicionales en torno a la influencia del hecho del acreedor.

En principio es claro que si el hecho del acreedor reúne los requisitos de la fuerza mayor frente al deudor, este se exonera, pues desaparece la relación causal, la cual tiene el mismo tratamiento en materia de responsabilidad contractual y extracontractual

Pero puede suceder que no se reúnan tales condiciones. Puede ocurrir que el hecho del acreedor haga imposible el cumplimiento, pero que sea previsible. En este punto parece claro que eventualmente tal conducta debe exonerar al deudor, pues en razón del deber de obrar de buena fe, este puede partir de que el acreedor no impedirá el cumplimiento de la obligación.

Sin embargo, puede suceder que la conducta del acreedor no haga imposible el cumplimiento. En tal caso es necesario distinguir varias hipótesis.

En efecto, en los contratos bilaterales el acreedor puede no cumplir su obligación si el deudor está en mora de cumplir la suya. En todo caso ha de tenerse cuidado al examinar la situación, pues una cosa es que el deudor se abstenga de cumplir su obligación, invocando a tal efecto la excepción de contrato no cumplido, y otra muy distinta es que ejecute su obligación pero lo haga de manera imperfecta. En este caso no podrá invocar la excepción de contrato no cumplido para exonerarse de

[182] Mazeaud, *op. cit.*, núm. 1469 considera que en el caso de herederos que ejercen su propia acción no cabe invocar la culpa de la victima porque ella es un tercero, pero podrá invocarse la culpa cuando el heredero no ha renunciado a la sucesión, porque entonces él sucede en las obligaciones.

responsabilidad, pero podría haber una reducción de responsabilidad si se prueba que, en todo caso, en la ejecución imperfecta de la obligación concurrió la culpa del acreedor, pues en tal caso él es cocausante de su propio agravio y no puede pedir una indemnización total.

Por otra parte, en diversos supuestos la ley incluye la conducta o la culpa del acreedor para determinar el alcance de la responsabilidad del deudor. Así por ejemplo, en caso de mora del comprador en recibir la cosa, el vendedor solo responde por la culpa grave o el dolo (C. C., art. 1883). Igualmente, el Código Civil exige al viajero hacerle saber al posadero los efectos de gran valor que se encuentren en su equipaje, y si no lo hace de este modo, el juez puede desechar la demanda. Además, el artículo 2270 dispone respecto de la pérdida de efectos del viajero que "Si el hecho fuere, de algún modo, imputable a negligencia del alojado, será absuelto el posadero". Por el contrario, el Código de Comercio dispone en el artículo 1196 que la responsabilidad del hostelero cesa cuando la sustracción, pérdida o deterioro de las cosas depositadas sean imputables a culpa grave del depositante, de sus empleados, visitantes o acompañantes. Sin embargo, no en todos los casos se toma de la misma forma la culpa del acreedor. En efecto, por ejemplo en materia de transporte, la ley es más severa que en los casos anteriores, pues el artículo 1003 establece que el transportador solo se puede exonerar "3º). Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del pasajero, o por lesiones orgánicas o enfermedad anterior del mismo que no hayan sido agravadas a consecuencia de hechos imputables al transportador".

De esta manera, la ley le da un tratamiento dispar a la culpa del acreedor y su incidencia en la responsabilidad del deudor.

En todo caso parece claro que el legislador impone tomar en cuenta la culpa del acreedor, en la medida en que haya sido también causa del daño. Como ya se dijo, en materia de responsabilidad contractual puede ser aplicable la compensación de culpas que de acuerdo con el artículo 2357 se aplica en materia extracontractual[183].

Sin embargo, en casos que implican una obligación de seguridad de resultado, como es el transporte, la culpa del acreedor no puede afectar la responsabilidad del deudor, salvo que reúna los requisitos de una fuerza mayor.

[183] DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág. 599.

## 6. Conclusión

De todo lo anterior se concluye que cuando se hace referencia a la causa extraña se alude a aquellos eventos ajenos a aquel a quien se atribuye la responsabilidad y que lo pueden exonerar de la misma, el principal de los cuales es la fuerza mayor. La fuerza mayor tiene un carácter universal, porque independientemente de su denominación es generalmente reconocida en los diferentes sistemas y tipos de responsabilidad como causal de exoneración.

Al examinar los requisitos de la fuerza mayor se aprecia que para definirlos se consideran finalmente los riesgos que deben ser asumidos, tanto por el contratante, como por quien desarrolla una actividad que comporta riesgos. De esta manera, los elementos de la fuerza mayor se ven influidos por la distribución de riesgos.

La fuerza mayor supone un evento imprevisible e irresistible. Si bien estas calificaciones pueden apreciarse de manera absoluta, la tendencia es a considerar lo que es normalmente exigible para determinar dicho carácter. Sin embargo, cuando el deudor es profesional, el examen debe hacerse teniendo en cuenta dicho carácter profesional.

El hecho de un tercero igualmente exonera cuando cumple los requisitos propios de la fuerza mayor, pero también allí debe tomarse en cuenta el riesgo que asume una persona por el hecho de las personas que están bajo su cuidado o dependencia, así como de los que introduce dentro del cumplimiento del contrato.

En materia de hecho de la víctima es claro que cuando este reúne las condiciones de una fuerza mayor, exonera de responsabilidad, pero cuando no es así, conduce a una disminución de la responsabilidad.

En todo caso debe observarse que existe una tendencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional a darle un mayor alcance a las causales de exoneración, y a tomar en consideración no solo eventos que hacen imposible el cumplimiento, sino que lo hacen inexigible frente a las circunstancias del caso concreto y los valores constitucionales. La jurisprudencia de la Corte Constitucional que surgió para el caso del secuestro terminará siendo igualmente aplicable a cualquier otro evento en que se presenten situaciones análogas, en las cuales exista una situación de debilidad y un deber de solidaridad. En todo caso, el desarrollo de esta jurisprudencia deberá precisar con cuidado cuándo es exigible el deber de solidaridad y su alcance sobre las obligaciones,

pues un criterio demasiado amplio en la materia puede comprometer la existencia misma de las obligaciones.

Finalmente, es de destacar que en otros sistemas jurídicos, como el alemán (imposibilidad subjetiva) o el norteamericano (impracticability) se toman en cuenta para determinar si el deudor es exonerado de su obligación criterios que pueden ser más amplios que los que se aplican en sistemas como el colombiano. No obstante, si se aplican criterios de normalidad para juzgar la imprevisibilidad e irresistibilidad, se pueden lograr resultados que concilien la protección de la fuerza obligatoria del contrato con la buena fe.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

### A) *Doctrina*

ALESSANDRI, ARTURO: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, Santiago, Imprenta Universal, 1981.

ALPA, GUIDO: *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, Lima, Jurista Editores, 2006.

ANTONMATTEI, PAUL HENRI: *Contribution a l'étude de la force majeure*, Paris, LGDJ, 1992.

BINER, DENIS: "Act of God? Or act of man? A reappraisal of the act of God. defense in tort law", 15 Rev litig 1 1995-1996.

BYRNE, JAMES E. (Editor) Contract Texts: Restatement 2d Contracts. US UCC Article 2 & The CISG. 4ª ed. Institute of International Banking Law and Practice. 4ª ed., Montgomery USA, 2008.

CARBONNIER: *Droit civil. Les obligations*, núm. 162, Paris, PUF, 1955.

COTTINO, GASTONE: "Caso fortuito", en *Enciclopedia del Diritto*, t. VI, núm. 3, Paris, Giuffrè, 1960.

CUNNINGHAM, J. R.: "The Popi M and the yellow submarine", en *International Business Lawyer*, 1986.

DAVID, RENÉ y PUGSLEY, DAVID: Les contrats en droit anglais, 2ème éd., Paris, LGDJ, 1985.

DURÁN PIEDRAHITA, MARÍA PAULA: "La cláusula de fuerza mayor en los contratos internacionales", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 21, Universidad de los Andes, 1998.

EHMANN, HORST y SUTSCHET, HOLGER: *La reforma del BGB. Modernización del derecho alemán de las obligaciones*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2006.

FARNSWORTH, ALLAN: *Contracts*, 3ª ed., New York, Aspen Law Bussines, 1999.

Gianfelici, Mario César: *Caso fortuito y caso de fuerza mayor en el sistema de responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

Guest, A. G.: Anson's Law of Contract, 25ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1979.

Holguín Holguín, Carlos: "Responsabilidad civil médica", en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, diciembre 1993-julio 1994, núms. 302-303.

Hugh Beale, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Jacobien Rutgers, Denis Tallon y Stefan Vogenauer: Cases, Materials and Text on Contract Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2010.

Le Tourneau, Philippe y Cadiet, Loïc: *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2000.

Liu, Chengwei: Force majeure. Perspectives from the CISG, Unidroit Principles, PECL and Case Law, 2ª ed., Case annotated update (April 2005), en http://cisgw3.law.

Mazeaud, Henri y Léon, y Tunc, André: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, 5ª ed., t. ii, vol. ii, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

Ospina Fernández, Guillermo: *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis, 1976.

Tamayo Jaramillo, Javier: *De la responsabilidad civil*, t. iii, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1999.

Tetley, William: Q. C. The Cause of the Loss or Damage. Études de droit maritime à l'aube du XXIe siècle. Mélanges offerts à Pierre Bonassies, Paris, Editions Moreux, 2001, en http://www.mcgill.ca/maritimelaw/maritime-admiralty/cause/#_ftn27.

Uribe Holguín, Ricardo: *De las obligaciones y los contratos*, Bogotá, Ed. Rosaristas, 1980.

Von Thur, Andreas: *Tratado de las obligaciones*, trad. de Wenceslao Roces, t. ii, cap. vii, Madrid, Edit. Reus, 1934.

Weir, Tony: "Complex Liability", en *Internacional Enciclopedia of Comparative Law*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), The Hague, 1976.

Zimmermann, Reinhard: *The New German Law of Obligations*, New York, Ed Oxford University Press, 2010.

B) *Jurisprudencia*

a) *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera*

Sent. de 18 noviembre 1986, C. P. Carlos Betancur Jaramillo, exp. 2807. Copia obtenida del autor del capítulo.

Sent. de 20 febrero 1989, C. P. Antonio José de Irisarri Restrepo, exp. 4655 (97) Anales del Consejo de Estado, t. 141, exp. 499-500.

Sent. de 31 julio 1989, C. P. Antonio José de Irisarri Restrepo, exp. 2852 (252).

Copia obtenida del autor del capítulo.

Sent. de 19 diciembre 1989, C. P. Antonio José de Irisarri Restrepo, exp. 4484 (75). Copia obtenida del autor del capítulo.

Sent. de 11 mayo 1994, C. P. Carlos Betancur Jaramillo, exp. 8639. Copia obtenida del autor del capítulo.

Sent. de 24 de junio 1994, C. P. Julio César Uribe Acosta, exp. 6639. Disponible en www.lexbase.com .

Sent. de 26 agosto 1994, C. P. Julio César Uribe Acosta, exp. 9319. Copia obtenida del autor del capítulo.

Sent. de 16 junio 1997, C. P. Ricardo Hoyos Duque, exp. 10024, disponible en www.vlex.com .

Sent. de 11 septiembre 1997, C. P. Carlos Betancur Jaramillo, exp. 11224, disponible en www.vlex.com .

Sent. de 21 octubre 1999, C. P. Germán Rodríguez Villamizar, exp. 11815, disponible en http://nxt.legis.com.co.

Sent. de 21 septiembre 2000, C. P. Ricardo Hoyos Duque, exp. 13138. Copia obtenida del autor del capítulo.

Sent. de 15 marzo 2001, C. P. Alier E. Hernández Enríquez, exp. 11222, disponible en www.vlex.com.

Sent. de 4 octubre 2001, C. P. Germán Rodríguez Villamizar, exp. 11365, disponible en http://nxt.legis.com.co.

Sent. de 25 julio 2002, C. P. Ricardo Hoyos Duque, exp. 13657, disponible en http://nxt.legis.com.co.

Sent. de 11 septiembre 2003, C. P. Ricardo Hoyos Duque, exp. 14781, disponible en www.lexbase.biz.

Sent. de 20 abril 2005, C. P. María Elena Giraldo Gómez, exp. 46, disponible en http://nxt.legis.com.co.

Sent. de 24 de junio de 2009, exp. 11001-3103-020-1999-01098-01.

Sent. de 22 de julio de 2009, exp. 14389.

Sent. 22 de julio de 2009, exp. 050013103011-1998 6569-02.

b) *Corte Constitucional*

Sent. T-520 de 26 junio 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil, exp. T-620041, disponible en www.lexbase.biz

Sent. T-778896 de 4 diciembre 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil, exp. T-778896, disponible en www.vlex.biz.

Sent. T-170 de 25 febrero 2005, M. P. Jaime Córdoba Tribiño, exp. T-924312, disponible en www.corteconstitucional.gov.co.

Sent. T-943 de 8 septiembre 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, exp. T-1136156, disponible en www.corteconstitucional.gov.co

Sent. T-726 de 13 de septiembre de 2010.

c) *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*

Sent. de 26 mayo 1936, M. P. Miguel Moreno Jaramillo, "G. J.", t. XLIII, núms. 1904-1913.

Sent. de 9 diciembre 1936, M. P. Eleuterio Serna R., "G. J.", t. XLIV, núms. 1914 y 1915.

Sent. de 31 mayo 1938, M. P. Liborio Escallón, "G. J.", t. XLVI, núms. 1932-1933. Sent. de 31 agosto 1942, M. P. Arturo Tapias Pilonieta, "G. J.", t. LIV, núms. 1989-1992.

Sent. de 27 septiembre 1945, M. P. José Manuel Vargas, "G. J.", t. LIX, núms. 2019-2020-2021, abril, mayo, junio de 1945.

Sent. de 23 abril 1954, M. P. Manuel Barrera Parra, "G. J.", t. LXXVII, núms. 2138-2139.

Sent. de 27 septiembre 1955, M. P. José J. Gómez R., "G. J.", t. LXXXI, núms. 2157-2162.

Sent. de 16 septiembre 1961, M. P. Gustavo Fajardo Pinzón, "G. J.", t. XCVII.

Sent. de 13 diciembre 1962, M. P. Enrique López de la Pava, "G. J.", t. C, núms. 2261 a 2264.

Sent. de 29 febrero 1964, M. P. Arturo C. Posada, "G. J.", t. CVI, núm. 2271. Sent. de 31 mayo 1965, M. P. Gustavo Fajardo Pinzón, "G. J.", ts. CIX-CXII, núms. 2276 a 2277.

Sent. de 26 enero 1982, M. P. Humberto Murcia B., "G. J.", t. CLXV, núm. 2406. Sent. de 20 noviembre 1989, M. P. Alberto Ospina Botero, Revista de Jurisprudencia y Doctrina, t. XIX, núm. 217, enero de 1990.

Sent. de 27 febrero 1998, M. P. Rafael Romero Sierra, exp. 4901, "G. J.", t. CCLXII, núm. 2491.

Sent. de 10 septiembre 1998, M. P. Nicolás Bechara Simancas, exp. 5023, "G.J.", t. CCLV, núm. 2494.

Sent. de 9 octubre 1998, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, exp. 4895, "G. J.", t. CCLV, núm. 2494.

Sent. de 5 mayo 1999, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, sent. 12, exp. 4978, "G. J.", t. CCLVIII, núm. 2497.

Sent. de 25 noviembre 1999, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno, sent. 102, exp. 5173, "G. J.", t. CCLXVI, núm. 2500.

Sent. de 26 noviembre 1999, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno, exp. 5220, isponible en www.vlex.com.

Sent. de 23 junio 2000, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, sent. 78, exp. 5475. Copia obtenida del autor del capítulo.

Sent. de 30 enero 2001, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, sent. 1, exp. 5507, disponible en www.vlex.biz.

Sent. de 7 septiembre 2001, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno, sent. 170, exp. 6171. Disponible en www.vlex.com.

Sent. de 21 febrero 2002, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, sent. 21, exp. 6063, disponible en www.vlex.biz.

Sent. de 4 julio 2002, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, exp. 6461, disponible en http://dmsjuridica.com.

Sent. de 16 junio 2003, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, sent. 64, exp. C-5906. Copia obtenida del autor del capítulo.

Sent. de 29 abril 2005, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. 0829-92, disponible en www.ramajudicial.gov.co.

Sent. de 26 julio 2005, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, disponible en www.vlex.biz.

Sent. de 24 octubre 2005, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena, sent. 254, exp. 7602, disponible en www.vlex.biz.

Sent. de 21 noviembre 2005, M. P. Edgardo Villamil Portilla, sent. 289, exp. 11001-3103-003-1995-07113-01, disponible en www.vlex.biz.

Sent. de 27 de junio de 2007, exp. 73319 3103 002 2001 00152 01

Sent. de 9 julio 2007, M. P. César Julio Valencia Copete, sent. 92, exp. 3417-31-03-001-2001-00055-01, disponible en www.vlex.biz.

Sent. de 24 junio 2009, exp. 1100131030201999 0109801.

Sent. de 16 diciembre 2010, ref.: 11001-3103-008-1989-00042-01.

Sent. de 31 agosto 2011, exp. 11001020300020060204100.

Capítulo IX

# LAS ACCIONES "IURE HEREDITATIS" EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL[*]

Arturo Solarte Rodríguez[**]

## 1. Introducción

Es suficientemente conocido que cuando un sujeto de derecho, con sus acciones u omisiones, causa injustamente un daño a otro, y existe, además, un factor o criterio de atribución, subjetivo u objetivo, que permita trasladar dicho resultado dañoso a quien lo ha generado —o a aquel que por este deba responder—, surge un deber de prestación a su cargo y un crédito en favor de la víctima, que se concreta en la reparación del daño inferido, esto es, en realizar lo necesario —*in natura* o por equivalente pecuniario— para que quien ha sufrido el señalado detrimento quede en una situación similar a la que tendría si el hecho ilícito no se hubiera presentado, es decir, para que se le repare integralmente el daño que ha padecido.

Ese es, en pocas palabras, el propósito principal de la responsabilidad civil o derecho de daños en el derecho contemporáneo, como una manifestación de la función eminentemente reparatoria que, por regla general, tiene el mencionado sistema normativo, sin que eso implique desconocer, obviamente, el propósito preventivo que en época reciente se le reconoce de manera cada vez más preponderante. Dicha función se cumple con la asignación por el ordenamiento, mediando, obviamente, la correspondiente fuente que lo ponga en funcionamiento, de una verdadera obligación a cargo del autor del daño o de quien por él deba

[*] http://dx.doi.org/10.15425/2017.183

[**] Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad de Salamanca. Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Exmagistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Actualmente, abogado en ejercicio y árbitro de los centros de arbitraje y conciliación de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Medellín y Cali.

responder y en favor del sujeto que el sistema jurídico legitime para realizar la correspondiente reclamación.

## 2. Legitimación para demandar la reparación de los daños

De manera general, tiene legitimación para demandar la reparación del daño quien se pueda considerar víctima, perjudicado o damnificado por el hecho ilícito, esto es, aquel cuyo círculo jurídico de actuación se haya visto injustamente afectado o menoscabado, sea porque se haya presentado la destrucción, deterioro o detrimento de bienes o intereses que formen parte de su patrimonio, o porque se haya producido una lesión o vulneración en los bienes de su personalidad o, finalmente, porque se pueda evidenciar una afectación en su órbita espiritual o afectiva.

Esta es la razón para que, dentro de los requisitos del daño indemnizable, se exija que el daño sea "personal de quien demande la reparación"[1], es decir, que se haga referencia a que solamente son reparables los daños que correspondan a menoscabos de intereses propios[2], por lo cual solo puede considerarse acreedor de una reparación por daños aquel cuyos bienes o intereses —propios o personales— se hayan visto lesionados o afectados como consecuencia del hecho de otro.

Ahora bien, a este respecto es pertinente tener en cuenta que en materia de responsabilidad por daños, en algunas ocasiones el hecho ilícito produce efectos en la órbita jurídica de un solo sujeto: el damnificado, perjudicado o víctima. Se alude en este caso a la víctima directa del ilícito, en la medida en que las acciones u omisiones del dañador le causan la lesión de manera inmediata, sin que previamente se haya afectado el círculo de actividad de otro sujeto de derecho. Sin embargo, es también frecuente encontrar eventos en los cuales, aunque la agresión de quien realiza la conducta antijurídica afecta en forma directa o inmediata a personas determinadas, de manera refleja o indirecta dicha conducta humana ocasiona daños a otros sujetos que reciben los perjuicios "por

[1] Henri y Léon Mazeaud, y André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de la 5ª ed. francesa de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, t. I, vol. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, núms. 272 a 279, pág. 385.

[2] Eduardo A. Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 2005, pág. 69.

rebote", "de carambola", "por contragolpe" o par ricochet, según expresiones que se han acuñado en la doctrina especializada[3].

Respecto de esta última clase de perjudicados, la doctrina precisa que "es posible hablar de un damnificado indirecto siempre que por causa de un evento dañoso, quien no fue su víctima inmediata —directa— experimente, no obstante, un daño propio en razón de su vinculación o relación con la víctima inmediata. Esta vinculación o relación constituye una situación jurídica objetiva que conecta el evento dañoso con el perjuicio que experimenta el damnificado indirecto"[4]. El centro del análisis estará, entonces, en determinar cuál debe ser esa vinculación o nexo entre el damnificado indirecto y la víctima directa del ilícito que le atribuya al primero legitimación para reclamar por los perjuicios que dice haber sufrido. Debe indicarse al respecto que dicha justificación se encuentra, de manera general, en cuanto a los daños patrimoniales, en que el damnificado indirecto satisface determinado interés lícito mediante el aprovechamiento de un bien jurídico ajeno —perteneciente a la víctima directa— y, por tanto, requiere que ese bien se mantenga indemne o no sufra perjuicio[5]. Si ello llega a ocurrir, es decir, si se causa un daño al bien jurídico ajeno del que esa persona deriva la satisfacción de un interés propio, surgirá para ella la legitimación para reclamar la indemnización de los perjuicios que compruebe haber padecido. Tratándose de daños extrapatrimoniales, la mencionada relación objetiva se encontrará, por ejemplo, en la relación de alianza o parentesco, sentimental, afectiva o de amistad, etc., que una al damnificado indirecto con quien de manera directa haya recibido las consecuencias del hecho ilícito.

Siendo el derecho a reclamar la reparación de los daños sufridos un derecho subjetivo de naturaleza personal —crédito—, es posible sostener que forma parte del contenido patrimonial susceptible de transferirse o transmitirse —por acto entre vivos o *mortis causa*—[6], razón

[3] Fabián Elorriaga de Bonis, "Del daño por repercusión o rebote", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, núm. 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999, págs. 369-398.

[4] Zannoni, *op. cit*., pág. 232.

[5] Ibíd., pág. 233.

[6] La transmisibilidad del derecho a reclamar la indemnización por los daños morales ha sido objeto de controversia, por cuanto se ha considerado que se trata de una prerrogativa personalísima. Por ejemplo, el ordenamiento jurídico alemán no la permitía y solo se abrió la posibilidad de que ella se presente con una reforma legislativa al contenido del parágrafo 847 del BGB, efectuada el 14 de marzo de 1990.

por la cual se encontrarán igualmente legitimados para reclamar la indemnización de perjuicios tanto el cesionario de tal acreencia, como los herederos de la víctima del ilícito en el evento del fallecimiento de esta, sin perjuicio, además, de que se presenten y surtan todos sus efectos otros supuestos de sucesión en el crédito indemnizatorio, como la subrogación legal, sea la regulada de manera general (C. C., art. 1668), o de la especialmente consagrada en favor de la aseguradora que paga la indemnización de perjuicios causados al asegurado (C. de Co., art. 1096).

Es pertinente señalar, finalmente, que en la legislación colombiana el artículo 2342 del Código Civil explícitamente hace referencia a quiénes son los sujetos legitimados para solicitar la indemnización de perjuicios. Dicha disposición establece lo siguiente: "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". De la disposición transcrita es menester subrayar, para los efectos de este estudio, la parte inicial de la norma, en la que explícitamente se reconoce la posibilidad de actuar *ex iure proprio* o *ex iure hereditatis*.

### **3**. Caso de la muerte de la víctima del ilícito

Es perfectamente posible, más aún, sucede con relativa frecuencia, que la víctima del hecho ilícito fallezca como consecuencia de las lesiones sufridas por tan infortunada circunstancia, en ocasiones de manera instantánea, o en otras, con posterioridad. Aquí, como se observa el daño inferido al bien jurídico —vida— de una persona puede generar lesiones o detrimentos a intereses de otros sujetos con los que el fallecido tenía relación. Como lo señala el profesor Ricardo de Ángel Yágüez, "[s]ingulares dificultades plantea el caso en que la víctima muere a consecuencia del acto lesivo. Por un lado, puede pensarse que el fallecido no es propiamente titular de un derecho a ser indemnizado por su muerte; y que tampoco transmite derecho alguno —en tal concepto— a sus herederos. Por otro, la reparación del daño moral que su desaparición acarrea a otra u otras personas plantea la dificultad práctica de decidir hasta dónde llega ese efecto sentimental; puede no coincidir con el parentesco (caso del padre abandonado por sus hijos) y hasta enfrentarse con él (dolor de los hijos del difunto y dolor de

un amigo íntimo). Además, en ciertos casos pueden darse en una misma persona el sentimiento moral por la pérdida de un ser querido y el daño material resultante de su muerte (hijo, menor de edad, de la víctima, que de ella recibía el sustento), pero a menudo sucede de forma diferente [...]. También hay que pensar, si consideramos la muerte como causa de daños materiales, que a veces estos no existen, provocando, por el contrario, alivio económico (fallecimiento de un niño que no percibe ingresos o de un padre jubilado de pensión exigua)"[7].

Como lo ha reconocido tradicionalmente la doctrina, en cabeza de los herederos de la persona que fallece como consecuencia de un hecho ilícito se encuentran radicados dos tipos de prerrogativas de naturaleza procesal para efectos indemnizatorios: las acciones *iure proprio* y las acciones *iure hereditatis*. Al respecto, se señala que los mencionados herederos actuarán *ex iure proprio* o por derecho propio, cuando su pretensión resarcitoria esté enderezada a reclamar los perjuicios que ellos personalmente hayan padecido con ocasión del fallecimiento de quien fue víctima directa del ilícito, mientras que procederán *ex iure hereditatis* en aquellas ocasiones en las que la indemnización de perjuicios que se reclama tenga relación con los daños inferidos a la persona que haya muerto sin elevar la correspondiente reclamación, caso en el cual se considera que tales herederos o sucesores reclaman para la sucesión y no para sí mismos.

Un aspecto que tiene trascendencia en estas materias, según más adelante se explicará, es el relativo a que la conducta que ocasiona los daños que sufre la víctima mortal del ilícito puede dar lugar, según las circunstancias, a un evento de responsabilidad civil contractual o, por el contrario, constituir un caso de responsabilidad civil extracontractual.

En efecto, en ocasiones, quien es deudor de un deber de prestación para con otro desatiende su compromiso y en consecuencia, tal incumplimiento —en sentido amplio— genera lesiones o afectaciones en la integridad de la otra persona, de tal magnitud que termina ocasionándole la muerte. Piénsese, por ejemplo, en el deceso del sujeto que ha convenido con un cirujano la realización de una intervención quirúrgica menor y, como consecuencia de una mala praxis de aquel o de su equipo, fallece durante la cirugía, o, en un evento por demás frecuente, quien

[7] Ricardo de Ángel Yágüez, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Universidad de Deusto-Civitas, 1993, pág. 896.

ha celebrado un contrato de transporte como pasajero muere durante su ejecución, como consecuencia de un accidente producido por exceso de velocidad. En casos como los que se han descrito, si los herederos de la víctima deciden cobrar los perjuicios sufridos por su causante con ocasión de su fallecimiento, derivados del incumplimiento de los deberes singulares y concretos previamente asumidos por quien era su deudor, es claro que la responsabilidad civil que de allí dimana deberá reclamarse por la vía contractual; si decidieran, por el contrario, exigir el resarcimiento de los daños que personalmente hubieren padecido con ocasión de la muerte de la víctima directa del ilícito, para ellos la vía de reclamación habrá de ser la de la responsabilidad civil extracontractual, porque a tales herederos no los unía ningún vínculo jurídico previo con el autor de la conducta causante del daño.

Ahora bien, en otros supuestos de hecho, las reglas aplicables serán siempre las de la responsabilidad civil extracontractual, sea que se ejerza la acción *iure proprio* o que se proceda *iure hereditatis*. Esta situación se presentaría, v. gr., cuando en el hecho causante del fallecimiento de la víctima directa, entre esta y el que ocasiona el perjuicio no exista un vínculo o relación jurídica preexistente, sino que, por el contrario, la lesión o detrimento que se genere sea la consecuencia de la trasgresión del deber jurídico genérico de no causar daño a otro —*alterum non laedere*—. En estos eventos, se repite, tanto la acción hereditaria como la acción propia deberán presentarse por la vía de la responsabilidad civil extracontractual.

Sobre este particular, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado en el sentido indicado, como lo hizo, por ejemplo, en una providencia sobre responsabilidad civil médica en que señaló lo siguiente:

"1. Cuando la víctima directa de un acto lesivo fallece como consecuencia del mismo, sus herederos están legitimados para reclamar la indemnización del perjuicio por ella padecido, mediante el ejercicio de la denominada acción hereditaria o acción *hereditatis*, transmitida por el causante, y en la cual demandan, por cuenta de este, la reparación del daño que hubiere recibido. Dicha acción es de índole contractual o extracontractual, según que la muerte del causante sea fruto de la infracción de compromisos previamente adquiridos con el agente del daño, o que se dé al margen de una relación de tal linaje, y como consecuencia del incumplimiento del deber genérico de no causar daño a los demás.

"Al lado de tal acción se encuentra la que corresponde a todas aquellas personas, herederas o no de la víctima directa, que se ven perjudi-

cadas con su deceso, y mediante la cual pueden reclamar la reparación de sus propios daños. Trátase de una acción en la cual actúan jure proprio, pues piden por su propia cuenta la reparación del perjuicio que personalmente hayan experimentado con el fallecimiento del perjudicado inicial, y su naturaleza siempre es extracontractual, pues así la muerte de este sobrevenga por la inobservancia de obligaciones de tipo contractual, el tercero damnificado, heredero o no, no puede ampararse en el contrato e invocar el incumplimiento de sus estipulaciones para exigir la indemnización del daño que personalmente hubiere sufrido con el fallecimiento de la víctima-contratante, debiendo situarse, para tal propósito, en el campo de la responsabilidad extracontractual.

"Se trata entonces de acciones diversas, por cuanto tienden a la reparación de perjuicios diferentes. La primera, puesta al alcance de los causahabientes a título universal de la víctima inicial, que se presentan en nombre del causante, para reclamar la indemnización del daño sufrido por este, en la misma forma en que él lo habría hecho. La segunda, perteneciente a toda víctima, heredera o no del perjudicado inicial, para obtener la satisfacción de su propio daño.

"Sobre la última ha expuesto la doctrina de la Corte que «[...] cuentan con legitimación personal o propia para reclamar indemnización las víctimas mediatas o indirectas del mismo acontecimiento, es decir, quienes acrediten que sin ser agraviados en su individualidad física del mismo modo en que lo fue el damnificado directo fallecido, sufrieron sin embargo un daño cierto indemnizable que puede ser: de carácter material al verse privados de la ayuda económica que esa persona muerta les procuraba o por haber atendido el pago de expensas asistenciales o mortuorias, y de carácter puramente moral, reservados estos últimos para 'aquellas personas que, por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima directa 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' ("G. J.", t. CXIX, pág. 259)» (cas. civ. de 10 marzo 1994)"[8].

Este criterio ha sido reiterado con posterioridad en varias ocasiones por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamientos de 9 de julio de 2010, 13 de septiembre de 2013, 27 de agosto de 2014 y 14 de septiembre de 2014, entre las más relevantes.

[8] Sent. de 18 mayo 2005, exp. 14415.

La distinción de que se trata tiene diversos efectos y aplicaciones en el derecho de la responsabilidad civil, pues, como fácilmente se comprenderá, el daño indemnizable y la extensión de la correspondiente reparación serán diferentes en uno y otro caso, según se pasa a precisar a continuación.

A) *Ejercicio de la acción* "*ex iure hereditatis*"

Los perjuicios que se pueden reclamar en la acción hereditaria, corresponden exclusivamente a los que el causante —víctima directa del ilícito— haya sufrido con ocasión de la conducta del dañador. En materia de daños patrimoniales, se estará en presencia, por ejemplo, de la reclamación atinente a los gastos efectuados con recursos del patrimonio de la víctima para atender su curación —daño emergente— o a la privación de ingresos que, en una secuencia normal u ordinaria de acontecimientos, hubiera percibido la víctima entre la fecha del ilícito y la de su fallecimiento —lucro cesante—. Incluso, aunque la muerte haya sido instantánea, se podrían comprender en este rubro algunos ítems que corresponden claramente al concepto de daño emergente, como los gastos en que se incurra por el funeral de la víctima y su inhumación o cremación, que aquella haya reservado en vida para el efecto, o la pérdida de bienes que se haya presentado en el suceso mismo, como el vehículo de propiedad del causante que resulta destruido en el accidente en el que este pierde la vida. En todos estos casos, lo ordinario es que, por la situación de salud de quien, por ejemplo, ha recibido una lesión en un accidente, o por las expectativas de curación, la reclamación correspondiente no se haga efectiva mientras ella vive. En consecuencia, en tales situaciones, ante el fallecimiento de la víctima del ilícito, los herederos, obrando para la sucesión de su causante, pueden reclamar la indemnización de los perjuicios ocasionados a aquella, pues en virtud de las reglas de la sucesión por causa de muerte reciben en su patrimonio el derecho a elevar dicha reclamación y a obtener, se repite, para la sucesión, la indemnización correspondiente.

Debe tenerse presente, en todo caso, que en el momento del fallecimiento de la víctima se extinguen para ella todas las posibilidades futuras de desarrollo personal y patrimonial, razón por la cual no es acertado sostener que con ocasión de la muerte se consolida en cabeza de la víctima —transmisible a sus herederos— un derecho a reclamar no solo los gastos y las pérdidas que se hayan presentado con ocasión de la muerte, sino que, además, los sucesores podrían reclamar, a título

de lucro cesante y por vía hereditaria, todas las ganancias o utilidades que, de haber continuado vivo, el causante hubiera podido percibir hasta el término de su vida probable[9]. Estimamos que dicha pretensión debe ser rechazada con fundamento, entre otras consideraciones, en que en tales lucros o posibilidades de ganancia falta de manera absoluta el requisito de certeza exigible al daño resarcible, porque a partir de la muerte es evidente e indiscutible que el fallecido no puede tener ningún tipo de actividad productiva. Así lo sostuvo la Corte en época reciente, como puede verse en la sentencia de casación civil de 13 de septiembre de 2013 (exp. 1998-37459-01)[10].

[9] Adriano de Cupis, *El daño*. Teoría general de la responsabilidad civil, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1970, pág. 667. Este importante tratadista italiano señala que "[e]n el daño sufrido por el causante se comprende la falta de adquisición de aquellos bienes patrimoniales que de haber vivido habría podido alcanzar, aunque la muerte, por otro lado, libere a su patrimonio de la pasividad que implicaría la existencia de ciertas obligaciones de carácter patrimonial (manutención, alimentos) respecto de determinados familiares, vinculados en razón de dependencia con su vida". Sin embargo, después de la citada afirmación precisa que la pérdida patrimonial sufrida por el causante se puede entender compensada con la liberación de las cargas patrimoniales, a manera de una *compensatio lucri cum damno.*

[10] Al respecto se pronunció la Corte Suprema de Justicia, ya en 1949, señalando lo siguiente: "Los artículos 2341 y 2356 del C. C. no exigen que cuando el daño proviene de la muerte de una persona solo puedan ser damnificados los parientes de la víctima, sino que dan derecho a cobrar la indemnización a todo aquel a quien el delito o la culpa haya inferido daño. El perjuicio material, el accidente que causa la muerte de una persona y que da lugar a la indemnización de perjuicios, no puede considerarse como un bien patrimonial del muerto, por cuanto la muerte no tiene eficacia para acrecentar el patrimonio del fallecido. Entonces son las personas que por vivir directamente del esfuerzo del muerto o por derivar utilidad cierta y directa de sus actividades tienen el derecho, la personería y la acción para reclamar la indemnización de perjuicios, porque ellas directamente han sido perjudicadas. Generalmente las personas que sufren el perjuicio son las ligadas con el fallecido por vínculos muy próximos de consanguinidad o por el vínculo del matrimonio, lo cual es muy razonable y no da lugar a dificultades, pero esto no quiere decir que por este motivo deba demandarse la indemnización para la herencia o para la sociedad conyugal disuelta, porque, como ya se expresó, ni el accidente, que se traduce en indemnización, ni las consecuencias de aquel, entran el patrimonio del *de cujus*, y quienes sufran el perjuicio actual y cierto son en cada caso determinadas personas únicamente a quienes aprovecha la vida del fallecido, porque su actuación o actividad se traducía en pro de ellas, a veces por el mismo imperio de la ley, por concepto de alimentos, educación, establecimiento, etc." (Sala de Negocios Generales, sent. de 15 julio 1949, "G. J.", t. lxvi, pág. 527). Sin embargo no siempre ha existido la claridad deseada respecto de este tema, como puede desprenderse del siguiente extracto: "[s]i la jurisprudencia y la doctrina han sostenido invariablemente que, en punto de responsabilidad aquiliana por la muerte de un pasajero a causa de accidente de aeronave en que

Por otra parte, la reparación del daño extrapatrimonial que haya sufrido la víctima que fallece como consecuencia del hecho ilícito presenta otro tipo de dificultades teóricas, especialmente si se ha presentado un evento de aquellos que se conocen como "muerte instantánea". Una parte de la doctrina considera que en estos supuestos el derecho al resarcimiento por la muerte de una persona entra en el patrimonio de la víctima en el mismo momento en que esta sufre el daño y por consiguiente la acción correspondiente es susceptible de transmitirse *mortis causa* a los herederos. Se funda esta tesis, principalmente, en que la "muerte instantánea" es una ficción que no corresponde a la realidad científica (siempre el hecho que la ocasiona es anterior al deceso de la víctima), que la muerte misma es, en sí, un daño reparable "que la persona padece en vida, pues se trata de la más grave lesión que se le puede inferir", y, en fin, que el derecho a esa reparación es de naturaleza patrimonial y se traspasa por la vía de la sucesión por causa de muerte a los herederos[11]. Otro sector doctrinal estima que en dichos eventos la muerte no es generadora de perjuicios para aquel que haya fallecido, además de lo cual, si el deceso es instantáneo, no alcanza a nacer el crédito reparatorio en cabeza de la víctima, pues su personalidad jurídica

---

viajaba, las personas que dependían económicamente de occiso deben ser indemnizadas por la pérdida de la fuente de los ingresos que recibían, lo que constituye para ellas perjuicio cierto, ¿cómo sostener que, si se trata de responsabilidad contractual, o sea la derivada del incumplimiento del contrato de transporte, la pérdida de la capacidad para continuar produciendo la renta del trabajo que el pasajero producía no constituye perjuicio cierto para sus herederos? Se trata exactamente del mismo daño, aunque considerado por dos aspectos distintos. El hecho de que, en el caso de la responsabilidad aquiliana, esta pérdida afecte a quienes dependían del pasajero fallecido, o de que, en el caso de la responsabilidad contractual, afecte al propio pasajero en la persona de sus causahabientes a título universal, no altera en absoluto la naturaleza del perjuicio causado, que es uno mismo: el desmedro patrimonial consistente en haber cesado la capacidad de trabajo del que falleció en el accidente, desmedro que sufren, tanto él mismo, representado por sus herederos, como las personas que de él derivaban en todo o en parte su subsistencia" (Sala de Casación Civil, sent. de 23 agosto 1979). Véase sobre este punto el análisis que hace JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, Bogotá, Legis Editores, 2008, págs. 989 y ss.

[11] MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, pág. 377. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *op. cit*., pág. 899, que cita la posición que a este respecto han sostenido ELENA VICENTE DOMINGO y JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 568. En el derecho español sostuvieron esta tesis juristas ya clásicos como DE CASTRO Y BRAVO y LACRUZ BERDEJO. En sentido semejante, en el derecho italiano se pronuncia DE CUPIS, *op. cit*., pág. 665. De la misma forma, en el derecho francés la mencionada tesis fue sostenida por los hermanos MAZEAUD.

se extingue en ese preciso momento y, por ende, nada transmite a sus herederos. Señala al respecto Zannoni que "la muerte de una persona no es fuente de perjuicios para el muerto, reclamables *iure hereditatis* por sus herederos. La muerte implica la desaparición de la persona y clausura definitiva y radicalmente la posibilidad de considerar al fallecido como damnificado directo. Quienes experimentan perjuicios por la desaparición de la víctima son aquellos que le sobreviven en tanto satisfacían expectativas propias a obtener ayuda y asistencia económicas por medio de la actividad lucrativa del fallecido, por lo que invocan u oponen un interés que es también propio —*iure proprio*—"[12].

Ahora bien, si la muerte de la víctima no es instantánea, sino que efectivamente existe un lapso entre el evento dañoso y el fallecimiento, durante el cual la víctima directa del ilícito haya padecido las consecuencias de la agresión que afectó su integridad, sí parece indiscutible que se consolida en su patrimonio el derecho subjetivo a reclamar la indemnización por dicho perjuicio. Si la víctima directa no puede entablar la acción correspondiente, serán sus herederos quienes tendrán legitimación *iure* hereditario para obtener la compensación o satisfacción por tal detrimento[13].

La jurisprudencia nacional se ha pronunciado respecto de esta controversia acogiendo la tesis que distingue entre el fallecimiento instantáneo y el deceso posterior al hecho ilícito, para efectos de considerar que solo en este último supuesto se trasmite efectivamente a los herederos de la víctima el derecho al resarcimiento que esta haya consolidado en su patrimonio, durante el lapso en el que haya sobrevivido. Al respecto, en fallo de 4 de abril de 1968, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló que "cuando el sujeto fallece en el acto mismo de la agresión, no alcanza a configurarse en su favor crédito por los

[12] Zannoni, *op. cit*., pág. 245. En el mismo sentido, Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. iv, 2ª reimp., Buenos Aires, La Ley, 2008, págs. 485 y ss. Asumen esta posición en el derecho español Gómez Orbaneja, Battle Vásquez, Rogel Vide, López Jacoiste y Medina Crespo, entre otros. Sobre las distintas teorías y sus argumentos se puede consultar con provecho la obra de Maita María Naveira Zarra, El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 2006, pág. 139. En el derecho chileno, Ramón Domínguez Águila, "Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, núm. 3, 2004, págs. 493-524. Este autor es partidario de una intransmisibilidad absoluta del derecho a obtener reparación por el daño moral proveniente de la muerte, dado el carácter personalísimo del daño de que se trata y de la finalidad perseguida con su indemnización (pág. 513).

[13] De Cupis, *op. cit*., pág. 667.

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 por el desmedro del patrimonio que recogen, cifrado en los gastos de traslado del cadáver y su inhumación (sent. de 23 abril 1941, LI, 458-72), y en las ganancias que dejaron de incrementarse por la defunción del *de cujus* [...] Por lo cual, el crédito a la reparación o compensación del daño a la actividad social no patrimonial y el 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 surgirá para el occiso, y no podría pronunciar condena a favor de la sucesión del mismo, y los herederos podrían entonces reclamar resarcimiento, pero solo por derecho propio, en la medida [en] que mostraran quebranto de su individualidad y con él se hiciera presente su padecimiento afectivo o sentimental, habida consideración de los estrechos vínculos que los ataban al muerto (casación 20 de octubre 1942, LIV, bis, 189-94), justificativos de dicha aflicción y consiguiente derecho"[14].

Y, ya en fecha reciente, en sentencia de casación civil del 31 de julio de 2008, la Corte reiteró que "si el hecho generador del incumplimiento del contrato de transporte acarrea la muerte del pasajero, deberá examinarse si ella se produjo concomitantemente con el hecho mismo, o en momento posterior, con el propósito de establecer si se causaron o no perjuicios patrimoniales y/o morales a la propia víctima, que, en ejercicio de la correspondiente acción contractual, pudieren luego reclamar sus herederos, porque de haberse producido el deceso en forma instantánea, en principio, habría que reconocer que ninguna lesión patrimonial —particularmente a título de lucro cesante— o extrapatrimonial derivada de la inejecución contractual se radicó en cabeza suya y que, por ende, nada se transmitió, *mortis causa*, a sus sucesores, lo que traduciría que el ejercicio por estos de la precitada acción —contractual— carecería de contenido.

"En cambio, si el fallecimiento del pasajero tuvo lugar después del correspondiente accidente, otra sería la situación, pues es posible que

[14] "G. J.", t. CXXIV, núms. 2297 a 2299, pág. 64.

en el tiempo de su supervivencia, se causen a él perjuicios de orden patrimonial, como por ejemplo las erogaciones que la propia víctima hubiese realizado para recuperar su salud —daño emergente— o los ingresos que ella hubiere dejado de percibir —lucro cesante—, o de orden moral, como sería la aflicción que el directo afectado sentiría por verse a sí mismo en el estado en que se encuentre, o derivada de la agonía del que se aproxima a la muerte, perjuicios que, una vez ocurrido el deceso, sus herederos estarían habilitados para reclamarlos, mediante la utilización de la acción derivada del incumplimiento contractual que los provocó"[15].

Valga precisar, finalmente, que la legislación colombiana no establece limitaciones sustanciales para que se pueda entablar la acción de responsabilidad civil *ex iure hereditatis*, circunstancia que sí se ha presentado en otras legislaciones respecto de algunos tipos especiales de daño[16].

B) *Ejercicio de la acción* "*ex iure proprio*"

En estos casos, los allegados a la víctima —herederos o no—, a quienes su fallecimiento les genere detrimento, podrán demandar por el perjuicio que personalmente hayan sufrido con ocasión del fallecimiento de aquella. Como ya se ha indicado, tales damnificados lo son "de rebote" o "por contragolpe", pues reclaman por el perjuicio que personalmente han padecido, pero derivado de la afectación que de manera inmediata o primaria reciben los bienes vitales o patrimoniales de otro, con el que tienen una vinculación basada en una "situación jurídica objetiva"[17]. Los daños que se pueden exigir en este supuesto son tanto patrimoniales (daño emergente o lucro cesante) como extrapatrimoniales (daño moral subjetivo o daño a la vida de relación).

Respecto de los daños patrimoniales, ordinariamente la reclamación *iure proprio* de los damnificados indirectos se concreta en un lucro cesante, actual o futuro, referido a la efectiva disminución de ingresos que se les ocasiona por la cesación del aporte económico del que se les

[15] Sent. de 31 julio 2008, exp. 23001-3103-004-2001-00096-01.

[16] Además de las particularidades que se han presentado en el derecho alemán (véase nota 6), se señala que en el derecho argentino se considera intransmisible la indemnización de los daños morales derivados de ilícitos penales, los cuales se consideran personalísimos en cuanto a su reclamación. Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, t. I, Parte general, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2004, págs. 462 y ss.

[17] Zannoni, *op. cit*., págs. 233 y ss.

priva por el fallecimiento de quien en virtud de una vinculación preexistente les prodigaba dicha fuente de sostenimiento. Para efectos de la estimación del perjuicio se tienen en cuenta diversos factores, tales como los ingresos de la persona que ha fallecido, sus gastos propios, el porcentaje que transfería a quienes de él dependían, su vida probable y la estimación del período en que el aporte al damnificado indirecto se hubiera seguido proporcionando, entre los más relevantes[18]. Debe tenerse presente que la relación o vínculo entre la víctima fallecida y el damnificado indirecto no necesariamente hace referencia al derecho de alimentos, aun cuando ciertamente se trata de uno de los supuestos más frecuentes.

En cuanto a los daños extrapatrimoniales, es claro que pueden reclamar la reparación de perjuicios de esta naturaleza todos aquellos que con ocasión de la muerte de la víctima directa hayan padecido una honda afectación en su esfera espiritual o afectiva, tales como su cónyuge o compañero permanente, sus hijos, sus padres y demás parientes cercanos, incluso sus amigos íntimos o aquellas personas con las que hubiera existido una relación de naturaleza sentimental. Queda abierta la posibilidad, igualmente, de que los damnificados indirectos reclamen la indemnización del daño a la vida de relación que acrediten haber sufrido por el fallecimiento de la víctima directa, pues como lo ha indicado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, dicha clase de daño extrapatrimonial, "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"[19].

A este respecto resulta pertinente mencionar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha tenido una visión restrictiva en la materia, particularmente en cuanto a la posibilidad de que terceros no ligados por relaciones de parentezco con la víctima reclamen la reparación del daño moral que hayan sufrido por su fallecimiento, tal y como se puede advertir en el extracto que se transcribe a continuación: "Cumple señalar que, tratándose de los perjuicios morales, cuando se invoca la acción *iure propio*, la Corte ha

[18] Véanse, entre muchas otras, las sents. de 7 octubre 1999 (exp. 5002), 4 septiembre 2000 (exp. 5260), 26 febrero 2004 (exp. 7069) y 5 octubre 2004 (exp. 6975), con las que la Sala de Casación Civil consolidó los criterios que actualmente utiliza para efectuar la liquidación de este tipo de condenas.

[19] Sent. de 13 mayo 2008 (exp. 11001-3103-006-1997-09327-01).

sido estricta al limitar el derecho de reclamarlos únicamente para las personas con un cercano vínculo familiar con la víctima, ya que '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 situaciones 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. Obvio es que, derivándose fundamentalmente este derecho de las relaciones de familia, el demandante del resarcimiento de daños morales solo ha de legitimarse en causa mediante la demostración de tales relaciones con las respectivas partidas de su estado civil' (criterio sentado en C. S. de J., SC de 18 octubre 1967, "G. J.", 2285 y 2286, pág. 259, reiterado sucesivamente en C. S. de J., SC de 11 mayo 1976, "G. J.", 2393, pág. 143; C. S. de J. SC de 10 marzo de 1994; y C. S. de J., SC de 18 mayo 2005, rad. 14415). Es decir, siguiendo ese criterio, [...] lazos de amistad, fraternidad o hermandad, no legitiman para deprecar el reconocimiento de un daño inmaterial"[20].

No obstante, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en el sistema actual de clasificación y reconocimiento de perjuicios extrapatrimoniales adoptado mediante las sentencias de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferidas el 28 de agosto de 2014, establece que es posible la reclamación de indemnizaciones por daños morales ocasionados por la muerte de la víctima directa por parte de personas no vinculadas con el fallecido por relaciones de parentezco, en las que denomina "relaciones afectivas no familiares", caso en el cual el porcentaje de reconocimiento de las indemnizaciones es reducido en relación con el que se otorga a los parientes, y se exige la plena demostración de la citada relación afectiva por parte de quien presenta la demanda para efectos de que haya lugar a su efectivo reconocimiento[21].

## **4.** Acumulación de las acciones "ex iure proprio" y "ex iure hereditatis"

Es claro que con ocasión del fallecimiento de la víctima directa de un hecho ilícito se pueden radicar en cabeza de sus herederos dos tipos

[20] Sent. de 27 agosto 2014, exp. 2009-00760-01.

[21] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. "Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales", 28 agosto 2014.

de reclamaciones resarcitorias, una dirigida a obtener la indemnización de los perjuicios a ella irrogados y la otra encaminada a cobrar el resarcimiento de los daños padecidos personalmente por dichos sucesores. La pregunta que surge a continuación es si tales pretensiones pueden ser acumuladas por los herederos para ser tramitadas en un mismo proceso judicial o si, por el contrario, se trata de una posibilidad que se encuentra restringida desde el punto de vista sustancial o procesal.

Al respecto se debe responder que, en principio, las mencionadas pretensiones pueden ser acumuladas en un mismo proceso judicial, sin que con ello se presente trasgresión alguna en cuanto a los principios de la responsabilidad civil o a las reglas de naturaleza procesal. En ocasión relativamente reciente, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de precisar este tema, que ciertamente no ha estado exento de vacilaciones y de contradicciones, pues ha sido objeto de confusión no solo de quienes imparten justicia, sino también por el propio legislador, como adelante se indicará.

Así, en sentencia de 18 de octubre de 2005, la Corte Suprema de Justicia, en un asunto de responsabilidad civil médica, admitió, sin vacilación, la posibilidad general de acumular las mencionadas reclamaciones. Se señaló lo siguiente en la sentencia sustitutiva que se dictó después de haberse casado el fallo de instancia: "1. Pidió la actora en el libelo incoativo del proceso, que se declarara a la sociedad demandada «civilmente responsable de todos los daños y perjuicios que le causó a Luis Eduardo Cárdenas Lalinde y María Elva Palacio Marín en razón de la actitud negligente de su personal», lo que originó, a la postre, la muerte del primero de ellos; y que, en tal virtud, se le condenase a pagar a María Elva Palacio Marín, «quien pide para la sucesión de su finado esposo, una suma en moneda colombiana equivalente a mil (1000) gramos oro, como indemnización por los perjuicios morales que se le causaron a Luis Eduardo Cárdenas Lalinde». Así mismo, obrando ya la actora en su propio nombre, pidió que la demandada fuese condenada a pagarle la suma equivalente a 1500 gramos oro, por concepto de perjuicios morales que se le causaron con la muerte de su esposo, junto con otros valores relativos al daño emergente y el lucro cesante derivados de la muerte de su cónyuge.

"Como diáfanamente 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 aquel. 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"[22].

Debe advertirse que las dudas que se han presentado en la materia han surgido, fundamentalmente, por dos razones: en primer término, se ha confundido el problema del que se viene tratando, esto es, la dualidad de acciones que se radican en cabeza de los herederos de la víctima directa de un hecho ilícito, *iure proprio* y *iure hereditatis*, con las teorías esbozadas sobre la opción o la acumulación de reclamaciones por un daño único, que podrían tramitarse por la vía de la responsabilidad civil contractual o de la responsabilidad civil extracontractual[23]; y en segundo término, por la forma en que quedó reglamentado en el derecho comercial colombiano el problema del pasajero que fallece durante la ejecución de un contrato de transporte de personas, que, como es suficientemente conocido, se encontraba regulado en el artículo 1006 del Código de Comercio colombiano, en el cual se restringía a los herederos la posibilidad de ejercer las dos acciones simultáneamente, permitiéndoseles, en todo caso, que presentara las reclamaciones de manera separada o sucesiva.

### A) *El problema de la acumulación de las responsabilidades contractual y extracontractual y las acciones "ex iure proprio" y "ex iure hereditatis"*

El problema de la "acumulación"[24], o más propiamente de la escogencia, de la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad

[22] Sent. de 18 octubre 2005, exp. 14491.

[23] Tamayo Jaramillo, *op. cit*., t. I, págs. 144 y 145.

[24] Mazeaud y Tunc, *op. cit*., págs. 251 y ss.

civil extracontractual (teoría del *non cumul*) tiene relación con la solución que debe brindarse a aquellos eventos en los que un determinado hecho, que se constituye en el incumplimiento de una obligación de naturaleza contractual, afecta bienes o intereses del acreedor que no necesariamente se encuentran protegidos por las normas contractuales, v. gr. derecho a la vida o a la integridad corporal, sino por disposiciones de naturaleza general —no hacer daño a otro—, razón por la cual se ha cuestionado si tal situación puede dar origen a que se ejerzan acumulativamente una acción contractual y una acción extracontractual para reclamar el perjuicio que se ha sufrido, o si por el contrario, es indispensable que el damnificado escoja una sola vía para realizar su reclamación[25] y, en este supuesto, se pregunta cuál de ellas debe ser la que se seleccione.

El problema ha sido bien precisado por el profesor JORGE SANTOS BALLESTEROS, en los siguientes términos: "[d]ados los distintos fundamentos que distinguen una y otra responsabilidad —la contractual y la extracontractual—, de vieja data se ha formulado el interrogante sobre si es posible que un daño, que afecta a un mismo sujeto, producido por un hecho único y que tiene su origen en el incumplimiento de una obligación de carácter contractual, origine una responsabilidad extracontractual a la vez. Naturalmente, para que esta cuestión se plantee es necesario que exista un vínculo jurídico singular y concreto entre las partes, y que al lado de la inobservancia de un deber jurídico emergente de la relación previa, se dé la violación de uno de aquellos derechos, denominados absolutos, y cuya tutela se afirma aun con prescindencia de una relación determinada"[26].

Se trata pues, se reitera, de eventos en los que existiendo una relación de naturaleza contractual entre las partes, el incumplimiento del deber de prestación de una de ellas vulnera o afecta un bien o interés que no se encuentra protegido, en principio, por las reglas legales o con-

[25] Ha señalado la Corte Suprema de Justicia que "[a]mbas culpas se traducen en la indemnización de perjuicios, pero tienen fuentes muy distintas, en la una el acto jurídico, en otra el hecho, y en sus proyecciones concretas, y su naturaleza y trascendencia tienen configuración legal muy distinta. Por eso ha sostenido la Corte, como lo sostienen los tratadistas, que esas dos culpas no pueden, en general, acumularse en una misma demanda, por cuanto son entidades de diversa naturaleza y hasta contradictorias muchas veces, pues no se ve cómo una culpa contractual pueda generar una acción delictual, ni cómo esta pueda tener como base un pacto jurídico" (Sala de Casación Civil, sent. de 24 junio 1942).

[26] JORGE SANTOS BALLESTEROS, *Instituciones de responsabilidad civil*, t. II, Bogotá (Javegraf), reimpresión revisada y corregida, 2005, pág. 243.

tractuales referidas a esa específica relación, sino que aquel es objeto de tutela por disposiciones diferentes, incluso de naturaleza superior. Tal es el caso de la muerte del pasajero como consecuencia del incumplimiento de las prestaciones derivadas de un contrato de transporte o, igualmente, el fallecimiento o las lesiones del arrendatario como consecuencia del mal estado en el que el arrendador tenía la cosa dada en arrendamiento. Obsérvese que ciertamente existe un incumplimiento de las reglas contractuales —conducir al pasajero sano y salvo al lugar de destino o mantener la cosa en estado de servir para el fin al cual se encuentra destinada, respectivamente—, pero la violación de ellas ocasiona una lesión o menoscabo en intereses que el ordenamiento no protege con las normas del transporte o del arrendamiento, sino que se trata, en los casos que se han planteado, de la vulneración de bienes o intereses protegidos por las normas generales de la responsabilidad civil, e, incluso, por disposiciones constitucionales, regulaciones, en todo caso, ajenas a la relación de transporte o de locación.

Muchas teorías se han planteado al respecto, particularmente en el derecho comparado. Así, algunos han señalado que podría existir un doble resarcimiento teniendo en cuenta que "valerse del contrato no implica renunciar a recurrir a la más amplia tutela que da la ley"[27]. Sin embargo, esta interpretación choca contra postulados básicos del derecho de daños, como el principio de la reparación integral, del que forma parte la regla según la cual la indemnización no puede ser fuente de enriquecimiento. Otros, más ortodoxos, han señalado que existiendo dos alternativas de reclamación, ejercida la acción por una de ellas, se extingue la posibilidad de reclamar por la otra. Es decir, la víctima tiene la opción o elección respecto de la vía que le sea más adecuada para plantear su pretensión ante la jurisdicción, para lo cual se tendrá en cuenta, obviamente, la alternativa que sea más favorable para el damnificado (principio favor victimae). Otra postura se inclinó en su momento por la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil extracontractual "por ser más amplia y constituir los principios genéricos de la responsabilidad"[28]. Finalmente, una tesis sostiene la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil contractual, porque si el daño se configura por el incumplimiento de un deber singular y concreto preexistente entre las partes, se debe tener presente que los contratantes han establecido el marco que debe regir sus particulares relaciones, por lo que allí queda situada la controversia y no le es dable al damnificado

[27] Ibíd., pág. 244.

[28] Santos Ballesteros, *op. cit*., pág. 246.

trasladarse a su antojo a las reglas de la responsabilidad extracontractual escogiendo la normativa aplicable.

En la actualidad se considera inaceptable la tesis que permitiría obtener un doble resarcimiento por el mismo daño, por las poderosas razones arriba enunciadas[29]. Igualmente, se ha censurado la posibilidad de mezclar o amalgamar los elementos de las dos especies de responsabilidad, presentando una especie de "acción hibrida", que tomaría de cada una de las clases de responsabilidad algunos elementos[30].

Ha existido consenso en el sentido de que si el daño se presenta como consecuencia evidente del incumplimiento de las obligaciones surgidas de una relación preexistente entre las partes, la reclamación habrá de sustentarse, necesariamente, en las reglas de la responsabilidad civil contractual. Señala al respecto DÍEZ-PICAZO que "la única manera correcta de resolver el problema de la concurrencia de las normas de la responsabilidad contractual y de la extracontractual, es considerar que siempre que entre las partes existe una relación contractual y el daño es consecuencia del cumplimiento defectuoso o del incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales que de dicha relación derivan, sean obligaciones expresamente pactadas o deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe, o de los usos de los negocios, la responsabilidad es de carácter contractual y los tribunales deben declararlo así haciendo uso en lo necesario de la regla *iura novit curia* [...]"[31]. Esta postura tiene fundamento, entre otros argumentos, en la fuerza obligatoria del contrato y en que las partes pueden haber convenido estipulaciones atinentes a la extensión de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de lo pactado.

Ahora bien, en época reciente se observa la presencia de un movimiento doctrinal que se inclina por la teoría de la opción, en cuanto que se considera más adecuado y acorde con los principios del derecho de

[29] BUSTAMENTE ALSINA, *op. cit*., pág. 90.

[30] Recordó la Sala de Casación Civil de la Corte en sent. de 19 abril 1993 lo siguiente: "Sobre este particular ha dicho la Corte que «No deben involucrarse la responsabilidad contractual y la extracontractual o aquiliana. Ni la ley ni la doctrina autorizar el ejercicio de esta acción híbrida, según expresión de los expositores [,] porque la yuxtaposición a acumulación de estas dos especies diferenciadas de responsabilidad es imposible ya que la contractual, por su propia naturaleza [,] excluye la generada por el delito» (sents. de 25 noviembre 1938, "G. J.", t. XLVII, pág. 411; 1º diciembre 1938, t. XLVII, pág. 454; 16 marzo 1939, t. XLVIII, pág. 191; 31 julio 1940, t. XLIX, pág. 625; 2 septiembre 1941, t. LII, pág. 33; 25 febrero 1942, t. LIII, pág. 85; entre otras)".

[31] DÍEZ-PICAZO, *op. cit*., pág. 268.

daños reconocerle al damnificado la posibilidad de escoger o seleccionar la acción —contractual o extracontractual— mediante la cual haya de canalizar su pretensión de resarcimiento de daños[32]. Ha coincidido esta tendencia con los movimientos legislativos que han aliviado la diferenciación entre los dos regímenes de responsabilidad y que apoyan la llamada "unificación de la responsabilidad civil".

Así, por ejemplo, en el anteproyecto de reforma al Código Civil francés conocido como el "anteproyecto Catalá", el asunto que se comenta era objeto de regulación en el siguiente sentido: artículo 1341 "[e]n caso de inejecución de una obligación contractual, ni el deudor ni el acreedor pueden sustraerse a la aplicación de las disposiciones específicas de la responsabilidad contractual para optar por las de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, cuando tal inejecución ocasiona un daño corporal, la contraparte para obtener la reparación de dicho daño, puede optar por las reglas que le sean más favorables". De esta forma, este intento de reforma del Código Civil francés propuso que, por regla general, la parte de una relación contractual que resultara perjudicada por el incumplimiento de una obligación nacida del contrato, solo podía demandar al contratante incumplido acudiendo a las normas propias de la responsabilidad civil contractual. Sin embargo, cuando los daños irrogados como consecuencia de la inejecución o incumplimiento de la obligación fueran daños corporales, se permitiría al damnificado optar por las normas que más lo favorecieran, fueran las de la responsabilidad contractual o de la extracontractual[33].

En España, si bien en el Código Civil no se encuentra norma alguna que se refiera específicamente a la acumulación o elección del régimen de responsabilidad, sea contractual o extracontractual, por medio del desarrollo jurisprudencial y doctrinal de los postulados de la Ley

[32] Miquel Martin Casals, "La «modernización» del derecho de la responsabilidad extracontractual, Ponencia presentada en las XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, La Coruña, 2011, pág. 13. Hernán Corral Talciani, "La concurrencia de responsabilidades ex contrato y ex delito en los derechos chileno, argentino y colombiano", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Argentina, 12, 2010, 7, págs. 3-10.

[33] Debe tenerse presente que el 1º de octubre de 2016 entró en vigor la ley reformatoria del Código Civil francés en materia de obligaciones, contratos y prescripción, basada en el proyecto presentado en su momento por el Ministerio de Justicia. No obstante lo previsto inicialmente en el proyecto Catalá, en esta oportunidad el legislador francés no se pronunció sobre la posibilidad de acumular responsabilidades o de elegir la más conveniente en caso de que como consecuencia del incumplimiento contractual, se causarán perjuicios en intereses no protegidos por las normas contractuales.

de Enjuiciamiento Civil se ha abierto paso la posibilidad de elegir u optar por el régimen de responsabilidad con el que se deba decidir la controversia, en virtud de la aplicación del principio *iura novit curia* y el de la unidad de la culpa civil[34].

Ahora bien, es claro que la posibilidad de optar entre los regímenes de responsabilidad se presenta con marcado acento en sistemas jurídicos que han aliviado las diferencias radicales entre ellos y han seguido una tendencia unificadora de las reglas de la responsabilidad civil[35].

En cuanto a los proyectos de armonización legislativa se destaca el Marco Común de Referencia (DCFR), que hace compatibles las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual, siempre que las normas de la responsabilidad extracontractual no contradigan otras normas de derecho privado y no se afecten los remedios existentes con base en otros fundamentos jurídicos[36]. Esta armonización de las reglas aplicables a la responsabilidad contractual y extracontractual se encuentra consagrada en los artículos VI 1:101, 1:102 y 1:103 del DCFR[37].

[34] Se puede ver al respecto la sentencia de 27 de octubre de 2005, en la que el Tribunal Supremo español, Sala primera, afirmó que "tal acumulación es plenamente admisible ya que la responsabilidad, en realidad es una sola aunque venga determinada por causas distintas y esta Sala incluso ha admitido el cambio de una acción a otra o el ejercicio de ambas en el mismo supuesto, en lo que se ha dado en llamar «yuxtaposición de responsabilidades», en sentencias de 30 de diciembre de 1989, 8 de febrero de 2000, 26 de septiembre de 2000, 11 de diciembre de 2001".

[35] Por ejemplo, los Códigos Civiles de Quebec, Holanda, Portugal, Suizo de las Obligaciones, o el BGB que "permite —cuando la violación del contrato genere al mismo tiempo una responsabilidad contractual o extracontractual—, fundar la pretensión en los dos tipos de responsabilidad, si bien solo podrá repararse una vez el mismo daño". MARTÍN CASALS, *op. cit.,* pág. 13.

[36] MARTÍN CASALS, op. cit., pág 13.

[37] VI. – 1:101: Basic rule (1) A person who suffers legally relevant damage has a right to reparation from a person who caused the damage intentionally or negligently or is otherwise accountable for the causation of the damage. (2) Where a person has not caused legally relevant damage intentionally or negligently that person is accountable for the causation of legally relevant damage only if Chapter 3 so provides. VI . – 1:102: Prevention Where legally relevant damage is impending, this Book confers on a person who would suffer the damage a right to prevent it. This right is against a person who would be accountable for the causation of the damage if it occurred.VI . – 1:103: Scope of application VI . – 1:101 (Basic rule) and VI . – 1:102 (Prevention): (a) apply only in accordance with the following provisions of this Book; (b) apply to both legal and natural persons, unless otherwise stated; (c) do not apply in so far as their application would contradict the purpose of other private law rules; and (d) do not affect remedies available on other legal grounds.

Finalmente, en este aspecto del tema que se analiza, debe comentarse el nuevo Código Civil y Comercial Argentino que unifica la responsabilidad civil sin establecer un régimen completamente independiente entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. En efecto, el artículo 1716 del nuevo estatuto consagra que "[l]a violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación da lugar a la reparación del daño causado, conforme a las disposiciones de este Código". En consecuencia, la responsabilidad derivada de un vínculo jurídico previo y la derivada del deber genérico de no dañar a otro se someten a un mismo régimen, aunque no sea una unificación total debido a que subsisten algunas particularidades en relación con el incumplimiento de las obligaciones[38].

Cosa diferente al tema de la opción o concurrencia de responsabilidades es el atinente a si se exige o no al damnificado que sea específico o preciso en el momento de interponer la acción, respecto de la clase de responsabilidad que imputa a su contraparte. Al respecto la doctrina estima que el demandante debe limitarse a exponer los hechos ante la jurisdicción, y el juez, en aplicación del principio *iura novit curia*, debe examinar el *petitum* y la *causa petendi*[39] y adecuar la actuación de conformidad con el régimen jurídico que considere aplicable[40], para proferir una decisión que imparta justicia al caso particular, cuidándose de no vulnerar el derecho de defensa del demandado ni desconocer, obviamente, el principio de congruencia. En la jurisprudencia colombiana existe una reiterada doctrina que habilita al juez para interpretar la demanda cuando la pretensión esté formulada en términos dudosos sobre si se solicita la aplicación de uno u otro régimen. En todo caso, si el *petitum* de la demanda está formulado en términos claros y precisos, no puede el juez alterar el planteamiento del accionante para trasladarse a un régimen de responsabilidad diferente, pues en ese escenario se vulnerarían los principios arriba mencionados, relacionados con las

[38] Sebastián Picasso, "La unificación de la responsabilidad civil en el Proyecto del Código Civil y Comercial unificado", en *Revista Derecho Privado*, Año I, núm. 3, (Buenos Aires), Ediciones Infojus, págs. 33 y ss.

[39] Véase al respecto el análisis que realiza el profesor Tamayo Jaramillo, *op. cit*., págs. 128 y ss.

[40] En el derecho español se utilizan para estos efectos instrumentos de interpretación como los denominados de la "unidad de la culpa civil" o de la "yuxtaposición de responsabilidades". Yzquierdo Tolsada, *op. cit*., pág. 102. Luis Fernando Reglero Campos, *Tratado de responsabilidad civil*, Parte general, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2002, pág. 122.

garantías procesales del demandado y la necesaria coherencia de la decisión judicial con los planteamientos de las partes[41].

Como se puede observar, en el planteamiento del problema que se deja expuesto, relativo a la concurrencia u opción de responsabilidades, es palmario que se trata del resarcimiento de un daño único. El debate se centra en si, al tratarse de la vulneración de bienes o intereses no protegidos directamente por las normas del contrato, tal circunstancia podría generar el desplazamiento de la reclamación a la vía extracontractual, o, incluso, en la tesis extrema, a obtener un doble resarcimiento, se repite, de un solo daño. Por el contrario, en el tema que se viene analizando —la acción hereditaria—, es claro que el heredero tiene en su haber la posibilidad de ejercer una reclamación *iure hereditario* y otra *iure proprio*; es decir, en una sola persona se encuentran radicadas dos acciones, pero correspondientes, cada una de ellas, a daños de naturaleza y entidad diferentes: en el primer caso, la relacionada con los daños sufridos por la víctima directa hasta su fallecimiento, y en el segundo, los perjuicios que tal circunstancia le haya ocasionado personalmente. Y sin que este principio tenga modificación, aunque la acción *iure hereditario* tenga naturaleza contractual y la *iure proprio*, naturalmente, extracontractual, pues incluso en tal supuesto se sigue tratando de dos daños diferentes, lo que tampoco impide que, de manera general, tales pretensiones puedan ejercerse de manera acumulativa en un mismo proceso judicial.

### B) *Acciones contractual* "*iure hereditatis*" *y extracontractual* "*iure proprio*" *derivadas del fallecimiento del pasajero en desarrollo de un contrato de transporte*

En su redacción original el artículo 1006 del Código de Comercio disponía lo siguiente: "[l]os herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución de un contrato de transporte, no podrán ejercer 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. En uno y otro caso, si se demuestra, habrá lugar a la indemnización del daño moral".

Como se puede observar del contenido de la norma transcrita, el artículo 1006 del Código de Comercio hacía referencia a las acciones

[41] Por todas, puede verse la sent. de 16 de julio de 2008, exp. 1997-00457-01 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

derivadas del fallecimiento de una persona en desarrollo de un contrato de transporte, las cuales podían estar en cabeza del respectivo accionante por virtud de ser este un sucesor del pasajero fallecido y por tanto radicarse en él los derechos propios de su causante (acción *iure hereditatis*), o por haber sufrido el mismo demandante personalmente los perjuicios cuya indemnización pretendía (acción *iure proprio*). Establecía la mencionada disposición mercantil que ambas acciones no podían ser ejercidas acumulativamente, pero sí "separada o sucesivamente".

La redacción del artículo, particularmente en cuanto al supuesto normativo, era, en general, clara y el operador judicial no podía, en principio, desconocerlo. Sin embargo, se trataba de una norma que fue objeto de crítica prácticamente unánime por la doctrina especializada, en razón de que, sin justificación introducía una excepción a la general admisibilidad respecto de la acumulación de las pretensiones *iure proprio* y *iure hereditatis* derivadas del fallecimiento de la víctima directa de un hecho ilícito, de parte de los herederos de ella, en los términos que en párrafos anteriores quedó explicada.

En todo caso, es pertinente precisar que lo dispuesto por el artículo 1006 del estatuto mercantil, en lo que tocaba con el régimen de las acciones a que se ha hecho referencia, si bien tuvo vigencia legal con la expedición del Código de Comercio de 1971, encontraba su origen en la interpretación que en su momento la jurisprudencia dio a la situación mencionada, bajo la influencia de las teorías sobre la prohibición de acumular las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual para demandar la reparación de un mismo daño. Por ejemplo, en 1948 la Corte Suprema afirmó que "[l]a jurisprudencia y la doctrina aceptan la posibilidad jurídica de que el heredero de quien pereció en un accidente ocurrido en la ejecución de un contrato de transporte ejercite cualquiera de las dos acciones: la indemnizatoria por incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato, emanada de este, colocándose en el lugar y posición del contratante muerto, a cuyo patrimonio había ingresado, y demandando como sucesor y para la sucesión de la víctima, las reparaciones a que haya lugar dentro de los límites del contrato, o la indemnizatoria por culpa aquiliana, colocándose por fuera del contrato, con desvinculación de toda relación jurídica preexistente, demandando directamente y en propio interés la reparación del daño personal causado por el siniestro. El mismo hecho puede dar lugar a las dos acciones según sea el carácter y posición con que se presente la víctima en la acción indemnizatoria, y desde luego con las

consecuencias diferentes que cada caso comporta en lo concerniente a la extensión y naturaleza de las pretensiones del actor y la manera de establecerlas en juicio. Lo que es improcedente es la acumulación y yuxtaposición de estas dos acciones diferenciadas de responsabilidad porque de ese modo se llegaría a una injusta e injurídica dualidad en la reparación del perjuicio, como lo ha dicho la Corte"[42].

Más adelante, la Corte Suprema, en punto a la improcedencia de la acumulación de acciones en caso de fallecimiento del pasajero durante la ejecución de un contrato de transporte, en una sentencia que fue considerada hito en su momento, señaló lo siguiente: "[l]a responsabilidad del transportador es contractual y no delictual. Un mismo hecho, sin embargo, violatorio de la obligación de seguridad a cargo de la empresa, puede generar responsabilidad contractual y extracontractual, y en una misma persona (el causahabiente de la víctima) pueden radicarse las acciones correspondientes a una y otra responsabilidad, para elegir una de ellas, pero no para acumularlas. Tales acciones así originadas en campos distintos están individualizadas por caracteres propios y por un crecido número de consecuencias diversas, que la jurisprudencia de la Corte y la doctrina general han señalado claramente.

"El causahabiente puede elegir la acción originada del contrato, por la culpa de la empresa, acción recibida en la herencia de la víctima inicial; o la acción propia autónoma, por el perjuicio directamente recibido a causa del accidente. Los «terceros» no tienen, como es natural, la primera, pero tienen siempre la última, en la medida del daño que personalmente se les haya irrogado. Este derecho de opción beneficia notoriamente al heredero, porque le permite elegir la acción que le sea más útil, con base en las diferencias entre una y otra acción.

"Es transmisible la acción de perjuicios originada del contrato de transporte, por incumplimiento del conductor, aun en caso de fallecimiento instantáneo del pasajero, de acuerdo con las normas generales que gobiernan la transmisión del patrimonio, por causa de muerte, y la particular del artículo 2077 del C. C.

"Siendo transmisible la acción de perjuicios nacida del contrato y teniendo el causahabiente la facultad de elegir entre dicha acción y la acción personal, el heredero está en la posibilidad de demandar los

[42] Sala de Casación Civil, sent. de 12 agosto 1948, "G. J.", t. LXIV, pág. 697. El sentido de este fallo —particularmente sobre la no acumulación— fue reiterado posteriormente, entre otras, en sentencias dictadas el 30 marzo 1951, 23 abril 1954, 23 noviembre 1954, 11 febrero 1956, 29 abril 1957 y 30 mayo 1965.

perjuicios correspondientes a una o a otra acción, esto es, perjuicios distintos por su entidad jurídica específica"[43].

Una vez expedido el Código de Comercio, distinguiendo adecuadamente los perjuicios que correspondían a la acción *iure proprio* y a la acción *iure hereditatis*, dicho ordenamiento estableció que cuando el pasajero falleciera a consecuencia de un accidente acaecido durante la ejecución del contrato de transporte, de cuya ocurrencia fuera culpable el transportador, sus herederos podían ejercer separada o exclusivamente «la acción contractual transmitida por su causante y la extracontractual derivada del perjuicio que personalmente les haya inferido su muerte», como rezaba el artículo 1006 del C. de Co., situaciones que la Corte puntualizó al expresar que si los herederos «[...] hubieran sufrido perjuicios personales a causa del accidente, entonces habiéndose de considerar como terceros a este respecto, bien pueden elegir entre su acción por los perjuicios propios, que sería necesariamente la aquiliana, y la heredada del causante, como sucesores de este, que sería la contractual» ("G. J.", t. CXL, págs. 123 a 125). Esto es: que la clase de acción que elijan los herederos del pasajero muerto, contra el transportador culpable de tal acontecimiento, dependerá de los perjuicios que quieran reclamar, ya sean los que personalmente hayan sufrido o los que se hubieren causado a la víctima con el incumplimiento del contrato de transporte, siendo los primeros propios de la responsabilidad extracontractual y los segundos de la contractual.

"Es, en efecto, evidente que los perjuicios indicados por el recurrente cuya indemnización reclamaron los demandantes y cuyo monto avaluaron los peritos en el dictamen que el tribunal acogió para condenar a la empresa demandada, no son los propios de la responsabilidad contractual, puesto que por no ser los que el causante habría recibido y transmitido a sus herederos en virtud del incumplimiento del contrato de transporte en que en perdió la vida, sino los que se les causaron al dejar de percibir el apoyo económico que aquel les prodigaba regularmente con sus ingresos, solamente podían pedirse mediante la acción de responsabilidad extracontractual, circunstancia que no advirtió el fallador y que lo llevó a dictar una sentencia condenatoria contrapuesta a la acción impetrada.

"Conforme lo dispone el artículo 1006 del C. de Co. cuando los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que

[43] Sala de Casación Civil, sent. de 27 septiembre 1955, "G. J.", t. LXXXI, págs. 176 y 177.

ocurra durante el desarrollo de dicho contrato promuevan la acción referida, solamente podrán reclamar los perjuicios sufridos y transmitidos por su causante, es decir, los que se originen directamente en el incumplimiento del mismo contrato por el cual la empresa transportadora contratante se obliga con el pasajero a conducirlo sano y salvo al sitio convenido, tales como los gastos de ambulancia, primeros auxilios, atención médica, hospitalaria y quirúrgica, entierro y la pérdida de algún beneficio económico que esperaba recibir con su viaje. En consecuencia, será de cargo de la parte demandante demostrar estos perjuicios para obtener que la demandada sea condenada a pagárselos"[44].

Posteriormente, la Corte, en sentencia de 19 de abril de 1993, al tratar el asunto relacionado con las acciones de responsabilidad civil que se derivan de las lesiones —no del fallecimiento— sufridas por el pasajero en desarrollo de un contrato de transporte, y luego de incurrir, en nuestra respetuosa opinión, en una lamentable confusión al entremezclar el debatido tema del "cúmulo de responsabilidades" con la ya analizada posibilidad de reclamar acumulativamente los daños personal y hereditario[45], señaló que el legislador mercantil "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 o sucesiva".

Más recientemente, también en lo que hace relación a la muerte del pasajero ocurrida en desarrollo de un contrato de transporte, la Corte sostuvo que "[c]uando la víctima directa de un acto lesivo fallece por causa del mismo, todas aquellas personas, herederas o no, que se ven agraviadas por su deceso, están habilitadas para reclamar la reparación de los daños que por esa causa recibieron, mediante acción en la cual actúan *iure proprio*, puesto que, por su propia cuenta reclaman el

[44] Sala de Casación Civil, sent. 1º octubre 1987, "G. J.", t. CLXXXVIII, págs. 243-245.

[45] "2.1. En esta materia la jurisprudencia tradicional de la Corte ha acogido la tesis clásica orientada a restringir o limitar la opción de responsabilidades, y, ajustada a este criterio por regla general ha rechazado de manera invariable la yuxtaposición de las dos mencionadas de responsabilidad, al paso que excepcionalmente y al mismo tiempo se ha mostrado siempre partidaria en otorgarle las dos acciones (contractual y extracontractual) en forma alternativa al heredero del perjudicado con la inejecución contractual, cuando este recibe a su turno del mencionado comportamiento un perjuicio personal".

abono de tales perjuicios, y siempre es de índole extracontractual, ya que así la muerte del perjudicado inicial se origine en la inobservancia de obligaciones de índole negocial, el tercero damnificado [...], no puede ampararse en el contrato e invocar el incumplimiento de sus estipulaciones para exigir la indemnización del daño que personalmente hubiere sufrido con el fallecimiento de la víctima-contratante, debiendo situarse, para tal propósito, en el campo de la responsabilidad extracontractual"[46].

Como se puede observar, la jurisprudencia reconoce que en el supuesto de hecho que se analiza —fallecimiento del pasajero durante la ejecución de un contrato de transporte— se originan dos acciones, basadas en la causación de dos tipos de daños: la hereditaria, para que los sucesores del que fallece en la ejecución de un contrato de transporte reclamen los perjuicios irrogados al *de cuius*; y la propia, para cobrar los perjuicios generados al heredero con el fallecimiento del causante. Aun cuando la Corte reconocía dicha circunstancia y sobre la base de que, en principio, ningún principio de responsabilidad civil ni del derecho procesal restringirían el ejercicio acumulado de tales pretensiones, la Corte fue respetuosa del texto del artículo 1006 del Código de Comercio, que impedía que tales acciones se ejercieran "acumulativamente", pero aceptaba que pudieran entablarse de manera separada o sucesiva, incluso una como principal y la otra como subsidiaria, en una misma demanda.

En relación con esta problemática debe comentarse que ha resultado afortunada la derogatoria expresa que hizo la ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), en su artículo 626, letra c., del artículo 1006 del Código de Comercio, que en forma innecesaria impedía la acumulación de las acciones *iure proprio* y *iure hereditaris* del pasajero fallecido como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de transporte, pues, como se ha destacado, es claro que tal acumulación debe proceder de manera general, tal y como lo confirmó la Corte Suprema de Justicia en el caso *Cárdenas Lalinde*, ya que con ella no se está en presencia de un indebido fenómeno de *cúmulo* de responsabilidades —pues se trata de daños diferentes—, ni se contravienen las disposiciones sustanciales que regulan la responsabilidad civil ni las procesales que reglamentan el fenómeno de la acumulación de pretensiones (art. 88 del C. G. P.).

[46] Sent. de 30 junio 2005, exp. 1998-00650-01.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

### A) *Doctrina*

ALFERILLO, PASCUAL ALFREDO: "Prospectiva de la legitimación para demandar la indemnización de los daños por fallecimiento", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, año III, núm. 3, mayo-junio 2001.

ALTERINI, ATILIO ANÍBAL: *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil. Contornos actuales de la responsabilidad civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987.

BUSTAMANTE ALSINA, JORGE: *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª ed., ampliada y actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN: "La concurrencia de responsabilidades ex contrato y ex delito en los derechos chileno, argentino y colombiano", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Argentina, 2010.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO: *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1993.

DE CUPIS, ADRIANO: *El daño*. Teoría general de la responsabilidad civil, trad. de la segunda edición italiana de Ángel Martínez Carrión, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1970.

DÍEZ–PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: *Derecho de daños*, reimpresión de la primera edición, Madrid, Civitas, 2000.

DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO: *Sistema de derecho civil*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1988.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN: "Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, núm. 3, Valparaíso, 2004.

ELORRIAGA DE BONIS, FABIÁN: "Del daño por repercusión o rebote", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, núm. 2, Valparaíso, 1999.

LÓPEZ MESA, MARCELO J.: *Elementos de la responsabilidad civil*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Biblioteca Jurídica Diké, 2009.

MAZEAUD, HENRI y LÉON y TUNC, ANDRÉ: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. I, trad. de la quinta edición de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

MARTIN CASALS, MIQUEL: La "modernización" del derecho de la responsabilidad extracontractual. Ponencia presentada en las XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, La Coruña, 2011.

MOSSET ITURRASPE, JORGE: *Responsabilidad por daños*, Parte general, t. I, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2004.

NAVEIRA ZARRA, MAITA MARÍA: *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual,* Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 2006.

Picasso, Sebastián: La unificación de la responsabilidad civil en el Proyecto del Código Civil y Comercial unificado, en Revista Derecho Privado, Año I, núm. 3, Ediciones Infojus, págs. 33 y ss.

Reglero Campos, Luis Fernando (coord.) y otros: *Tratado de la responsabilidad civil*, t. v, vol. i, Parte general, Navarra, Elcano, 2002.

Santos Ballesteros, Jorge: *Instituciones de responsabilidad civil*, t. ii, 2ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

Santos Briz, Jaime: *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, 7ª ed., Madrid, Montecorvo, 1993.

Tamayo Jaramillo, Javier: *Tratado de responsabilidad civil*, Bogotá, Legis Editores, 2008.

Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J.: *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

Viney, Geneviève: *Introducción a la responsabilidad. Tratado de derecho civil*, trad. de Fernando Montoya Mateus, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Yzquierdo Tolsada, Mariano: *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001.

Zannoni, Eduardo A.: *El daño en la responsabilidad civil*, 3ª ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2005.

B) *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*

Sala de Casación Civil, sent. de 25 noviembre 1938, "G. J.", t. xlvii.

Sala de Casación Civil, sent. de 1º diciembre 1938, "G. J.", t. xlvii.

Sala de Casación Civil, sent. de 16 marzo 1939, "G. J.", t. xlviii.

Sala de Casación Civil, sent. de 31 julio 1940, "G. J.", t. xlix.

Sala de Casación Civil, sent. de 2 septiembre 1941, "G. J.", t. lii.

Sala de Casación Civil, sent. de 25 febrero 1942, "G. J.", t. liii.

Sala de Casación Civil, sent. de 24 junio 1942, "G. J.", t. liv.

Sala de Casación Civil, sent. de 12 agosto 1948, "G. J.", t. lxiv.

Sala de Negocios Generales, sent. de 15 julio 1949, "G. J.", t. lxvi.

Sala de Casación Civil, sent. de 27 septiembre 1955, "G. J.", t. lxxxi.

Sala de Casación Civil, sent. de 4 abril 1968, "G. J.", t. cxxiv.

Sala de Casación Civil, sent. de 23 agosto 1979.

Sala de Casación Civil, sent. de 1º octubre 1987, "G. J.", t. clxxxviii.

Sala de Casación Civil, sent. de 19 abril 1993, "G. J.", t. ccxxii.

Sala de Casación Civil, sent. de 10 marzo 1994, "G. J.", t. cxix.

Sala de Casación Civil, sent. de 7 octubre 1999, exp. 5002.
Sala de Casación Civil, sent. de 4 septiembre 2000, exp. 5260.
Sala de Casación Civil, sent. de 26 febrero 2004, exp. 6975.
Sala de Casación Civil, sent. de 30 junio 2005, exp. 1998-00650-01.
Sala de Casación Civil, sent. de 18 octubre 2005, exp. 14491.
Sala de Casación Civil, sent. de 13 mayo 2008, exp. 1997-09327-01.
Sent. de 16 de julio de 2008, exp. 1997-00457-01.
Sala de Casación Civil, sent. de 31 julio 2008, exp. 2001-00096-01.
Sala de Casación Civil, sent. de 9 julio 2010, exp. 1999-02191-01.
Sala de Casación Civil, sent. de 13 septiembre 2013, exp. 1998-37459-01.
Sala de Casación Civil, sent. de 27 de agosto 2014, exp. 2009-00760-01.
Sala de Casación Civil, sent. de 15 diciembre 2014, exp. 2001-07330-01.

C) *Jurisprudencia del Consejo de Estado*

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Documento "Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales", 28 de agosto de 2014.

Capítulo X

# EL PATRIMONIO COMO PRENDA GENERAL Y LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES*

Marcela Castro de Cifuentes**

La obligación es un vínculo obligatorio que constriñe al deudor a observar determinada conducta, positiva o negativa, en beneficio del acreedor; correlativamente, dicho nexo le atribuye al acreedor la facultad de exigir la prestación. El objeto de la obligación a cargo del deudor ha de ser siempre apreciable en dinero, sea que se constituya *ab initio* esa forma (por ejemplo, la obligación del mutuario de restituir al mutuante la suma dada en mutuo) o que la prestación tenga repercusión patrimonial mediata (por ejemplo, cuando se infringen deberes secundarios de conducta contractual o cuando se causan perjuicios morales a la víctima de un accidente de tránsito).

Recordemos que el contenido de la obligación puede consistir en: 1) dar dinero propiamente, 2) dar o entregar muebles o inmuebles, cuerpos ciertos o géneros, 3) de desplegar conductas como la prestación de servicios inmateriales o la confección de obras materiales, o 4) de abstenciones, en virtud de las cuales el deudor queda privado de cierta actuación que normalmente podría realizar. Estas abstenciones deben distinguirse de los deberes jurídicos que se imponen con carácter *erga omnes* a todas las personas, se encuentren o no bajo una relación obligatoria, tales como no perturbar el derecho ajeno o no causar daño a otro.

* http://dx.doi.org/10.15425/2017.184

** Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, docente de obligaciones. (macastro@unaindes.edu.co). La autora agradece de manera especial a Nubia Mateus Zorro, profesional referencista de la Biblioteca de Derecho de la Universidad de los Andes por su invaluable ayuda en la paciente y eficaz búsqueda de material de jurisprudencia para la elaboración de este capítulo y de otros escritos publicados en esta obra.

Toda obligación en sentido técnico-jurídico estricto debe referirse a una prestación de contenido patrimonial. Como se ha señalado con anterioridad, aunque la prestación no se exprese inicialmente en signos monetarios, debe ser posible su traducción en valor pecuniario, de manera principal o por equivalencia[1]. Esta característica tiene su razón de ser en el carácter esencialmente patrimonial del vínculo jurídico, de manera que mientras el obligado cuenta la deuda entre sus pasivos, para el acreedor el crédito, derecho personal o crediticio, forma parte de sus activos patrimoniales.

En el derecho romano la relación jurídica pasó de ser personalísima y absoluta a una de índole patrimonial y relativa. Tras esta evolución, el acreedor no ejerce poder coercitivo sobre la persona o el cuerpo del deudor, sino sobre sus bienes, y es de esta concepción que surge el principio del patrimonio como garantía universal de todas las obligaciones que el deudor contrae. Esta universalidad jurídica cumple una función cardinal en las relaciones económicas entre sujetos de derecho y se erige como "prenda general", conforme a la previsión del artículo 2488 del Código Civil, que a la letra dice:

"Toda obligación da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677". Cabe aclarar que la lista de bienes inembargables prevista en el artículo 1677 del Código Civil debe complementarse con la del artículo 594 del Código General del Proceso y con algunas normas especiales que califican como tales otros bienes, como la ley 70 de 1931 sobre el patrimonio de familia inembargable —modificada parcialmente por la ley 495 de 1999— y la ley 528 de 1996, modificada parcialmente por la ley 854 de 2003, sobre afectación a vivienda familiar.

Una comprensión correcta del principio consagrado en el artículo 2488 del Código Civil permite enunciar entonces que el deudor garantiza

[1] VALENCIA ZEA, en línea con la doctrina europea, subraya que toda obligación debe satisfacer un interés racional del acreedor, de suerte que si dicho interés falla o desaparece, la prestación carece de objeto. Citando a IHERING señala que dicho interés es generalmente monetario; no obstante, existen prestaciones que no implican interés económico para el acreedor, pero que engendran en su favor un interés jurídico de orden espiritual, cultural o moral que es digno de protección, como es el caso de los perjuicios inmateriales o morales (*Derecho civil*, t. III, De las obligaciones, 8ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1990, pág. 5). En todo caso, la tutela de esos derechos suele representarse pecuniariamente y el acreedor cuenta para su efectividad con los activos patrimoniales del deudor.

el pago de sus obligaciones con los activos que tiene o tendrá en su patrimonio, aun a falta de cualquier estipulación al respecto. Incluso en el caso de pactarse de manera expresa garantías reales o personales en beneficio del acreedor, este conserva el derecho de la prenda general, si aquellas fueren insuficientes.

"Acreedor" deriva del verbo "creer", y es, etimológicamente, "el que cree"[2]. El sujeto activo de la relación obligatoria cree en el deudor; confía en su solvencia futura y espera que los bienes materiales e inmateriales con valor pecuniario serán la fuente de pago si el deudor no honrare su compromiso.

El maestro Fernando Hinestrosa, al referirse a la patrimonialización de la obligación, señala que "la consideración del patrimonio del deudor es cada vez mayor, al extremo de que no faltan doctrinas que conciban la relación jurídica obligacional como una relación entre dos patrimonios, y otras que la sitúan en la transgresión del deber. Pero sin necesidad de llegar a esos extremos o desviaciones, lo cierto es que el acreedor, si bien no puede descuidar la consideración de la honorabilidad, buena fe y antecedentes de su deudor actual o potencial, factores estos definitivos en la vida de los negocios, lo que en fin de cuentas contempla como respaldo de su pretensión son los haberes presentes y futuros del obligado y el producto de su fuerza de trabajo"[3].

Estas premisas nos llevan a preguntarnos sobre los efectos de las obligaciones que, como se verá, aluden a los derechos de los acreedores en defensa de su derecho subjetivo patrimonial.

## **1**. Efectos de las obligaciones

Bajo la noción genérica de "efectos de las obligaciones" nuestro sistema jurídico le otorga al acreedor una serie de derechos y acciones que tienen como objetivo primordial satisfacerle a su crédito.

Estos efectos:

Se predican cuando el deudor, que debe cumplir en favor del acreedor una prestación de carácter patrimonial de dar, hacer o no hacer en razón del vínculo obligatorio surgido de cualquiera de las fuentes de

[2] Ricardo D. Rabinovich-Berkman, *Derecho romano*, Buenos Aires, Astrea, 2001, pág. 505.

[3] Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones*. Concepto, estructura, vicisitudes, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pág. 67.

las obligaciones[4], no paga en forma espontánea o voluntaria dicha prestación.

Tienen cabida solo respecto de las denominadas obligaciones civiles, que son precisamente las que dan derecho para exigir su cumplimiento, estando por definición excluidos dichos efectos cuando se trata de obligaciones naturales. De acuerdo con el artículo 1527 del Código Civil, en los casos en los que se constituye una obligación natural[5], el acreedor no tiene acción para exigir su cumplimiento y solo podrá recibir la satisfacción de su crédito si el pago se hace voluntariamente por el deudor que tenga la libre administración de sus bienes. Cumplida así la obligación natural, el acreedor puede retener lo pagado y por ende el deudor carece de acción de repetición, pues no hay pago de lo no debido ni enriquecimiento sin causa.

Ante el incumplimiento del deudor, el acreedor tiene a mano varios mecanismos jurídicos encaminados a lograr la efectividad de su derecho crediticio, unos de ellos llamados por la doctrina principales y otros denominados auxiliares. Estos mecanismos comprenden e integran aspectos tanto sustantivos como procesales; los primeros, consagrados en normas sustanciales, responden a la pregunta ¿cuáles son y en qué consisten los derechos de los acreedores? Por su parte, los segundos, consagrados en las disposiciones procedimentales o adjetivas, nos enseñan cómo se ejercen, es decir, cómo se hacen efectivos esos derechos, indicando las acciones así como las vías procesales correspondientes, que los acreedores tienen a su disposición en cada caso.

## **2**. DERECHOS PRINCIPALES DE LOS ACREEDORES

### A) *Ejecución forzosa*

La ejecución forzosa es el derecho más importante del acreedor ante el incumplimiento de la obligación, puesto que mediante la acción eje-

[4] Son fuentes de las obligaciones: 1) el acto jurídico voluntario lícito, sea bilateral o plurilateral (contratos) y unilateral (cuasicontratos y otras manifestaciones unilaterales como la oferta o propuesta de contrato); 2) el hecho ilícito (conducta dañosa que impone la obligación de indemnizar perjuicios: responsabilidad civil contractual, extracontractual y precontractual); 3) la ley que impone vínculo obligatorio con contenido patrimonial, y 4) el enriquecimiento sin causa.

[5] Son obligaciones naturales las siguientes: a) las contraídas por los incapaces relativos; b) las obligaciones civiles extinguidas por prescripción; c) las que proceden de actos a los que falten las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles, y d) las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba.

cutiva el acreedor pretende constreñir al deudor para que cumpla la prestación debida.

Esta acción se ejercita contra el deudor, pero se concreta sobre su patrimonio. Debe recordarse que toda obligación civil tiene un contenido pecuniario, razón por la cual, ante la ocurrencia del evento de incumplimiento, el patrimonio del deudor entra a cumplir su función jurídica de prenda general de los acreedores. Si bien el sistema jurídico rechaza el uso de la fuerza o violencia contra las personas —ya sea esa fuerza física o moral—, las normas consagran instrumentos jurídicos legítimos para coaccionar al obligado cuando este rehúsa cumplir.

Como ya se anotó, el derecho personal del acreedor o sujeto activo de la relación obligatoria, como facultad de exigir una prestación determinada frente a un deudor también determinado, forma parte del activo patrimonial de aquel, mientras que el débito es una carga económica que se radica en el lado pasivo del patrimonio del deudor, que por la misma razón se denomina el sujeto pasivo. De acuerdo con el principio consagrado en el artículo 2488 del Código Civil, todo deudor garantiza el pago de las obligaciones por él contraídas, con sus activos presentes y futuros.

a) *Ejecución individual.* Así las cosas, el acreedor podrá dirigir la acción ejecutiva[6] contra su deudor buscando que el juez profiera una orden —mandamiento de pago— para que aquel cumpla cabalmente la prestación debida, tal como ella se desprende literalmente del vínculo obligatorio (*in natura*); es decir, que el deudor dé cuando se ha obligado a dar; que realice el hecho que corresponda, cuando su prestación es de hacer; y que se abstenga o destruya lo hecho, cuando la obligación consiste en no hacer algo[7].

[6] La acción ejecutiva procede cuando el acreedor está provisto de un título ejecutivo, es decir, cuando tiene en su poder un documento en el que conste una obligación clara, expresa y exigible a cargo del deudor o de su causante (C. G. P., art. 422). Esto significa que solo pueden exigirse ejecutivamente los derechos crediticios ciertos e indiscutidos. En presencia del título ejecutivo, el juez proferirá una orden o mandamiento de pago en contra del deudor para que satisfaga la prestación incumplida.

[7] C. C., art. 1610. Al respecto, véase C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 11 mayo 1942: "El artículo 1610 hace [*sic*] parte del título 12 del Código Civil [,] que trata del efecto de las obligaciones, ya procedan ellas del concurso real de voluntades de dos o más personas; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga; ora a consecuencia de un hecho que ha causado injuria o daño a otra persona; o bien por disposición de la ley. "Se entiende por efectos de las obligaciones los derechos que la ley confiere al acreedor para exigir y asegurar el cumplimiento oportuno y total de la obligación por parte del deudor. Para cumplir estos fines, o sea los efectos de las obligaciones, fue para

Para hacer uso de esta facultad —que materializa la coacción que pueden ejercer los acreedores en las obligaciones civiles en pos del pago de su acreencia— de entrada, el ejecutante deberá probar la existencia de una obligación clara, expresa y exigible a cargo del deudor mediante un título ejecutivo, es decir, un documento que preste mérito ejecutivo, pues no busca la declaración de certeza de un derecho, sino la ejecución de un derecho cierto en su favor.

Para la efectividad de su acción de cobro, el acreedor está legitimado para solicitarle al juez medidas cautelares sobre el patrimonio del deudor sometido a ejecución, siendo, en este contexto, las medidas cautelares principales las de embargo y secuestro de bienes[8] para destinarlos a la satisfacción de la acreencia, salvo que tengan la calidad de inembargables. Los bienes sujetos a esas medidas especiales están destinados a ser vendidos en pública subasta por el juez y con el producto del remate se paga al acreedor.

Cuando un acreedor se dirige contra su deudor para exigir el cumplimiento forzoso de la obligación, estamos frente a una ejecución individual, ejecución que puede ser singular o con garantía real. La individual se refiere al cobro judicial de una deuda que un acreedor determinado hace a un deudor también determinado. A su vez, este tipo de ejecución

---

lo cual se dictó el artículo 1610 del Código Civil [,] es decir [,] para obligar coercitivamente al deudor al cumplimiento forzado de la obligación que tiene su nacimiento en alguna de las cuatro condiciones ya enumeradas en el artículo 1494", "G. J.", t. LIV, núms. 1989-1990, págs. 44 y ss., M. P. José Miguel Arango. Véase sobre efectos de las obligaciones sentencia de la misma Corporación y Sala, de 18 julio 1977, M. P. Ricardo Uribe Holguín, "G. J." t. CLV, núm. 2396, págs. 192-204.

[8] El embargo es una medida cautelar cuyo efecto principal es sacar del comercio uno o más bienes del deudor, poniéndolos a disposición el proceso de ejecución. Al quedar fuera del comercio, su enajenación tiene objeto ilícito (C. C., art. 1521, nums. 1 y 3). Son embargables todos los activos del deudor, con excepción de aquellos que la ley ha excluido taxativamente para garantizar la manutención y dignidad del deudor y, en ciertos casos, la protección del patrimonio público (C. C., art. 1677; C. G. P., art. 594). El embargo se practica según la naturaleza de los bienes objeto de esta medida cautelar. El art. 593 del C. G. P., en sus distintos numerales, indica la manera como se lleva a cabo el embargo de los diversos tipos de bienes. Por su parte, el secuestro es una medida complementaria del embargo consistente en la aprehensión física de bienes. Con el secuestro se perfecciona el embargo de bienes muebles para sustraerlos de la posesión material del deudor. En la diligencia de secuestro (C. G. P., art. 595) se entregan los bienes a un secuestre (auxiliar de la justicia con carácter de depositario judicial) mientras dura el proceso. Sobre los efectos del embargo, véase la sent. de 24 junio 1997 (C. S. de J., Sala de Casación Civil, M. P. Carlos Esteban Jaramillo, exp. 4816, "G. J.", t. CCXLVI, vol. 2, núm. 2485, págs. 1406 y ss.).

se llama singular si el acreedor tiene una garantía personal, es decir, el patrimonio del deudor en forma genérica o alguna caución de tipo personal, como la fianza; y con garantía real, si el acreedor es titular de derechos reales accesorios como la prenda y la hipoteca, que recaen sobre bienes muebles o inmuebles respectivamente, de propiedad del deudor o de un tercero, afectos a garantizar el cumplimiento de una obligación principal.

El proceso ejecutivo con garantía real será entonces, según el caso, ejecutivo prendario o hipotecario, dentro del cual el cobro, embargo y posterior remate recaerán sobre el bien gravado, sin perjuicio de que los demás bienes del patrimonio del deudor mantengan su función de garantía como prenda general. Para el ejercicio de estas acciones ejecutivas con garantía real será necesario que el acreedor cuente, además del título ejecutivo, con prueba del derecho real accesorio que invoca (prenda o hipoteca).

El esquema que acaba de esbozarse sobre el cobro coactivo de las obligaciones que podríamos denominar "clásico", hoy día se complementa con el sistema creado mediante la ley 1676 de 2013, conocida como la ley de garantías mobiliarias. Mediante esta ley se amplió y a la vez flexibilizó el régimen de otorgamiento de garantías cuyo propósito es que el deudor pueda acceder con mayor facilidad al crédito y, por su parte, el acreedor logre tutelar sus derechos de una manera más eficiente, permitiendo la realización de la garantía en condiciones de mayor seguridad y agilidad.

Estas garantías se constituyen mediante un contrato que es principal y ya no accesorio de la obligación que aseguran (art. 3º), y para su oponibilidad y para los efectos de prelación de las garantías constituidas sobre un mismo bien, se creó un registro público especial de garantías mobiliarias (arts. 21, 38 y ss.). El acreedor puede hacer efectiva su garantía mediante la ejecución judicial prevista en los artículos 467 y 468 del Código General del Proceso, pero la ley 1676 abrió una nueva posibilidad denominada "ejecución especial de la garantía" de la que podrán conocer los notarios y las cámaras de comercio. Este consiste básicamente en la posibilidad de enajenar los bienes dados en garantía para aplicar el producto de la venta al pago del crédito del acreedor garantizado, o en la entrega de dichos bienes al acreedor como forma de pago (ley 1676 de 2013, art. 62 y ss.).

El proceso monitorio. Especial mención merece este nuevo procedimiento consagrado por el Código General del Proceso, vigente desde enero de 2016, en su artículo 419:

"Quien pretenda el pago de una obligación de dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía, podrá promover proceso monitorio [...]".

En este proceso sumario, el acreedor tiene a su favor un crédito, pero el mismo no se encuentra documentado en un título ejecutivo, razón por la cual aquel no tiene acceso directo al proceso de ejecución, según acaba de explicarse. El proceso monitorio tiene carácter declarativo en cuanto busca otorgar plena certeza a un crédito para preparar la ejecución, pero no es una ejecución propiamente dicha.

Como lo afirma la autora Liliana Otero "[e]l proceso monitorio, a pesar de seguir siendo un proceso declarativo (porque le pone fin a una incertidumbre), le permite al acreedor que no cuenta con un título ejecutivo obtener una orden de pago con la simple afirmación (documentada o no) de la existencia de la deuda, y si su deudor no se opone, obtiene ese título del que carecía y puede continuar con su ejecución"[9].

Pero, como se desprende de la norma transcrita, esta vía procesal tiene un alcance limitado y solo procede cuando la obligación (i) es de dinero (ii) es de baja cuantía y (iii) su fuente es un contrato.

b) *Ejecución colectiva.* Es posible también que varios acreedores concurran al mismo juicio para cobrar obligaciones distintas contra el mismo deudor, evento en el cual el proceso de ejecución será colectivo. Este, a su turno, podrá ser: (i) no universal - no liquidatorio[10], cuando por razones de técnica procesal o de protección de los derechos de los acreedores, acuden varios de ellos al mismo proceso en razón de la acumulación de demandas o de procesos ejecutivos[11]; (ii) concursal, universal o liquidatorio cuando a él deban comparecer todos los acreedores[12], quienes harán efectivos sus créditos sobre la totalidad de los

[9] LILIANA OTERO ÁLVAREZ, "Introducción al proceso monitorio en Colombia", en *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*, 2ª ed., Coord: Horacio Cruz Tejada, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2017, págs. 531-532.

[10] Este tipo de proceso no es liquidatorio, porque no persigue la liquidación del patrimonio del deudor, esto es, la realización de todos sus activos para pagar con este producto las obligaciones a su cargo.

[11] C. G. P., arts. 462 a 465.

[12] Este proceso es universal porque recae sobre la totalidad de los bienes del deudor y a él acuden todos los acreedores para exigir el pago de sus créditos. En virtud del principio de la *par conditio creditoris*, los acreedores deben ser tratados en forma igualitaria: todos tienen derecho a ser citados al concurso, a presentar sus créditos, a que sean reconocidos, y todos tienen derecho a ser pagados con la masa patrimonial en liquidación. Por razones de interés general que exige la especial tutela de ciertos

activos del deudor respetando la prelación legal, la cual otorga preferencia a ciertas acreencias para que sean pagadas prioritariamente[13]. En este proceso concursal, llamado entre nosotros liquidación judicial, conocido como quiebra en otros sistemas legales, se liquidará el patrimonio del deudor, es decir, se procurará la venta de los activos para, con su producto, pagar los pasivos[14].

Para estos efectos, el deudor es solvente si el valor de los activos es igual o superior al de los pasivos, es decir, que hay bienes suficientes para atender las deudas. Por el contrario, si el valor de las obligaciones supera el de los bienes, el deudor es insolvente y en la liquidación, al aplicar la prelación de créditos, por la insuficiencia de bienes, algunas acreencias no podrán atenderse íntegramente, sino solo a prorrata, es decir, proporcionalmente. En consecuencia, los acreedores ordinarios o "quirografarios" (aquellos que no gozan de ninguna preferencia o privilegio) deberán esperar a que se cancelen los créditos donde exista dicha preferencia, y en caso de insuficiencia de bienes, deberán aceptar, en el mejor de los casos, el pago parcial.

Pérez Vives, al respecto, expresa que "[l]os acreedores sufren todas las oscilaciones, sobre ellos repercuten todos los cambios, favorables o perjudiciales, del patrimonio de su deudor; de allí que la pomposa prenda general sea una concepción teórica, abstracta, hasta el momento mismo que los acreedores la actualicen en virtud de las medidas de

---

acreedores, la ley establece la prelación de créditos como excepción de la *par conditio*. Para ser admitidos al proceso, los acreedores deben comparecer dentro de la oportunidad procesal y presentar prueba del respectivo crédito y de su cuantía (ley 1116 de 2006, art. 48, num. 5, o Ley de Insolvencia); la ley no exige necesariamente un título ejecutivo. El régimen legal de la liquidación judicial se encuentra en el capítulo VIII (arts. 47 y ss.) de la ley 1116 de 2006, ya mencionada. Por otra parte, debe distinguirse la liquidación judicial como proceso concursal en casos de insolvencia, de la liquidación voluntaria de las sociedades y otras personas jurídicas. En la voluntaria se liquida el patrimonio social al ocurrir una causal de disolución prevista en la ley o en los estatutos. Una vez liquidado el patrimonio, cesa la existencia legal de la persona moral (cfr. C. de Co., arts. 218-259).

[13] C. C., arts. 2488-2511.

[14] En palabras de Juan José Rodríguez, la ley 1116 de 2006 (régimen de insolvencia) fusiona las dos clases de universalidad: la objetiva, referida a la afectación de todos los activos que integran el patrimonio del deudor concursado, como derivación de la prenda general de acreedores, y la subjetiva, conocida como colectividad o plenitud, en virtud de la cual todos los acreedores del deudor concursado quedan vinculados al proceso de insolvencia. (*Nuevo régimen de insolvencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 68).

ejecución. Como garantía vale muy poco y depende exclusivamente de la solvencia del deudor"[15].

Cabe en todo caso aclarar que con arreglo al parágrafo 1º del artículo 49 de la ley 1116 de 2006, en concordancia con el artículo 9º de la misma ley, es un supuesto de admisibilidad en el proceso de liquidación, que el deudor se encuentre en una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente. La primera supone que el deudor haya incumplido el pago por más de noventa días de dos o más obligaciones a favor de dos o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos demandas de ejecución presentadas por dos o más acreedores para el pago de obligaciones. Además, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión debe representar no menos del 10 por ciento del pasivo total a cargo del deudor. Por su parte, habrá incapacidad de pago inminente cuando el deudor acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o en el interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año[16].

[15] ÁLVARO PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. III, Parte segunda, Bogotá, Edit. Temis, 1955, pág. 240

[16] El art. 2º de la ley 1116 indica quiénes están sometidos a este régimen de insolvencia empresarial, que podemos denominar ordinario: "Estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto. Así mismo, estarán sometidos al régimen de insolvencia las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales". Por su parte, el art. 3º indica cuáles son las personas excluidas de dicho régimen por encontrarse sometidas a uno especial: "No están sujetas al régimen de insolvencia previsto en la presente ley: 1. Las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud. 2. Las bolsas de valores y agropecuarias. 3. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Lo anterior no incluye a los emisores de valores, sometidos únicamente a control de la referida entidad. 4. Las entidades vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que desarrollen actividades financieras, de ahorro y crédito. 5. Las sociedades de capital público, y las empresas industriales y comerciales del Estado nacionales y de cualquier nivel territorial. 6. Las entidades de derecho público, entidades territoriales y descentralizadas. 7. Las empresas de servicios públicos domiciliarios. 8. Las personas naturales no comerciantes. 9. Las demás personas jurídicas que estén sujetas a un régimen especial de recuperación de negocios, liquidación o intervención administrativa para administrar o liquidar".

En este punto es también relevante la ley 1676 de 2013 sobre garantías mobiliarias. En efecto, su capítulo II se encarga del régimen de dichas garantías en los procesos de insolvencia previstos en la ley 1116 de 2006. Los artículos 50 y 51 se refieren al proceso de reorganización y de validación judicial de acuerdos extrajudiciales de reorganización, respectivamente. Estos procesos no tienen por objeto la ejecución colectiva de los créditos sino la recuperación económica del empresario concursado mediante acuerdos celebrados con sus acreedores. Sin embargo, podrán adelantarse ejecuciones sobre bienes con garantía real que no sean necesarios para la actividad económica del deudor. En los procesos mencionados, el deudor debe reportar los bienes dados en garantía y, si se celebra o convalida el acuerdo de reorganización, según sea el caso, el acreedor garantizado tendrá derecho a que se pague su obligación con preferencia a los demás acreedores que forman parte del acuerdo.

Tratándose de procesos de liquidación judicial, el artículo 52 establece la consecuencia jurídica de contar con una garantía mobiliaria: "Los bienes en garantía de propiedad del deudor en liquidación judicial podrán excluirse de la masa de la liquidación en provecho de los acreedores garantizados o beneficiarios de la garantía siempre y cuando la garantía esté inscrita en el registro de garantías mobiliarias o en el registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, se hubiere hecho conforme a la ley [...]".

De manera que la constitución de garantías mobiliarias afecta la prelación legal establecida en el Código Civil en los procesos de liquidación, pero ello no aplicará en detrimento de los derechos pensionales (ley 1676, art. 52 *in fine*).

c) *Insolvencia de personas naturales no comerciantes.* Las personas naturales no comerciantes están excluidas del régimen general de insolvencia previsto en la ley 1116 de 2006. Para estas personas, el Código General del Proceso establece un trámite especial para los eventos en que se encuentren en cesación de pagos, y este presupuesto consiste en aquella situación en que el sujeto, como deudor o garante incumpla el pago de dos o más obligaciones a favor de dos o más acreedores por más de noventa días o contra el cual cursen dos o más procesos ejecutivos o de jurisdicción coactiva. Además, el valor porcentual de las obligaciones debe representar no menos del 50 por ciento del pasivo (C. G. P., art. 538).

De acuerdo con la ley, en estos procesos la persona natural no comerciante podrá: (i) negociar sus deudas a través de un acuerdo con sus

acreedores para obtener la normalización de sus relaciones crediticias; (ii) convalidar los acuerdos privados a los que llegue con sus acreedores, o (iii) liquidar su patrimonio (C. G. P., art. 531). Tratándose de la liquidación, que es la que interesa para los fines del presente capítulo, concurren los acreedores y se integra la masa de la liquidación integrada por los activos embargables del deudor. Con estos se pagan las distintas obligaciones, en el orden de prelación de créditos fijado por el Código Civil. Interesante novedad la que introduce esta normativa en cuanto establece que los saldos insolutos de las obligaciones comprendidas por la liquidación, mutarán en obligaciones naturales y producirán los efectos previstos por el artículo 1527 del Código Civil, es decir, el acreedor pierde la acción para exigir su crédito, pero si el deudor paga, no puede exigir la restitución de lo pagado (C. G. P., arts. 565- 571).

B) *Indemnización de perjuicios*[17]

Cuando por cualquier razón no proceda la ejecución forzosa de la obligación o no prospere la pretensión ejecutiva y no se obtenga el cumplimiento cabal de la prestación[18], el titular del crédito no pierde por ello los mecanismos de protección de su derecho subjetivo. La ley le brinda, como otro de los efectos principales de la obligación, la posibilidad de demandar la indemnización de perjuicios[19] —o subro-

[17] Aquí debe recordarse que el hecho ilícito es una de las fuentes de las obligaciones (C. C., art. 1494). En desarrollo del principio *neminem laedere*, toda persona tiene el deber jurídico de obrar en sociedad con diligencia y prudencia; quien por dolo (intención de causar un daño) o culpa (negligencia, imprudencia o impericia) cause perjuicio a otra persona, tiene la obligación de resarcirlo pagando una indemnización. Las reglas relativas a los casos y formas en que se debe la indemnización integran el sistema de responsabilidad civil, al cual se dedicó el capítulo I de este tomo. El daño puede surgir 1) de la violación del deber general de diligencia y prudencia, sin vínculo negocial entre el causante y la víctima del perjuicio (responsabilidad extracontractual, delictual, cuasidelictual o aquiliana); 2) del incumplimiento de una obligación contractual previamente contraída (responsabilidad contractual) o 3) de la conducta culposa de quien participa en la etapa previa a la celebración de un contrato y rompe en forma culposa negociaciones, se retracta de su oferta o en general frustra la celebración del negocio al incumplir los deberes de buena fe que imperan en esa etapa previa a la celebración del acuerdo (responsabilidad precontractual, culpa in contrahendo).

[18] Puede suceder, por ejemplo, 1) que el acreedor no tenga un título ejecutivo o 2) que aunque se haya proferido el mandamiento judicial de pago dentro del proceso de ejecución, el deudor no se allane a ejecutar la prestación debida.

[19] En materia de responsabilidad civil, para que el perjuicio sea indemnizable debe ser cierto y cuantificable, pero puede ser actual o futuro. Debe además ser directo, es decir, tener nexo de causalidad con la conducta culposa del agente. Los perjuicios se

gado pecuniario[20], si el incumplimiento del deudor ha ocasionado un daño al patrimonio del acreedor[21].

Partimos del principio de que toda obligación debe ser satisfecha por el deudor en la forma y tiempo debidos[22]. De no ocurrir así, el acreedor que ha sufrido perjuicio puede exigir la reparación, la cual usualmente se concreta en una suma de dinero, aunque las partes pueden convenir que la reparación se haga de una manera distinta del pago de un valor monetario[23].

Esta indemnización es compensatoria cuando reemplaza la prestación debida, de manera que el acreedor es satisfecho por equivalencia[24], y será moratoria cuando busca resarcir los perjuicios derivados exclusivamente de la mora del deudor en cumplir la prestación[25].

En este punto cabe precisar la procedencia de la petición de una u otra especie de perjuicios si se trata del incumplimiento de contratos

---

clasifican en materiales y extrapatrimoniales; los primeros, a su vez, en daño emergente y lucro cesante (C. C., arts. 1613 y 1614).

[20] Hinestrosa, *op. cit*., págs. 116-117.

[21] El incumplimiento puede adoptar una cualquiera de las siguientes formas: 1) incumplimiento total, si el deudor incumple pura y simplemente, es decir, no ejecuta la prestación (por ejemplo no presta un servicio para el que fue contratado); 2) incumplimiento parcial, cuando tratándose de obligaciones divisibles, el obligado satisface la prestación solo en parte quedando una parte insoluta (como cuando debe pagar $ 100 como precio en una compraventa y solo entrega $ 50); 3) cumplimiento imperfecto, cuando el deudor se allanó a cumplir pero la ejecución es defectuosa (por ejemplo cuando un médico opera a un paciente pero le quedan lesiones o secuelas físicas de la cirugía); y 4) cumplimiento tardío, cuando el deudor cumple pero no dentro del plazo o época fijados para ello (por ejemplo, cuando debe entregar un bien cuya fabricación le fue encargada, pero lo hace después de expirado el plazo previsto). Véase C. C., art. 1613.

[22] C. C., art. 1627: "El pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes. El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida".

[23] Por ejemplo, realizando el deudor alguna conducta, como reparar directamente un bien del acreedor o entregando una cosa que sirva para resarcir el daño generado por el incumplimiento.

[24] El art. 428 del C. G. P. permite que en la demanda ejecutiva se pida subsidiariamente el pago de perjuicios compensatorios. Si el deudor no cumple la obligación originaria tras el mandamiento del juez y no hay pretensión subsidiaria por perjuicios, se declarará terminado el juicio por auto inapelable. El art. 437 del mismo estatuto le señala al juez la forma de condenar al demandado el pago de perjuicios cuando han sido pedidos subsidiariamente.

[25] Los arts. 1610, 1612, 1616 y 1617 del C. C. y el 884 del C. de Co. complementan el régimen general de la indemnización de perjuicios. Las dos disposiciones citadas en último lugar se refieren específicamente al incumplimiento de obligaciones de dinero.

bilaterales. El artículo 1546 del Código Civil, que consagra la denominada condición resolutoria tácita señala:

"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 otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios".

Para los negocios mercantiles, el artículo 870 del Código de Comercio prevé el mismo principio, pero aclara que se requiere la mora del deudor incumplido para que se desencadene, en favor del acreedor, la alternativa de resolución o ejecución, y además determina la clase de perjuicios que proceden en uno y otro caso: "En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación con indemnización de perjuicios compensatorios o hacer efectiva la obligación, con indemnización de perjuicios moratorios".

En efecto, ante el incumplimiento de su deudor, el contratante que ha realizado su prestación puede elegir, a discreción y según su conveniencia, una de dos alternativas: 1) perseverar en el contrato, si la prestación debida todavía le es útil. En este caso, por la vía judicial demandará la ejecución de la obligación para que el demandado cumpla la prestación debida, de acuerdo con los principios estudiados sobre ejecución forzosa; o 2) pedir la resolución del negocio jurídico, es decir, que se disuelva el vínculo por incumplimiento, en el entendido de que la prestación ya no le reporta interés o beneficio alguno. Esta alternativa implica necesariamente un juicio declarativo para que el juez en su sentencia confiera certeza jurídica al hecho del incumplimiento y pronuncie la resolución o terminación del contrato bilateral[26].

En cualquiera de los dos eventos descritos, el acreedor podrá también pedir la indemnización de los perjuicios sufridos. Si opta por la ejecución forzosa, solo podrá pedir indemnización moratoria, mas no la compensatoria, pues estaría recibiendo doblada la prestación, lo

[26] Técnicamente se habla de "resolución" cuando el contrato incumplido es de ejecución instantánea y la correspondiente declaración judicial tiene efectos retroactivos o *ex tunc* aniquilando los efectos del acto jurídico como si este no hubiera existido, devolviendo las cosas al estado anterior a su celebración. Empero, se hace referencia a "terminación" cuando el incumplimiento afecta un contrato de ejecución sucesiva. Las prestaciones cumplidas antes de la declaración judicial se consolidan en el patrimonio de las partes; a partir de la sentencia el vínculo contractual pierde efecto hacia el futuro o *ex nunc*.

cual causaría un enriquecimiento injusto a su favor; pero si el camino escogido por el acreedor es la resolución, podrá acumular la indemnización compensatoria con la moratoria[27].

Pero, el artículo 1615 del Código Civil prescribe que la indemnización de perjuicios se debe desde que el deudor se ha constituido en mora o si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención. De acuerdo con esta norma, para que el acreedor pueda hacer uso de este derecho principal, el deudor debe estar en mora. No es suficiente el retardo o atraso en el cumplimiento de la prestación, sino que el deudor debe estar en la situación jurídica denominada "mora", con específicas consecuencias para el derecho[28].

Al respecto, tal como ya se anotó, para que pueda exigirse la indemnización de perjuicios, no basta con que el deudor esté retardado en el cumplimiento de la prestación; es necesario que se encuentre formalmente en mora. A partir de ese momento se considera que la inejecución del deudor está causando daño al patrimonio del acreedor y por esa razón se autoriza a este para cobrar la indemnización solo desde la constitución en mora.

La mora se configura con arreglo al artículo 1608 del Código Civil, norma según la cual el deudor estará en mora cuando se cumpla una de las siguientes hipótesis: 1) si fijado un plazo para el cumplimiento de la prestación[29], el obligado no cumple dentro del término estipulado; es decir, expira el plazo sin que el deudor haya cumplido. Esta hipótesis tiene excepción cuando la ley en casos especiales exija de todas maneras que el deudor sea constituido en mora mediante requerimiento[30]; 2) si la obligación debía cumplirse necesariamente en una época o tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin que ello sucediera. Es la llamada "preclusión de oportunidad", que si bien no se identifica con

[27] Sobre el tema, véase la sent. de la Sala de Casación Civil de la C. S. de J. de 3 noviembre 1977 (M. P. Ricardo Uribe Holguín, "G. J.", t. CLV, Primera parte, núm. 2398, págs. 320 y ss.).

[28] Sobre la mora, véanse C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 10 julio 1995, M. P. Pedro Lafont Pianetta, exp. 4540, "G. J.", t. CCXXXVII, vol. 1, núm. 2476, pág. 47 y ss., y la sent. de 1º marzo 2010, M. P. Edgardo Villamil Portilla, exp. 7331931030022001-00161-01.

[29] El plazo está definido en el art. 1551 del C. C. como la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; es un hecho futuro y cierto del cual pende la exigibilidad de la deuda.

[30] Un ejemplo de esta situación excepcional es el traído por el art. 2007 del C. C., que exige al arrendador requerimiento especial para constituirlo en mora de restituir la cosa, aunque en el contrato de arrendamiento se haya estipulado plazo de duración.

la hipótesis del plazo mencionada en el numeral anterior, pone al deudor en mora al transcurrir el tiempo sin que haya cumplimiento[31]. En este evento, la prestación ya no tiene interés ni representa beneficio para el acreedor; la falta de cumplimiento oportuno acarrea ya de por sí el perjuicio; y 3) en los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor. Esta es la regla general para las obligaciones positivas (de dar o de hacer): a falta de fijación de plazo o de oportunidad para cumplir, el deudor no está en mora, sino hasta que se le notifique por vía judicial que su atraso o incumplimiento le está causando perjuicio al acreedor[32].

Cumplidos los requisitos para la constitución en mora del deudor, se produce el importante efecto jurídico de señalar el momento a partir del cual se contabilizan los perjuicios que el acreedor podrá cobrar.

## **3**. DERECHOS AUXILIARES

### A) *Medidas conservatorias del patrimonio del deudor*

Es un principio fundamental del derecho privado que todas las personas, siendo legalmente capaces, tienen autonomía para manejar

[31] Ejemplos de la preclusión de oportunidad son un contrato de suministro de juguetes para la época de Navidad o la confección de un vestido de novia.

[32] En el ámbito procesal, el art. 94 del C. G. P. señala que la notificación del auto admisorio de la demanda en los procesos contenciosos o del mandamiento de pago en los ejecutivos produce el efecto de constituir en mora, y el art. 423 del mismo estatuto dispone que como diligencia previa puede solicitarse en la demanda ejecutiva que se requiera al deudor para constituirlo en mora. Pero, por ser la reconvención para constituir en mora una diligencia que tiene como principal beneficiario al deudor, puesto que le permite conocer el momento a partir del cual está obligado a pagar perjuicios y evita ser tomado por sorpresa —aunque favorece también al acreedor, puesto que abre la compuerta para cobrar la indemnización—, ese requisito puede ser renunciado válidamente por el deudor en una convención celebrada con el acreedor; es decir, podría pactarse ante unos eventos distintos de los previstos en el art. 1608 del C. C. que el deudor quede legalmente en mora. A nuestro juicio, el art. 1608 no es una norma imperativa, sino supletiva, que tutela el interés patrimonial de los particulares, por lo cual el derecho (requerimiento) allí consagrado puede renunciarse válidamente, de acuerdo con el art. 15 del C. C. Por ejemplo, podría estipularse, y de hecho es práctica contractual usual para la agilidad de los negocios, que la constitución en mora pueda realizarse por notificación privada y no judicial. También es común prever en los contratos que el acreedor envíe una comunicación al deudor en la que señale que ha habido incumplimiento y conceda un plazo para sanear o purgar la inejecución, transcurrido el cual —si el deudor no se allana a corregir su incumplimiento— puede entenderse que está constituido en mora o que la otra parte está en libertad para terminar el contrato por incumplimiento con la correspondiente indemnización de perjuicios.

libremente sus bienes y para mutar su situación patrimonial realizando diversos actos jurídicos, ya sean de simple administración para el manejo ordinario de sus propios negocios o de carácter dispositivo. Es, sin embargo, requisito indispensable para la eficacia jurídica de tales actos que ellos sean lícitos y que cumplan con los criterios imperativos del ordenamiento jurídico. Esta es una de las naturales consecuencias de considerar la capacidad jurídica y el patrimonio atributos de la personalidad, donde este no es estático, sino que por definición tiene un carácter mudable y dinámico.

Así las cosas, el deudor está en libertad de emitir declaraciones de voluntad, celebrar contratos de toda clase, enajenar o gravar sus propios bienes, en fin, desplegar su capacidad de ejercicio para adquirir derechos o contraer nuevas obligaciones, con el resultado de que la solvencia del deudor aumente o se afecte negativamente, según sea el caso[33].

Por su parte, el acreedor —que justamente al otorgar crédito ha confiado en la solvencia futura del deudor— espera que este administre prudentemente sus negocios, de suerte que mantenga una situación patrimonial favorable que le permita cumplir la prestación cuando ella sea exigible, o al menos que sea solvente, si fuere el caso intentar la ejecución forzosa por incumplimiento.

Cuando el acreedor tema que la prenda general corre riesgo de deteriorarse, puede ejercer ciertos derechos especiales para evitar su desmejora, valiéndose de las medidas conservatorias del patrimonio del deudor.

Al lado de los derechos principales arriba esbozados, que como ya se señaló operan ante el incumplimiento de la obligación, los acreedores cuentan con otras herramientas de carácter auxiliar, unas "preventivas" y otras "curativas", para proteger su derecho crediticio cuando la obligación todavía no ha sido incumplida e incluso cuando su crédito no es exigible.

Ha dicho la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia al respecto: "[...] si el acreedor que busca la satisfacción de sus créditos sobre los bienes que conforman el patrimonio general del deudor, está dotado

[33] Esta libertad se ve seriamente restringida e incluso, en ciertos casos, eliminada cuando se trata de un deudor concursado, es decir, cuando se sujeta a un procedimiento concursal para beneficio de sus acreedores, sea con carácter liquidatorio o para la reorganización de sus negocios. En estos eventos, por estar la masa de bienes afecta al concurso, la enajenación y en algunos casos la misma administración de los bienes de parte del deudor se limita notablemente.

de medios tendentes a conservarlos, medios que asumen la categoría de auxiliares de la acreencia, y que sin ellos podría esta hacerse frustránea, cabe precisar que cuando la prenda general del deudor se menoscaba en perjuicio del acreedor, la ley otorga remedios para obtener su restitución, haciendo que judicialmente, si es necesario, vuelvan al patrimonio de aquel, adquiriendo tales remedios igualmente el carácter de auxiliares del crédito que sin su existencia harían nugatorio el derecho crediticio"[34].

Un conjunto de esas medidas, llamadas conservatorias, busca preservar el patrimonio del deudor, para que este que cuente con un nivel adecuado de solvencia cuando llegue la exigibilidad de la obligación y, en caso necesario, para una futura ejecución.

En ciertos casos, estas medidas se conceden y ejercen para el beneficio de todos los acreedores, y en otros, aprovechan a un acreedor en particular. En el primer evento, se trata de las medidas conservatorias comunes, que se ejercen en instancias a las que acuden o que interesan a todos los acreedores, en los llamados procesos universales, particularmente los de liquidación de sucesiones, de sociedades conyugales y los concursales.

Si bien, con la muerte de una persona no se extinguen sus relaciones patrimoniales, puesto que sus derechos y cargas de carácter pecuniario tienen vocación de radicarse en el patrimonio de sus sucesores —por lo cual en principio las obligaciones contraídas por el fallecido quedarán a cargo de los herederos—, los acreedores pueden en un momento dado temer por la solvencia de los causahabientes obligados tras la muerte del deudor original o dudar de su idoneidad para administrar la herencia. Con fundamento en ese interés, los acreedores están legitimados para impetrar medidas conservatorias encaminadas a proteger la integridad del patrimonio herencial y asegurar así el pago de sus créditos.

Las medidas que pueden solicitar los acreedores en estos procesos son: guarda y aposición de sellos (C. C., art. 1279 y C. G. P., arts. 476-478); embargo y secuestro de los bienes del causante (C. de P. C., art. 579); curaduría de la herencia yacente (C. C., art. 1297 y C. G. P., art. 482 y ss.); requerimiento a los herederos para ejercer el derecho de opción, es decir, si aceptan o repudian la herencia (C. C., arts. 1289 y 1303; C. G. P., art. 492); intervención en los inventarios y avalúos (C. C.,

[34] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 julio 1993, M. P. Eduardo García Sarmiento, exp. 3570, "G. J.", t. CCXXV, Primera Parte, núm. 2464, pág. 43.

art. 1312 y C. G. P., art. 501) y el beneficio de separación (C. C., art. 1435 y C. G. P., art. 506)[35].

Lo mismo ocurre con los acreedores de quienes han contraído deudas bajo el régimen de sociedad conyugal y llega el momento de su liquidación; a aquellos interesa igualmente la suerte de su derecho crediticio y por esa razón pueden intervenir en la liquidación de la sociedad conyugal en procura de mantener la integridad del patrimonio del deudor[36].

Por último, cabe mencionar que en los procesos concursales, tanto aquellos conducentes a la liquidación como los que pretenden la reorganización de los negocios del deudor, hay evidente interés de los acreedores de conservar la masa de bienes, por lo cual pueden solicitar las medidas cautelares que se estimen necesarias, tales como el embargo y secuestro de bienes[37].

Existen otras medidas conservatorias para el beneficio del colectivo de acreedores en los procesos concursales con miras a proteger el patrimonio del deudor tanto directa como indirectamente. Dentro de las medidas directas, se puede mencionar la limitación de la capacidad del deudor para enajenar o gravar bienes afectos al concurso y en general para realizar actos de disposición, so pena de ineficacia[38]. Con otros medios de carácter indirecto, se procura una prudente gestión de los negocios del concursado, como el nombramiento de liquidador o promotor y la remoción de los administradores, según sea el caso[39].

Al lado de esos casos que interesan a todos los acreedores en los procesos universales, existen las medidas conservatorias particulares

[35] Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis, 8ª ed., 2005, págs. 158-160.

[36] Tratándose de sociedades conyugales, los acreedores pueden participar en la confección de los inventarios y avalúos (C. C., arts. 1312 y 1821; C. G. P., art. 523).

[37] Ello se prevé en los procesos de reorganización, concretamente en el art. 19, num. 7 de la ley 1116 de 2006 sobre insolvencia empresarial; para la liquidación judicial, las medidas cautelares se contemplan en los arts. 48, num. 3, y 54, de la misma ley.

[38] Los arts. 17 y 19, num. 6 de la ley 1116 de 2006, correspondiente a los procesos de reorganización, prohíben efectuar enajenaciones de bienes que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor; en el proceso de liquidación judicial la ineficacia de pleno derecho está prevista como sanción por realizar operaciones que no conduzcan a la inmediata liquidación del deudor, salvo los requeridos para la conservación de los bienes.

[39] Véanse en este sentido el art. 19, num. 11, lo referente al promotor para los procesos de reorganización y los arts. 48, num. 1, y 50, num. 3, relativo a los liquidadores en los de liquidación judicial (ley 1116 de 2006).

para la preservación del patrimonio en beneficio del acreedor que los invoque respecto de un crédito específico, las cuales procederán cuando se reúnan los presupuestos de ley. Algunas de estas medidas conservatorias se predican para créditos no exigibles y otras para créditos ya exigibles.

En el primer caso se trata de créditos que no han nacido por estar sometidos a una condición suspensiva, o que ya existen, pero que no son aún exigibles por no haber llegado el plazo fijado para su cumplimiento. En el caso de la condición suspensiva, si bien el derecho crediticio no se ha radicado aún en el patrimonio del acreedor, este tiene una expectativa legítima digna de protección, pues en caso de cumplirse la condición, tendrá un crédito en su favor. De la misma manera, ante obligaciones que ya existen pero cuyo cumplimiento se dilata hasta la llegada del plazo estipulado, el acreedor tiene interés en que se conserve la integridad del patrimonio del deudor.

En los eventos señalados, la protección conferida al acreedor no es tan sólida como tratándose de créditos exigibles y se limita a impetrar al juez providencias conservativas suficientes —constitución de cauciones— para evitar que su expectativa o en su caso, su derecho, se vean frustrados en razón del posible deterioro del patrimonio del deudor[40].

En cuanto a los créditos exigibles, proceden como medios conservatorios el embargo y secuestro de bienes para afectarlos al pago de deudas insolutas, siendo aplicables los principios ya esbozados sobre la ejecución forzosa como efecto principal de las obligaciones.

Como medida conservatoria especial establecida en favor de ciertos acreedores, se destaca el derecho de retención. Como se examinará en un capítulo posterior, el derecho de retención se confiere en ciertos casos excepcionales a una persona que es deudora de la restitución de una cosa, pero que a la vez tiene un crédito en contra de quien tiene derecho a la restitución, crédito que debe tener una conexión necesaria con la cosa retenida. Para asegurar el pago del crédito, el acreedor-retinente es autorizado a rehusar devolver la cosa hasta que se le pague o se le asegure el crédito en cuestión[41]. Al derecho de retención nos referiremos con detalle posteriormente.

[40] C. C., art. 1549, aplicable a las obligaciones sujetas a condición suspensiva; puede aplicarse analógicamente a las obligaciones a plazo. La medida conservatoria que procede en estos casos es una caución a cargo del deudor, a semejanza de la prevista a cargo del fiduciario y en beneficio de los fideicomisarios en los arts. 814 y 820 del C. C., cfr. OSPINA, *op. cit*., págs. 160-161.

[41] Al respecto véanse entre otras, las siguientes sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia: 29 marzo 1924 (M. P. Tancredo Nanetti, "G. J.", t. XXX, núm. 1580,

B) *Medidas reconstitutivas del patrimonio del deudor*

Al lado de los medios conservatorios estudiados previamente, existen otras acciones a disposición de los acreedores, conocidas como reconstitutivas. Estas tienen cabida ante el efectivo deterioro de la prenda general, cuando el patrimonio se ha desintegrado en razón de uno o más actos de disposición de bienes de parte del deudor, hasta tal punto que este queda insolvente, es decir, sus activos son insuficientes para pagar sus pasivos, situación que indudablemente va en perjuicio de los intereses de los acreedores.

Las acciones referidas buscan dejar sin efecto actos de disposición realizados por el deudor y pretenden, cumplidos los requisitos legales y mediante un proceso declarativo, recuperar uno o más bienes que han sido desplazados fuera de la prenda general que sirve de garantía para pagar sus obligaciones.

Las principales medidas reconstitutivas son:

• La acción pauliana;

• La acción de simulación, y

• Las acciones revocatorias en el proceso concursal.

Aunque estas medidas especiales son objeto de estudio detallado en un capitulo posterior, las enunciaremos de manera general:

a) *La acción pauliana.* Esta acción es de creación legal y está prevista en el artículo 2491 del Código Civil. Sus titulares exclusivos son los

---

págs. 315-318.), 26 mayo 1936 (M. P. Antonio Rocha, "G. J.", t. XLIV, núms. 1914-1915, págs. 50-57), 23 septiembre 1938 (M. P. Juan Francisco Mújica, "G. J.", t. XLVII, núm. 1941, pág. 240 y ss, 27 octubre 1938 (M. P. Liborio Escallón, "G. J.", t. XLVII, núm. 1942, págs. 307 y ss.), 25 agosto 1953 (M. P. Alfonso Márquez Páez, "G. J.", t. LXXVI, núm. 2133, págs. 83 y ss.), 28 agosto 1958 (M. P. Arturo Valencia Zea, "G. J.", t. LXXXVIII, núm. 2199, págs. 672 y ss.), 19 diciembre 1959 (M. P. Gustavo Fajardo Pinzón, "G. J.", t. XCI, núms. 2217-2219, págs. 898 y ss.), 3 mayo 1961 (M. P. José Hernández Arbeláez, "G. J.", t. XCV, núm. 2240, págs. 812 y ss.), 6 mayo 1969 (M. P. Enrique López de la Pava, "G. J.", t. CXXX, núms. 2310-2312, págs. 78 y ss.), 8 agosto 1972 (M. P. Germán Giraldo Zuluaga, "G. J.", t. CXLIII, núms. 2358-2363, págs. 38 y ss.), 26 agosto 1986 (M. P. José Alejandro Bonivento Fernández, "G. J.", t. CLXXXIV, núm. 2423, págs. 199 y ss.), 21 julio 1993 (M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, exp. 3737, "G. J.", t. CCXXV, Primera parte, núm. 2464, págs. 138 y ss.), 17 mayo 1995 (M. P. Carlos Esteban Jaramillo S., exp. 4137, "G. J.", t. CCXXXIV, núm. 2473, págs. 660 y ss.), 15 junio 1995 (M. P. Rafael Romero Sierra, exp. 4398, "G. J.", t. CCXXXIV, núm. 2473, págs. 848 y ss.), 31 marzo 1998 (M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, exp. 4674, "G. J.", t. CCLII, núm. 2491, págs. 695 y ss.) y 18 agosto 2000 (M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. 5519, en http://www.lexbasecolombia.net)

acreedores, por lo cual solo puede instaurarse por un demandante que pruebe tener uno o más créditos exigibles contra el deudor. La acción pauliana procede contra actos del deudor al cual no se le ha abierto aún proceso concursal, de manera que aquel conserva la libre administración de sus bienes. Con esta acción se pretende que judicialmente se revoquen actos fraudulentos de disposición que ha realizado el deudor y que tienen como efecto la desmejora de la prenda general en perjuicio de los acreedores.

La norma citada establece como requisitos de la acción los siguientes: tratándose de actos onerosos[42], que se alegue y se pruebe 1) el perjuicio al acreedor (*eventus damni*) y 2) el fraude pauliano o consilio fraudulento (*consilium fraudis*). Para el caso particular de la acción pauliana, el perjuicio consiste en que los activos del deudor resulten insuficientes para satisfacer la respectiva acreencia. Por su parte, el fraude o consilio fraudulento requiere que en el acto oneroso en cuestión sean de mala fe tanto el deudor otorgante y el adquirente, es decir, que ambos conozcan el mal estado de los negocios del primero.

Cuando el acto de disposición se ha celebrado a título gratuito según la definición del artículo 1497 del Código Civil[43], la ley exige para la procedencia de la acción: 1) el perjuicio a los acreedores (*eventus damni*) y 2) el fraude pauliano que se contrae a la mala fe del deudor, que lleva a cabo el acto conociendo el mal estado de sus propios negocios. Es decir, cuando se trata de actos dispositivos a título gratuito sin ninguna contraprestación en favor del deudor, no se requiere probar mala fe de parte del tercero adquirente.

El fraude pauliano no se equipara al dolo como vicio de la voluntad (C. C., art. 1515) ni al que se predica en el artículo 63 del Código Civil como intención de causar daño a otro en el ámbito de la responsabilidad civil. Para la acción pauliana, basta que el deudor sepa que la realización del acto dispositivo va a generar o incrementar su insolvencia y en razón de ello es consciente de que habrá un perjuicio para sus acreedores.

[42] De acuerdo con el art. 1497 del C. C., el contrato se califica como oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. En el num. 1 del art. 2491 del C. C. se incluyen negocios jurídicos como ventas y permutas; además la constitución de gravámenes sobre bienes del deudor como hipotecas, prendas y anticresis.

[43] "El contrato es gratuito o de beneficencia cuando [...]". El num. 2 del art. 2491 del C. C. enumera a título ilustrativo, las donaciones, remisiones y pactos de liberación a título gratuito.

Así las cosas, no procederá la acción pauliana en aquellos casos en los cuales los activos disminuyan en virtud de actos voluntarios realizados por el deudor, pero conservando este en su patrimonio bienes embargables en cantidad suficiente para atender los créditos a su cargo.

Aunque la norma expresa que los referidos actos pueden "rescindirse", no se trata de una nulidad sino de una revocación; es decir, el negocio no adolece de causal alguna de nulidad y por lo mismo puede subsistir hasta donde sea necesario para que el acreedor accionante pueda cobrar su obligación. La revocación será total si el valor de la obligación es igual o superior al del acto impugnado, o parcial, en caso contrario. En este último evento, el negocio subsiste en el saldo.

El plazo concedido a los acreedores para intentar la acción pauliana o revocatoria es de un año, contado desde la fecha del respectivo acto o contrato, de acuerdo con el último inciso del artículo 2491 del Código Civil.

La ley civil prevé dos situaciones particulares en las que se ha discutido si se trata de actos revocables mediante acción pauliana o de otros derechos de los acreedores cobijados por la denominada "acción oblicua" o más bien encuadra en la denominada "subrogación de los acreedores", que examinaremos más adelante.

Nos referimos a los artículos 1295 y 1451 del Código Civil: en virtud del primero, los acreedores de un deudor que repudia una herencia en perjuicio de aquellos pueden pedir al juez que les autorice aceptar por el deudor. Por su parte, el artículo 1451, faculta a los acreedores de quien repudia una herencia, legado o donación, a ser autorizados por el juez para sustituir a un deudor que así lo hace, hasta concurrencia de sus créditos. Para Ospina, estos supuestos corresponden a la acción pauliana porque es fraudulenta la conducta del deudor no solo al distraer bienes de su patrimonio sino impedir que ingresen activos que sirvan para la satisfacción de los acreedores[44]. Sin embargo, en nuestro criterio

[44] Cfr. Guillermo Ospina Fernández, *op. cit*., pág. 173 y Álvaro Pérez Vives, *op. cit*., págs. 255 y ss. Sobre los requisitos y efectos de la acción pauliana, véanse, entre otras, las siguientes sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia: 26 agosto 1938, M. P. Liborio Escallón, "G. J.", t. xlvii, núm. 1940, págs. 61-67; 27 junio 1941, "G. J.", t. li, núms. 1973-1974, págs. 600-605; 31 enero 1949, M. P. Hernán Salamanca, "G. J.", t. lxv, núms. 2068-2069, págs. 324-329; 17 abril 1951, "G. J.", t. lxix, M. P. Manuel José Vargas, "G. J." t. lxix, núm. 2099, págs. 528-539; 13 agosto 1964, M. P. Enrique Coral Velasco, "G. J.", t. cviii, Primera Parte, núm 2273, págs. 182-194; 22 agosto 1967, M. P. Gustavo Fajardo Pinzón, "G. J.", t. cxix, núms. 2285-2286, pág. 191-200; 13 noviembre 1968, M. P. Flavio Cabrera Dussan, "G. J.", t. cxxiv, núms.

estas acciones tienen más el carácter de indirectas o subrogatorias en favor de los acreedores, en complemento del artículo 2489 del Código Civil.

Por último, el artículo 1441 del Código Civil consagra una acción pauliana especial para la rescisión (o mejor, revocación) de enajenaciones de bienes del difunto, hechas por el heredero, dentro de los seis meses subsiguientes a la apertura de la sucesión, y que no hayan tenido por objeto el pago de créditos hereditarios o testamentarios, acción que puede ser instaurada por cualquier acreedor hereditario o testamentario que goce del beneficio de separación.

b) *Acción de simulación.* Este es otro de los medios existentes para recuperar bienes del deudor que hayan salido —al menos en forma aparente o supuesta— de su patrimonio en detrimento de sus acreedores.

La idea central en torno a la acción de simulación es la impugnabilidad de actos celebrados por el deudor, en concierto con uno o más terceros en perjuicio de la prenda general, cuando dichos actos no son serios o reales, sino simulados o ficticios, pero con una apariencia externa de veracidad y autenticidad. Mediante la acción de simulación, llamada también "acción de prevalencia", cuyos titulares son los acreedores o cualquier persona con interés legítimo[45], se pretende desenmascarar la situación ficticia y que el juez establezca que el acto falso, aunque ostensible, carece de eficacia jurídica. Al ello declararse, los bienes que han salido supuestamente del patrimonio del deudor regresarán a él para engrosar sus activos y permitir que los acreedores ejerzan las correspondientes acciones de cobro.

---

2297-2299, págs. 369-376; 18 julio 1977, M. P. Ricardo Uribe Holguín, "G. J.", t. CLV, Primera Parte, núm. 2398, págs. 192-204; 14 marzo 1984, M. P. Alberto Ospina Botero, "G. J.", t. CLXXVI, núm. 2415, págs. 85-102; 26 octubre 2004, M. P. Jaime Arrubla Paucar, exp: C-5283831030001999-0065-0; 14 junio 2007, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena, exp. 11001 02 03 000 2003 00129 01; 14 marzo 2008, M. P. Jaime Arrubla Paucar, exp. C-1100131030272001-00601-01; 25 enero 2010, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena, exp. 11001 3103 031 1999 01041 01; 14 octubre 2010, M. P. William Namen Vargas, exp. 1100131010032001-00855-01; 1º febrero 2011, M. P. Ruth Marina Diaz Rueda, exp. 05887-3103-001-2006-00083-01; 20 agosto 2014, M. P. Margarita Cabello Blanco, ref. SC-11003-2014 [2004-00307-01].

[45] Piénsese, por ejemplo, en 1) el cónyuge del deudor cuando sobreviene la liquidación de la sociedad conyugal y este ha realizado actos ficticios de disposición en contra de los intereses de aquel y 2) los herederos del deudor. Incluso la jurisprudencia ha reconocido recientemente que las mismas partes simulantes y sus herederos pueden instaurar la acción de simulación para restarle efectos jurídicos al acto ficticio y dejar en firme la que era la voluntad real pero que se hallaba oculta.

A diferencia de la pauliana, la acción de simulación no fue creada expresamente por la ley ni se ejerce en beneficio exclusivo de los acreedores, sino que procede por iniciativa de cualquier parte que demuestre interés jurídico en que prevalezca la voluntad real de las partes para que el acto aparente u ostensible sea privado de efectos jurídicos. La existencia de la acción de simulación deriva de la interpretación que la jurisprudencia y la doctrina han hecho del artículo 1766 del Código Civil, el cual no está dentro del capítulo que trata de los derechos de los acreedores, sino que es una disposición sobre prueba de las obligaciones[46].

El artículo 1766 dispone: "Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efectos contra terceros.

"Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero".

De la norma transcrita, que en sentido estricto se refiere al problema de la inoponibilidad frente a terceros de acuerdos privados celebrados en contravía de lo expresado en documentos públicos, se ha derivado toda una disciplina sobre la simulación y se han planteado, a lo largo del tiempo, diversas teorías para explicar la naturaleza jurídica no solo de la simulación en sí como acto jurídico[47], sino de las acciones encaminadas a declarar que un acto es simulado, con sus consiguientes efectos.

Aunque en la jurisprudencia se sostuvo inicialmente que la de simulación es la misma acción de nulidad por objeto o causa ilícitos, y

[46] Para comprender el desarrollo de la jurisprudencia nacional en torno a la simulación, véase Jorge Suescún Melo y Felipe Suescún de Roa, "La simulación", en *Derecho de las obligaciones*, 2ª ed., t. I, cap. XI, Bogotá, Ediciones Uniandes-Edit. Temis, 2015.

[47] La teoría dualista propugna que en la simulación hay dos declaraciones de voluntad: una real pero oculta y una ficticia pero ostensible o pública. Entre tanto, la teoría monista sostiene que no hay sino una sola declaración de voluntad pero que se divide o bifurca en dos: una con los efectos realmente queridos (acto oculto) y otra con los efectos expresados o públicos, pero no realmente deseados por las partes simulantes (acto ostensible o aparente). En las elaboraciones doctrinales y de la jurisprudencia en torno a la simulación, se ha clasificado esta en absoluta y relativa. La primera ocurre cuando la declaración privada pero real de las partes (contraescritura) borra por completo los efectos de la declaración pública pero simulada. Por su parte, la simulación relativa se presenta cuando el efecto de la contraescritura no es anular totalmente la declaración pública de las partes, sino solo modificar alguno de sus elementos, ya sea en cuanto al objeto o en cuanto a los sujetos del negocio.

luego se asimiló a la acción pauliana, más recientemente se ha sostenido que es una acción especial, distinta a las mencionadas, denominada igualmente "de prevalencia", con carácter declarativo, que se ventila por la vía del procedimiento verbal (C. G. P., art. 368).

En efecto, "[m]ientras que con la acción pauliana se impugna un acto realmente ejecutado por el deudor, en la de simulación se busca destruir una mera apariencia para que se haga luz sobre lo que, de hecho, quisieron las partes. Esta diferencia trae una consecuencia de cardinal importancia, hecha residir en que al prosperar la acción pauliana, el bien salido del patrimonio del deudor se reintegra al mismo. En cambio en la simulación, cuando esta es absoluta, se demostrará que el bien se ha desplazado del patrimonio del deudor, pero en apariencia meramente"[48].

Ni las disposiciones legales, ni la jurisprudencia prohíben la simulación ni la consideran ilegal *per se*. En la doctrina se mencionan incluso ejemplos creativos en los que la ficción total o parcial de un acto jurídico es plausible al encerrar propósitos desinteresados o altruistas, por lo cual un acto simulado no es por principio general nulo o siquiera anulable. Sin embargo, es evidente que celebrar actos simulados se presta la mayoría de las veces a la ilegalidad, siendo cuando menos sospechoso que las partes busquen dejar escondidas sus verdaderas y a veces inconfesables intenciones, mostrando en cambio a la luz pública algo falso o mentiroso como si fuera cierto, teniendo especial cuidado de que esa apariencia, como en una obra de teatro, sea lo más cercano a la realidad, al menos para que así lo crean los terceros.

Ambas declaraciones, la ostensible (que suele consignarse en escritura pública) y la oculta (que de ordinario toma forma de una contraescritura privada que las partes simulantes se encargan de ocultar muy bien), son oponibles a las partes y a sus causahabientes en virtud del principio de la relatividad de los actos jurídicos *res inter alios acta*. Ello implica que entre los simulantes y sus herederos pueden hacerse valer tanto los efectos de la declaración real como los de la simulada.

De acuerdo con el artículo 1766 del Código Civil, a falta de perjuicio de terceros derivado de la simulación, la única sanción legal para los actos simulados es la inoponibilidad de la declaración oculta frente a terceros. Siguiendo el principio de la seguridad jurídica, con toda lógica se considera que aquellos pueden legítimamente confiar en la au-

[48] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 10 junio 1992, M. P. Héctor Marín Naranjo, "G. J.", t. CCXVI, núm. 2455, págs. 529 y ss.

tenticidad de una declaración pública y no tienen por qué desconfiar o dudar de lo que las partes simulantes han consignado en instrumento público.

En consecuencia, el falso adquirente es, frente a su contratante y a terceros, nuevo dueño y señor de los bienes supuestamente transferidos y estaría legitimado —aun en incumplimiento de la contraescritura— a realizar sobre ellos los actos que puede realizar cualquier titular legítimo sobre sus propios activos, tales como el simple disfrute o explotación económica, enajenarlos, constituir sobre ellos gravámenes reales, aportarlos en sociedad e incluso transferirlos por causa de muerte. Así las cosas, será de interés de los acreedores del supuesto adquirente que se mantenga en pie el acto simulado, puesto que los nuevos bienes entran a engrosar la masa patrimonial de su deudor, sobre la cual podrían cobrar sus acreencias.

Sin embargo, es factible que la simulación se utilice como instrumento para defraudar a los acreedores de la parte enajenante que aparenta actos de disposición de sus bienes en favor del simulante-adquirente, de suerte que aquel queda en estado de insolvencia como resultado de dichos actos. Ante la apariencia de realidad del acto ficticio de enajenación, se ha extendido el alcance del artículo 1766 del Código Civil para interpretar que consagra un derecho en favor de terceros que resulten afectados por la simulación, más allá de la simple inoponibilidad. Este derecho se concreta en una acción judicial en virtud de la cual cualquier acreedor que resulte perjudicado por los actos simulados de su deudor, que desmejoren su prenda general e impidan el cobro de sus créditos, podrá pedir al juez que declare la simulación del acto y como consecuencia ordene restituir al patrimonio del deudor o los bienes en cuestión, sobre los cuales sus acreedores podrán instaurar las correspondientes acciones de cobro[49].

[49] Sobre la acción de simulación véanse también los siguientes fallos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia: 24 octubre 1936, M. P. Miguel Moreno Jaramillo, "G. J.", t. XLIV, núms. 1914-1915, págs. 163-174; 22 agosto 1940, M. P. Daniel Anzola, "G. J.", t. XLIX, núm. 1959, págs. 842-849; 30 octubre 1941, "G. J.", t. LII, núm. 1980, págs. 612-616; 7 mayo 1942, M. P. Hernán Salamanca, "G. J.", t. LIV, núms. 1989-1990, págs. 30-33; 10 febrero 1943, M. P. Liborio Escallón, "G. J.", t. LV, núms. 1993-1995, págs. 19-22; 6 noviembre 1943, M. P. Ricardo Hinestrosa, "G. J.", t. LVI, núms. 2001-2005, págs. 243-253; 9 febrero 1944, M. P. Hernán Salamanca, "G. J.", t. LVII, núms. 2007-2009, págs. 44-47; 10 junio 1948, M. P. Álvaro Leal Morales, "G. J.", t. LXIV, núms. 2062-2063, págs. 439-442; 24 enero 1951, M. P. Miguel Arteaga, "G. J.", t. LXIX, núm. 2098, págs. 335-342; 2 septiembre 1954, M. P. José Hernández Arbeláez, "G. J.", t. LXXVIII, núm. 2146, págs. 553-557; 5 noviembre 1960, M. P. José Hernández

Puede observarse que los acreedores de uno y otro simulante tienen intereses claramente contrapuestos, pues mientras que a unos les favorece la permanencia del acto simulado, a los otros les conviene que este pierda sus efectos jurídicos. Como ya mencionamos, con fundamento en el valor de la seguridad jurídica, la balanza de la justicia se inclina en favor de los terceros de buena fe que han confiado en el acto ostensible y que han consolidado en su patrimonio derechos con base en él[50]. Pero en ausencia de tales derechos adquiridos por terceros de buena fe, queda a salvo la acción de los acreedores del enajenante para que se declare judicialmente la simulación, acción que prescribe en el plazo previsto para las acciones ordinarias[51].

Es pertinente señalar aquí que, a diferencia de la acción pauliana, que solo procede cuando el deudor no se encuentra concursado, la acción de simulación puede intentarse por los acreedores antes de la apertura del proceso concursal, pero también una vez iniciado este[52].

c) *Acciones revocatorias concursales*. Una vez declarada la apertura de un proceso concursal respecto de un deudor, el colectivo de acreedores encuentra interés en que se reintegren a la masa patrimonial afecta

---

Arbeláez, "G. J.", t. XCIV, núms. 2233-2234; 13 agosto 1964, M. P. Enrique Coral Velasco, "G. J.", t. CVIII, Primera Parte, núm. 2273, págs. 182- 194; 22 agosto 1967, M. P. Gustavo Fajardo Pinzón, "G. J.", t. CXIX, núms. 2285-2286, págs. 191-200; 10 junio 1992, M. P. Héctor Marín Naranjo, "G. J.", t. CCXVI, núm. 2455, págs. 529 y ss.; 23 abril 1998, M. P. Jorge Castillo Rugeles, "G. J.", t. CCLIV, núm. 2491, págs. 817-838; 30 octubre 1998, Jorge Castillo Rugeles, "G. J.", t. CCLV, núm. 2494, págs. 857-878; 19 junio 2000, M. P. Jorge Santos Ballesteros, exp. 6266; 27 julio 2000, M. P. Jorge Santos Ballesteros, exp. 6238; 28 agosto 2001, M. P. Jorge Santos Ballesteros, exp. 6673; 5 septiembre 2001, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, exp. 5868; 27 agosto 2002, M. P. Jorge Santos Ballesteros, exp. 6926; 19 mayo 2004, M. P. César Julio Valencia Copete, exp. 7145; 25 julio 2005, M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez, exp. 1999-0246-01; 15 diciembre 2005, M. P. Edgardo Villamil Portilla, exp. 680013103003-1996-19728-02, 14 junio 2007, M. P. Pedro Octavio Munar, exp. 11001 02 03 000 2003 00129 01; 14 octubre 2010, M. P. William Namen Vargas, exp. 1100131010032001-00855-01; 30 noviembre 2011, M. P. Arturo Solarte Rodríguez, exp. 05001-3103-005-2000-00229-01; 3 noviembre 2010, M. P. William Namen Vargas, exp. 20001-3103-003-2007-00100-01.

[50] Véase al respecto C. S. de J. Sala de Casación Civil sent. de 4 septiembre 2006, M.P. Edgardo Villamil Portilla, exp. 050013103007-1997-5826-01

[51] De conformidad con la ley 791 de 2001, el plazo de prescripción de las acciones ordinarias es de 10 años.

[52] La ley 1116 de 2006, en el art. 74, permite incoar la acción de simulación durante el proceso de insolvencia, bajo el supuesto de insuficiencia de bienes, y prevé el ejercicio de dicha acción para el beneficio de todos los acreedores.

al concurso aquellos bienes que han salido de ella minando la capacidad del concursado para atender sus obligaciones. Así mismo, para proteger la integridad de dicha masa, queda en entredicho otro tipo de actos que ponen en grave peligro la solvencia del deudor.

Para ser instauradas cuando ya ha empezado el proceso de insolvencia —reorganización o liquidación, en su caso—, el legislador ha establecido las denominadas acciones revocatorias concursales, las cuales proceden cuando se cumple una o más de las causales señaladas expresamente. Estas causales se refieren a actos de disposición (y en ciertos casos, aun de administración) que haya realizado el deudor dentro de un período previo a la iniciación del concurso, llamado por la doctrina "período sospechoso". Son revocables dichos actos cuando hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de pagos, siendo los bienes del deudor insuficientes para cubrir la totalidad de los créditos reconocidos[53].

La ineficacia de pleno derecho para los actos celebrados por el deudor una vez abierto el proceso de insolvencia y las acciones revocatorias concursales reemplazan, a nuestro juicio, la nulidad prevista por el artículo 2490 del Código Civil, que se encuentra, en realidad, derogado. El artículo 2490 —cuyo texto conserva sin embargo el Código Civil— es del siguiente tenor: "Son nulos todos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesión, o de que se ha abierto concurso de acreedores".

Por el ejercicio y prosperidad de todas las acciones reconstitutivas explicadas previamente —pauliana, simulación y revocatorias concursales—, los actos impugnados pierden eficacia y los bienes distraídos se reintegran al patrimonio del deudor. En este sentido, puede afirmarse que dichas acciones tienen una función preparatoria para facilitar el ejercicio ulterior de acciones ejecutivas sobre dicho patrimonio, con las correspondientes medidas cautelares, ya sea en forma individual o colectiva de parte de uno, varios o todos los acreedores.

[53] La ley 1116 de 2006, en el art. 74, consagra las acciones revocatorias que pueden invocar los acreedores dentro de los procesos de insolvencia. Son impugnables: a) la extinción de obligaciones, las daciones en pago y en general todo acto que implique transferencia, disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración de dominio de bienes del deudor, realizados en detrimento de su patrimonio, o contratos de arrendamiento o comodato que impidan el objeto del proceso, durante los 18 meses anteriores al inicio del proceso concursal —reorganización o liquidación judicial—; b) todo acto celebrado a título gratuito celebrado dentro de los 24 meses anteriores al comienzo del proceso; c) las reformas estatutarias solemnizadas e inscritas en el registro mercantil dentro de los seis meses anteriores a la apertura del proceso concursal

d) *Otras medidas de los acreedores.* Pueden ser las siguientes;

a') *Subrogación de los acreedores.* El artículo 2489 del Código Civil consagra la posibilidad de que los acreedores ejerzan los derechos patrimoniales que corresponden al sujeto pasivo de la obligación, como una forma de intervenir, por autorización legal, en la administración del patrimonio del deudor. En virtud de esta figura, los acreedores quedan subrogados en el ejercicio de los derechos reales y personales y del derecho de retención que pueda existir en beneficio del obligado.

Sobre la creación legal de este derecho de los acreedores, la Corte ha señalado que "la subrogación en virtud de la cual el acreedor adquirió la facultad —la legitimación en causa activa— para ejercer ciertas atribuciones que pertenecen a su deudor y de esa manera injerir en los negocios de este, tienen por base una norma que así legitima al acreedor, como lo es el precitado artículo 2489 del C. C. Esta subrogación —derecho auxiliar del crédito [...]— es, pues, por su naturaleza —excepción al principio *res inter alios* acta— y por su propósito —proteger los derechos del acreedor— una institución que no puede operar sino en aquellos supuestos previstos por el autor de las normas positivas"[54].

b') *Acción oblicua.* De origen francés, es una acción cuya naturaleza es debatida por los doctrinantes. De acuerdo con OSPINA[55], consiste en una acción de contenido variable con la que cuentan los acreedores, individualmente, para prevenir el eventual deterioro de la prenda general a consecuencia de la omisión del deudor en el ejercicio de sus derechos y acciones. La acción tiene carácter indirecto, porque el acreedor la dirige contra el tercero, no en su propio nombre, sino en reemplazo del deudor.

Aunque no cuenta con una enunciación general en la legislación colombiana, la acción oblicua se encuentra consagrada en el artículo 407, numeral 2, del Código de Procedimiento Civil para el juicio de pertenencia que un deudor, por incuria, no comienza en detrimento del acreedor. La norma señala: "Los acreedores podrán hacer valer la prescripción adquisitiva a favor de su deudor, a pesar de la renuencia o renuncia de este".

Ahora bien, el artículo 2513 del Código Civil, adicionado con el artículo 2º de la ley 791 de 2002, señala que la prescripción tanto la

[54] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 julio 1993, M. P. Eduardo García Sarmiento, exp. 3570, "G. J.", t. CCXXV, 2º semestre de 1993, pág. 26.

[55] OSPINA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 196.

adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción, por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella. Es decir, en el caso de la adquisitiva, los acreedores del poseedor con aptitud para usucapir, ante la inacción de este para iniciar la acción judicial, pueden incoar la acción real de pertenencia con el propósito de aumentar la prenda general que servirá de garantía de sus créditos. En el caso de la liberatoria, tendrán interés los acreedores del deudor prescribiente en que se declare extinguida la obligación para excluir ese pasivo del patrimonio del obligado, eliminando a un acreedor que puede competir con sus pretensiones ejecutivas, medida que resulta de particular utilidad cuando hay lugar a un proceso concursal y los activos embargables son insuficientes para satisfacer todos los créditos.

No obstante las definiciones mencionadas anteriormente, cabe indicar que en la doctrina no hay uniformidad en cuanto a su denominación, elementos y alcance. Hinestrosa, por ejemplo, trata la acción oblicua y la subrogatoria como sinónimas. Y sobre sus requisitos dice el autor: "Ante todo ha de resaltarse la exigencia de un interés cierto y legítimo de parte de quien pretende subrogarse en la posición del titular del derecho y, seguidamente, la inercia o inactividad del deudor. La acción oblicua presupone un quebranto actual para el acreedor, o cuando menos, un riesgo inminente. En lo que respecta al deudor, basta su inacción, no es menester que sea consciente de ella, y mucho menos que ese abandono sea intencional o a lo menos negligente. Se trata de un dato objetivo: su conducta omisiva"[56].

Como un mecanismo diferente a manos del acreedor para tutelar sus derechos, Hinestrosa se refiere a la "acción directa" como "aquella prerrogativa que el derecho le concede a un acreedor de proceder contra un deudor de su deudor para la satisfacción de su crédito"[57] y que tiene naturaleza ejecutiva y carácter excepcional. La distingue de la subrogatoria u oblicua que está al alcance de cualquier acreedor que se siente perjudicado por la inercia de su deudor que omite ejercer una pretensión patrimonial que podría acrecentar su patrimonio. Al paso que esta es una acción conservatoria, la directa persigue la satisfacción inmediata del crédito.

[56] Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones* II. De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico, vol. ii, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pág. 1025.

[57] Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones* II, cit., pág. 1031.

El tratadista cita como ejemplos de esta acción en el derecho colombiano los artículos 2060, numeral 5 del Código Civil para el contrato de obra, el artículo 2164 de la misma obra en el contrato de mandato, y el artículo 1133 del Código de Comercio sobre seguro de responsabilidad civil. Por último, menciona la acción directa del consumidor contra los proveedores o expendedores de bienes por la garantía de los bienes o por daños causados por productos defectuosos[58].

## 4. PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN

Sobre los efectos de las obligaciones, cabe señalar los siguientes aspectos que solo tienen carácter enunciativo de algunas modificaciones que son procedentes en el tema que se examina:

a) El principio contenido en el artículo 2488 de nuestro Código Civil según el cual los activos patrimoniales embargables del deudor, tanto presentes como futuros, sirven de garantía de sus obligaciones, indudablemente debe preservarse. La patrimonialidad de la obligación se define y se manifiesta precisamente en la posibilidad que tienen los acreedores de acudir a dichos activos para lograr el pago de sus créditos[59].

b) En materia de simulación, es conveniente que la ley formule un principio general y un régimen claro que vaya más allá del enunciado del actual artículo 1766 del Código Civil para establecer lo que se entiende por simulación y las consecuencias de su realización, respecto de las partes y respecto de terceros. Los aportes de la abundante jurisprudencia colombiana sobre este tema son insumos muy importantes para la modernización del régimen legal sobre la simulación.

A título ilustrativo, el Código Civil y Comercial argentino dedica cinco artículos a esta problemática (arts. 333–337) y empieza por definir la simulación en los siguientes términos: "La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de

[58] Ídem, págs. 1031-1042. Véase al respecto la ley 1480 de 2011, Estatuto de Protección al Consumidor.

[59] Por ejemplo, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina formula el mismo principio en los siguientes términos: "Los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia" (art. 743). El art. 744 enumera los bienes excluidos de la mencionada garantía general.

otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten". De otra parte, se distingue la simulación lícita de la ilícita; esta es la que perjudica a un tercero, tanto si se refiere al acto jurídico como un todo, como si se trata de "cláusulas simuladas". Si bien la sanción en esos casos es la nulidad —y no la oponibilidad como ocurre en Colombia— y no se hace referencia a que es una medida reconstitutiva del patrimonio del deudor, la ley argentina sí permite destruir el acto, lo cual puede beneficiar a los acreedores del simulante. Sin embargo, en forma acertada, el artículo 337 se encarga de proteger a los acreedores del adquirente que hayan obrado de buena fe, punto que no se contempla en la ley colombiana dada la exigua reglamentación de la figura en estudio:

"La simulación no puede oponerse a los acreedores del adquirente simulado que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el acto.

"La acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el acto impugnado sólo procede si adquirió por título gratuito, o si es cómplice en la simulación.

"El subadquirente de mala fe y quien contrató de mala fe con el deudor responden solidariamente por los daños causados al acreedor que ejerció la acción, si los derechos se transmitieron a un adquirente de buena fe y a título oneroso, o de otro modo se perdieron para el acreedor. El que contrató de buena fe y a título gratuito con el deudor, responde en la medida de su enriquecimiento".

Lo anterior puede tiene un efecto didáctico en un esfuerzo modernizador de la simulación en el derecho colombiano, donde, se repite, las reglas que ha sentado la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia por muchos años, debe ser una guía ineludible.

c) Como se mencionó en precedencia, en Colombia tampoco existe claridad sobre la verdadera naturaleza y efectos de la acción subrogatoria y de la acción oblicua que tienen los acreedores. Estas acciones, sin importar el nombre que se les asigne, deben seguir integrando el repertorio de los derechos de los acreedores, deben recibir un tratamiento claro y completo, acorde con su importante función. En este punto también es de gran utilidad conocer la reforma al Código Civil argentino, en la que se consagran dos acciones distintas: (i) por un lado, la acción directa, que es la que compete al acreedor para percibir lo que

un tercero debe a su deudor, hasta el importe del propio crédito, acción que solo procede en los casos expresamente previstos por la ley[60]; (ii) por otro lado, en la subrogatoria, el acreedor de un crédito cierto, exigible o no, puede ejercer judicialmente los derechos patrimoniales de su deudor, si este es remiso en hacerlo y esa omisión afecta el cobro de su acreencia[61].

Estos planteamientos coinciden con los del profesor HINESTROSA, mencionados con anterioridad en este capítulo.

## **5**. BIBLIOGRAFÍA

### A) *Doctrina*

CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA: "El derecho de retención", en *AA.VV. Derecho de las obligaciones*, t. II, vol. 1, Bogotá, Uniandes-Temis, 2010.

HINESTROSA, FERNANDO: *Tratado de las obligaciones*. Concepto, estructura, vicisitudes, vol. I, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

— *Tratado de las obligaciones* II. De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico, vol. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

PÉREZ VIVES, ÁLVARO: *Teoría general de las obligaciones*, vol. III, Parte segunda, Bogotá, Edit. Temis, 1955, pág. 240.

OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO: *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis, reimpresión de la octava edición, 2008.

OTERO ALVAREZ, LILIANA: "Introducción al proceso monitorio en Colombia", en *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*, 2ª ed., Coord. Horacio Cruz Tejada, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2017.

RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO: *Derecho romano*, Buenos Aires, Astrea, 2001.

RODRÍGUEZ ESPITIA, JUAN JOSÉ: *Nuevo régimen de insolvencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

RODRÍGUEZ ESPITIA, JUAN JOSÉ: Código General del Proceso: comentado con artículos explicativos de miembros del ICDP. Crisis, procedimientos y descargue: Los cimientos del nuevo régimen de insolvencia de persona natural no comerciante, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014.

SUESCÚN MELO, JORGE y otro: "La simulación", en *Derecho de las obligaciones*, t. I, cap. XI, Bogotá, Ediciones Uniandes-Edit. Temis, 2015.

[60] Artículos 736-738 C.C y Com. arg.

[61] Artículos 739-742 C.C y Com. arg.

Valencia Zea, Arturo: *Derecho civil*, t. III, De las obligaciones, 8ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1990.

B) *Jurisprudencia*

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 29 marzo 1924, M. P. Tancredo Nanetti, "G. J.", t. XXX, núm. 1580, págs. 315-318.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 mayo 1936, M. P. Antonio Rocha, "G. J.", t. XLIV, núms. 1914-1915, págs. 50-57.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 24 octubre 1936, M. P. Miguel Moreno Jaramillo, "G. J.", t. XLIV, núms. 1914-1915, págs. 163-174.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 septiembre 1938, M. P. Juan Francisco Mujica, "G. J.", t. XLVII, núm. 1941, pág. 240 y ss.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 octubre 1938, M. P. Liborio Escallón, "G. J.", t. XLVII, núm. 1942, págs. 307 y ss.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 agosto 1938, M. P. Liborio Escallón, "G. J." t. XLVII, núm. 1940, págs. 61-67.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 22 agosto 1940, M. P. Daniel Anzola, "G. J.", t. XLIX, núm. 1959, págs. 842-849.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 junio 1941, M. P. Hernán Salamanca, "G. J.", t. LI, núms. 1973-1974, págs. 600-605.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 30 octubre 1941, "G. J.", t. LII, núm. 1980, págs. 612-616.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 7 mayo 1942, M. P. Hernán Salamanca, "G. J.", t. LIV, núms. 1989-1990, págs. 30-33.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 11 mayo 1942, M. P. José Miguel Arango, "G. J.", t. LIV, núms. 1989-1990, págs. 44 y ss.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 10 febrero 1943, M. P. Liborio Escallón, "G. J.", t. LV, núms. 1993-1994-1995, págs. 19-22.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 6 noviembre 1943, M. P. Ricardo Hinestrosa, "G. J.", t. LVI, núms. 2001-2005, págs. 243-253.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 9 febrero 1944, M. P. Hernán Salamanca, "G. J.", t. LVII, núms. 2007-2009, págs. 44-47.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 10 junio 1948, M. P. Álvaro Leal Morales, "G. J.", t. LXIV, núms. 2062-2063, págs. 439-442.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 31 enero 1949, M. P. Hernán Salamanca, "G. J.", t. LXV, núms. 2068-2069, págs. 324-329.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 17 abril 1951, "G. J.", M. P. Manuel José Vargas, "G. J.", t. LXIX, núm. 2099, págs. 528-539.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 24 enero 1951, M. P. Miguel Arteaga, "G.J.", t. LXIX, núm. 2098, págs. 335-342.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 agosto 1953, M. P. Alfonso Márquez Páez, "G. J.", t. LXXVI, núm. 2133, págs. 83 y ss.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 2 septiembre 1954, M. P. José Hernández Arbeláez, "G. J.", t. LXXVIII, núm. 2146, págs. 553-557.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 28 agosto 1958, M. P. Arturo Valencia Zea, "G. J.", t. LXXXVIII, núm. 2199, págs. 672 y ss.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 diciembre 1959, M. P. Gustavo Fajardo Pinzón, "G. J.", t. XCI, núms. 2217-2219, págs. 898 y ss.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 5 noviembre 1960, M. P. José Hernández Arbeláez, "G. J.", t. XCIV, núms. 2233-2234.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 3 mayo 1961, M. P. José Hernández Arbeláez, "G. J", t. XCV, núm. 2240, págs. 812 y ss.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 agosto 1964, M. P. Enrique Coral Velasco, "G. J.", t. CVIII, Primera Parte, núm. 2273, págs. 182-194.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 22 agosto 1967, M. P. Gustavo Fajardo Pinzón, "G. J.", t. CXIX, núms. 2285-2286, pág. 191-200.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 noviembre 1968, M. P. Flavio Cabrera Dussan, "G. J.", t. CXXIV, núms. 2297-2299, págs. 369-376.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 mayo 1969, M. P. Enrique López de la Pava, "G. J.", t. CXXX, núms. 2310-2312, págs. 78 y ss.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 8 agosto 1972, M. P. Germán Giraldo Zuluaga, "G. J.", t. CXLIII, núms. 2358-2363, págs. 38 y ss.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent de 18 de julio de 1977, M. P. Ricardo Uribe Holguín, "G. J.", t. CLV, num. 2396, págs. 192-204.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 marzo 1984, M. P. Alberto Ospina Botero, "G. J.", t. CLXXVI, núm. 2415, págs. 85-102.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 agosto 1986, M. P. José Alejandro Bonivento Fernández, "G. J.", t. CLXXXIV, núm. 2423, págs. 199 y ss.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 10 junio 1992, M. P. Héctor Marín Naranjo, "G. J.", t. CCXVI, núm. 2455, págs. 529 y ss.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 julio 1993, M. P. Eduardo García Sarmiento, exp. 3570, "G. J.", t. CCXXV, Primera Parte, núm.. 2464, pág. 43.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 21 julio 1993, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, exp. 3737, "G. J.", t. CCXXV, Primera parte, núm. 2464, págs. 138 y ss.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent de 19 de octubre de 1994 M. P. Carlos Esteban Jaramillo, exp. 4816, "G. J.", t. CCXLVI, vol. 2, núm. 2485, págs. 1406 y ss.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 17 mayo 1995, M. P. Carlos Esteban Jaramillo S., exp. 4137, "G. J.", t. CCXXXIV, núm. 2473, págs. 660 y ss.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 junio 1995, M. P. Rafael Romero Sierra, exp. 4398, "G. J.", t. CCXXXIV, núm. 2473, págs. 848 y ss.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 10 julio 1995, M. P. Pedro Lafont Pianetta, exp. 4540, "G. J.", t. CCXXXVII, vol. 1, núm. 2476, pág. 47 y ss.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 31 marzo 1998, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, exp. 4674, "G. J.", t. CCLII, núm. 2491, págs. 695 y ss.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 23 abril 1998, M. P. Jorge Castillo Rugeles, "G. J.", t. CCLIV, núm. 2491, págs. 817-838.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 30 octubre 1998, Jorge Castillo Rugeles, "G. J.", t. CCLV, núm. 2494, págs. 857-878.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 agosto 2000, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. 5519 en http://www.lexbasecolombia.net.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 19 junio 2000, M. P. Jorge Santos Ballesteros, exp. 6266.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 27 julio 2000, M. P. Jorge Santos Ballesteros, exp. 6238.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 28 agosto 2001, M. P. Jorge Santos Ballesteros, exp. 6673.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 5 septiembre 2001, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, exp. 5868.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 27 agosto 2002, M. P. Jorge Santos Ballesteros, exp. 6926.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 19 mayo 2004, M. P. César Julio Valencia Copete, exp. 7145.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 octubre 2004, M. P. Jaime Arrubla Paucar, exp. C-5283831030001999-0065-0;

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 25 julio 2005, M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez, exp. 1999-0246-01.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 15 diciembre 2005, M. P. Edgardo Villamil Portilla, exp. 680013103003-1996-19728-02.

C. S. de J. Sala de Casación Civil sent. de 4 septiembre 2006, M. P. Edgardo Villamil Portilla, exp. 050013103007-1997-5826-01

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 junio 2007, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena, exp. 11001 02 03 000 2003 00129 01.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 marzo 2008, M. P. Jaime Arrubla Paucar, exp. C-1100131030272001-00601-01.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 enero 2010, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena, exp. 11001 3103 031 1999 01041 01.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent de 1º de marzo de 2010, M. P. Edgardo Villamil Portilla, exp. 7331931030022001-00161-01.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 octubre 2010, M. P. William Namen Vargas, exp. 1100131010032001-00855-01.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 3 noviembre 2010, M. P. William Namen Vargas, exp. 20001-3103-003-2007-00100-01.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 1º febrero 2011, M. P. Ruth Marina Diaz Rueda, exp. 05887-3103-001-2006-00083-01.

C. S. de J., Sala de Casación Civil sent. de 30 noviembre 2011, M. P. Arturo Solarte Rodríguez, exp. 05001-3103-005-2000-00229-01.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 20 agosto 2014, M. P. Margarita Cabello Blanco, ref. SC-11003-2014-2004-00307-01.

### C) *Legislación*

Argentina: Código Civil y Comercial de la Nación.

Capítulo XI

# DERECHOS PRINCIPALES DE LOS ACREEDORES[*]

Horacio Cruz Tejada[**]

## 1. Introducción

Cuando entre dos sujetos de derecho se genera un vínculo o relación obligacional, nace para uno el derecho de ver satisfecha o cumplida la prestación convenida y, para el otro, el deber de cumplirla en los términos pactados. Por regla general, quienes están obligados a cumplir una prestación lo hacen de manera voluntaria; no obstante, por diversas situaciones, hay casos en los que el deudor no satisface la obligación, lo que da lugar a que el acreedor se faculte para lograr el cumplimiento forzado de la prestación. En las líneas que siguen nos ocuparemos de este fenómeno, desde el punto de vista procesal, sin dejar de lado algunas consideraciones de orden sustancial.

## 2. Derecho de ejecución

La posibilidad con la que cuenta el acreedor de conminar al deudor al cumplimiento de la prestación debida mediante la ejecución forzada,

[*] http://dx.doi.org/10.15425/2017.185

[**] Abogado y especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia; máster universitario en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid; miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal; miembro de la secretaría técnica de la Comisión Redactora del anteproyecto de Código General del Proceso (2003-2005); fue profesor de pregrado en la Universidad del Rosario y actualmente es profesor de cátedra en la Universidad de los Andes y de posgrado en diferentes universidades del país. Miembro de la lista de secretarios de tribunales de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá. Abogado litigante y asesor. Autor y coordinador de varias publicaciones en derecho procesal, entre las cuales se destacan: *Nuevas tendencias del derecho probatorio* y *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*, Ediciones Uniandes, e-mail: *h.cruz60@uniandes.edu.co*

se constituye en el principal derecho que tiene como acreedor. A continuación abordaremos el análisis desde el punto de vista sustancial y procesal.

### 3. ASPECTOS SUSTANCIALES DE LA EJECUCIÓN FORZOSA

Desde el momento en que se hace exigible una obligación y ante la falta de cumplimiento voluntario por el deudor, nace para el acreedor el derecho de exigir su cumplimiento; he ahí el derecho de ejecución forzosa, el cual se materializa mediante la pretensión ejecutiva[1]. Dicha pretensión se formula contra el deudor pero recae sobre su patrimonio; de ahí que este cumpla con su función jurídica de prenda general de los acreedores[2], tal como lo consagra el artículo 2488 del Código Civil, que dispone: "Toda obligación da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677".

Conforme lo anterior, tenemos que el derecho de ejecución forzosa que reposa en cabeza del acreedor cobra vigencia a partir del incumplimiento de la prestación por parte de su deudor, momento en el cual aquel se legitima para formular contra este la respectiva pretensión ejecutiva, que bien puede estar encaminada a lograr el cumplimiento forzado de una obligación de dar, hacer o no hacer.

Si bien el acreedor tiene la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación originaria o *in natura*, la cual, como se acaba de mencionar, puede consistir en una obligación de dar, hacer o no hacer, en el evento

[1] A diferencia de la pretensión declarativa, por medio de la cual el demandante pretende que se declare la certeza de un derecho que preexiste pero que es incierto, con la ejecutiva se persigue el cumplimiento forzado de una prestación debida, pues el derecho es cierto e indiscutible, pero insatisfecho. Al respecto, LÓPEZ BLANCO afirma que las pretensiones ejecutivas "tienen por objeto que se imponga en la sentencia el cumplimiento de una obligación, para así dar efectividad a la prestación que ya fue declarada en un fallo judicial o surgió de una declaración de voluntad del asociado, de manera tal que cuando se ejercitan no se busca una declaración o condena; tan solo su cumplimiento, lo que evidencia el carácter diferente que ellas tienen, pues en estos casos no se le pide al juez que imponga sino que ordene cumplir". HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, t. I, parte general, 10ª ed., Bogotá, Dupré Editores, 2009, pág. 285.

[2] MARCELA CASTRO DE CIFUENTES, "El patrimonio como prenda general y los derechos de los acreedores", en *Derecho de las obligaciones*, t. II, vol. I, Bogotá, Universidad de los Andes y Edit. Temis, 2010, pág. 450.

en que no pueda cumplirse en la forma como se pactó, ora por la pérdida del cuerpo cierto[3], o bien porque el acreedor ha perdido interés en ella[4], este puede exigir el pago de perjuicios compensatorios, generándose así la ejecución por perjuicios. Más adelante analizaremos esta situación.

Por otro lado, vale la pena mencionar que siempre se ha sostenido que para lograr el cumplimiento forzado de una prestación a través de un proceso ejecutivo[5], —que es el camino adecuado por donde transita la pretensión ejecutiva— debe partir el acreedor de la existencia de un título ejecutivo en el que conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible. Sin embargo, con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, ello no es tan cierto, pues es posible que a pesar de que no se reúnan los requisitos formales del título[6], si la autoridad judicial profiere mandamiento de pago y este no es impugnado por el demandado a través del recurso de reposición[7], no hay lugar a abrir un debate posterior acerca de la ausencia de tales requisitos, pues el

[3] El art. 1731 del C. C. dispone: "Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación de este subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor".

[4] Consagra el art. 1610 del C. C. lo siguiente: "Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquier de estas tres cosas, a elección suya: [...]. 3. Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato".

[5] En otra obra de nuestra autoría señalamos que el proceso ejecutivo es aquel "a través del cual el titular de un derecho cierto e indiscutible que ha sido desconocido pretende, mediante el poder coercitivo del Estado, compeler al deudor renuente para el cumplimiento forzado de una obligación que está contenida en un documento, el cual constituye el título ejecutivo, y de esta manera lograr satisfacer su acreencia". Horacio Cruz Tejada, y Juan Carlos Naizir Sistac, *El Código de Procedimiento Civil a la luz de la Constitución Política. Jurisprudencia constitucional analizada y comentada*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 360.

[6] A propósito de los requisitos formales del título ejecutivo, en providencia de 18 febrero 2014, M. P. Carlos Julio Moya Colmenares, rad. 11001310302220130002 6-01, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá señaló: "[...] la jurisprudencia ha dicho que se está en presencia de un título ejecutivo, cuando el documento reúne tanto las condiciones formales como de fondo. *Las primeras miran que se trate de documento o documentos que conformen unidad jurídica; que emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez, o por árbitro, etc.* Las segundas, de fondo, atañen a que de ese o esos documentos, con alguno de los orígenes indicados, aparezca a favor del ejecutante y a cargo del ejecutado, una obligación clara, expresa y exigible" (subrayado fuera de texto).

[7] Contra el mandamiento ejecutivo no procede recurso de apelación, tal como lo dispone el art. 438 del C. G. P.

artículo 430 del estatuto procesal, vedó dicha posibilidad al disponer: "[...] No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso". De acuerdo con esta disposición, consideramos que ni siquiera en ejercicio del control de legalidad previsto en el artículo 132 del Código General del Proceso podrá el juez reconocer la ausencia de los requisitos formales del título si tal yerro no fue puesto de presente por el demandado mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo.

## **4.** Aspectos procesales de la ejecución forzosa

Tal como lo señalamos en líneas anteriores, el derecho de ejecución forzosa se concreta o materializa por medio de la pretensión ejecutiva, la cual es tramitada por la cuerda del proceso ejecutivo. No obstante, es muy importante precisar que dependiendo del tipo de prestación que se obligue a cumplir el deudor, la pretensión ejecutiva puede adoptar una de varias modalidades. Así, encontramos pretensiones ejecutivas encaminadas a satisfacer obligaciones de dar, bien sea que consista en pagar sumas de dinero o dar especies muebles o bienes de género distintos de sumas de dinero; de hacer, dentro de las cuales se encuentra la de suscribir documentos, y de no hacer.

Cabe señalar que si bien el Código General del Proceso unificó el trámite del proceso ejecutivo singular quirografario o sin garantía real con el singular hipotecario o prendario y mixto[8], es importante mencionar que las pretensiones encaminadas a solicitar el pago de obligaciones de dar bienes distintos a dinero, el pago de una obligación de hacer o de no hacer, solo pueden ventilarse por la vía del proceso ejecutivo singular quirografario, lo cual no significa que el cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer no se pueda garantizar a través de una garantía

[8] Sobre el particular, Bejarano Guzmán afirma: "El hecho de que se haya unificado el trámite de todos los procesos de ejecución, no implica que no existan disposiciones especiales para la ejecución con garantía real, que en el C. G. P. son las previstas en el artículo 468 sobre «Disposiciones especiales para la efectividad de la garantía real»; empero, se repite, todo proceso ejecutivo en el C. G. P. tendrá un mismo y único trámite, cualquiera sea el acreedor que lo promueve o si la acción propuesta fue la personal, la real o la mixta". Ramiro Bejarano Guzmán, "Anotaciones sobre las reformas del Código General del Proceso al proceso ejecutivo", en *Código General del Proceso comentado*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014, págs. 381-382.

real, llámese prenda o hipoteca; lo que sucede es que el acreedor tiene la carga de convertir la prestación original o *in natura* en perjuicios de orden económico, para así solicitar siempre el pago de sumas de dinero, en este caso, los perjuicios compensatorios[9].

En realidad dicha distinción cobraba fuerza a la luz de la legislación procesal anterior, toda vez que el ejecutivo con garantía real admitía un trámite medianamente diferente al ejecutivo quirografario, con lo cual, de perseguirse mediante el trámite del ejecutivo hipotecario o prendario el cumplimiento de una prestación de dar bienes muebles diferentes a dinero, de hacer o de no hacer, garantizada con prenda o hipoteca, era necesario pedir los perjuicios compensatorios, conforme lo indicaba el artículo 560 del derogado estatuto procesal civil, el cual era del siguiente tenor:

Artículo 560.—*Modificado. Decr.-ext. 2282 de 1989, art. 1º, num. 308. Obligaciones distintas de pagar sumas de dinero*. Si la obligación garantizada con hipoteca o prenda es de entregar un cuerpo cierto o bienes de género, de hacer o de no hacer, el demandante procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 495; la regulación de los perjuicios se tramitará y decidirá conforme a lo previsto en el artículo 492.

Conforme la disposición transcrita, en los casos señalados la pretensión estaba encaminada a solicitar el pago de perjuicios compensatorios, toda vez que la prestación *in natura* no podía ejecutarse. Sin embargo, bajo los lineamientos del Código General del Proceso la situación es distinta, pues si se quiere lograr el cumplimiento forzado de una prestación diferente a dar sumas de dinero y está garantizada con prenda o hipoteca, se podrá plantear como pretensión principal el cumplimiento de la prestación original y, si se quiere, de manera subsidiaria el pago de los perjuicios compensatorios (C. G. P., art. 437).

A continuación abordaremos el análisis de cada una de las modalidades que adopta la pretensión ejecutiva, dependiendo del tipo de prestación de que se trate.

## **5.** Pretensión ejecutiva por obligación de dar

La pretensión ejecutiva por obligación de dar puede estar encaminada a perseguir el pago de sumas de dinero o de especies muebles o bienes de género distintos a dinero. Miremos cada una de ellas.

[9] Al respecto, Ramiro Bejarano Guzmán, *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, 5ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2011, pág. 619.

A) *Obligación de pagar sumas de dinero*

Es la más frecuente de las modalidades de pretensión ejecutiva que se emplea; así, cuando el demandante lo que persigue es el pago de una suma líquida de dinero, debe solicitar en la demanda el pago de esta y de los intereses causados, desde el momento de su exigibilidad hasta la realización del pago[10].

Cabe resaltar que para perseguir el pago de una suma de dinero, esta debe constar en el título ejecutivo que sirve de soporte para el proceso ejecutivo. Asimismo, de perseguir el pago de intereses, es necesario que se formulen en la demanda, conforme se encuentren estipulados en el título o ajustados a la ley en caso de que no se haya dicho nada sobre ellos en el título[11]. Ahora bien, en caso de solicitarse el pago de intereses a plazo o moratorios con fundamento en el interés bancario corriente —IBC—, no es necesario acreditar la tasa, pues de acuerdo con lo previsto en el artículo 180 del Código General del Proceso, por tratarse de un indicador económico del orden nacional, el legislador lo ha catalogado como un hecho notorio[12].

Una vez reunidos los requisitos de la demanda (C. G. P., art. 82), el juez debe proceder a librar mandamiento de pago conforme le ha sido solicitado por el demandante o en la forma que considere ajustada a la ley (art. 430 *ibidem*).

Proferido el mandamiento de pago corresponde a la parte interesada —en este caso el demandante—, realizar todos los esfuerzos necesarios para notificar dicha providencia al demandado. No obstante, por tratarse de una carga procesal de parte, el juez puede en la misma providencia requerir al demandante para que cumpla con el acto de notificación dentro de los treinta días siguientes, so pena de declarar desistida la respectiva actuación (C. G. P., art. 317 num. 1), que para este caso es la demanda ejecutiva. Se observa entonces que no es necesario que el proceso se encuentre inactivo, pues basta con que el juez quiera darle un mayor impulso o dinamismo, para lo cual le basta con formular el respectivo requerimiento al demandante. Así las cosas, esta modalidad

[10] BEJARANO GUZMÁN, *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, *op. cit*., pág. 523.

[11] El art. 2232 del C. C. señala que el interés legal se fija en un seis por ciento anual.

[12] De acuerdo con el último inciso del art. 167 del C. G. P., los hechos notorios están exentos de prueba. La razón deviene en que realizar un esfuerzo probatorio para acreditar un hecho que se entiende conocido por una generalidad de personas, bien sea en el contexto local, regional o nacional, resulta un esfuerzo inane, lo que hace que toda prueba encaminada a ese propósito es superflua.

de desistimiento tácito, previsto en el numeral 1 del artículo 317 del Código General del Proceso, lo que busca es castigar la desobediencia de la parte frente al requerimiento realizado por la autoridad judicial, de cara a impulsar el trámite procesal[13].

Notificado el mandamiento de pago al deudor le corren simultáneamente tres términos para realizar las siguientes conductas: i) el término de ejecutoria de la providencia judicial, que es de tres días, dentro del cual podrá atacar el auto a través de recurso de reposición (C. G. P., arts. 302, 318 y 438); ii) el término de cinco días para pagar (art 431 *ibidem*), y iii) el término de diez días para formular excepciones de fondo (art. 442 *ibid*.).

Cabe resaltar que debido a que el Código General del Proceso suprimió las llamadas diligencias previas, la notificación del mandamiento de pago cumple las veces de requerimiento judicial para constituir en mora al deudor cuando por ministerio de la ley deviene en necesaria, así como la notificación de la cesión del crédito (C. G. P., arts. 94 y 423). Conforme lo anterior, como los efectos de la mora se producirán a partir del acto de notificación del mandamiento ejecutivo, solo se podrá reclamar perjuicios e intereses moratorios a partir de dicho momento[14]. Situación similar se presenta con la notificación de la cesión del crédito, caso en el cual de no haberse realizado previo a la formulación de la demanda ejecutiva por parte del cesionario del título, se surte de manera automática con la notificación del mandamiento de pago al ejecutado[15].

Así las cosas, si el deudor solo se obliga a pagar perjuicios moratorios e intereses de esta índole desde que es notificado del auto de mandamiento de pago[16], en caso que cumpla la prestación original antes de la ocurrencia del acto mencionado, así la demanda ejecutiva ya se haya

[13] Miguel Enrique Rojas Gómez, *Código General del Proceso comentado*, Bogotá, Esaju, 2012.

[14] Bejarano Guzmán, "Aspectos puntuales del proceso ejecutivo", en *XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*., Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal-Universidad Libre, 2014, pág. 167. Jorge Forero Silva, "Supresión de las diligencias previas al mandamiento ejecutivo", en *XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal-Universidad Libre, 2015, pág. 348.

[15] Bejarano Guzmán, "Aspectos puntuales del proceso ejecutivo", *op. cit*., pág. 167.

[16] Es importante precisar que una cosa es la exigibilidad de la obligación y otra la mora. En efecto, una obligación puede ser exigible pero el deudor no estar en mora, habida cuenta que no se ha notificado el auto de mandamiento de pago.

formulado, el proceso está llamado a terminar, habida cuenta que al momento de verificarse el pago el deudor no estaba obligado a pagar perjuicios moratorios[17].

B) *Obligación de dar especies muebles o bienes de género distintos de dinero*

Si el título ejecutivo no está soportado sobre una obligación dineraria sino que consiste en pagar especies muebles o bienes de género distintos de dinero, cabe la posibilidad de plantear las pretensiones de la siguiente manera:

a) *Entrega del bien más el pago de perjuicios moratorios* (*C. G. P., art. 426*). En este caso, además de la entrega del bien, el acreedor podrá perseguir el pago de perjuicios moratorios, para lo cual debe analizar si están contenidos en el título; en caso de que no sea así, el demandante los estimará bajo juramento, conforme lo señalan los artículos 206 y 439 del Código General del Proceso.

Cumplidos los requisitos de la demanda, el juez procederá a librar mandamiento de pago, ordenando la entrega de los bienes debidos en el lugar que se haya estipulado en el título ejecutivo o en la sede del juzgado si ello no fuere posible, para lo cual señalará un plazo prudencial (C. G. P., art. 432 num. 1)[18]. Además de lo anterior, ordenará el pago de los perjuicios moratorios reclamados en debida forma, es decir, estimados bajo juramento conforme el artículo 206 del estatuto procesal.

Una vez notificado el demandado del auto de mandamiento de pago, puede suceder una de las siguientes situaciones:

i) Que el demandante reciba los bienes a satisfacción, caso en el cual se entiende cumplida la obligación de entregar, pero continúa la ejecución por los perjuicios moratorios (C. G. P., art. 432 num. 2).

ii) Que el demandante no comparezca o se niegue a recibir sin formular objeción; en este caso el juez debe revisar que los bienes ofrecidos por el demandado sean de las calidades y condiciones estipulados en el título y ordenados en el mandamiento de pago. Realizada tal verificación, procederá a designar un secuestre a quien le hará entrega de los bienes presentados por el demandado, dará por cumplida la obligación

[17] MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ, *Ensayos sobre el Código General del Proceso*, vol. II, Bogotá, Edit. Temis–Universidad Javeriana, 2014, págs. 36-37.

[18] Debido a que el legislador no define el plazo dentro del cual se debe cumplir la prestación debida, se trata de un plazo judicial conforme lo indica el art. 117 del C. G. P.

de entregar y continuará la ejecución por los perjuicios moratorios (C. G. P., art. 432 num. 2). Ahora bien, en caso de que los bienes ofrecidos por el demandado no correspondan a los debidos, el juez no podrá dar por cumplida la obligación, así el demandante no haya comparecido[19].

iii) Que el demandante comparezca y formule objeciones respecto de la calidad y naturaleza de los bienes ofrecidos por el deudor. Si el juez puede resolver la objeción de forma inmediata, así lo hará; en caso de que considere necesario un dictamen pericial para acreditar la objeción, requerirá al demandante para que lo aporte dentro de los veinte días siguientes, caso en el cual ordenará la entrega de los bienes ofrecidos a un secuestre (C. G. P., art. 432 num. 3).

Una vez presentado el dictamen pericial, se pondrá en conocimiento del ejecutado por el término de tres días, dentro del cual podrá solicitar que se convoque al perito a audiencia con el ánimo de interrogarlo acerca de su idoneidad, imparcialidad y respecto del contenido del dictamen (C. G. P., art. 228).

Vale la pena precisar que antes de poner en conocimiento el dictamen al ejecutado, el juez debe revisar si este reúne los requisitos mínimos contemplados en el artículo 226 del Código General del Proceso; de no ser así, mal haría en correrle traslado al demandado, habida cuenta que este tiene el propósito de que el ejecutado realice un estudio pormenorizado acerca de la idoneidad e imparcialidad del perito, así como del contenido del dictamen. Es por ello por lo que el traslado en mención debe hacerse mediante auto y no vía secretarial.

De solicitar la comparecencia del perito a audiencia, el juez señalará fecha y hora para llevar a cabo la contradicción de la prueba pericial[20], y resolver la objeción respecto de la calidad y naturaleza de los bienes ofrecidos. Ahora bien, si el perito no comparece a la audiencia, el dictamen no tendrá valor alguno (C. G. P., art. 228), caso en el cual la objeción no tendrá vocación de prosperidad[21].

[19] Si bien la disposición en comento no dice nada al respecto, mal haría el juez al declarar terminada la obligación cuando los bienes ofrecidos por el demandado no correspondan a los debidos.

[20] Para el interrogatorio al perito se seguirán los lineamientos señalados en el art. 228 del estatuto procesal, lo cual significa que es posible que en el contrainterrogatorio se formulen preguntas asertivas e insinuantes y se abra el espacio para una segunda ronda de preguntas, con fines de aclaración y refutación.

[21] De acuerdo con la nueva dinámica de la prueba pericial acogida por el C. G. P., es muy importante que a la hora de contratar un perito para la elaboración de un dictamen pericial encaminado a soportar los hechos que pretende acreditar uno de los extremos

iv) Que el demandado no cumpla con la prestación debida. En este caso es necesario verificar si el demandante ha reclamado, además del cumplimiento de la obligación de dar, el pago de perjuicios; en caso de que no sea así, el proceso termina; no obstante, debido a que el deudor no ha satisfecho la prestación debida, el derecho queda imprejuzgado, razón por la cual el acreedor tendrá la posibilidad de iniciar un nuevo proceso encaminado a perseguir el pago de perjuicios compensatorios, los cuales deberá estimar siguiendo los lineamientos trazados en el artículo 206 del Código General del Proceso.

b) *Pago de perjuicios compensatorios* (*C. G. P., art. 428 num. 1*). En el evento en que el acreedor no se encuentre interesado en el pago de la obligación *in natura*, podrá pedir desde el principio la ejecución por perjuicios compensatorios. Para tal efecto, si no están estimados en el título, debe hacerlo de manera razonada y juramentada, conforme lo dispone el artículo 206 del Código General del Proceso, lo cual descarta que el ejecutante plantee una estimación caprichosa.

Una vez proferido y notificado el mandamiento ejecutivo, dentro del término que tiene el demandado para formular excepciones de fondo, esto es diez días (C. G. P., art. 442 num. 1), podrá objetar la estimación de perjuicios planteada por el ejecutante (art. 439 *ibidem*), caso en el cual se atenderá lo dispuesto en el artículo 206 del estatuto procesal. Así las cosas, de objetarse el monto de los perjuicios estimados por el demandante, se abrirá un debate probatorio que será resuelto en audiencia, tal como está previsto para la resolución de excepciones de mérito (art. 443 *ibidem*).

c) *Entrega del bien más perjuicios moratorios y, en subsidio, perjuicios compensatorios* (*C. G. P., arts. 428 num. 2 y 437*). Se trata de integrar en una misma demanda las pretensiones señaladas anteriormente. Así, si el acreedor persigue el cumplimiento de la prestación inicial, la cual está encaminada a lograr la entrega del bien más los perjuicios moratorios, pero ella no puede ser satisfecha, no es necesario esperar a que el proceso concluya para iniciar uno nuevo para perseguir el pago de perjuicios compensatorios. Atendiendo el principio de economía procesal, puede el acreedor acumular ambas pretensiones, pero de manera subsidiaria[22]. Conforme lo anterior, de fracasar la pretensión principal,

---

de la relación procesal, la parte le precise al perito que, además del trabajo va a elaborar, debe comparecer a sustentarlo en audiencia en el evento en que la contraparte lo solicite o el juez lo ordene.

[22] El art. 88 del C. G. P. da la posibilidad de acumular pretensiones en una misma demanda, pero para ello es necesario atender una serie de restricciones y requisitos, entre

es decir, la entrega del bien más los perjuicios moratorios, la ejecución continuará por el pago de los perjuicios compensatorios, los cuales, si no están estimados en el título, deben estimarse de manera razonada y juramentada, de acuerdo con el artículo 206 del estatuto procesal.

### 6. Pretensión ejecutiva por obligación de hacer

Cuando se trata de obligaciones de hacer es posible plantear las pretensiones de la siguiente manera:

---

los cuales se destaca la imposibilidad de acumular pretensiones excluyentes, salvo que se presenten como principales y subsidiarias. Al respecto destaca la Corte lo siguiente: "Para desarrollar este aserto, parece menester precisar de antemano que, desde el punto de vista sustancial o material, las pretensiones son excluyentes cuando las diversas relaciones jurídicas aducidas en la demanda, no pueden coexistir porque los supuestos de hecho que las sustentan o el *petitum* de cada una de ellas se niegan mutuamente o son irreconciliables entre sí, como cuando en una se pide algo que acarrea una negación y, en otra, una cosa que entraña la afirmación de lo anteriormente negado, incompatibilidad esta que implica, entonces, la elección de una de ellas para superar tal contradicción. Por consiguiente, esta modalidad de acumulación faculta al demandante para aducir, en un mismo libelo, pedimentos cuyos fundamentos aparejen la negación de lo que se ha afirmado como sustento de otro, justamente, porque se presentan en forma eventual (previsión *in eventum*), esto es, condicionando la estimación de unas pretensiones a la desestimación de otras; por supuesto que el actor, al formular súplicas subsidiarias, toma como punto de partida la hipótesis de resultar vencido en la que ha aducido de manera principal.

"Si bien en el plano estrictamente lógico cabe decir que dos proposiciones son incompatibles cuando no pueden ser al mismo tiempo verdaderas, y que dicha situación de incompatibilidad o exclusión se presenta en dos hipótesis: a) cuando son contradictorias, es decir, cuando no pueden ser ambas ni verdaderas ni falsas (lo que genera una oposición fuerte entre ellas); y b) cuando son contrarias, vale decir, cuando pueden ser ambas falsas, pero no verdaderas (lo que denota una oposición más débil), si bien es admisible, se decía, tal distinción en el ámbito de la lógica estricta, a la luz de lo prescrito por el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, no es posible establecer distinciones con miras a delimitarle o restringirle al actor la facultad de acumular pretensiones excluyentes de manera subsidiaria, cabalmente, porque el legislador no estableció ninguna especie de distinción en torno a la «contrariedad» o «contradictoriedad» entre las pretensiones, ni mucho menos, subordinó la viabilidad de la misma a que la incompatibilidad fuese únicamente en relación con el *petitum* o que lo fuese exclusivamente referida a la causa para pedir; por supuesto que éste, al negar la posibilidad de acumular pretensiones excluyentes, salvó de tal regla, sin distingos ni talanqueras de ningún temperamento, a la acumulación subsidiaria. Siendo de ese modo las cosas, debe reiterarse lo que en el punto tiene asentado esta Corporación: «... aunque es verdad que la potestad para acumular no es irrestricta, también lo es que su procedencia no puede sujetarse a más requisitos de los que expresa la ley procesal (artículo 82 del C. de P. C.)...» (Casación del 7 de junio de 1994)". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 4 noviembre 1999, exp. 5225, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

A) *Ejecución del hecho debido más perjuicios moratorios (C. G. P., arts. 426 y 433)*

De manera similar a como ocurre cuando se persigue la entrega de un bien y el pago de perjuicios moratorios, en el evento en que la prestación principal consista en la ejecución de un hecho, se podrá pedir su realización más el pago de los moratorios si es el caso. Para tal efecto, el acreedor debe examinar si están contenidos en el título, pues en caso contrario, debe estimarlos bajo juramento, tal como lo prevé el artículo 206 del Código General del Proceso.

En el mandamiento de pago se ordenará la realización del hecho dentro de un plazo que fijará el juez (art. 433.1)[23], más el pago de los perjuicios moratorios en caso de haberse reclamado. Notificado el demandado del mandamiento ejecutivo, puede suceder una de las siguientes situaciones:

a) Que el demandado realice el hecho en el plazo señalado, para lo cual el juez citará a las partes para el respectivo reconocimiento. En esta diligencia puede suceder que el acreedor manifieste su aceptación, caso en el cual se declarará cumplida la prestación de hacer y continuará la ejecución por el pago de perjuicios moratorios, si se han reclamado (C. G. P., arts. 426 y 433 num. 2).

b) Que el demandado no realice el hecho en el plazo fijado en el mandamiento ejecutivo. Ante esta situación el acreedor cuenta con la opción de pedir, dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del plazo de cumplimiento, la realización del hecho por un tercero, salvo que se trate de obligaciones *intuito personae*. Para tal efecto, la providencia que ordene seguir adelante con la ejecución debe haber cobrado firmeza, tal como lo prevé el artículo 460 del Código General del Proceso[24].

c) Puede suceder que en la diligencia de reconocimiento del hecho el acreedor manifieste su desacuerdo con el hecho ejecutado por el deudor, el cual se concreta en una oposición. Ante esta situación no es posible declarar cumplida la prestación debida y si el juez considera necesario apoyarse en un dictamen pericial, otorgará al acreedor un término de hasta veinte días para que lo aporte[25] (C. G. P., arts. 433 num. 2 y 433 num. 3), el cual se someterá a las reglas de contradicción de

[23] Se trata de un plazo judicial en los términos planteados en el art. 117 del C. G. P.

[24] En el mismo sentido, BEJARANO GUZMÁN, *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, *op. cit*., págs. 535-536.

[25] El trámite de la objeción es similar al previsto para las obligaciones de dar especies muebles o bienes de género distintos de dinero, como ya se explicó.

la prueba pericial que ya fueron explicadas cuando se formulan objeciones respecto de la calidad y naturaleza de los bienes ofrecidos por el deudor, en tratándose de obligaciones de pagar especies muebles o bienes de género distintos de dinero.

En caso de que no prospere la objeción, se declarará cumplida la obligación de hacer y continuará la ejecución por el pago de los perjuicios moratorios, de haberse reclamado (C. G. P., art. 426). Cabe precisar que si bien el artículo 433.3 del Código General del Proceso pareciera indicar que la opción de ejecución del hecho por un tercero con la que cuenta el acreedor solo está prevista para el escenario en que no se cumpla con la obligación de hacer dentro del plazo fijado por el juez en el mandamiento ejecutivo, nada impide acudir a dicha figura en caso de prosperar la objeción ante la ejecución del hecho del deudor, pues en últimas la prestación continúa insatisfecha.

B) *Pago de perjuicios compensatorios* (*C. G. P., art. 428 num. 1*)

Tal como quedó explicado cuando se hizo referencia al pago de perjuicios compensatorios respecto de las obligaciones de dar, si el acreedor ya no se encuentra interesado en la realización del hecho (obligación *in natura)*, podrá pedir desde el principio la ejecución por perjuicios compensatorios. Si estos no se encuentran estimados en el título, debe hacerlo de manera razonada y juramentada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 206 del Código General del Proceso.

C) *Ejecución del hecho debido más perjuicios moratorios y, en subsidio, perjuicios compensatorios* (*C. G. P., arts. 428 num. 2 y 437*)

Podrá acumularse en la misma demanda la pretensión de ejecución del hecho debido más los perjuicios moratorios causados por la inejecución del hecho y, en subsidio, el pago de perjuicios compensatorios. Así, de no cumplirse con la realización del hecho dentro del plazo señalado por el juez en el mandamiento ejecutivo, continuará la ejecución por el pago de los perjuicios compensatorios fijados en el título o estimados por el demandante, lo que descarta la posibilidad de que el hecho se ejecute por un tercero.

### **7.** Pretensión ejecutiva por obligación de suscribir documentos (C. G. P., art. 434)

Se trata de una obligación de hacer pero que tiene como propósito la realización de un hecho puntual: suscribir un documento, bien sea una

escritura pública o un documento privado. Con la demanda se podrá solicitar la suscripción del documento más los perjuicios moratorios, los cuales deben estimarse (C. G. P., art. 206) si no están contenidos en el título. De igual manera, en el evento en que el acreedor tema que la prestación inicial, es decir, la de suscribir el documento, no puede satisfacerse[26], puede solicitar como pretensión principal la de suscribir documento más los perjuicios moratorios y, en subsidio, los perjuicios compensatorios, los cuales debe estimar de manera razonada y juramentada de no estar contenidos en el título base de la ejecución[27].

Cabe precisar que con la demanda, además del título ejecutivo, deberá acompañarse minuta de la escritura pública o el documento que debe ser firmado por el deudor o por el juez en caso de que este no lo haga dentro de los tres días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo.

Ahora bien, si se trata de la suscripción de una escritura pública que implica la transferencia de un bien sujeto a registro o la constitución de derechos reales sobre él, previo al mandamiento ejecutivo debe practicarse el embargo del bien y acreditarse la titularidad del mismo mediante el respectivo certificado. En caso de advertirse, por ejemplo, que el bien no está en cabeza del deudor ejecutado, se librará mandamiento ejecutivo por los perjuicios compensatorios si así se solicitó de manera subsidiaria en la demanda, habida cuenta que la prestación inicial no se podrá cumplir.

## **8.** Pretensión ejecutiva por obligación de no hacer (C. G. P., art. 435)

La ejecución por obligación de no hacer exige un título ejecutivo compuesto[28], pues, además del documento en el que consta el deber de

[26] Piénsese, por ejemplo, en una obligación de suscribir una escritura pública de compraventa sobre bien inmueble cuando este ya fue transferido a un tercero.

[27] En sentido contrario, Bejarano Guzmán sostiene que si no es posible cumplir la obligación de suscribir documento, el acreedor no puede pedir de manera subsidiaria la ejecución por perjuicios compensatorios. Para que este pueda perseguir el pago de perjuicios compensatorios, debe reformar la demanda antes de declararse terminada la ejecución. *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, *op. cit*., págs. 540-541.

[28] Al respecto, en providencia de 28 de abril de 2010, ref. proceso ejecutivo de General Medica de Colombia S. A. contra la sociedad CI Promotora de Intercambio S. A. (M. P. Marco Antonio Álvarez Gómez) sostiene el Tribunal Superior de Bogotá lo siguiente:

abstención de un hecho, es necesario acompañar la prueba de la contravención, la cual puede acreditarse mediante documento privado que provenga del deudor, documento público, inspección o confesión judicial extrajudicial, o sentencia (C. G. P., art. 427).

De manera similar a las hipótesis ya planteadas para la ejecución por obligación de hacer, en relación con las obligaciones de no hacer es posible plantear como pretensión la destrucción del hecho más perjuicios moratorios, o el pago de perjuicios compensatorios (art. 428), o ambas pretensiones pero formulada la segunda de manera subsidiaria[29] (arts. 428 y 437), en caso de que no sea posible la destrucción del hecho.

Asimismo, si el deudor no destruye el hecho, podrá ordenarse su destrucción por un tercero si no se ha solicitado el pago de perjuicios compensatorios, para lo cual se aplicará en lo pertinente lo dispuesto para las obligaciones de hacer (art. 433 num. 3).

## **9.** La ejecución por perjuicios

Tal como ha quedado señalado en cada una de las hipótesis descritas para la ejecución por obligaciones de dar especies muebles o bienes de género distintos de dinero, obligaciones de hacer y de no hacer, que no se logre materializar o satisfacer la prestación original, el acreedor cuenta con la posibilidad de adelantar la ejecución por el pago de perjuicios compensatorios, lo que equivale a la estimación en dinero (subrogado pecuniario) del valor de la cosa debida[30].

Cabe precisar que a la hora de pedir el pago de perjuicios compensatorios, estos no incluyen la indemnización moratoria, pues se trata de dos conceptos distintos. Mientras que el primero deviene por no cumplirse la prestación original, la moratoria sobreviene al retardo[31].

---

"... el título complejo no es simplemente una agregación material de documentos de los cuales pueda deducirse hipotéticamente la existencia del derecho cuya satisfacción se reclama, sino que se estructura a partir de diversos títulos emanados del deudor que, en su conjunto, den cuenta, con alcance de plena prueba, de una obligación a su cargo y a favor del ejecutante, de la que, además, puede predicarse su claridad, expresividad y exigibilidad, como lo reclama el artículo 488 del C. P. C.".

[29] Álvarez Gómez, *Ensayos sobre el Código General del Proceso*, vol. ii, *op. cit*., pág. 40.

[30] Álvarez Gómez, *op. cit.,* págs. 44-45.

[31] Señala Álvarez Gómez con acierto lo siguiente: "[...] estos perjuicios (moratorios), siguen siendo tales aun en la hipótesis de pago por equivalente, sin integrarse al concepto de perjuicios compensatorios, porque la acción sigue siendo de cumplimiento, porque

Los perjuicios compensatorios deben estar contenidos en el título o, en caso de que no se haya pactado por las partes, el acreedor demandante debe estimarlos siguiendo las exigencias trazadas en el artículo 206 del estatuto procesal, es decir, debe indicarlos de manera razonada y juramentada, discriminando los conceptos solicitados, con el ánimo de facilitarle al adversario el análisis de la suma pedida, para que si lo tiene a bien, objete la estimación realizada por el demandante dentro del término para formular excepciones de mérito (C. G. P., art. 439). Se observa entonces que la estimación de los perjuicios solo procede en caso de que no se encuentren señalados en el título base de la ejecución.

Si el demandado objeta el monto de los perjuicios estimados por el acreedor, se le dará trámite a lo dispuesto en el artículo 206 del estatuto procesal, lo cual significa que el acreedor tendrá la oportunidad para solicitar o aportar pruebas encaminadas a acreditar el monto de los perjuicios estimados, las cuales se practicarán en audiencia. En caso de que el demandado no objete el monto de los perjuicios, el juramento se constituye en prueba de la suma estimada por el demandante.

## **10.** La conversión del proceso ejecutivo en proceso declarativo

Para que el acreedor pueda ver satisfecho su derecho mediante el cumplimiento forzado de la prestación o por vía de la ejecución por perjuicios, se requiere de la existencia de un título ejecutivo (C. G. P., art. 422). Ahora bien, el nuevo estatuto procesal ha previsto en el artículo 430 que en caso de que la autoridad judicial profiera mandamiento ejecutivo y este sea revocado a causa de la prosperidad del recurso de reposición interpuesto por el demandado, dada la ausencia de los requisitos del título[32], la actuación procesal no termine sino que se le

---

no existe fundamento jurídico para hacer esa subsunción, y porque, ello es medular, la obligación, en rigor, es la misma, solo que varió de objeto. Al fin y al cabo, *el incumplimiento del deudor no desdibuja la perpetuación del deber de prestación.* Ni más faltaba que lo hiciera. Y porque la obligación se perpetúa el acreedor puede insistir en que se cumpla, bien *in natura*, bien por equivalente, con un accesorio o complemento: la indemnización moratoria" (*op. cit*., pág. 46).

[32] Al respecto, de manera acertada Rojas Gómez sostiene lo siguiente: "Conviene advertir que la posibilidad de transformar el proceso ejecutivo en declarativo tras la revocatoria del mandamiento ejecutivo por efecto del recurso de reposición no se limita al reconocimiento de defectos formales del título; también puede suceder por la presencia de defectos sustanciales. Así se desprende de la expresión genérica «requisitos del título ejecutivo» que usa la disposición". Rojas Gómez, "Desafíos del nuevo régimen

brinde la posibilidad al acreedor demandante para que dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la citada providencia, formule demanda declarativa, caso en el cual el auto admisorio que allí se profiera, se notificará por estado, habida cuenta que el demandado se encuentra enterado de la existencia del proceso. No obstante, de no promoverse en el plazo señalado no significa que no se pueda hacer después, lo que pasa es que se someterá a reparto y la providencia que la admita requerirá de notificación personal al demandado.

El hecho de que el acreedor cuya pretensión ejecutiva fracasó pueda promover demanda declarativa ante el mismo juez, no solamente tiene una connotación de orden procesal como lo es la forma de notificar el auto admisorio a quienes fueron inicialmente demandados, sino también implicaciones de orden sustancial. En efecto, a pesar de que la pretensión ejecutiva fracasó, la interrupción de la prescripción y la inoperancia de la caducidad generados como consecuencia de la presentación de la demanda ejecutiva, se mantienen frente a la demanda declarativa. Lo mismo sucede respecto del requerimiento para constituir en mora y la notificación de la cesión del crédito al contratante cedido, fenómenos que se producen con la notificación del auto de mandamiento ejecutivo (C. G. P., arts. 94 y 423).

No obstante, cabe precisar que si el acreedor demandante formula su demanda declarativa una vez fracasada la pretensión ejecutiva y en el plazo dispuesto en la ley, los efectos mencionados solo pueden darse respecto de los sujetos que fueron demandados en el proceso ejecutivo. En ese orden de ideas, si en la demanda declarativa se incluyen nuevos demandados, se les deberá notificar personalmente el auto admisorio y respecto de estos no puede operar la interrupción de la prescripción, la inoperancia de la caducidad, la notificación de la cesión del crédito, etc. con la demanda ejecutiva[33]. Asimismo, si con la formulación de la demanda declarativa es necesario incluir un nuevo demandado para integrar el litisconsorcio necesario por el extremo pasivo de la pretensión, los efectos sustanciales mencionados solo se producirán una vez notificados todos los sujetos que integran dicho litisconsorcio, tal como lo pregona el artículo 94 del Código General del Proceso.

---

del proceso ejecutivo", en *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal–Universidad Libre, 2012, pág. 88.

[33] Edgardo Villamil Portilla, "Revocatoria del mandamiento de pago y conversión del proceso ejecutivo", en *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal–Universidad Libre, 2013, págs. 143-147.

Por su parte, si en la demanda declarativa se formula una nueva pretensión, respecto de esta no podrán predicarse los fenómenos materiales descritos, pues en el escenario del proceso ejecutivo aún no emergía. Así las cosas, la interrupción de la prescripción y demás efectos sustanciales se producirán, respecto de la nueva pretensión, a partir de la presentación de la demanda declarativa, de manera similar a lo que acontece con la reforma de la demanda, consistente en formular nuevas pretensiones[34].

A pesar de que el acreedor demandante cuente con la posibilidad de promover demanda declarativa enseguida del fracaso del proceso ejecutivo y con ello se mantengan los efectos interruptores de la prescripción logrados con la demanda ejecutiva, las medidas cautelares que se hubieren practicado están llamadas a ser levantadas de manera inmediata. Así se desprende de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 597 del Código General del Proceso, el cual señala que el embargo y secuestro se levantarán "si se ordena la terminación del proceso ejecutivo por la revocatoria del mandamiento de pago [...]". En ese orden de ideas, en caso de que se desee acompañar a la demanda declarativa solicitud de medidas cautelares, el demandante tendrá que ajustar su solicitud a lo previsto en el artículo 590 del estatuto procesal, el cual regula la procedencia de medidas cautelares en los procesos declarativos.

## 11. A manera de conclusiones. Aspectos de mejora de la regulación del derecho de ejecución del acreedor

1. Si bien con los cambios introducidos por el Código General del Proceso en relación con la unificación del trámite de los procesos ejecutivos y la supresión de las diligencias previas, entre otros aspectos, se simplificó el ejercicio del derecho de ejecución forzada, aún quedan algunos puntos que bien vale la pena estudiar de cara a una futura reforma procesal, a fin de lograr un mecanismo mucho más idóneo para lograr el cumplimiento del derecho de crédito de los acreedores, sin que ello signifique desconocer el derecho de defensa del deudor.

Una de tales situaciones consiste en que si se ha surtido un proceso declarativo que culmine con una sentencia de condena, mediante la cual se reconoce y se impone el cumplimiento de una obligación de dar, de hacer o de no hacer, no debe abrirse el espacio para nuevas discusio-

[34] VILLAMIL PORTILLA, *op. cit.*, pág. 145.

nes acerca del título (la sentencia) sino que se debe procurar su cumplimiento inmediato. El trámite del proceso ejecutivo (C. G. P., art. 306) previsto para el cumplimiento de la sentencia y la posibilidad de formular diversas excepciones de fondo (art. 442 num. 2 *ibidem*), so pretexto de garantizar el derecho de defensa del deudor vencido, puede conllevar al desconocimiento o puesta en riesgo del derecho reconocido al acreedor victorioso. Al fin y al cabo el deudor contó con la oportunidad de ejercer con amplitud el derecho de defensa durante el trámite del proceso declarativo.

2. Otro aspecto que vale la pena pensar es en la posibilidad de materializar el derecho de ejecución a través del proceso arbitral. Si bien el artículo 1º de la ley 1563 de 2012, cuando hizo referencia a las clases de controversia susceptibles de ser resueltas mediante el proceso arbitral, con la expresión "[...] o aquellos que la ley autorice", abrió la posibilidad para que no solo los asuntos de naturaleza dispositiva pudieran ser resueltos por un tribunal de arbitramento, hasta tanto no haya una ley que regule el tema de una manera distinta o amplíe los asuntos arbitrales, solo los de carácter dispositivo podrán ser sometidos a arbitraje. Al respecto, vale la pena recordar que el artículo 6º de la ley 1285 de 2009 eliminó la expresión "en asuntos susceptibles de transacción", contenida en el artículo 13 numeral 3 de la ley 270 de 1996, superando la restricción que operaba para los asuntos arbitrales, los cuales se enmarcaban única y exclusivamente en aquellos que fueren transigibles.

En todo caso, deberá darse cumplimiento al principio de habilitación de las partes[35], pues en nuestro ordenamiento no es dable el arbitraje forzoso[36]. A propósito del tema, en los artículos 87 a 97 de la ley 510 de 1999 (sobre sistema financiero y asegurador), y 35 a 38 de la ley 546 (sobre financiación de vivienda), también del mismo año, el legislador intentó regular la posibilidad de llevar a conocimiento de los árbitros controversias que versaran sobre el cumplimiento forzado

[35] "La voluntad de las partes activa tanto la jurisdicción arbitral como las competencias y atribuciones de las personas que obrarán como árbitros". Corte Constitucional, sent. C-1038 de 2002 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett). Frente al principio de habilitación del arbitraje se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias: C-294 de 1995, C-242 de 1997, C-330 de 2000, C-1436 de 2000, C-098 de 2001, C-1038 de 2002, SU-174 de 2007, C-378 de 2008 y C-330 de 2012.

[36] Ver, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-242 de 1997 (M. P Hernando Herrera Vergara); C-1140 de 2000 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo y C-060 de 2001, M. P. Carlos Gaviria Diaz).

de una obligación; no obstante, dichas disposiciones fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1140 de 2000 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), al considerar que se violaban los derechos al debido proceso y defensa en cabeza de los deudores[37]. En ese orden de ideas, cabe precisar que si bien es factible someter a conocimiento de la justicia arbitral la fase cognoscitiva del proceso ejecutivo, para ello se requiere de una disposición legal que así lo permita.

3. Otro aspecto que bien vale la pena analizar es la posibilidad de suprimir el trámite del proceso verbal sumario, a propósito de la resolución de las excepciones de mérito contra el título ejecutivo cuando se trata de un asunto de mínima cuantía. No tiene sentido alguno conservar dos cuerdas procesales para los procesos propiamente declarativos, la del verbal y la del verbal sumario, cuando la tendencia en relación con las últimas reformas procesales que se han presentado en nuestro país ha sido la de unificar procedimientos. Sostener dos trámites similares pero con características propias, no solo carece de fundamento sino que también puede generar confusiones y, en ocasiones, un trato desigual respecto de situaciones fácticas similares. Piénsese, por ejemplo, en la inocua diferenciación del término de traslado de la demanda en los procesos verbales (veinte días) y los verbales sumarios (diez días), o en la imposibilidad de reformar la demanda cuando se trata de un asunto que se surte por el trámite del proceso verbal sumario (C. G. P., art. 392).

## **12.** BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GÓMEZ, MARCO ANTONIO: *Ensayos sobre el Código General del Proceso*, vol. II, Bogotá, Edit. Temis–Universidad Javeriana, 2014.

BEJARANO GUZMÁN, RAMIRO: *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, 5ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2011.

— "Aspectos puntuales del proceso ejecutivo", en *XXXV Congreso colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal–Universidad Libre, 2014.

— "Anotaciones sobre las reformas del Código General del Proceso al Proceso Ejecutivo", en *Código General del Proceso comentado*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014.

[37] CRUZ TEJADA y NAIZIR SISTAC, *El Código de Procedimiento Civil a la luz de la Constitución Política, jurisprudencia constitucional analizada y comentada*, *op. cit*., pág. 383. Se observa que las razones por las cuales se declararon inexequibles las disposiciones señaladas, no obedecieron a la imposibilidad de someter tales asuntos a conocimiento de los árbitros.

Castro de Cifuentes, Marcela: "El patrimonio como prenda general y los derechos de los acreedores", en *Derecho de las obligaciones*, t. II, vol. I, Bogotá, Universidad de los Andes y Edit. Temis, 2010.

Cruz Tejada, Horacio y Naizir Sistac, Juan Carlos: *El Código de Procedimiento Civil a la luz de la Constitución Política. Jurisprudencia constitucional analizada y comentada*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

Forero Silva, Jorge: "Supresión de las diligencias previas al mandamiento ejecutivo", en *XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal–Universidad Libre, 2015.

López Blanco, Hernán Fabio: *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, 10ª ed., t. I, parte general, Bogotá, Dupré Editores, 2009

Rojas Gómez, Miguel Enrique: *Código General del Proceso comentado*, Bogotá, Esaju, 2012.

— "Desafíos del nuevo régimen del proceso ejecutivo", en *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal–Universidad Libre, 2012.

Villamil Portilla, Edgardo: "Revocatoria del mandamiento de pago y conversión del proceso ejecutivo", en *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal–Universidad Libre, 2013.

Capítulo XII

# EJECUCIÓN INDIVIDUAL*

Ulises Canosa Suárez**

## 1. Generalidades

En el concepto de obligación está implícita la ligación del deudor (*obligare*)[1], que faculta al acreedor para exigir el cumplimiento al que deudor no se allanó en la forma y tiempo debidos. Ejecutar (v. lat, deriv., del culto *exsequi*, participio *exsecutus*, 'seguir hasta el final')[2], significa precisamente reclamar el cumplimiento de una obligación por el procedimiento previsto en la ley[3].

La obligación liga, sujeta o enlaza al deudor. Como desarrollo normal de la relación, el obligado debe ajustar su comportamiento hacia la realización de la prestación. Aunque lo ideal sería que el deudor siempre se allanara a cumplir, lo cierto es que el cumplimiento no siempre

* http://dx.doi.org/10.15425/2017.186

** Abogado de la Universidad Libre de Colombia. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro y secretario general del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y del Colegio de Abogados Comercialistas. Formó parte de la comisión redactora y revisora del Código General del Proceso de Colombia. Ha sido profesor en las Facultades de Derecho y en cursos de especialización en las universidades de los Andes, del Rosario, Externado de Colombia y Libre, entre otras. Actualmente es vicepresidente ejecutivo jurídico y secretario general del BBVA Colombia.

[1] Guillermo Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 25ª ed., t. v, Buenos Aires, Heliasta, 1997, pág. 611. En la fórmula proveniente del clasicismo latino e inserta en las *Instituciones* de Justiniano: "obligatio est juris vinculum quo necessitate astringimur alicujus rei solvendae; id est, faciendae vel prestandae" (la obligación es un vínculo jurídico que necesariamente constriñe a cumplir algo, ya sea a hacerlo, ya a omitirlo).

[2] Ricardo Villa-Real Molina y Miguel Ángel Del Arco Torres, *Diccionario de términos jurídicos*, Granada, Comares, 2006, pág. 180.

[3] En Colombia, a partir de la ley 1676 de 2013, para las obligaciones amparadas con garantías mobiliarias, la ejecución, además de judicial, podrá ser extrajudicial, ya sea por pago directo o mediante ejecución especial ante notarios o cámaras de comercio.

se presenta, en algunos casos por motivos atribuibles al deudor y, en otros, por causas extrañas. El incumplimiento rompe el equilibrio que la ejecución apremia, cuya eficacia está determinada, especialmente, por el respaldo patrimonial del obligado, es decir, por los bienes del deudor. Es el denominado "concepto abstracto de la obligación" o "despersonalización" del vínculo obligacional, que en buena hora rechaza cualquier coacción sobre la persona del deudor, restringiendo los alcances de la ejecución a sus bienes[4]. En esta dirección, el inciso final del artículo 28 de la Carta Política colombiana dispone: "En ningún caso podrá haber detención, prisión, ni arresto por deudas".

La posibilidad de ejecución es una característica fundamental de la obligación, que le da categoría, tanto en el campo moral, como en el jurídico, ya que si el deudor pudiera a su antojo dejar de cumplir, se estaría frente a una simple liberalidad sin posibilidad de ser exigida o ejecutada, es decir, ante una contingencia de buena voluntad o generosidad, no ante un vínculo obligatorio[5].

El cumplimiento de la obligación, además de ser un imperativo legal, tiene extraordinaria importancia económica, al procurar la satisfacción de necesidades mediante la interrelación de sujetos que intervienen en la circulación y distribución de bienes y servicios para la realización de las necesidades sociales, del comercio y la economía, en beneficio y utilidad del desarrollo de la comunidad. En palabras de GALGANO: "cuando mayor sea el porcentaje de obligaciones cumplidas, tanto mayor será el beneficio para todo el sistema económico, ya que cumplir las obligaciones significa incrementar la circulación de la riqueza, aumentar la producción de bienes y servicios, en una palabra, contribuir al desarrollo económico"[6].

Por ende, la posibilidad de cumplimiento forzado, mediante un eficiente sistema de ejecución, alcanza una especial jerarquía en el mundo actual. Las alternativas extrajudiciales de ejecución, entre ellas la satis-

[4] GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, 8ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2005, págs. 49 y 50.

[5] La posibilidad de ejecución es un derecho normal del acreedor de una obligación civil, llamada así por estar provista de todos sus efectos legales, por dar "derecho para exigir su cumplimiento". No tiene la misma prerrogativa el acreedor de una obligación apenas natural, que no confiere derecho para exigir su cumplimiento, según los claros términos del art. 1527 del C. C., "pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas".

[6] FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, 3ª ed., Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 562.

facción directa con los bienes dados en garantía y la ejecución especial ante notarios y cámaras de comercio, complementan hoy en día la posibilidad de ejecución ante el juez. En gran medida el adecuado funcionamiento del aparato jurisdiccional de los Estados se trasluce en la posibilidad real de hacer efectivos los derechos ciertos reconocidos por el derecho sustancial[7]. La tutela judicial efectiva, que es uno de los pilares fundamentales del Estado de derecho, porque irradia todo el sistema jurídico de una nación, resplandece con especial fulgor si los asociados cuentan para sus derechos ciertos y legítimos con procesos de ejecución que se caractericen por su efectividad.

La posibilidad de ejecución se enmarca dentro de los tres derechos esenciales del acreedor, tradicionalmente identificados así[8]: 1) el derecho de exigir el cumplimiento forzoso de la prestación debida, que es la ejecución directa, exacta o en especie; 2) el derecho de obtener una indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento, que es la ejecución indirecta o por equivalente, cuando la ejecución directa o en especie es irrealizable[9]; 3) el derecho de ejercitar ciertas acciones destinadas a conservar el patrimonio del deudor, que es garantía para el acreedor.

A la par con estos derechos esenciales, para las obligaciones que tienen su origen en un contrato sinalagmático, el acreedor cuenta con dos alternativas adicionales[10]: la primera, ya no de ejecutar directa o indirectamente la obligación, sino de aniquilarla mediante la resolución del contrato, para restablecer el *statu quo* ante, con indemnización de daños y perjuicios o sin ellos; y la segunda, afirmada en la interdependencia de las prestaciones, que consiste en la negativa de cumplimiento de las propias obligaciones, mientras el otro contratante no cumpla las suyas. Es la denominada *exceptio non adimpleti contractus*, o excepción de contrato no cumplido, consagrada en el artículo 1609 del Código Civil, por la cual "ninguno de los contratantes está en mora dejando de

[7] Ernesto Mayer, "El antiguo derecho de obligaciones español según sus rasgos fundamentales", en Revista de Historia del Derecho, 11ª ed., Cáceres, Universidad de Extremadura, 2005, "[...] cuanto más culto es un derecho, tanto más se desarrolla en él la tendencia a proporcionar una satisfacción económica al acreedor" (págs. 11-317).

[8] Marcel Planiol y Georges Ripert, *Derecho civil*, t. vii, Las obligaciones, Parte segunda, La Habana, Cultural, 1936, págs. 73 y 74.

[9] También en el primer evento puede reclamarse indemnización de perjuicios, además del cumplimiento, por el retardo culpable, como lo establece el art. 1546 del C. C.

[10] Louis Josserand, *Derecho civil*, t. ii, vol. i, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950, pág. 465.

cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

## **2.** EVOLUCIÓN DE LA EJECUCIÓN INDIVIDUAL

En los primeros tiempos, la reacción violenta, motivada por la defensa privada y la venganza, era la respuesta corriente o natural del acreedor ante la ofensa al derecho lesionado y la injusticia causada por el incumplimiento del deudor[11].

Con el correr de los tiempos las leyes regularon la vida en sociedad y dieron al hombre la certeza del juzgamiento de sus comportamientos y de los de sus congéneres, con resultados previsibles, de conformidad a la experiencia social[12].

A partir de entonces dos grandes fases o etapas pueden diferenciarse en cuanto a la ejecución de obligaciones: la primera denominada personalista, en la que el cumplimiento podía exigirse o ejecutarse sobre la persona del deudor; la segunda llamada patrimonial, en la que la responsabilidad, y por tanto la posibilidad de ejecución, está limitada a la esfera económica.

Varios son los ejemplos de la ejecución personal. En los pueblos de la antigüedad, v. gr., en la India, el Código de Manú, como fórmula de apremio, autorizaba al acreedor a impedirle la salida del deudor de la casa hasta el extremo de causarle la muerte por inanición; en Persia y en Atenas, no dar equivalía a quitar, por lo cual el incumplimiento era considerado un crimen[13].

En el derecho romano anterior a la ley de las *Doce Tablas*, cuando una persona, una familia o una tribu no reintegraba un préstamo que ante los dioses juraba devolver, se le castigaba con el destierro o con la pena capital, según la gravedad de la infracción, porque el incumplimiento se consideraba una violación de las leyes sagradas[14].

A partir de las *Doce Tablas* estuvo en vigor en Roma el sistema de *legis actiones*, que eran cinco procedimientos que debían realizarse

[11] RUDOLPH VON IHERING, *El espíritu del derecho romano*, t. I, Granada, Comares, 1998, pág. 161.

[12] FLAVIO LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza del derecho*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, pág. 73.

[13] CABANELLAS, *op. cit.*, pág. 612.

[14] NELSON MORA G., *Proceso de ejecución*, 5ª ed., t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1985, págs. 2, 3.

delante del magistrado, utilizando palabras sacramentales: la *actio sacramenti*, la *judicis postulatio*, la *conditio*, la *manus injectio* y la *pignoris capio*.

Mención especial, por su carácter ejecutivo, merece la *manus injectio* y la *pignoris capio*. La *manus injectio* era el procedimiento para ejecutar condenas pecuniarias sobre la persona del deudor. El acreedor llevaba a su deudor *in ius*, atado "con cuerda o con cadenas de, como máximo, 15 libras"; se aplicaban los ritos poniendo el acreedor la mano sobre la persona del deudor que, salvo que pagara o presentara un tercero que tomara la deuda como suya (*vindex*), "al tercer mercado" podía ser tratado y vendido como un esclavo o cortado en pedazos, "si no resultan iguales no sea fraude"[15]. La *pignoris capio*, por su parte, permitía a ciertos acreedores privilegiados, sin juicio previo, entrar en posesión de bienes muebles del deudor, a manera de garantía, para forzar el pago[16].

La aplicación de la *manus injectio* degeneró en un conflicto social entre patricios y plebeyos que obligó al senado romano a intervenir para que promulgara Cayo Poetelius, en el año 312 a. de C., la *lex poetelia papiria*, que empezó a reemplazar la forma de ejecución personal, por la patrimonial. La *lex aebutia* en el año 126 a. de C., prácticamente suprimió la *manus injectio*.

Otro de los mecanismos de ejecución que se conoció en el derecho romano fue el pacto de comiso o *lex commissoria*[17] que se permitía incorporar en los contratos para que el acreedor se adueñara de la cosa que servía de garantía[18].

[15] http://www.unav.es/hAntigua/textos/docencia/roma/practicas/didrom18.htm (consulta: 18 diciembre 2007).

[16] Von Ihering, *op. cit*., pág. 150. En estas dos acciones, en palabras de Ihering, por tener el acreedor un derecho evidente, la ejecución tiene lugar "sin necesidad de intervención judicial", porque "el pretor no ejecuta la sentencia", sino que autoriza al acreedor "para apropiarse de la persona del deudor, de sus bienes o de la cosa que se disputa".

[17] Gino Gorla, *La garanzie reali dell'obligazione*, Parte general, Milano, Giuffrè, 1935, pág. 26. Respecto al nacimiento del Pacto comisorio: "El pacto comisorio nace en época antiquísima como negocio ligado a varias operaciones contractuales, mediante el cual, convencionalmente se atribuía al acreedor una posibilidad de satisfacción privilegiada, a través de la transferencia de la propiedad de uno o más bienes determinados".

[18] Manuel Ignacio Feliú Rey, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, Civitas, 1995, pág. 33. A esta etapa se llegó después de una evolución que empezó con la atribución al acreedor de un incipiente "derecho de retención" que le daba derecho a vender el bien si se había convenido expresamente. Solo con posterioridad al siglo iii "se reconoce al acreedor el poder de vender el bien aunque en el contrato de

El pacto comisorio facilitó los abusos de los acreedores que empezaron a exigir como garantía cosas con valor muy superior al del crédito, de las cuales se apropiaban en caso de incumplimiento[19]. Por estos abusos el pacto de comiso fue proscrito a partir del 324 d. de C. con un edicto del emperador Constantino en el que se dispuso: "Por cuanto entre otros engaños crece especialmente la aspereza de la ley comisoria de las prendas, ha parecido bien invalidarla, y que para lo sucesivo quede abolido todo su recuerdo. Así pues, si alguno padeciera por tal contrato, respire por virtud de esta disposición, que rechaza juntamente con los pasados, los casos presentes y prohíbe los futuros. Porque mandamos que los acreedores, habiendo perdido la cosa, recuperen lo que dieron"[20].

Los pactos comisorios fueron igualmente repudiados en la codificación napoleónica[21]. Uno de los redactores del Código Civil de 1804, el jurista BERLIER, censuró enérgicamente este tipo de convenios afirmando que "no conviene que la miseria sea explotada por la codicia"[22].

Se pusieron en práctica variantes como el *pacto comisorio ex intervallo* que admitía convenir la apropiación por el acreedor de la cosa gravada con posterioridad a la constitución de la obligación y del gra-

---

prenda no se hubiese previsto y, además, aunque en dicho contrato se hubiera excluido tal poder (*pactum de vendendo*)".

[19] http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/doctrina (consulta: 10 agosto 2007). "La razón principal por la que se ha sancionado de antiguo la interdicción del pacto comisorio reside precisamente en la necesidad de impedir que el deudor sufra un perjuicio patrimonial desproporcionado como consecuencia de encontrarse en una situación económica más o menos angustiosa, de la que pueda valerse el acreedor cuyo crédito está protegido con una garantía real". FERNANDO REGLERO CAMPOS, *El pacto comisorio*. Texto actualizado de la ponencia presentada en mesa redonda en el Congreso sobre Garantías Mobiliarias en Europa, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 29-30 de septiembre de 2005.

[20] FELIÚ REY, *op. cit*.

[21] MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, *Derecho civil*, México, Oxford University Press, 1999, pág. 980. Al respecto, PLANIOL y RIPERT dicen: "El Código Civil es, sobre un punto, más severo que el derecho antiguo. En este se autorizaba a las partes a convenir que la prenda quedaría en poder del acreedor, no en un precio fijado con anterioridad, sino en el que fijaran los peritos después del vencimiento. Aunque esta convención sea menos peligrosa para el deudor, está prohibida por el Código, quien [*sic*] no hace ninguna distinción y quien exige que la atribución de la prenda al acreedor sea ordenada por los tribunales".

[22] LOUIS JOSSERAND, *Derecho civil*, t. II, vol. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1993, pág. 456.

vamen, pero antes de la mora del deudor y el *Pacto Marciano* que permitió al acreedor vender la prenda o apropiarse de ella, previa estimación de su justo precio y restitución al deudor del excedente[23]. En el año 2006, al modificarse el régimen de garantías, se suprimió en Francia la prohibición absoluta del pacto comisorio, para permitir la modalidad de Pacto Marciano, en beneficio de los derechos del acreedor, protegiendo los derechos del deudor. Esta tendencia de unificación con el derecho anglosajón se está acogiendo por todos los países iberoamericanos, también Colombia a partir de la ley de garantías mobiliarias 1676 de 2013.

Dentro del derecho formulario se permitió el desarrollo de nuevas instituciones de ejecución patrimonial, entre ellas la *missio in possessionem bonorum* para deudores fugitivos o ausentes, mediante la cual se entregaban todos los bienes del deudor (*missio in bona*) o algunos de ellos (*missio in rem*) a sus acreedores o a un *curator bonorum*. De esta manera, de la garantía sobre la persona del deudor se fue pasando, poco a poco, a la garantía sobre sus bienes.

También se conoció la *bonorum venditio*, que permitía la realización o venta de todo el patrimonio del deudor a un comprador (*bonorum emptor*), que se convertía en sucesor universal del inicialmente obligado y adquiría el compromiso de pagar a los acreedores emplazados a prorrata de sus créditos[24]. Se afirma que la institución de la *bonorum venditio* es el antecedente de la quiebra, porque además de propender por la venta de la universalidad de los bienes del obligado para el pago de la totalidad de los créditos, acarreaba la infamia (*existimatio*) o afectación de la reputación del deudor insolvente.

Simultáneamente surgieron otras figuras como la *bonorum distractio* para la venta de solo una parte de los bienes del deudor a favor de sus acreedores, la *cessio bonorum* para la cesión voluntaria de bienes por parte del deudor de buena fe a sus acreedores con el fin de evitar la pena de infamia, y la *pignus in causa judicati captum* para la venta de un bien específico del deudor que no era totalmente insolvente, a favor de un determinado acreedor, figura que se califica como el antecedente remoto del actual juicio ejecutivo singular[25].

[23] Edgardo Villamil Portilla, *Algunas garantías civiles*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Ensayos, Grupo Editorial Ibáñez, 2013, pág. 85.

[24] Juan Iglesias Santos, *Derecho romano*. Historia e instituciones, Barcelona, Ariel, 1993, pág. 132.

[25] Nelson Mora G., *Proceso de ejecución*, 5ª ed., t. i, Bogotá, Edit. Temis, 1985, pág. 18.

Un aspecto que es preciso resaltar en la historia de la ejecución, para su comparación con las instituciones actuales, es la exigencia inicial de declaración previa de la responsabilidad del obligado, a la que debía llegarse mediante el procedimiento de cognición o, excepcionalmente, mediante la confesión expresa del deudor sobre la existencia de la obligación. La regla general era la imposibilidad de acudir a un procedimiento de ejecución, sin la tramitación previa de otro de declaración y condena.

En el derecho germánico, traído por los pueblos invasores a partir del siglo V d. C., mediante el "Pacto de Wadiatio"[26], se conoció una primera aproximación a la posibilidad de ejecución sin juicio declarativo previo y se estableció una clara división con la ejecución de sentencias que venía del derecho romano. De esta forma se instituyeron los principios del proceso de ejecución como hoy lo conocemos, esto es, la satisfacción de una pretensión en contra de la voluntad del obligado a partir de la existencia de un derecho incuestionable contenido en un documento con mérito ejecutivo.

La estipulación reapareció sin mayores modificaciones en las cláusulas que solían incluir en los contratos los notarios españoles de la Baja Edad Media para que llevaran aparejada su ejecución[27]. Estos pactos ejecutivos decían: "Damos poder a todos y cualesquiera jueces y justicias, ante quien la presente carta fuere presentada, para que sobre lo contenido en dicha carta haga ejecución en nuestras personas y bienes, así y tan cumplidamente como si contra nosotros fuese dada sentencia definitiva por juez competente, y fuese por nosotros consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada"[28].

En la Italia del siglo XIII se dio un paso definitivo hacia la consolidación del moderno proceso ejecutivo cuando se introdujeron reformas a los estatutos de las ciudades mercantiles para conceder el mérito ejecu-

[26] LEONARDO PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, *Derecho procesal civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, pág. 189. Dicha declaración se formalizaba en presencia de testigos con la entrega de un objeto simbólico (wadia o pequeña rama).

[27] http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/89/art/art13.htm (consulta: 10 febrero 2008). Con la introducción de este tipo de cláusulas se lograba la ejecución sin tramitar el proceso declarativo, "complicado, lento y formalista y, por tanto, originador de un elevado coste". JUAN MONTERO AROCA, "Síntesis de derecho procesal civil español", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Nueva Serie, año XXX, núm. 89, mayo-agosto de 1997.

[28] JUAN MONTERO AROCA, *La herencia procesal española*, México, Universidad Autónoma de México, 1994, pág. 84.

tivo a los documentos que probaran plenamente una obligación, así no mediara la cláusula notarial de pacto ejecutivo, ni la previa sentencia condenatoria[29]. Estas reformas tuvieron su complemento en el derecho canónico con la bula Clementina Saepe Contingit, promulgada en 1306 por el papa Clemente V, en la que se ordenó a los jueces eclesiásticos dinamizar los procesos mediante la reducción de plazos y la eliminación de actuaciones dilatorias[30].

Los juristas italianos se preguntaron qué hacer con los acreedores que no contaban para el cobro de su crédito con un documento que reuniera las exigentes condiciones de un título ejecutivo y para ello idearon en el siglo xiii un proceso alternativo entre el declarativo y el ejecutivo, denominado proceso monitorio, que se extendió por toda Europa y está adoptándose ocho siglos después por los países iberoamericanos, entre ellos Colombia, en el Código General del Proceso de 2012[31].

Son estos antecedentes históricos los que cimientan la aparición del juicio ejecutivo en la España del siglo xiv, inicialmente en ordenamientos regionales como los de Sevilla de los años 1360 y 1396, unificados luego en la *lex toletana* de 1480 de los Reyes Católicos, que estatuyó elementos de vital importancia para el nacimiento del proceso ejecutivo como hoy lo conocemos, a saber: 1) mérito ejecutivo para documentos distintos de las sentencias declarativas, inicialmente los que incluían pactos privados de ejecución (*pactum executivum*) y posteriormente para aquellos que incorporaban obligaciones claras y exigibles; 2) rápida emisión de una orden de pago (*mandatum de solvendo*); 3) agilidad en la sustanciación y en la práctica de las cautelas; 4) plazos preclusivos para la proposición de excepciones, y 5) facultades que se le atribuyeron al juez para rechazar actuaciones probatorias impertinentes o excepciones meramente dilatorias[32].

[29] José Luis Soberanes y Fernández, *Historia del juicio ejecutivo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977, pág. 7.

[30] Víctor Fairén Guillén, Lo «sumario» y lo «plenario» en los procesos civiles y mercantiles españoles, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2007.

[31] Autores como Jordi Nieva-Fenoll afirman que son dispersos los antecedentes del proceso monitorio, que "no es fácil hallar vestigios del procedimiento monitorio antes del siglo xiv y mucho menos fuera de Italia". Agrega que "no debió constituir procedimiento especial alguno en sus inicios" y que "no es más que una fase del procedimiento declarativo ordinario de la época, que en caso de deudas de dinero se debía de sustanciar más rápidamente, sobre todo cuando dichas deudas aparecían documentadas". Jordi Nieva-Fenoll, y otros, *El procedimiento monitorio en América Latina. Pasado, presente y futuro.* Bogotá, Edit. Temis, 2013, pág. 5 y ss.

[32] Estas disposiciones no fueron producto del azar. Se pueden encontrar sus antecedentes en las leyes que con alcance regional promulgó el Rey Enrique iii de Castilla

Estas normas pasaron al derecho indiano en virtud del convenio entre los Reyes Católicos y Cristóbal Colón del 17 de abril de 1492, conocido como Capitulaciones de Santa Fe y en el cual se dispuso que en todas las tierras que "por su mano o industria se descubrieren o ganaren"[33], se aplicaría el derecho de Castilla[34].

Las normas y estructura general del proceso ejecutivo español, con algunas modificaciones menores, se mantuvieron vigentes durante mucho tiempo en los pueblos latinoamericanos. Los ordenamientos nacionales que se fueron expidiendo, y que aún continúan en vigencia en un buen número de países, las siguieron de cerca, con procesos eminentemente escritos, ineficientes, complicados, fragmentarios, carentes de inmediación, desconcentrados, lentos e injustos, reflejo de un sistema procesal hoy revaluado en la mayor parte del mundo civilizado.

Siguiendo el movimiento reformador que floreció a partir del siglo XVIII, como fruto del desarrollo jurídico posterior a la Revolución francesa, la corriente de renovación procesal es actual, mundial y avasalladora, con numerosos puntos de encuentro entre los sistemas del *common law* y los del *civil law*, que de antaño transitaban en direcciones contrapuestas[35].

---

para Sevilla: "Sépades que los Cónsules de los Genovesos y otros mercaderes se me quexaron y dixeron, que ellos venden sus mercaderías y fazen sus contratos a Cristianos y moros y judíos por ciertas cuantías de madrís, que se obligan deles dar y pagar por ellas a plazos ciertos [...] y que los dichos deudores maliciosamente por les non pagar las dichas deudas los traen a pleytos y contiendas allegando, que les han hecho paga dellas, o que han hecho aveniencia con ellos o pacto o postura de no les demandar o que gelo han quitado, o allegan qualesquier excepciones, de que dizen, que tienen los testigos en otros reynos o en Hierusalem, no seyendo las pagas o excepciones puestas y verdaderas, por la cual razon les fazen facer cosas y les aluegan los pleitos, piedron me pro merced, que cuando algunas personas allegasen pagas o excepciones, como dicho es, contra los tales recaudos, no se recibiesen, salvo si mostrasen luego por otra tal escritura a tal alvalá que según derecho deva ser recibida, o por testigos, que fuesen en el arzobispado de Sevilla, o por confesión de la parte". Cfr. SOBERANES Y FERNÁNDEZ, *op. cit*., pág. 8.

[33] Capitulaciones de Santafe (consulta: 12 febrero 2008, en *http://webs.advance.com.ar/pfernando/DocsIglLA/CapsSantaFe.htm#N_2_*).

[34] SOBERANES Y FERNÁNDEZ, *op. cit*., pág. 12. "[...] mientras las normas relativas a organización de tribunales fueron en su mayoría especiales para Indias, las relacionadas con el proceso judicial generalmente fueron las castellanas. La prueba de ello es lo referente al juicio ejecutivo que se vio reglamentado, fundamentalmente, por las disposiciones castellanas [...]".

[35] MICHELLE TARUFFO, Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil, Bogotá, Edit. Temis, 2006, págs. 57 a 85: "[...] debe reconocerse una tendencia de transformación o superación de la distinción hacia una «recomposición» y unificación del derecho procesal

Sobre la base de la constitucionalización de las garantías procesales de todo orden y el regreso a la oralidad, se aspira a contar con procesos que verdaderamente garanticen la efectividad de los derechos sustanciales, con especial rapidez y eficacia en la ejecución de obligaciones, que destierren los obstáculos excesivos o irrazonables, sin desmedro del derecho al debido proceso. Este plausible propósito solo se alcanza si se logra simplificar, facilitar la inmediación, unificar, concentrar, economizar, modernizar y agilizar. Los viejos sistemas y sus arcaicas estructuras procesales predominantemente escritas ya no satisfacen las necesidades de justicia civil de la sociedad de estos tiempos, porque no acoplan armónicamente con el nuevo mundo, ni con el nuevo derecho[36].

Con este norte, dice la exposición de motivos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española promulgada en 2000: "El derecho de todos a una tutela judicial efectiva coincide con el anhelo y la necesidad social de una justicia nueva caracterizada precisamente por la efectividad; un acercamiento de la justicia al justiciable. Justicia efectiva significa plenitud de garantías procesales [...] respuesta judicial más pronta, mucho más cercana en el tiempo [...] Significa, por tanto, un conjunto de instrumentos encaminados a lograr el acortamiento del tiempo necesario para una definitiva determinación de lo jurídico en los casos concretos"[37].

En esta dirección se expidieron en Colombia el Código General del Proceso contenido en la ley 1564 de 2012 y la ley de garantías mobiliarias 1676 de 2013 que modernizan las alternativas de ejecución y las instituciones procesales del país

El Código General del Proceso constituye una herramienta para la efectividad del derecho sustancial, con plenas garantías constitucionales. El nuevo sistema procesal oral y desformalizado que sigue modelos

---

civil, por la crisis de los modelos tradicionales. Los modelos funcionales se enfocan a [*sic*] la «instrumentalidad del proceso, como medio para conseguir los resultados a los cuales se orienta la justicia civil», con las siguientes características: a) tutela judicial efectiva, que comprende esencialmente la posibilidad y realidad de acceso a la justicia; b) la rapidez en la solución, porque justice delayed is justice denied; y c) adecuación específica del procedimiento a las finalidades de tutela de las distintas situaciones jurídicas [...]".

[36] Ulises Canosa Suárez, "El proceso civil por audiencias", en *XVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, celebrado en Neiva en 1997, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pág. 473.

[37] Ley de Enjuiciamiento Civil española, 2000.

del derecho comparado, permite realizar el objeto de los procedimientos que es la efectividad de los derechos que reconoce la ley sustancial, como presupuesto insustituible de la armonía y el orden social[38].

La ley 1676, por su parte, siguiendo también modelos internacionales, moderniza y unifica el sistema de garantías en Colombia, para asegurar su publicidad, facilitar la ejecución y, de esta manera incrementar el acceso al crédito. Para el efecto, deroga la prohibición absoluta de pacto comisorio y equilibra los derechos del acreedor garantizado en situaciones de insolvencia. Establece esta ley tres formas de ejecución, dos extrajudiciales que son el pago directo con apropiación de la prenda por el acreedor, previo avalúo y restitución del exceso al deudor (Pacto Marciano) y la ejecución especial para realización de la garantía, también con avalúo previo y restitución de excedentes al deudor, ante notarios o cámaras de comercio, y finalmente, la tercera forma de ejecución es la judicial mediante el proceso ejecutivo ante el juez.

Si bien ningún sistema procesal de ejecución de obligaciones puede precaver los incumplimientos, ni pretender brindar plena satisfacción a todos los acreedores, sí debe constituir un escenario en el que, respetando los derechos fundamentales, se proporcionen soluciones rápidas, eficaces y justas.

## **3.** PROCESO EJECUTIVO. TÍTULO EJECUTIVO

En el proceso ejecutivo se busca satisfacer un derecho cierto que se encuentra contenido en un título ejecutivo (*nulla executio sine título*). El vocablo "ejecución" alude a la acción y efecto de ejecutar, esto es, "realizar, cumplir, satisfacer, hacer efectivo y dar realidad a un hecho"[39].

La ejecución de una obligación puede ser voluntaria cuando el deudor cumple directamente con su prestación, o puede ser forzada mediante el proceso ejecutivo ante la rama jurisdiccional al cual se puede acudir cuando el derecho del demandante consta en un documento que alcanza la calidad de título ejecutivo, porque prueba plenamente el derecho del acreedor[40].

[38] ULISES CANOSA SUÁREZ, Presentación Código General del Proceso Comentado, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014, pág. 7 y ss.

[39] EDUARDO J. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 11ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1981, págs. 435 y ss.

[40] Ya se ha dicho que la ley 1676 de 2013 también permite la ejecución mediante pago directo o ejecución especial. Otra forma judicial de exigir el cumplimiento, cuando no

En la clasificación de los procesos por la naturaleza de la pretensión, que los agrupa en procesos de conocimiento y procesos ejecutivos, se muestra explicativamente las dos etapas de la jurisdicción: la cognición, o aquella que se dirige a la declaración de certeza o de aplicación de la ley para un derecho incierto o controvertido, momento en el cual el Estado *dicit ius*; y la ejecución forzada, en la cual se observa la ley, porque ante un derecho cierto pero insatisfecho, el Estado hace que el mandato concreto sea prácticamente cumplido con el empleo de la fuerza "dirigida a modificar el mundo exterior y a hacerlo corresponder a la voluntad de la ley"[41].

La estructura de estos dos tipos de proceso, explica el profesor uruguayo Eduardo J. Couture acudiendo al saber, querer y obrar del proceso humano[42], ilustra visiblemente sus diferencias: en el proceso de conocimiento el juez comienza por saber o conocer los hechos, mediante un amplio debate probatorio, luego decide, esto es, quiere en sentido jurídico y por último obra cuando hace cumplir o ejecuta la sentencia; en cambio, en el proceso ejecutivo, con un título ejecutivo, que hace plena prueba de un derecho cierto, el juez decide desde el momento mismo en que libra la orden de pago, sin perjuicio de que después oiga al demandado, conozca las excepciones y practique pruebas; y también desde el primer acto procesal empieza a obrar, porque dispone la práctica de medidas cautelares para asegurar la ejecución[43].

---

se tiene título ejecutivo, es el proceso declarativo y, específicamente para obligaciones dinerarias y contractuales de mínima cuantía, el proceso monitorio.

[41] Piero Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. I, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, págs. 141 y ss. Dice además el profesor italiano: "No se debe a la casualidad el que la justicia se presente simbólicamente provista de la balanza y de la espada. La defensa del derecho que el Estado realiza a través [*sic*] de la jurisdicción, no se agota en los razonamientos del juez; y a fin de que estos puedan traducirse en realidad, es necesario que, detrás de la balanza del juzgador, vigile la espada del ejecutor. Pero, viceversa, la espada del ejecutor no puede moverse si antes el juez no ha pesado imparcialmente las razones de la justicia".

[42] Couture, *op. cit*., pág. 439.

[43] "La gran revolución ocurrida en el derecho moderno no se debió al lento y pesado procedimiento ordinario, sino a una gloriosa tutela sumaria, representada por el título ejecutivo, instrumento ofrecido por los juristas para la construcción del capitalismo industrial. La concepción del título ejecutivo, en el derecho medieval, es el testimonio más elocuente de esta verdad elemental. Pero lo que debe recalcarse con la consagración del título ejecutivo, es el rompimiento de la exigencia de un contradictorio previo (*audiatur et altera parte*), para consagrar el contradictorio diferido. Eso implicó romper toda una tradición". Ovidio Baptista Da Silva, *Racionalismo y tutela preventiva en el proceso civil*, comunicación escrita para el Segundo Congreso Internacional de Derecho

Entre las principales clasificaciones que la doctrina ha hecho de los procesos ejecutivos, pueden subrayarse las siguientes: 1) ejecutivo por dación, en el que se persigue la entrega de una cantidad de dinero que hace necesaria la ejecución expropiativa como forma general de las ejecuciones procesales, denominada también ejecución dineraria o ejecución satisfactiva o transformativa, según tengan por objeto la entrega de bienes distintos de dinero o el cumplimiento de obligaciones de hacer o de no hacer[44]; 2) ejecutivo propio, cuando el proceso es independiente de uno previo de conocimiento, e impropio, cuando se tramita a continuación de uno de conocimiento; 3) ejecutivo directo cuando se demanda la misma prestación contraída, y por equivalencia cuando el acreedor reclama perjuicios compensatorios en vez de la obligación principal o en subsidio de ella (C. G. P., art. 428); 4) ejecutivo singular, si uno o varios acreedores persiguen una parte del patrimonio del deudor, y colectivo o concursario, si un conjunto de acreedores persigue los bienes del deudor; 5) también se menciona el ejecutivo singular, si el acreedor no cuenta con garantía real; el prendario o hipotecario, si existen estas garantías, y el mixto, si además de los bienes gravados se persiguen otros del deudor.

El acreedor que desee impulsar un proceso ejecutivo debe presentar con la demanda un título ejecutivo que, siguiendo lo preceptuado por el artículo 422 del Código General del Proceso, puede consistir en: 1) documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él de una obligación expresa, clara y exigible[45], entre los que se encuentran los títulos valores; 2) sentencias de condena proferidas por juez o tribunal de cualquier jurisdicción u otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley; 3) providencias que en procesos contencioso administrativos o de policía aprueben

---

Procesal, realizado en Lima (Perú), en junio de 2002, trad. de Juan José Monroy Palacios, y publicado en la Revista Peruana de Derecho Procesal, núm. V, Lima, págs. 285 y ss.

[44] JAIME GUASP y PEDRO ARAGONESES, *Derecho procesal civil, procesos declarativos y de ejecución*, 7ª ed., t. II, Navarra, Thomson Civitas, 2006, págs. 585 y ss.

[45] HERNANDO DEVIS ECHANDIA, *Compendio de derecho procesal*, t. III, v. II, Bogotá, Edit. ABC, 1981, pág. 599. La obligación es expresa cuando aparece manifiesta de la redacción misma del contenido del título, sin que hagan falta razonamientos lógico-jurídicos para encontrarla; es clara cuando todos sus elementos están determinados, objeto, término, valor líquido o liquidable por simple operación matemática, de tal manera que no existen dudas sobre su existencia y características; y es exigible cuando puede cobrarse ya, o porque es pura y simple, o porque estando sujeta a plazo o condición se haya vencido aquel o cumplida esta y, en el último caso, con la demanda se acompaña plena prueba del cumplimiento de la condición, en los términos del art. 427 del C. G. P.

liquidación de costas o determinen la cuantía de los honorarios de los auxiliares de la justicia; 4) la confesión hecha en interrogatorio de parte anticipado (id., art. 184), y 5) otros documentos que con fundamento en la ley alcancen la calidad de título ejecutivo, como puede ser la liquidación de las obligaciones vencidas a cargo del propietario o morador, realizada por el administrador de unidades inmobiliarias cerradas (ley 428 de 1998, art. 36)[46] o el formulario registral de ejecución de la garantía mobiliaria inscrito o de restitución (ley 1676 de 2013, art. 12).

Establece el artículo 430 del Código General del Proceso, que presentada la demanda con arreglo a lo previsto por la ley, y acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento que ordena al demandado cumplir la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal, teniendo en cuenta si la obligación es de pagar sumas de dinero (art. 431), de dar (art. 432), de hacer (art. 433), de suscribir documentos (art. 434) o de no hacer (art. 435).

Los requisitos formales del título ejecutivo únicamente pueden discutirse por recurso de reposición contra el mandamiento de pago y, por tanto, no podrán reconocerse o declararse por el juez en un momento posterior, ni de oficio, ni a petición de parte (C. G. P., art. 430 inc. 2º).

Una novedad del Código General del Proceso, ejemplo de eficacia, es la posibilidad de transformar el proceso ejecutivo en declarativo, si como consecuencia del recurso de reposición por defectos formales del título, se revoca el mandamiento de pago. En este caso, dentro de los cinco días siguientes, el acreedor podrá presentar demanda declarativa ante el mismo juez (C. G. P., art. 430 inc. 3º).

El demandado, una vez se le ha notificado el mandamiento ejecutivo, tiene varias alternativas: 1) allanarse a cumplir (art. 440, inc. 1º); 2) no cumplir, ni proponer excepciones, en cuyo caso el juez ordenará, por medio de auto que no admite recurso, el remate y el avalúo de los bienes embargados y de los que posteriormente se embarguen, si fuere el caso, o seguir adelante la ejecución para el cumplimiento de las obligaciones determinadas en el mandamiento ejecutivo, practicar la liquidación del crédito y condenar en costas al ejecutado", de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 440 del Código General del Proceso; 3) proponer excepciones de mérito, porque la presentación de un título ejecutivo por el demandante no proscribe por completo la

[46] Juan Guillermo Velásquez Gómez, *Los procesos ejecutivos*, 11ª ed., Medellín, Librería Señal Editora, 2000, págs. 35 y ss.

posibilidad de discusión para el demandado. Dichas excepciones están limitadas cuando el título consiste en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional (art. 442, num. 2) o en un título valor (C. de Co., art. 784)[47]. Las excepciones se tramitan en la forma dispuesta en el artículo 443 del Código General del Proceso, esto es, mediante la misma estructura oral o por audiencias del proceso declarativo, luego de correr traslado al ejecutante por diez días para que se pronuncie sobre las excepciones y presente o pida pruebas y son decididas mediante sentencia que, por regla general, hace tránsito a cosa juzgada (C. G. P., art. 443 num. 5).

En firme la sentencia que ordena seguir adelante la ejecución, se practica el avalúo (C. G. P., art. 444) y el remate de bienes (id., arts. 448 y ss.), o la entrega del bien objeto de la obligación de dar o la ejecución del hecho debido (C. G. P., arts. 459 y 460), según el caso, y la liquidación del crédito (id., art. 446), teniendo siempre el demandado, en todo momento, la posibilidad de obtener la terminación del proceso por pago (id., art. 461).

### **4.** Proceso monitorio

Los artículos 419 a 421 del Código General del Proceso incorporan un nuevo proceso, para el cobro de obligaciones en dinero, de naturaleza contractual, determinadas y exigibles, que sean de mínima cuantía.

Es un proceso que garantizará un fácil acceso a la justicia para los acreedores que no documentan sus créditos en títulos ejecutivos, circunstancia que les impedía acceder directamente al proceso ejecutivo, permitiéndoles optar únicamente por el declarativo o el interrogatorio de parte como prueba anticipada, alternativas complicadas, ineficientes y demoradas.

En una demanda por formato, con la sola declaración del demandante, sin documentos, por haberse consagrado un monitorio puro, en forma rápida y sencilla, se podrá lograr un requerimiento de pago, providencia no susceptible de excepciones previas, ni reposición.

El demandado debe ser notificado personalmente y en el término de diez días podrá: a) pagar, en cuyo caso termina el proceso sin condenas

[47] La ley 1676 de 2013 de garantías mobiliarias, limita de manera desproporcionada las excepciones que puede proponer el deudor; es disposición que no dudamos en calificar contraria a la Constitución, por atentar, sin razón que lo justifique, contra el derecho de defensa del deudor y, por tanto, contra el derecho fundamental al debido proceso.

adicionales; b) guardar silencio, caso en el cual se dictará sentencia que podrá ser ejecutada sin lugar a nuevas oposiciones; c) oponerse expresamente, para que se abra la fase declarativa y se resuelva la controversia en una audiencia donde se intentará la conciliación, se practicarán pruebas y se dictará la sentencia con efectos de cosa juzgada.

Obsérvese que a diferencia de lo que sucede en la generalidad de procesos declarativos, en este nuevo proceso monitorio se presenta una inversión del contradictorio, porque la fase de conocimiento solo se abre si el demandado se opone.

### **5.** Medidas cautelares

El derecho de garantía general le confiere al acreedor distintos medios o atributos que le permiten salvaguardar su derecho y, eventualmente, vencer la resistencia del deudor. Dichos atributos se traducen en algunas medidas que puede adoptar el acreedor para conservar o reintegrar el patrimonio de su deudor o para ejecutar la prestación. Estas medidas se clasifican en: 1) medidas de conservación del patrimonio del deudor (derechos auxiliares); 2) medidas de reintegración del patrimonio del deudor, y 3) medidas de satisfacción o ejecución.

Son medidas de conservación las que buscan mantener el estado actual del patrimonio del deudor, mediante las cuales los acreedores ejercen "derechos auxiliares" de preservación de las posiciones adquiridas. Su objeto es, como dice Josserand, "reservarse el porvenir"[48]. Entre ellas puede mencionarse: 1) la guarda y aposición de sellos en procesos de sucesión, que son útiles para conservar bajo llave y sellar los bienes muebles del causante con el fin de evitar saqueos y asegurar la distribución según las reglas de la sucesión (C. de P. C., arts. 575 y ss.); y 2) el beneficio de separación de patrimonios concedido a los acreedores para que se les paguen las obligaciones hereditarias o testamentarias con los bienes del difunto, con preferencia a las deudas propias del heredero (C. C., arts. 1435 a 1442).

Son medidas de reintegración aquellas que buscan restablecer el patrimonio del deudor, para ejercer sobre los bienes respectivos medidas de ejecución[49]; entre ellas pueden mencionarse las siguientes: 1) la acción oblicua, que es aquella en la que el acreedor sustituye al deudor,

[48] Josserand, *op. cit*., pág. 530.

[49] Las medidas de reintegración se pueden llevar a cabo antes o durante el proceso ejecutivo, mediante el proceso declarativo correspondiente.

de manera indirecta, en el ejercicio de ciertos derechos patrimoniales[50] que el deudor de manera directa descuida o no quiere ejercer[51]; 2) la acción pauliana para obtener la revocación de los actos del deudor que, aunque reales, fueron celebrados de mala fe (*consilium fraudis*), en perjuicio de los derechos de los acreedores (*eventus damni*), y 3) la acción de simulación mediante la cual el acreedor impugna los actos aparentes de empobrecimiento del deudor.

Son medidas de ejecución aquellas que buscan la realización de los bienes del deudor, a fin de que se vendan para que con el producto se pague al acreedor. Para este fin son indispensables las medidas cautelares de embargo y secuestro, que aunque no son exclusivas del proceso ejecutivo, sí lo caracterizan de manera especial[52].

El patrimonio del deudor es la prenda general de sus acreedores. "Toda obligación personal —dispone el art. 2488 del C. C.— da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables".

Así las cosas, si el deudor no cumple voluntariamente, como todo su patrimonio es garantía para sus acreedores, ellos "podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluidos los intereses y los costos de cobranza, para que con su producto se les satisfaga íntegramente" (C. C., art. 2492).

[50] Se excluyen de esta posibilidad los derechos extramatrimoniales y los derechos y acciones relacionados exclusivamente con la persona del deudor, aunque tengan un resultado económico, como el derecho a demandar una presunción de paternidad o la posibilidad de demandar el divorcio.

[51] JOSSERAND, *op. cit*., pág. 535: "La facultad en los acreedores de obrar así, indirectamente, de ejercer por vía oblicua los derechos y acciones del deudor, se justifica en equidad y en derecho; en equidad: no es admisible que un deudor pueda comprometer la garantía de sus acreedores por una administración negligente o malévola; quien tiene deudas, está obligado a no hacer nada que pueda comprometer el pago de las mismas. En derecho, la acción ejercida por los acreedores formaba parte de su garantía, puesto que constituía un elemento del patrimonio de su deudor; es necesario que ellos puedan utilizar, que puedan realizar esta garantía; y eso es lo que hacen al obrar en el lugar del deudor".

[52] En efecto, las medidas cautelares no son exclusivas del proceso ejecutivo, porque también proceden en ciertos declarativos y en algunos procesos especiales. "Nuestra legislación procesal —dice RAMIRO BEJARANO GUZMÁN—, no es ajena a la tendencia universal de autorizar el decreto y práctica de medidas cautelares en todo tipo de proceso". RAMIRO BEJARANO GUZMÁN, *Procesos declarativos*, 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2005, pág. 67.

La doctrina, tanto nacional como internacional, del derecho civil pregona que el deudor insolvente es jurídicamente irresponsable[53], porque los efectos de la ejecución son meramente patrimoniales, al estar proscrita cualquier forma de coacción sobre la persona del obligado. Si los bienes del deudor son insuficientes, la satisfacción de los acreedores debe hacerse a prorrata, es decir, aplicando la ley del dividendo, pero considerando las "causas para preferir ciertos créditos" establecidas en los artículos 2493 y siguientes del Código Civil, que son el privilegio (créditos de primera, segunda y cuarta clase) y la hipoteca (créditos de tercera clase).

Este derecho de prenda general que tienen los acreedores no incide en bienes específicos del deudor, sino en la totalidad de su patrimonio, que, por las amplias facultades de administración y disposición que conserva el obligado, puede aumentarse con el ingreso de nuevos activos o deteriorarse por la salida de ciertos bienes o la asunción de nuevas deudas, de tal manera que todos estos cambios sobrevivientes encuentran eco y se reflejan en el derecho de garantía general de los acreedores. Aunque también hay medidas cautelares[54] sobre personas[55] o sobre medios de prueba[56], en el proceso ejecutivo, por hacerse efectiva la garantía general sobre el patrimonio del deudor, proceden las que la doctrina ha dado en llamar medidas cautelares reales o sobre bienes del deudor, entre las cuales las más importantes son el embargo y el secuestro[57].

[53] Ospina Fernández, *op. cit*., pág. 51.

[54] En términos generales, las medidas cautelares son las decisiones del juez para prevenir las contingencias que pueden sobrevenir sobre las personas, los bienes o los medios de prueba, mientras se empieza y adelanta un proceso, con el propósito de asegurar la efectividad de la resolución que se adopte. Se llaman también medidas de seguridad o preventivas, y en el proceso ejecutivo, medidas ejecutivas. Se denominan preprocesales cuando se realizan antes del proceso y previas cuando se realizan una vez empezado, pero antes de notificarse al demandado. Las medidas cautelares precaven los efectos nocivos del paso del tiempo en la tramitación del proceso, asegurando la ejecución de las decisiones.

[55] Entre ellas debe mencionarse la interdicción provisoria y la interdicción del paciente, según dispone el num. 6 del art. 586, o el depósito de personas al tenor del art. 598 núm. 5 del C. G. P..

[56] Se conocen como pruebas anticipadas, pruebas que se practican antes de un proceso o para un proceso futuro. A manera de ejemplo el art. 184 del C. G. P. señala que "Quien pretenda demandar o tema que se le demande" puede pedir el interrogatorio anticipado de su presunta contraparte. El art. 189 del C. G. P. dispone que puede solicitarse la práctica anticipada de una inspección judicial sobre personas, lugares o cosas que hayan de ser materia de un proceso futuro.

[57] Otra medida cautelar es la inscripción de la demanda que debe practicarse en los procesos declarativos para bienes sujetos a registro (muebles o inmuebles), y consiste en

El Código General del Proceso de 2012 estableció un sistema mixto de medidas cautelares. El sistema del Código de Procedimiento Civil era taxativo, porque el legislador determinaba la procedencia de cautelas en cada proceso. Desde la vigencia del Código General del Proceso el literal c) del numeral 1 del artículo 590 autoriza al juez para decretar en los procesos declarativos, incluido el monitorio, cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión, teniendo en cuenta la apariencia de buen derecho, la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida.

Son tres los requisitos generales que deben cumplirse para la medida cautelar[58]: 1) *fomus boni iuris*, "humo del buen derecho" o verosimilitud del derecho alegado, que en el proceso ejecutivo se establece desde la demanda por la presencia del título ejecutivo que justifica incluso la práctica de medidas cautelares previas a las cuales se procede antes de notificar al demandado la orden de pago; 2) *periculum in mora*, o sea la posibilidad de causar daño, que en el proceso ejecutivo se manifiesta por el riesgo de disminución del patrimonio del deudor durante el curso del proceso; 3) procedencia de las cautelas, contenida en el artículo 599 del Código General del Proceso, que aglutina las medidas que pueden solicitarse y decretarse en el proceso ejecutivo, lo mismo que las formalidades de la solicitud, oportunidad y límites, entre otros aspectos[59].

---

anotar la demanda ante la autoridad encargada de llevar el registro, para avisar a todos sobre la tramitación del proceso y sujetar a posibles adquirentes a las resultas del juicio. La inscripción de la demanda no saca el bien del comercio, no es igual al embargo, pero quien lo adquiera con posterioridad a la inscripción queda sujeto a las resultas del proceso (C. G. P., art. 590, num. 1).

[58] GABRIEL HERNÁNDEZ VILLARREAL, "Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿taxatividad o enunciación de las cautelas?", en *Estudios socio jurídicos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, pág. 190. "Adicionalmente, en algunas legislaciones se incluye como requisito para la procedencia de las medidas cautelares el hecho de que la persona que ha de soportarlas de la impresión de que se sustraerá del cumplimiento de la sentencia y es ahí cuando se habla de la *suspectio debitoris*".

[59] Entre las características de las medidas cautelares están las de ser accesorias a un proceso, provisionales o mutables, porque permanecen mientras está presente la situación de peligro y pueden cambiar o modificarse dependiendo si se mantienen las circunstancias que se consideraron para decretarlas. Deben limitarse a lo necesario y resolverse rápidamente.

El embargo consiste en sacar un bien del comercio, inmovilizarlo jurídicamente, de tal forma que hay objeto ilícito si aquel se transfiere (C. C., art. 1521, num. 3). Los bienes sujetos a registro, como los inmuebles, y algunos muebles como los automotores, se embargan inscribiendo la orden del juez en el registro correspondiente, en tanto que los bienes muebles no sujetos a registro se embargan mediante su secuestro. El artículo 593 del Código General del Proceso regula la forma de practicar los embargos sobre créditos u otros derechos semejantes, remanentes o bienes que se desembarguen, acciones y títulos valores, entre otros[60]

Se entiende por secuestro la aprehensión material del bien, para entregarlo a un secuestre, persona que lo deberá restituir a quien el juez disponga[61]. Puede ser: perfeccionador del embargo de bienes muebles; complementario del embargo de bienes inmuebles, que después de embargados en el registro deben secuestrarse; autónomo, como en el proceso de sucesión, en los claros términos del artículo 480 del Código General del Proceso.

Las medidas cautelares de embargo y secuestro se deben levantar en los casos previstos en el artículo 597 del Código General del Proceso, entre ellos cuando lo pide quien solicitó la medida, si termina el proceso por desistimiento, revocatoria del mandamiento de pago o por sentencia que se dicte en favor del demandado; también si se presta caución para garantizar lo que se pretende y, finalmente, cuando el deudor paga la obligación.

[60] Piero Calamandrei, en cita que de él hace Hernán Fabio López Blanco, a manera de alegato propio del abogado defensor del afectado con la cautela, "con la vehemencia que lo caracterizó", decía que el embargo "pasa frecuentemente a ser un medio de coacción psicológica, un medio expeditivo, podría decirse, para agarrar al adversario por el cuello; no sirve (como hipócritamente se dice) para mantener durante el curso de la litis la igualdad de las partes y la estabilidad de sus respectivas situaciones patrimoniales, sino que sirve, por el contrario, para poner a una de las partes en condiciones tales de inferioridad que les constriña antes de decidirse la litis a pedir merced por asfixia". Para atemperar esta manifestación y subrayar la necesidad de las contracautelas, el eminente jurista italiano las concibió como "medios para evitar los abusos, puesto que, empleadas en el momento oportuno, pueden moderar la coacción psicológica ejercida por una medida cautelar demasiado violenta, mediante un contrachoque psicológico que sirve para restablecer el equilibrio de las partes". Hernán Fabio López Blanco, *Procedimiento civil*, t. II, Parte especial, Bogotá, Dupre Editores, 2004, págs. 840 y ss.

[61] "El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor". El secuestro puede ser convencional o judicial (C. C., arts. 2273 y 2276).

## 6. PRINCIPIOS DEL PROCESO EJECUTIVO

Las normas jurídicas que regulan el proceso ejecutivo, atendida la especial naturaleza instrumental que tienen para la efectividad de derechos ciertos pero insatisfechos, se inspiran en determinados fundamentos valorativos que responden a una concepción político-filosófica determinante para la interpretación e integración de las disposiciones legales aplicables[62].

De acuerdo con el inciso 2º del artículo 230 de la Constitución Política, los principios generales "son criterios auxiliares de la actividad judicial", que cumplen, al tenor de los artículos 11 y 12 del Código General del Proceso, funciones enderezadas a disipar dudas y llenar vacíos de los ordenamientos legales.

Comoquiera que la doctrina nacional e internacional del derecho procesal no está de acuerdo con el número de principios[63], aquí se reúnen en cinco literales, el segundo de los cuales agrupa varios principios que en ocasiones se presentan separadamente. No se pretende agotarlos, porque en el proceso ejecutivo también operan los preceptos comunes a cualquier tipo de proceso, como los de celeridad, economía, preclusión, buena fe y lealtad procesal.

Estos principios son generales porque orientan la hermenéutica jurídica referida a cualquier actuación dentro del proceso ejecutivo, de iniciación o impulso, probatoria, de impugnación o cautelar, sea de naturaleza civil, laboral o administrativa, e independientemente del tipo de obligación cuya ejecución se reclama, por ejemplo de dar, hacer o de no hacer.

### A) *Principio de la satisfacción máxima de la pretensión del acreedor*

El proceso ejecutivo debe constituirse en un mecanismo para garantizar el cumplimiento de la prestación debida y por esta razón normal-

[62] HERNÁN VALENCIA RESTREPO, *Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1993, págs. 52 y ss. Sobre los principios también puede consultarse a EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, *Teoría constitucional del proceso*, Santa Fe de Bogotá, Doctrina y Ley, 1999.

[63] JAIRO PARRA QUIJANO, *Derecho procesal civil*, t. II, Parte especial, Santa Fe de Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 1995, págs. 256 a 262. Estos principios son pregonados por la doctrina colombiana, que sigue de cerca a JAEGER, de acuerdo con cita de MANUEL DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil español,* t. I, 3ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1943.

mente debe terminar con el pago, como reza el artículo 1627 del Código Civil, "bajo todos respectos en conformidad al tenor literal de la obligación". Solo de esta manera se satisface, y plenamente, el derecho cierto del acreedor.

Este principio deviene de la calidad de expreso, claro y exigible que tiene el derecho existente en favor del demandante, atributo que justifica un proceso especial como el ejecutivo, notoriamente diferente de otro tipo de proceso, como el declarativo, en el cual generalmente se ventilan derechos inciertos que buscan un reconocimiento mediante una sentencia como forma normal de terminación de la actuación.

En desarrollo de este principio, el acreedor está legitimado para solicitar la práctica de medidas cautelares en cualquier estado del proceso, desde el mismo momento de presentación de la demanda y hasta aquel en que se extinga totalmente la obligación en su favor (C. G. P., art. 599); estas medidas cautelares deben decretarse a más tardar al día siguiente de su solicitud (art. 588) y practicarse inmediatamente antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decrete (art. 298).

Otro ejemplo de aplicación de este principio en el proceso ejecutivo lo podemos encontrar en el artículo 468 del Código de Procedimiento Civil, norma que autoriza al acreedor para "perseguir otros bienes del ejecutado" cuando a pesar del remate o adjudicación de las cosas pignoradas la obligación no se extinga.

B) *Principio del respeto de los derechos del deudor*

Este principio se materializa dentro del proceso ejecutivo en tres frentes diversos, pero complementarios:

En el respeto y ponderación a la persona del deudor y la consideración con sus necesidades primarias, honores y creencias.

Clara aplicación de este principio la podemos encontrar en el texto del artículo 594 del Código General del Proceso, disposición que debe leerse en concordancia con el artículo 1677 del Código Civil, que prohíbe embargar el televisor, el radio, la computadora o el equipo que haga sus veces y los elementos indispensables para la comunicación personal, los utensilios de cocina, la nevera y demás muebles necesarios para la subsistencia del afectado y de su familia o para el trabajo individual, salvo los bienes suntuarios de alto valor o que se trate del cobro del crédito otorgado para la adquisición del respectivo bien. También se prohíbe embargar los alimentos y el combustible para el sostenimiento del deudor y su familia durante un mes (num. 12). Es aplicación de

este principio, igualmente, la inembargabilidad de "las condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios" (num. 7), "los terrenos o lugares utilizados como cementerios o enterramientos" y "los bienes destinados al culto religioso de cualquier confesión o iglesia" (nums. 9 y 10). Finalmente, los artículos 154 y 155 del Código Sustantivo del Trabajo no permiten embargar el salario mínimo legal o convencional[64] y el excedente del salario mínimo solo en una quinta parte, o hasta en un 50 por ciento en favor de cooperativas legalmente autorizadas, o para cubrir pensiones alimentarias.

En el respeto que se debe observar por los derechos fundamentales, porque el proceso ejecutivo debe garantizar, siempre, los derechos fundamentales de todas las partes, entre estos el del debido proceso, integrado por las garantías mínimas para toda persona dentro de la actuación procesal. La calidad de ejecutivo del título del demandante jamás justificará excepcionar las garantías fundamentales a que tiene derecho el demandado.

Estos derechos fundamentales tienen que ser protegidos atendida su especial relevancia, ya que reconocen la dignidad de la persona humana en su dimensión individual y social, dentro de un marco de libertad e igualdad. Ningún ordenamiento procesal, sin que importe el tipo de proceso, de conocimiento o ejecutivo, puede ser ajeno a esta importante garantía[65].

Por esta razón el deudor en el proceso ejecutivo —como no podría ser de otra manera— tiene plenas garantías para proponer excepciones dentro de los diez días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo (C. G. P., art. 442, num. 1), excepciones que se tramitan según la regulación del Código General del Proceso, por medio del proceso

[64] Corte Const., sent. C-710 de 9 diciembre 1996, exp. D-1292 (M. P. Jorge Arango Mejía). "Según el estatuto laboral, el salario mínimo «es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural». Así entendido, es esta parte del salario la que no puede embargarse en ninguna proporción. Por tanto, la norma es del todo ajustada a la Constitución, no solo en lo que hace al artículo 53, el cual garantiza una remuneración mínima, vital y móvil (salario mínimo), sino en relación con el artículo 42, pues la protección del salario no solo se erige como una garantía para el trabajador, sino para su núcleo familiar".

[65] Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), entre otros.

oral o por audiencias, con pleno debate probatorio y posibilidad de recursos[66].

En el sacrificio mínimo del patrimonio del deudor, porque el proceso ejecutivo debe afectar únicamente dicho patrimonio, y bajo ninguna circunstancia a la persona del deudor, y solo en la justa medida, esto es, en lo absolutamente indispensable para que se pueda concretar la equitativa satisfacción del derecho del acreedor. Los instrumentos que concede el proceso ejecutivo para facilitar la realización de los derechos ciertos del acreedor no pueden utilizarse para consumar excesos perjudiciales.

Son aplicaciones prácticas de este principio los límites cuantitativos de las medidas cautelares, que al decir del artículo 599 del Código General del Proceso, el juez debe limitar "a lo necesario", sin que el valor de los bienes por aquellas afectados pueda "exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas, salvo que se trate de un solo bien o de bienes afectados por hipoteca o prenda que garanticen aquel crédito, o cuando la división disminuya su valor o su venalidad". Estas cautelas pueden ser impedidas o levantadas por el deudor, prestando caución en los términos previstos en el artículo 602 de la misma codificación.

Otra fehaciente aplicación de este principio se encuentra en el artículo 440 del Código General del Proceso, que faculta al ejecutado para pedir, "dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto que las imponga", la exoneración de la condena en costas "si prueba que estuvo dispuesto a pagar antes de ser demandado y que el acreedor no se allanó a recibirle".

C) *Principio del respeto de los derechos de terceros*

Al ser los bienes del deudor, y solo dichos bienes, al tenor del artículo 2488 del Código Civil, los que sirven de garantía general a los acreedores, dentro del proceso de ejecución no se deben afectar los derechos de terceros. Los terceros a los que de manera injustificada alcancen los efectos del proceso ejecutivo cuentan con mecanismos para hacer valer sus derechos.

[66] La Ley de Garantías Mobiliarias 1676 de 2013 debió aplicar este principio. No deja de generar inquietudes que, especialmente los arts. 61, 66 y 67, incluyan algunas normas de procedimiento que limitan, sin razonabilidad, ni proporcionalidad, la posibilidad de defensa del deudor, vulnerando los postulados del debido proceso, tanto en la restricción de excepciones y petición de pruebas, como en su trámite.

Así, por ejemplo, si al practicarse el secuestro los bienes denunciados como del deudor se encuentran en poder de un tercero que alegue y pruebe su posesión material, se respetan sus derechos en los términos del artículo 596 del Código General del Proceso. Si el tercero poseedor no se opuso a la práctica de la diligencia de secuestro, de todas formas puede solicitar al juez de conocimiento, mediante el trámite incidental y con previa presentación de caución, "dentro de los veinte días siguientes [...], que se declare que tenía la posesión material del bien al tiempo en que aquella se practicó" y, consiguientemente, el levantamiento de la cautela (C. G. P., art. 597, num. 8).

D) *Principio garantizador de los derechos de otros acreedores*

Los acreedores, dispone el artículo 2492 del Código Civil, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor, salvo aquellos que expresamente estén exceptuados, para que con su producto se paguen los créditos debidos y se les satisfaga íntegramente, "si fueren suficientes los bienes y, en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos".

Este derecho de los acreedores frente a su deudor común, sumado a la regla general de inexistencia de preferencia por la fecha de presentación de la demanda ejecutiva o por la de práctica de una medida cautelar, exige conceder a los acreedores la facultad de concurrir a la ejecución incoada por otro, posibilidad que se garantiza mediante mecanismos como el de citación de acreedores con garantía real (C. G. P., art. 462), acumulación de demandas o procesos ejecutivos (id., arts. 463 y 464), el de concurrencia de embargos en procesos de diferentes especialidades (id., art. 465), lo mismo que con el sistema de persecución en un proceso civil de bienes embargados en otro (id., art. 466).

E) *Principio del respeto a los intereses públicos*

Es necesario considerar y "defender, en todo caso, los intereses generales implicados en el proceso de ejecución que pudieran resentirse"[67], mucho más si se tiene en cuenta la evolución que supuso en la sociedad contemporánea el paso del Estado liberal burgués al denominado Estado social de derecho, donde hay deberes constitucionales trascendentales para garantizar la vida en comunidad, tanto la presente,

[67] HERNANDO MORALES MOLINA, *Curso de derecho procesal civil*, 8ª ed., Bogotá, ABC, 1983, pág. 157.

como la futura, lo mismo que la cohesión social indispensable para la realización de los valores del Estado social, entre ellos el deber de solidaridad (Const. Pol., arts. 1º y 95), que en casos concretos puede tener efectos económicos individuales adversos para algunos miembros del conglomerado social[68].

Aplicaciones especiales de este principio en el proceso ejecutivo se encuentran en la normativa existente sobre inembargabilidad de los bienes destinados a atender las necesidades de un servicio público o de las sumas anticipadas para la construcción de obras públicas, en los precisos términos del artículo 594 del Código General del Proceso[69].

## 7. Bibliografía

Baptista Da Silva, Ovidio: "Racionalismo y tutela preventiva en el proceso civil", comunicación escrita para el Segundo Congreso Internacional de Derecho Procesal, realizado en Lima (Perú), en junio del 2002, trad. de Juan José Monroy Palacios, en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, núm. V.

Bejarano Guzmán, Ramiro: *Procesos declarativos*, 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2005.

Cabanellas, Guillermo: *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 25ª ed., t. v, Buenos Aires, Heliasta, 1997.

Calamandrei, Piero: *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. i, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.

Canosa Suárez, Ulises: "El proceso civil por audiencias", en *XVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Neiva, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

Canosa Suárez, Ulises: *Presentación Código General del Proceso Comentado,* Santa Fe de Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014.

Chiovenda, Giuseppe: *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. i, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.

[68] Corte Const., sent. T-406 de 5 junio 1992, exp. T-778 (M. P. Ciro Angarita Barón). "El término «social», ahora agregado a la clásica forma de Estado de derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado".

[69] No pueden dejarse de mencionar como aplicación de este principio en Colombia las disposiciones especiales que para procesos ejecutivos de cobro de cartera hipotecaria de vivienda están contenidas en la ley 546 de 1999, lo mismo que las medidas sobre procesos de ejecución que para la protección de personas secuestradas aparecen en la ley 986 de 2005.

COLMENARES URIBE, CARLOS: *El Proceso Monitorio*, Bogotá, Edit. Temis, 2017.

COUTURE, EDUARDO J.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, 11ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1981.

DE LA PLAZA, MANUEL: *Derecho procesal civil español*, t. I, 3ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1943.

DEVIS ECHANDIA, HERNANDO: *Compendio de derecho procesal*, t. III, vol. II, Bogotá, Editorial ABC, 1981.

FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR: *Lo «sumario» y lo «plenario» en los procesos civiles y mercantiles españoles*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2007.

FELIÚ REY, MANUEL IGNACIO: *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, Civitas, 1995.

GORLA, GINO: *La garanzie reali dell'obligazione*, Parte generale, Milano, Giuffrè, 1935.

GUASP, JAIME y ARAGONESES, PEDRO: *Derecho procesal civil*, *procesos declarativos y de ejecución*, 7ª ed., t. II, Navarra, Thomson Civitas, 2006.

HERNÁNDEZ VILLARREAL, GABRIEL: "Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿taxatividad o enunciación de las cautelas?", en Estudios socio jurídicos, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.

HINESTROSA, FERNANDO: *Tratado de las obligaciones*, 3ª ed., Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 2007.

VON IHERING, RUDOLPH: *El espíritu del derecho romano*, t. I, Granada, Comares, 1998.

IGLESIAS SANTOS, JUAN: *Derecho romano. Historia e instituciones*, Barcelona, Ariel, 1993.

JOSSERAND, LOUIS: *Derecho civil*, t. II, vol. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950.

— *Derecho civil*, t. II, vol. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1993.

LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO: *Procedimiento civil*, t. II, Parte especial, Bogotá, Dupre Editores, 2004.

LÓPEZ DE OÑATE, FLAVIO: *La certeza del derecho*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.

MAYER, ERNESTO: "El antiguo derecho de obligaciones español según sus rasgos fundamentales", en *Revista de Historia del Derecho*, 11ª ed., Cáceres, Universidad de Extremadura, 2005.

MONTERO AROCA, JUAN: *La herencia procesal española*, México, Universidad Autónoma de México, 1994.

— "Síntesis de derecho procesal civil español", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Nueva Serie, año XXX, núm. 89, mayo-agosto de 1997.

Mora G., Nelson: *Proceso de ejecución*, 5ª ed., t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1985.

Morales Molina, Hernando: *Curso de derecho procesal civil*, 8ª ed., Bogotá, ABC, 1983.

Nieva-Fenoll, Jordi y otros: *El procedimiento monitorio en América Latina*. Pasado, presente y futuro, Bogotá, Edit. Temis, 2013.

Ospina Fernández, Guillermo: *Régimen general de las obligaciones*, 8ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2005.

Parra Quijano, Jairo: *Derecho procesal civil*, t. II, Parte especial, Santa Fe de Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 1995.

Planiol, Marcel y Ripert, Georges: *Derecho civil*, t. VII, Las obligaciones, Parte segunda, La Habana, Cultural, 1936.

— *Derecho civil*, México, Oxford University Press, 1999.

Prieto-Castro Ferrandiz, Leonardo: *Derecho procesal civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948.

Reglero Campos, Fernando: *El pacto comisorio*. Texto actualizado de la ponencia presentada en mesa redonda en el Congreso sobre Garantías Mobiliarias en Europa, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Barcelona, 29-30 de septiembre de 2005.

Soberanes y Fernández, José Luis: *Historia del juicio ejecutivo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.

Taruffo, Michele: *Sobre las fronteras*. Escritos sobre la justicia civil, Bogotá, Edit. Temis, 2006.

Valencia Restrepo, Hernán: *Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1993.

Velásquez Gómez, Juan Guillermo: *Los procesos ejecutivos*, 11ª ed., Medellín, Librería Señal Editora, 2000.

Villamil Portilla, Edgardo: *Teoría constitucional del proceso*, Santa Fe de Bogotá, Doctrina y Ley, 1999.

— *Algunas garantías civiles*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Ensayos, Grupo Editorial Ibáñez, 2013,

Villareal Molina, Ricardo y Del Arco Torres, Miguel Ángel: *Diccionario de términos jurídicos*, Granada, Comares, 2006.

Capítulo XIII

# EJECUCIÓN COLECTIVA Y PROCESOS CONCURSALES*

Gustavo Cuberos Gómez**

## 1. Introducción y concepto

El destino natural de las obligaciones es su satisfacción por parte del deudor, quien debe extinguirlas por cualquiera de los modos previstos en la ley para el efecto[1], principalmente por el pago que, según se sabe, es la prestación de lo que se debe[2]. Cuando el pago no se produce espontáneamente, el acreedor perjudicado con el incumplimiento puede acudir a la intervención estatal mediante acciones litigiosas para lograr coercitivamente la satisfacción de los derechos a cuyo reconocimiento directo no ha procedido el deudor[3]. Si la obligación reclamada reviste ciertas características de fondo —claridad y exigibilidad—[4] y de forma

* http://dx.doi.org/10.15425/2017.187

** Abogado de la Universidad Nacional, especializado en Derecho Comercial. Profesor de pregrado y posgrado en el área comercial en varias universidades, entre ellas, la Nacional, Andes y Javeriana. Director del posgrado en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional, de 1994 a 1996. Autor de *Comentarios al nuevo régimen de los concordatos comerciales* y de varios artículos y ensayos en revistas especializadas. Consultor independiente para diversas empresas nacionales y extranjeras. Árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

[1] C. C., art. 1625.

[2] C. C., art. 1626.

[3] C. C., art. 2488.

[4] Hernán Fabio López Blanco, *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, 5ª ed., t. II, Parte especial, ABC, pág. 301 "[...] Como complemento se exige, con redundancia, pues se acaba de ver que el ser expreso conlleva la claridad, que la obligación sea clara, es decir, que sus elementos constitutivos, sus alcances, emerjan con toda perfección de la lectura misma del título ejecutivo, en fin, que no se necesiten esfuerzos de interpretación para establecer cuál es la conducta que puede exigirse del deudor [...]".

—plenitud de la prueba— la prestación puede reclamarse por la vía ejecutiva[5], es decir, mediante un proceso en el cual la simple demanda conduce *ipso facto* a una decisión de fondo del juez de la causa representada en el mandamiento ejecutivo, proferido sin mayor fórmula de juicio, por cuanto el debate entre las partes solo se dará posteriormente, en la etapa de excepciones y de su contradicción. Se trata de acciones individuales, llamadas por eso *singulares*.

Ahora, cuando existe diversidad de acreencias desatendidas o incumplidas, el remedio para sus titulares se traducirá en una pluralidad de ejecuciones, bien sea que se tramiten separadamente o que se acumulen en los términos de la ley procesal[6]. Desde luego, como toda ejecución implica la posibilidad de pedir el decreto y práctica de medidas cautelares, principalmente embargos y secuestros sobre los bienes del deudor, para que con el producto de su venta pueda satisfacerse al respectivo acreedor, la multiplicidad de ejecuciones fácilmente conducirá al "descuartizamiento" del patrimonio del ejecutado en beneficio de ciertos acreedores, los más ágiles o los más impacientes, en detrimento de los derechos de todos los demás, incluso de quienes podrían llegar a tener un mejor derecho en razón de la naturaleza jurídica de su crédito.

Frente a las ejecuciones singulares, orientadas a beneficiar a uno o más acreedores, se encuentra la posibilidad de satisfacción colectiva y forzada de estos por medio de la ejecución universal, que antaño estaba representada por el concurso de acreedores —cuando se trataba de un deudor no comerciante— o por el proceso de quiebra, en el caso contrario, bajo el entendido de que "[...] la finalidad de la quiebra exige sustituir las acciones aisladas por una acción conjunta, el interés particular —egoísta— por el interés colectivo —altruista—[...]"[7].

En la actualidad la condición profesional del sujeto afectado, por el incumplimiento colectivo o generalizado, real o presunto, determina que para el empresario comercial —persona jurídica o natural— aplique el proceso de liquidación judicial de la ley 1116 de 2006 y que para la persona natural no comerciante, aplique el proceso de liquidación patrimonial del Código General del Proceso (ley 1564 de 2012, arts. 563 y ss.).

[5] C. de P. C., arts. 488 y ss. y C. G. P., arts. 422 y ss.

[6] C. de P. C., arts. 539 y ss. y C. G. P., arts. 462 y ss.

[7] JOAQUÍN GARRIGUES, *Curso de derecho mercantil*, 6ª ed., t. II, Madrid, Imprenta Aguirre, 1974, pág. 404.

En esta, por tratarse de una acción unitaria, se persigue la totalidad del patrimonio del deudor en beneficio de todos los acreedores —de ahí su carácter universal— satisfaciendo a estos de manera ordenada, hasta donde lo permita el activo liquidable y respetando las preferencias y privilegios establecidos en la ley. Esa persecución deriva del concepto según el cual los bienes del deudor constituyen prenda tácita de respaldo para sus acreencias, aunque, como bien lo dice el profesor, Pérez Vives, "[...] Este derecho de prenda, como tal, carece de todas las características de la verdadera prenda, que es un derecho real; de consiguiente, no implica preferencia alguna (todos los acreedores quirografarios quedan sujetos a la ley del dividendo), ni facultad de persecución (ninguno de los acreedores puede impedir al deudor enajenar sus bienes con anterioridad a la apertura del concurso o la declaración de quiebra, ni puede perseguir el bien así enajenado).

"[...] Los acreedores sufren todas las oscilaciones, sobre ellos repercuten todos los cambios, favorables o perjudiciales, del patrimonio de su deudor; de allí que la pomposa prenda general sea una concepción teórica, abstracta, hasta el momento mismo que los acreedores la actualicen en virtud de las medidas de ejecución. Como garantía vale muy poco y depende exclusivamente de la solvencia del deudor [...]"[8].

Este capítulo se refiere justamente a esta modalidad de cumplimiento forzado de las obligaciones, con el carácter de ejecución universal, que simultáneamente es un proceso de liquidación del patrimonio del deudor incumplido.

## **2.** Ejecución singular frente a ejecución colectiva

Según lo expuesto, deben distinguirse claramente las dos clases de ejecuciones —singulares y universales— pues aunque unas y otras proceden remotamente de una misma causa, la relación obligacional entre deudor y acreedor, en un momento determinado y por causas específicas, genera acciones diversas, que se tramitan por distinta vía, que persiguen finalidades diferentes y cuyos procedimientos revisten también características que con frecuencia son, incluso, antagónicas.

En efecto, mientras las ejecuciones individuales —o singulares— siempre requerirán un incumplimiento y un título con fuerza ejecutiva, las colectivas pueden darse aun sin incumplimiento de una obligación

[8] Álvaro Pérez Vives, *Teoría general de las obligaciones*, 2ª ed., vol. iii, Parte segunda, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1957, pág. 240

específica y hasta sin título ejecutivo, pues el incumplimiento con respecto a unos acreedores puede generar declaratoria de concurso universal, con efectos sobre las acreencias que aún no sean exigibles, incluso contra las que carezcan de título ejecutivo, pues este estará constituido por la providencia de apertura del proceso, la cual acarrea la exigibilidad de todas las obligaciones del deudor. Se trata, entonces, de una "[...] especie de título en blanco que sirve para todos los acreedores que concurran al procedimiento [...]"[9].

Empero, se dice que la finalidad de las dos acciones puede ser opuesta, pues mientras la individual persigue la satisfacción directa e inmediata de un derecho, con exclusión de todos los demás, la colectiva busca satisfacer de manera prioritaria a algunos acreedores, los que gozan de privilegios o preferencias, y la atención solo proporcional de los demás, en razón de la insuficiencia de los recursos patrimoniales del deudor.

Finalmente, se señala que los procesos son también diferentes, pues mientras los primeros miran solo el interés individual del ejecutante, a quien corresponde por tanto el impulso procesal, en los segundos se protege en gran medida el interés público —actualmente la preservación de la empresa y la defensa del crédito para el deudor comerciante—, lo que hace que gocen de la especial protección del Estado y que por ende permitan —y a veces hasta exijan— la intervención oficiosa del juez, bien para su iniciación o bien para su prosecución.

## **3.** ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La diferenciación de las acciones orientadas al cobro y de los procedimientos respectivos es producto de la evolución de las relaciones entre deudor y acreedores, las cuales han pasado por diversos estadios, de alguna manera comunes, como se subraya a continuación.

Remontando la historia a las más antiguas legislaciones escritas del mundo occidental, puede citarse la ley de las *Doce Tablas*, que data de los años 451 y 449 a. C.[10], cuando no existía distinción entre la persona y su patrimonio y por tanto las obligaciones de un deudor estaban llamadas a surtir efectos directos en este, de tal manera que si eran incumplidas en perjuicio de un acreedor determinado, le permitían al perjudicado con el incumplimiento apoderarse físicamente de la persona

[9] GARRIGUES, *op. cit*., pág. 374.

[10] *Gran Enciclopedia Larousse*, 5ª ed., Barcelona, Editorial Planeta, 1993.

del deudor, aplicándole la *manus injectio*, que significaba ponerle las manos encima con el fin de que alguien compareciera por el obligado a satisfacer la deuda —el *vindex*— o, en último caso, esclavizando al deudor para pagarse el acreedor con su trabajo.

Por otra parte, cuando existía pluralidad de acreedores y por tanto se dificultaba la satisfacción colectiva de las obligaciones por la vía de la esclavitud del deudor, podía acudirse a la venta de este en el mercado público del otro lado del Tíber —*trans Tiberiim* y ahora Trastevere— donde queda actualmente el Vaticano, y allí el deudor podía ser incluso ejecutado de manera física, en otra curiosa acepción del término "ejecutar", pudiendo los acreedores repartirse su cuerpo en proporción a sus respectivas deudas.

Eugene Petit resume así algunos aspectos de la institución: "[...] El acreedor llevaba al deudor *in jus* según las formas ordinarias, y después se procedía a los ritos de la acción. [...] El procedimiento podía terminarse de dos maneras distintas: a) Si el deudor no ha encontrado *vindex*, el magistrado le declara *addictus*. El acreedor puede llevarle a su morada, encadenarle y tratarle como un esclavo de hecho, aunque no de derecho. La ley fijaba el peso de las cadenas y los alimentos que debían dársele, aunque además tenía derecho a alimentarse a su cargo.

"[...] Esta situación duraba sesenta días, durante los cuales el deudor podía aún obtener su libertad transigiendo o encontrando un *vindex*. [...] Una vez expirado el término, si no había pagado nadie por él, era muerto el deudor, o vendido como esclavo más allá del Tíber. Cuando había varios acreedores podían repartirse su cuerpo; pero, según testimonio de antiguos autores, esta disposición de las *Doce Tablas* no llegó a aplicarse nunca [...] Así, la *manus injectio* atacaba a la persona del deudor y sólo alcanzaba a los bienes indirectamente. Llevaba consigo su muerte o su *capitis deminutio maxima*; los bienes y el precio que se sacaba de su venta como esclavo servía para pagar a los acreedores [...]"[11].

Aun aceptando que esta bárbara ejecución física, con el reparto corporal consiguiente nunca se hubiera practicado, resulta significativa su existencia en la regulación, pues permite apreciar la gravedad conceptual del incumplimiento y la inescindibilidad entre la persona y el patrimonio del deudor en un estadio primitivo de las obligaciones.

[11] Eugene Petit, *Tratado elemental de derecho romano*, 12ª ed., México, Editorial Porrúa, 1996, pág. 623.

Se afirma que entre los años 326 o 313 a. C. —no hay consenso al respecto comenzó a atenuarse legislativamente esta forma de ejecución corporal y por ende a hacerse una distinción clara entre la persona del deudor y su patrimonio por medio de la *lex Poetelia Papiria*, en razón de la cual "[...] fue factible perseguir, en ciertos casos, no la persona física del deudor, sino sus bienes, lo cual originó una verdadera revolución, pues la persona dejó de ser objeto de pago para pasar a serlo los bienes de este. Claro que no se abolió la prisión por deudas, pues que esta continuó para los fraudatores, los receptores, los conturbadores; pero lo cierto fue que ya no se pudo vender como esclavo al deudor, ni, mucho menos, privársele de la vida [...]"[12]. De esta manera queda claro —siguiendo a BETTI— que "[...] el patrimonio [...] fue concebido primeramente como sustitutivo de la persona física, que originalmente era el único objeto de responsabilidad [...]"[13].

De allí en adelante los efectos del incumplimiento sobre la persona del deudor se fueron atenuando cada vez más, pues de la ejecución personal —física— se pasó a la simple consideración de infame para el fallido —*decoctor, ergo fraudator*, llegó a decirse—[14] con la consiguiente *capitis deminutio*, para pasar luego a la sanción penal casi automática para el quebrado, con la consiguiente inhabilidad para ejercer el comercio, hasta llegar finalmente a la etapa en que esas consecuencias se reservan para cuando además de la falencia, se dan condiciones específicas y actuaciones censurables que justifiquen tratamiento sancionatorio, bien por la vía de la acción penal o por la de la inhabilidad comercial, como ocurre actualmente en Colombia[15], que "[...] siguiendo la orientación propia del sistema francés, [...] considera que la necesidad de liquidar el patrimonio del deudor no necesariamente significa que este haya actuado en forma deshonesta o negligente [...]"[16].

### A) *Antecedentes legales en Colombia*

Tal vez ningún otro país del mundo ha sido tan prolífico como Colombia en la producción de legislaciones concursales, pues como se

[12] NELSON MORA, *Procesos de ejecución*, t. I, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1973, pág. 12.

[13] EMILIO BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, t. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1970, pág. 343.

[14] CASAREGIS, citado por GARRIGUES, *op. cit*., pág. 379.

[15] Ley 1116 de 2006, art. 83.

[16] FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, *Reforma al régimen de sociedades y concursos*, Santa Fe de Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1996, pág. 416.

verá, en menos de cuarenta años ha tenido vigentes seis sistemas de concursos recuperatorios, cinco regímenes liquidatorios para comerciantes y tres mecanismos de liquidación forzosa administrativa para entidades del sector financiero, sin contar las regulaciones aplicables a los deudores no comerciantes, o los acuerdos privados de efecto general[17], que por cierto, han sido menos abundantes.

El primer sistema que rigió en el país fue el concordato preventivo de la quiebra, contenido en el decreto 2264 de 1969. Dos años después se expidió el Código de Comercio, que en términos muy parecidos reguló de nuevo la institución por dieciocho años, hasta la expedición del decreto 350 de 1989. Posteriormente se expidió la ley 222 de 1995, que pronto fue reemplazada por la ley 550 de 1999, llamada de intervención económica, la cual, a su turno, fue finalmente sustituida para esta clase de concursos por el proceso de reorganización contenido en la ley 1116 de 2006, conocida como Ley de Insolvencia.

Ahora, en cuanto se refiere a los concursos liquidatorios, como es natural, la historia puede remontarse aún más atrás, al Código de Comercio Terrestre de 1887, que reglamentaba la quiebra en los artículos 121 a 181[18], normativa reemplazada por el decreto 750 de 1940 —impropiamente llamado ley de quiebras— luego también por el decreto 2264 de 1969, posteriormente por el Código de Comercio de 1971, luego por la ley 222 de 1995, con el nombre de liquidación obligatoria y, finalmente por el proceso de liquidación judicial de la ley 1116 de 2006, de insolvencia económica.

Como se aprecia en las regulaciones de los últimos tiempos ya enunciadas, el decreto 350 de 1989 y la ley 550 de 1999 no examinaron el tema de la liquidación, sino solo los acuerdos de recuperación, por lo que durante la vigencia de dichos estatutos los sistemas concursales estuvieron desvertebrados, tramitándose bajo un esquema y unos principios la recuperación de los deudores y bajo otros diferentes la liquidación del patrimonio de estos para satisfacer a los acreedores.

Vale subrayar que el régimen concursal de las entidades del sector financiero ha tenido mayor estabilidad, pues inicialmente estuvo

[17] Ejemplos destacados de esta modalidad son las reestructuraciones extraordinarias previstas en la Circular 39 de la Superintendencia Bancaria, destinadas a aliviar el impacto de la crisis en el sector financiero. Para un resumen al respecto, véase Álvaro Isaza Upegui y Álvaro Londoño Restrepo, *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*, Bogotá, Legis, 2007, págs. 214 y ss.

[18] Eduardo Rodríguez Piñeres, *Constitución y códigos de Colombia*, 3ª ed., Bogotá, Librería Americana, 1935, pág. 511.

contenido entre los artículos 44 y 70 de la ley 45 de 1923 —la famosa Ley de Bancos inspirada por la Misión Kemmerer—, que rigió hasta 1991, cuando fue reemplazada por el decreto 1730, de efímera vigencia, sustituido por el decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que regula el concurso de estas instituciones entre los artículos 290 y 315, con importantes reformas posteriores[19], hoy complementado en lo procedimental por la parte 9 del decreto 2555 de 2010 (Decreto Único Reglamentario del Sector Financiero).

Aunque esta proliferación legislativa denota enorme inseguridad jurídica que no resulta conveniente en ningún campo, lo cierto es que ha hecho posible también una maduración del sistema concursal, actualmente representado por la ley de insolvencia para el común de los deudores comerciantes y por el Estatuto Orgánico, ya mencionado, para las entidades financieras y otros organismos, a los que se aplica por disposiciones especiales expresas, estatutos que por su evolución, origen y contenido parecen tener vocación de permanencia.

## 4. Prelación de créditos como remedio ante la insuficiencia patrimonial

Estando todas las obligaciones destinadas a ser satisfechas íntegra y oportunamente, como ya se dijo, la ley concede a los acreedores, en condiciones de igualdad, el derecho de perseguir todos los bienes del deudor, salvo los inembargables[20], para que con su producto se les satisfagan sus deudas[21], principio que rige en condiciones de normalidad, esto es, cuando hay equilibrio patrimonial o, en otras palabras, cuando los activos del deudor son suficientes para pagar la totalidad de las deudas que gravan el patrimonio.

Justifica una reglamentación especial el caso contrario, esto es, el de la insuficiencia patrimonial, en el cual "[...] Los acreedores, en relación con el incumplimiento de su deudor, pueden proceder de acuerdo con dos sistemas jurídicos distintos, aquel que dispone que la prioridad en el tiempo equivale a la prioridad en el derecho, y el que establece una condición paritaria entre los diversos acreedores, en objeto de proceder a una satisfacción proporcionada entre los mismos [...]"[22]. Ampliando

[19] Especialmente por la ley 510 de 1999.

[20] C. C., art. 2492.

[21] C.C., art. 1677.

[22] Eugene Gaudemet, *Teoría general de las obligaciones*, 2ª ed., México, Edit. Porrúa, 1984, pág. 426.

las posibilidades al respecto, podría decirse que existen varias alternativas: en primer lugar, acudir a un método de prioridades temporales —*prior in tempore potior in jus*— privilegiando las obligaciones que fueron primeras en el tiempo; en segundo lugar, preferir a los acreedores en el orden en que hayan ejercido sus acciones; en tercer lugar, aplicar estrictamente la justicia distributiva para lograr una concurrencia proporcional de todos los acreedores en las pérdidas. No cabe duda de que los dos primeros sistemas carecen de lógica jurídica y social, pues derivan de situaciones puramente cronológicas que nada tienen que ver con el sujeto, con la naturaleza de la deuda, ni con la clase de contrato. El tercer sistema, en cambio, resulta más razonable desde la perspectiva concursal, pues si el presupuesto del proceso es la insuficiencia, es apenas natural que todos los acreedores participen en las consecuencias de ella, asumiendo a prorrata el déficit patrimonial del deudor. No obstante, se trataría de una participación puramente aritmética en las pérdidas, lo cual, aunque sería equitativo, desconocería realidades sociales y contractuales. Resulta acertada e ilustrativa al respecto una apreciación contenida en la exposición de motivos de la reforma del régimen concursal mexicano, según la cual "[...] la equidad, por su parte no se alcanza dando un trato igual a los distintos acreedores, sino reconociendo las diferencias [...]"[23].

Frente a este panorama la ley optó por desconocer el precepto de igualdad general y el mecanismo de las prioridades derivadas del orden de adquisición de la obligación, o de ejercicio de la acción, para establecer un régimen de prerrogativas en favor de determinados acreedores y en desmedro de otros, atendiendo criterios diversos y por tanto, en detrimento del principio de igualdad general. En tal sentido, la parte final del artículo 2492 del Código Civil dispone que si los bienes no son suficientes, la atención de las obligaciones debe darse a prorrata, "[...] cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos". Se trata de las preferencias que el Código Civil asigna a ciertas clases de acreedores, según los artículos 2493 y siguientes, bien en razón de la condición del sujeto beneficiario de la prestación, o de la causa de la obligación, o de la naturaleza de las deudas, aunque debe reconocerse que en no pocos casos tales preferencias carecen de convincente justificación.

Entonces, cuando se alude a preferencias subjetivas, la ley ha tenido en cuenta la condición del acreedor, como ocurre con los trabajadores

[23] Secretaría de la Gobernación de México, Exposición de motivos a la Ley de Concursos Mercantiles, Senado, 23 de noviembre 1999.

respecto a sus salarios y demás prestaciones provenientes del contrato de trabajo; con los menores de edad, por créditos de carácter alimentario; con los organismos territoriales, en razón de los impuestos que procedan en su favor, etc., considerados como de primera clase, según el artículo 2495 del Código, con las reformas derivadas de las leyes 50 de 1990, en los aspectos laborales, y 1098 de 2006, en lo atinente a los menores. Por otra parte, la ley también concede privilegio a las obligaciones derivadas de ciertos contratos, como ocurre en el de hospedaje[24] por las deudas en favor del posadero, pero limitadas al valor de los efectos introducidos por el deudor en la posada; en el de transporte en favor del transportador sobre los bienes acarreados, hasta concurrencia de lo que se le adeude por tal concepto, etc., créditos que la ley clasifica como de segunda clase, la cual debe ser pagada solamente en la medida en que sean cubiertas íntegramente las acreencias de primera clase. Finalmente, otra categoría que ya no depende del sujeto, ni de la causa generadora de la obligación, sino de la naturaleza del negocio respectivo, se refiere a los casos en que el deudor ha otorgado garantía a los acreedores, como ocurre con las garantías mobiliarias y la hipoteca, garantías limitadas a los bienes objeto de gravamen, para que con el producto de su venta puedan pagarse las obligaciones amparadas, hasta concurrencia del valor de ellos.

A este respecto resulta clara e ilustrativa la distinción que hace el profesor OSPINA FERNÁNDEZ cuando señala:

"[...] Lo que sí es dable, y además útil, es clasificar las preferencias en generales y especiales. Las primeras dan derecho al acreedor para perseguir la satisfacción preferencial de su crédito sobre todos los bienes del deudor, por ejemplo, las preferencias de los créditos de la primera y de la cuarta clases. Por el contrario, las preferencias especiales solo afectan a determinados bienes, verbigracia, la de que gozan los créditos hipotecarios y pignoraticios, en forma tal que si el valor de los bienes gravados es insuficiente para satisfacerlos totalmente, el saldo insoluto de ellos pasa a convertirse en un crédito común, sujeto al prorrateo con los otros créditos no privilegiados [...]"[25].

De esta manera, es nítido que el principio doctrinariamente conocido como *par condictio creditorum* no refleja una verdadera igualdad entre los acreedores, sino una igualdad relativa entre pares, entendidos

[24] Ley 300 de 1996.

[25] GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, 6ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1998, pág. 64.

como tales los que comparten idénticas clase y subclase, teniendo en cuenta que unas prefieren sobre otras y que aun las que pertenecen a la misma clase tienen orden de precedencia para su pago.

## 5. Principales modalidades concursales

La palabra "concurso", que se aplica a esta clase de instituciones, es bien ilustrativa, pues proviene del latín *concursus*, que significa "concurrencia"[26], en la medida en que todos los acreedores deben asistir al trámite o participar en él, o "competencia", bajo la consideración de que los acreedores compiten, rivalizan o concursan para obtener el pago de sus acreencias, teniendo en cuenta el presupuesto de la insuficiencia patrimonial que usualmente constituye la base del procedimiento.

La perspectiva de los concursos ha cambiado radicalmente en los tiempos recientes, pues mientras tradicionalmente eran de carácter estrictamente liquidatorio, ahora son principalmente de naturaleza recuperatoria.

En este sentido, teniendo en cuenta su finalidad, estos pueden ser preventivos o recuperatorios, en cuanto tratan de prevenir la liquidación o buscar la recuperación del deudor, o liquidatorios, que como su nombre lo indica, se orientan a liquidar el patrimonio del deudor para con su producto satisfacer las acreencias que lo gravan, hasta donde lo permita el valor de los bienes que lo integran.

Ahora, dependiendo de la condición del sujeto afectado por el concurso, es preciso hacer dos distinciones:

Tratándose de personas naturales, diferenciar si son o no comerciantes. Si ostentan dicha calidad, se sujetarán al régimen ordinario de la ley 1116 de 2006 o, en caso contrario, se regulará su insolvencia por el Código General del Proceso, artículos 531 a 576.

Por otra parte, es necesario diferenciar también si se trata de un empresario ordinario o corriente o de un deudor particularmente calificado —entidades del sector financiero, prestadoras de salud, entidades del sector público, etc.—, pues mientras a aquel se le aplicará el régimen común de insolvencia, este se regirá por normas muy particulares de intervención estatal, especialmente el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero o similares.

[26] *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 2001.

A) *Concurso de acreedores*

Esta expresión, que parece genérica y representativa de todos los sistemas sobre la materia, realmente fue en Colombia una especie para designar el proceso de falencia del deudor no comerciante y estuvo regulada en el antiguo Código Judicial —de 1931— entre los artículos 1084 y 1094[27] y posteriormente en el Código de Procedimiento Civil —de 1971— en los artículos 569 y 570, que fueron derogados por la ley 222 de 1995, para integrar al deudor común al régimen general de los concursos. Sin embargo, se peca por exceso cuando se dice que se trataba de una regulación, pues en verdad las normas solo definían la procedencia del concurso[28], para a continuación remitir los procedimientos a los propios de la quiebra.

Entonces, era más una cuestión filosófica, consistente en establecer la distinción entre las dos clases de deudores, que un asunto de procedimiento, pues a uno y otro se aplicaban básicamente los mismos mecanismos de concursalidad.

La cuestión es ahora diferente, pues según el Código General del Proceso, acabado de citar, existe un procedimiento de negociación de deudas entre el deudor y sus acreedores, encaminado a obtener la normalización de sus relaciones crediticias, o uno de convalidación de los acuerdos privados celebrados para tal fin, de carácter extrajudicial, o un proceso de liquidación del patrimonio del deudor insolvente, este sí de carácter jurisdiccional, con efectos extintivos de las obligaciones insolutas, que mutarán en obligaciones meramente naturales.

B) *Quiebra y liquidación obligatoria*

Como antes se señaló, la quiebra y la liquidación obligatoria son una misma institución, con algunas simples diferencias de terminología, con una misma secuencia legislativa que comienza en el Código de Comercio Terrestre de 1887 y concluye en la ley 222 de 1995. No obstante, se trata de un sistema que en la práctica tiene su prolongación en el régimen de insolvencia con el proceso de liquidación judicial que, como se verá, representa también la misma institución. Por consiguiente, tal vez resulte más fácil hacer referencia al "concurso liquidatorio", como

[27] Código judicial colombiano, 11ª ed., Bogotá, Imprenta de La Luz, 1931, pág. 241.

[28] C. de P. C., de 1971, art. 569: "Procedencia. Se seguirá proceso de concurso de acreedores al deudor no comerciante que se halle en estado de insolvencia [...]".

término genérico, que en este acápite se refiere a las dos modalidades primeramente enunciadas.

El concurso liquidatorio siempre ha estado sometido en Colombia a un régimen de naturaleza jurisdiccional, teniendo en cuenta que es particularmente definitorio de derechos, comoquiera que determina cuáles acreedores son admitidos al concurso y si tienen o no prelación, lo que justifica un tratamiento que va más allá del simple trámite para constituirse, casi siempre, en un verdadero proceso judicial, aunque en ocasiones su conocimiento haya sido asignado a autoridades administrativas investidas de función jurisdiccional.

Tradicionalmente la causa generadora del concurso liquidatorio fue la cesación de pagos, aunque temporalmente, durante la vigencia de la ley 222 de 1995, se sustituyó este presupuesto por uno más genérico, consistente en encontrarse el deudor en graves y serias dificultades para el cumplimiento de sus obligaciones, o el temor razonable de llegar a incurrir en incumplimiento[29]. Aunque estos últimos supuestos resultaban bastante ambiguos y hasta etéreos, la cesación de pagos tampoco era una base objetiva para determinar la concursalidad, ante la imposibilidad de establecer cuándo era cesación o simple suspensión; cuándo era temporal o cuándo definitiva; cuándo era la causa de la situación de crisis o cuándo era consecuencia de ella, etc., por lo que llegó a considerarse que era un síntoma revelador lo bastante eficiente, casi como una presunción, para justificar la apertura del proceso. Al decir de Ripert, "[...] La cesación de pagos es una noción propia del derecho mercantil que no hay que confundir con la insolvencia. El insolvente, etimológicamente considerado, es el deudor que no paga (*in solvere*). Pero se sobreentiende que no puede pagar porque su pasivo es superior a su activo. Por el contrario, el comerciante que cesa en sus pagos puede ser solvente y, en ciertos casos, la liquidación de sus bienes basta para reembolsar a todos sus acreedores. El derecho comercial considera que no basta poder pagar, sino que además hay que pagar al vencimiento [...]"[30].

Las consecuencias de esta eran de variada índole, pero casi todas apuntaban directa o indirectamente a la finalización de las actividades del deudor o empresario, con la consiguiente exigibilidad de todas sus obligaciones, aun las no vencidas; la imposibilidad legal para este de

[29] Ley 222 de 1995, art. 91.

[30] Georges Ripert, *Tratado elemental de derecho comercial*, Parte cuarta, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954, pág. 236.

empezar nuevas operaciones en desarrollo de su negocio y la prohibición de adoptar decisiones sobre sus activos y pasivos, al quedar todos ellos afectos al concurso en razón del principio de universalidad, que es el eje del proceso.

En lo referente a los créditos, en las últimas reglamentaciones ha existido siempre para los acreedores el deber de concurrir materialmente al proceso presentando sus créditos y aportando o solicitando las pruebas necesarias para la verificación de su existencia, naturaleza y cuantía. De su existencia, para lograr ser admitidos; de su naturaleza, para ser calificados en alguna de las cinco clases previstas en la legislación civil[31]; y de su cuantía, para efectos del pago, bajo la consideración de la muy probable insuficiencia patrimonial para la atención de todas las acreencias, revelada mediante la cesación en los pagos. De la misma manera existía una especie de fiscalización sobre las particularidades de los créditos aportados por los intervinientes en el proceso, para lo cual estaba prevista una etapa de contradicción de las acreencias presentadas, consistente en un traslado de estas para objeciones y un posterior traslado de las objeciones formuladas, para que los interesados pudieran pronunciarse sobre ellas, en ejercicio, principalmente, del derecho de defensa.

Una posterior etapa del proceso, de contenido eminentemente jurídico, estaba constituida por la providencia de calificación y graduación de los créditos presentados por el juez concursal, la cual debía, por una parte, resolver las controversias suscitadas durante el trámite de las objeciones, y por otra determinar, con fuerza de cosa juzgada, la admisibilidad de los créditos presentados y el orden de precedencia para su pago —calificación y graduación—, lo mismo que aprobar el inventario y los avalúos de los bienes del deudor, mirando por tanto las dos caras del asunto, esto es, tanto la de los activos, como la de los pasivos.

Finalmente, la conclusión del proceso estaba determinada por su parte económica, representada en la liquidación del activo, por la vía de las enajenaciones y la liquidación del pasivo, mediante los pagos a los acreedores, en el orden de precedencia determinado en la providencia de calificación y graduación y hasta donde lo permitiera el monto de los recursos disponibles, dada —se repite— la insuficiencia patrimonial, real o presunta, del deudor.

[31] C. C., arts. 2488 y ss.

Como se desprende del resumen expuesto, se trataba de un régimen de contenido jurídico y económico orientado a definir derechos y satisfacerlos. Por supuesto, debía tratarse de un sistema eficiente, para que el reconocimiento a los acreedores no tuviera un contenido meramente teórico, sino que se hiciera efectivo preservando el valor de los bienes del deudor y el pronto pago a aquellos. Infortunadamente, durante la vigencia de los dos sistemas aludidos no se logró tal propósito por la dilación de los trámites procesales y por la imposibilidad comercial de fijarle términos estrictos a la liquidación de los activos, lo que a la postre condujo a procesos interminables, con la consiguiente depreciación de los bienes del deudor y por ende, con la lesión patrimonial correlativa para los acreedores.

En resumen: por razones más operativas y de procedimiento que sustanciales o de contenido, la ejecución colectiva representada por la quiebra y por la liquidación obligatoria nunca llegó a servir cabalmente los propósitos para los cuales se establecieron dichas instituciones, lo cual justificaba una reforma estructural del sistema concursal liquidatorio.

C) *Concordatos y acuerdos de reestructuración*

La inoperancia práctica de la ejecución colectiva o, en otras palabras, su interminable duración, hizo que con frecuencia los procesos respectivos concluyeran en un acuerdo entre deudor y acreedores encaminado a ponerle fin al trámite concursal por fuera de los cauces de la ejecución universal, figura que en su momento se denominó "concordato resolutorio", en la medida en que estaba destinado a resolver el estado de quiebra. Este hecho condujo a que en 1969 el gobierno estableciera el "concordato preventivo" —preventivo de la quiebra—, en el entendido de que si las quiebras usualmente terminaban en un acuerdo, podía intentarse la búsqueda de este antes de tramitar la quiebra, por economía procesal y para tratar de evitar los efectos nocivos del proceso liquidatorio, tanto para el deudor, como para los acreedores. En este sentido se concibió un esquema de recuperación de los negocios del deudor que durante años se conoció como "concordato" y posteriormente, en los tiempos recientes, como "acuerdo de reestructuración".

Siguiendo al maestro Ospina Fernández es importante recordar que "[...] el concordato es uno de aquellos actos jurídicos que se denominan convenciones colectivas y que se caracterizan por introducir excepción al postulado de la relatividad de los actos jurídicos. Según este

postulado, un acto o contrato no aprovecha ni perjudica a quienes no han participado en él: (*res inter alios acta aliis neque prodesse neque nocere potest*). [...] el concordato celebrado entre el deudor y la mayoría de sus acreedores vincula a la minoría de estos últimos.

"[...] La finalidad del concordato es la de dirimir la colisión de intereses entre el deudor y sus acreedores, finalidad que determina la índole transaccional de dicho acto y que lo sujeta al régimen del contrato de transacción. Conclúyese de este planteamiento que los acuerdos concordatarios deben traducir concesiones recíprocas entre las partes [...]"[32].

Aunque las dos figuras resultan conceptualmente idénticas en los aspectos más destacados, esto es, bajo la consideración de que se trata de una solución consensual para un conflicto obligacional, actual o potencial, de naturaleza reglada y dirigido y controlado por una autoridad, presentaban algunas diferencias de trascendencia.

En primer término, mientras el concordato procedía —al igual que la liquidación obligatoria— por encontrarse el deudor en graves y serias dificultades para el cumplimiento de sus obligaciones, o por el temor razonable de llegar a incurrir en incumplimiento[33], en el esquema de la ley 550 de 1999, el trámite de los acuerdos de reestructuración derivaba de la cesación de pagos del deudor, definida como el atraso en el pago de dos o más obligaciones por más de noventa días o la existencia de al menos dos procesos de ejecución contra este, que en ambos casos representaran al menos el 5 por ciento del pasivo corriente[34].

Ocurrido el supuesto correspondiente y cumplidos los demás requisitos de fondo y de forma para el trámite, procedía a su apertura el juez concursal mediante providencia generadora de importantes efectos en la actividad y en los negocios de la empresa deudora, pues por una parte, le generaba limitaciones para la atención y manejo de sus obligaciones, con miras a preservar la garantía general de los acreedores y evitar las acciones individuales de estos y, por otra, impedía la terminación de los contratos que pudieran estar afectados por el incumplimiento, como mecanismo de conservación de la empresa.

A partir de ese momento los dos procedimientos tomaban caminos diferentes, aunque orientados a un mismo fin, conseguir el acuerdo,

[32] GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, 5ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994, págs. 59, 60.

[33] Ley 222 de 1995, art. 91.

[34] Ley 550 de 1999, art. 6º.

pues mientras en el esquema concordatario existían también las etapas de presentación de créditos y contradicción de estos por la vía de las objeciones, en el esquema de los acuerdos de reestructuración la verificación de las acreencias debía darse de parte del promotor, encargado de preparar el camino hacia la consecución del acuerdo. De la misma manera, mientras en el primero de los sistemas aludidos el juez concursal tenía un papel protagónico esencial, caracterizado en esta etapa por la calificación y graduación de los créditos, con fuerza de reconocimiento judicial, bajo los criterios de la ley 550 era el promotor quien asumía el liderazgo del procedimiento, estableciendo derechos de voto y propiciando acuerdos sobre las acreencias entre los interesados, pero sin capacidad definitoria alguna al respecto por carecer de poder jurisdiccional y ser simplemente un mediador en el proceso.

Finalmente, decididos los conflictos entre los interesados y determinados los derechos correspondientes, bien por las partes entre sí o por el juez concursal, el paso siguiente en ambos procedimientos apuntaba a lograr el objeto del proceso: la celebración de un acuerdo con cuyas estipulaciones se lograra la superación de la crisis y por ende la salvación de la empresa. En este punto surgía otra diferencia sustancial entre los dos sistemas, pues mientras el acuerdo concordatario era de carácter bilateral, el deudor, por una parte, y la mayoría de los acreedores —75% de los créditos reconocidos—, por la otra, el acuerdo de reestructuración era de carácter plurilateral, celebrado entre la mayoría de los acreedores externos e internos de la empresa y en favor de esta, entendidos los últimos como los asociados, en el caso de las sociedades comerciales, o genéricamente hablando, por los titulares de la empresa.

Las principales novedades del sistema de reestructuración con respecto al concordatario estuvieron representadas entonces en la concepción privatista que introdujo la ley 550 al procedimiento; en la creación del promotor y en su asignación de funciones como eje del trámite; en el establecimiento de la noción de acreedores internos y en la sustitución de la "empresa-parte" por la "empresa-beneficiaria" en todo el proceso y por supuesto, del acuerdo mismo.

## **6**. Sistema actual en Colombia. Régimen de insolvencia

Así como la quiebra no llegó a ser jamás la solución adecuada para las situaciones de falencia, el concordato y el proceso de reestructuración tampoco resultaron adecuados para darles solución concertada a las crisis empresariales y para salvar los organismos involucrados

en estas, lo que acarreó la gestación de una nueva ley concursal, que comprendiera tanto un esquema de recuperación como uno de liquidación de las empresas en crisis económica, que es la ley 1116 de 2006, contentiva del denominado "régimen de insolvencia"[35]. Se trata de un estatuto de 126 artículos, repartidos en cuatro títulos, cuyas tres principales instituciones son el proceso de reorganización, reemplazo del concordato y de los acuerdos de reestructuración; el proceso de liquidación judicial, sustitutivo de la liquidación obligatoria y por tanto equivalente de la quiebra; y la insolvencia transfronteriza, estatuto novedoso en la legislación colombiana tomado de la Ley Modelo de CNUDMI sobre la materia y destinado a regular la cooperación entre las autoridades de los distintos Estados involucrados en procesos de falencia de deudores con bienes o acreedores en diversos estados.

Los literales siguientes se destinarán a resumir y analizar las nuevas reglamentaciones aludidas, por lo que ellas representan en el tratamiento del incumplimiento colectivo de obligaciones patrimoniales y porque su génesis, estructura y contenido permiten augurarle a la ley aludida una prolongada vigencia, en contraposición a la temporalidad, de hecho o de derecho, que ha caracterizado a la mayoría de los estatutos precedentes.

A) *Proceso de reorganización*

Según lo señalado, equivale al concordato y al sistema de los acuerdos de reestructuración y, por tanto, sustituye los regímenes respectivos, excepto para "las entidades territoriales, las descentralizadas del mismo orden y las universidades estatales del orden nacional o territorial", que continúan rigiéndose por la ley 550 de 1999[36].

Como lo indica su nombre, se trata de un proceso judicial, adelantado por la Superintendencia de Sociedades, investida de funciones jurisdiccionales o por los jueces civiles de circuito, según se trate empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras, o de los demás sujetos no excluidos del régimen[37], respectivamente, lo cual representa, en lo favorable y en lo desfavorable, un retorno al régimen jurisdiccional, transición positiva en cuanto confiere certeza a los derechos y a las

[35] Sobre la noción de "insolvencia", véase GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ, "Insolvencia: evolución de un concepto", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 34, Bogotá, Ediciones Uniandes, junio de 2005.

[36] Ley 1116 de 2006, art. 125.

[37] Ley 1116 de 2006, art. 6º.

obligaciones vinculados al concurso, y negativa, por las dilaciones que suelen presentarse cuando existen trámites procedimentales, por el amplio sistema de garantías que los amparan.

La procedencia del trámite se da de nuevo bajo el supuesto de la cesación de pagos, o la inminencia de su ocurrencia, pero aquella se concibe de una manera un poco más exigente, por cuanto se predica cuando hay incumplimiento de dos o más obligaciones por más de noventa días, o por la existencia de al menos dos procesos de ejecución derivados de ellas, siempre que en uno y otro caso las acreencias respectivas representen al menos el diez por ciento del pasivo total del empresario[38] lo cual, aunque parece revelar una aparente laxitud, por el amplio término y la elevada cuantía requerida para la viabilidad del concurso recuperatorio, en realidad lo que hace es más difícil la apertura de este, pues les confiere un espacio más amplio a las ejecuciones individuales de los acreedores en procura del pago de sus deudas.

No obstante, la rigidez anotada se ve ampliamente atenuada cuando la misma norma consagra un supuesto alternativo consistente en la incapacidad de pago inminente, que puede predicarse cuando se acredite la existencia de circunstancias internas o externas que afecten o puedan afectar gravemente el cumplimiento normal de las obligaciones con vencimiento igual o inferior a un año.

A propósito de las causas determinantes del concurso, el maestro Garrigues enseña que "[...] Insolvente es aquel que no está en situación de pagar todas las deudas vencidas a la sazón. La cesación de pagos pasa a ser un modo de manifestarse la insolvencia; es el más característico, pero no el único. La cesación de pagos, ya no es causa de la quiebra: es su efecto más importante. Deja de tener significación sustantiva. Por eso, aunque haya cesación de pagos, no se abre el concurso si no está fundada en una insolvencia verdadera"[39].

Otro punto que denotaba endurecimiento en el sistema, era el referente a mesadas pensionales y retenciones, pues en el texto original de la ley era presupuesto de admisión "no tener obligaciones vencidas por retenciones de carácter obligatorio, a favor de autoridades fiscales por descuentos efectuados a los trabajadores, o por aportes al sistema

[38] Ley 1116 de 2006, art. 9º.

[39] Garrigues, *op. cit*., pág. 387.

Respecto a los supuestos concretos o causas de la insolvencia en la ley colombiana, véase a Juan José Rodríguez Espitia, *Nuevo régimen de insolvencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, págs. 118 y ss.

de seguridad social integral" (ley 1116 de 2006, art. 10, num. 4). Como es apenas natural, un empresario en crisis, con problemas de liquidez, suele utilizar los recursos que tiene más a mano, que por supuesto suelen ser este tipo de retenciones, lo cual se convertía en una talanquera para la solicitud de admisión, por lo que el artículo 30 de la ley 1429 de 2010 sobre formalización y generación de empleo, suprimió ese requisito, aunque dispuso que de todas maneras, tales pasivos "... deberán satisfacerse a más tardar al momento de la confirmación del Acuerdo de Reorganización" (ley 1429 de 2010, arts. 30 y 32).

Por otro lado, el tratamiento de los créditos también resulta novedoso en el nuevo sistema, pues al igual que en la ley 550, tampoco existe obligación de presentación y prueba de ellos a cargo de los acreedores y por tanto, tampoco etapa para objeciones, pero en cambio se crea la obligación para el deudor de presentar con su solicitud de apertura del proceso un proyecto de calificación y graduación de créditos[40]—lo cual contribuye a profesionalizar la petición del trámite—, proyecto que debe ser actualizado y ajustado posteriormente por el promotor[41] —institución que se conserva y fortalece— para someterlo luego a una etapa de contradicción por los interesados, mediante un traslado de diez días para la formulación de objeciones y una posterior de cinco días para el traslado de las objeciones presentadas[42] lo cual dará al juez concursal una visión más amplia y de conjunto sobre la situación obligacional del deudor. Se reitera que los traslados y por tanto los debates correspondientes no se refieren a los créditos, sino al proyecto ajustado de calificación y graduación de acreencias y a los correspondientes derechos de voto, por lo que la evaluación podrá hacerse desde una perspectiva más amplia que en los regímenes precedentes.

Ahora bien, a propósito del promotor, resulta pertinente señalar que mientras en la ley 1116 de 2006 la regla general para el concurso recuperatorio era que este se surtiera con y bajo el impulso operativo de dicho funcionario[43] la ley 1429 de 2010 en su artículo 35 dispuso que las funciones asignadas a aquel deberían ser cumplidas por el representante legal de la persona jurídica deudora o por el deudor persona natural comerciante, según el caso, y que excepcionalmente, el juez del concurso podrá designar un Promotor cuando a la luz de las circuns-

[40] Ley 1116 de 2006, art. 13, nums. 7 y 24.

[41] Ley 1116 de 2006, art. 9, num. 3.

[42] Ley 1116 de 2006, art. 29.

[43] Ley 1116 de 2006, art. 19, nums. 1, 3, 8, 9 y parágrafo, etc.

tancias en su criterio se justifique[44], con lo cual la promotoría profesional pasa de ser la regla, a ser la excepción. No obstante lo anterior, en el momento de escribir estas líneas, noviembre de 2015, han pasado cinco años desde la expedición de la última de las leyes mencionadas, sin que se esté aplicando la nueva regla y hasta ahora se están desarrollando planes piloto de capacitación para empresarios alrededor de lo que significan sus funciones como promotores y la manera de manejar la ambivalencia de su doble condición, por lo que habrá que esperar los resultados de esa nueva visión y los ajustes legales que por supuesto deben hacerse al sistema para que opere plenamente.

Retomando el hilo del procedimiento, se resalta que una vez surtida la contradicción mencionada, el juez concursal tendrá suficientes elementos de juicio para decidir, a lo cual procederá en audiencia, donde resolverá sobre las objeciones presentadas, eventualmente después de la etapa probatoria correspondiente, si hay lugar a ella; dictará la providencia de calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto y aprobará el inventario y avalúo de los bienes del deudor[45], con lo cual quedarán definidos los extremos que interesan al proceso, esto es, los activos comprometidos, los créditos involucrados y los derechos de voto reconocidos, para poder sobre esas bases tramitar la celebración del acuerdo de recuperación. De esta manera queda también eliminado el proceso verbal sumario previsto en la ley 550 para la resolución de objeciones, con evidente beneficio para la celeridad del proceso.

La tercera etapa del trámite está constituida por la gestión del promotor para la aprobación del acuerdo entre los acreedores internos y externos —esquema que también se conserva en la nueva regulación— la cual debe ocurrir en el término máximo de cuatro meses dentro del cual se le debe presentar al juez del concurso el acuerdo aludido aprobado por un número plural de acreedores que representen la mayoría absoluta de los votos admitidos, mayoría que a su turno debe estar integrada por la mayoría de las categorías de acreedores, para lo cual la ley establece que estas son: a) titulares de acreencias laborales; b) entidades públicas; c) instituciones financieras; d) acreedores internos y e) demás acreedores externos.

Debe destacarse entonces, que las cinco categorías citadas se establecen a efectos de voto, con el fin de que el acuerdo represente la mayor

[44] Ley 1429 de 2010, art. 35.

[45] Ley 1116 de 2006, art. 30.

amplitud de intereses, en tanto que las clases de acreedores —cinco también— existen es a efectos de pago, según clasificación del Código Civil, con criterios de carácter social o según la naturaleza del negocio, o de la garantía pactada por las partes, etc.[46].

Las más destacadas diferencias del proceso con respecto al régimen anterior vienen a darse a partir de este momento, pues el legislador incluyó en el sistema dos nuevas instituciones, el acuerdo de adjudicación y la providencia de adjudicación, que constituyen fuente de controversias doctrinarias y conflictos procesales de consideración.

En efecto, los artículos 31 y 37 de la ley establecen que si en el plazo fijado por el juez no se le presenta el acuerdo de reorganización, o presentado este no resulta aprobado por el juez, empieza a correr un término de treinta días para que el promotor le presente un acuerdo de adjudicación de los activos del deudor, y si vencido tal término este tampoco se presenta o no es aprobado, el juez emitirá una providencia mediante la cual hará la adjudicación aludida. De esta manera, las partes del concurso tienen sobre sí la presión de lograr un acuerdo de reorganización viable y oportuno, so pena de tener que enfrentarse a una negociación más complicada, orientada a la adjudicación, o exponerse a que el juez adjudique unilateralmente los activos para pagar por esta vía las obligaciones del deudor. Se trata, por tanto, no solo de un mecanismo de apremio para tratar de que las partes solucionen concertadamente la situación de la empresa, sino además, de un sistema tendiente a establecerle un límite temporal al proceso concursal, para que si no se acaba por la vía natural de la reorganización, lo sea por la extraordinaria de la liquidación expedita y simultánea de activos y pasivos y con esta, generalmente, también la de la empresa. Aunque el fundamento teórico del esquema parece razonable, la ley falló al establecer unos tiempos en extremo irreales —treinta días— para lograr el acuerdo de adjudicación que evidentemente resulta más complicado que el de reorganización y que si no se logra, obliga al funcionario a proferir una providencia aún más difícil en el angustioso plazo de quince días.

Tal como lo autoriza expresamente el artículo 58, las adjudicaciones podrán hacerse en común y proindiviso entre los acreedores, lo cual, si bien facilita estructurar la decisión, es indudable que acarrea dificultades prácticas enormes para los adjudicatarios por este método, quienes

[46] Ver las categorías en el art. 31 de la ley 1116 de 2006 y las clases a partir del art. 2488 del C. C.

se ven compelidos a administrar y liquidar comunidades que por mandato legal se vieron forzados a pactar o a aceptar.

Con todo, el balance general de las reformas introducidas desde 2006 a la legislación de los concursos recuperatorios o liquidatorios parece por lo pronto satisfactorio, comoquiera que representa el producto mejorado de una evolución que ha permitido decantar con la práctica la mayoría de las instituciones contenidas en la nueva regulación.

No obstante lo anterior, la normativa referida hoy debe mirarse integralmente también con las disposiciones de la ley 1676 de 2013, sobre garantías mobiliarias, que en los artículos 50, 51 y 52, señaló el régimen de garantías en los procesos de insolvencia, Estatuto que a su turno fue reglamentado por los decretos 400 de 2014 y 1835 de 2015.

Lo primero que debe señalarse sobre el particular es que en razón del citado régimen de garantías se produjo una importantísima ampliación del espectro mobiliario, pues este tipo de seguridades ya no se refiere a los bienes muebles tradicionales, sino que ahora se permite pignorar bienes muebles específicos, activo circulante, universalidad mobiliaria presente o futura del deudor, bienes derivados de o atribuibles a los anteriores y, como lo dice la misma ley, "[...] en general todo bien mueble incluidos los fungibles, corporales e incorporales y derechos, contratos o acciones con valor económico", lo cual le da al régimen una amplitud hasta ahora inimaginable en el sistema jurídico colombiano.

Este régimen de garantías, en cuanto se refiere al proceso de reorganización, tiene "[...] una variable con el régimen de la ley 1116, pues según esta todos los bienes del fallido quedan afectos al concurso y solo puede disponerse de ellos de manera excepcional, cuando «[...] exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso [...]». Ahora, desde la vigencia de la ley 1676, tal afectación no cubre la totalidad de los bienes del deudor fallido, sino solamente los «...muebles o inmuebles necesarios para su actividad económica...», pudiendo adelantarse las demás ejecuciones de las garantías reales sobre bienes no necesarios para la actividad del deudor, ejecución que se entiende podrá darse de acuerdo con los mecanismos de la legislación en comento [...].

"De esta manera viene a producirse —de hecho— una escisión patrimonial que no depende de algo objetivo, como la naturaleza del bien, sino de algo voluntario y eventual como es la destinación que se dé al activo en un momento determinado. Existen bienes que no admiten controversia, como la maquinaria y equipo especializados con los que se

adelanta la actividad fabril —por ejemplo— en tanto que en otros casos, su destino dependerá exclusivamente de la voluntad del empresario, como sería un local, un vehículo, unos equipos de cómputo, etc. Desde luego, en caso de duda y en última instancia, corresponderá al juez concursal autorizar la ejecución de la garantía sobre cualquier clase de bienes cuando considere que no son necesarios para la actividad del concursado. Corresponderá a la reglamentación de la ley fijar parámetros más precisos sobre el concepto de «necesariedad» para los efectos pretendidos"[47].

Esta modificación —sustancial— introducida en el régimen general de las obligaciones presenta importantes ventajas para las relaciones de crédito y para las garantías en épocas de normalidad de los negocios, pero resulta altamente inconveniente en tiempos de crisis, cuando a juicio del autor pueden señalarse unos cuestionamientos que se resumen así:

"[...] En razón del concurso, aunque preventivo, empieza a desvertebrarse el patrimonio del deudor, con un doble efecto: por un lado, disminuyéndose el acervo de garantía y por el otro, sustrayéndose de la masa de una eventual liquidación los bienes prendados que, aunque no operacionales, en caso de ocurrir esta, quedarían llamados a responder primeramente por las deudas con una mejor prelación legal, como serían todas las de primera clase, por lo menos. Es que no puede perderse de vista que el concurso recuperatorio suele ser la antesala del liquidatorio y resulta altamente probable que al darse el primero y existir la alternativa de ejecución sobre los bienes no operacionales gravados, los acreedores beneficiarios se precipiten a buscar el recaudo de lo debido, fragilizando el patrimonio del deudor en concurso.

"Otro [...] aspecto de reproche a la norma comentada —el artículo 50— lo constituye el hecho de que en caso de depreciación del bien gravado, el acreedor beneficiario pueda pedir al promotor y al juez del concurso que se adopten medidas para proteger su posición de acreedor con garantía, "tales como la sustitución del bien objeto de la garantía por un bien equivalente, la dotación de reservas, o la realización de pagos periódicos para compensar al acreedor por la pérdida del valor del bien".

Así como en derecho civil las cosas perecen para su dueño —*res perit domine*— también es claro que los riesgos del bien gravado están

[47] GUSTAVO CUBEROS, "Las garantías reales en los procesos de Insolvencia", Conferencia para el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Capítulo Colombiano, 2014.

llamados a afectar primeramente al beneficiario del gravamen, quien verá disminuida o extinguida su garantía debiendo acudir a las acciones personales que correspondan por el monto de la deuda que quede huérfana de aquella[48]. Ahora, con el nuevo régimen, los riesgos normales del acreedor pignoraticio se trasladan al resto de los acreedores, incluso a aquellos de mejor derecho —los de primera clase, por ejemplo, con la única excepción de los pensionados— pues según lo dicho, el promotor o el juez del concurso tendrán a su cargo implementar los mecanismos que resulten necesarios para proteger el demérito de la garantía, para lo cual acudirán a otros bienes, a reservas, o incluso a pagos compensatorios, lo cual resulta desigual y exagerado.

"[...] Finalmente, tampoco parece razonable, ni conveniente para los fines que persigue el proceso recuperatorio, la disposición del inciso sexto del artículo 50 que establece que una vez confirmado el acuerdo de reorganización el acreedor garantizado tendrá derecho a que se le pague su obligación con preferencia a los demás acreedores que hacen parte del acuerdo o que si se tratara de una obligación pactada a plazo —como en efecto suele ocurrir— tiene derecho a que el pago se realice en el plazo originalmente previsto y siempre y cuando se pague el monto vencido con anterioridad a la apertura del proceso de reorganización. Como salta a la vista, se trata de unas prerrogativas que desnaturalizan el principio de igualdad, pues el crédito asegurado no solo goza de esta protección, la de la garantía, sino que además, las esperas o nuevos plazos que suelen ser esenciales en el concurso recuperatorio no están llamados a afectar a esta clase de acreedores, desequilibrio que de seguro afectará la supervivencia misma de las empresas con garantías de esta naturaleza y por ende, el resto del universo de sus acreedores [...]"[49].

B) *Proceso de liquidación judicial*

El nuevo concurso liquidatorio, por su parte, mantiene la ininterrumpida tradición de ser de naturaleza jurisdiccional, aunque radicando el conocimiento de este, en lo referente a las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras en la Superintendencia de Sociedades, investida de funciones jurisdiccionales como en la derogada ley 222. Como ya se señaló, pero se reitera para efectos

[48] C. C., art. 2341.

[49] Gustavo Cuberos, "Las garantías reales en los procesos de insolvencia", cit.

de organización en la exposición, equivale a la liquidación obligatoria y por ende a la quiebra y en tal sentido la ley 1116 sustituye la reglamentación que se encontraba vigente sobre la materia.

Para compararlo con otras legislaciones, debe tenerse en cuenta que pese a la denominación, se trata de un proceso de quiebra, entendido como "[...] un procedimiento concursal, o sea un procedimiento ejecutivo general y colectivo: es general por cuanto afecta todo el patrimonio del deudor y no —como en los procedimientos ejecutivos particulares [...] que tienen como presupuesto el simple incumplimiento— los bienes concretos del deudor; es, además, un procedimiento colectivo en cuanto está dirigido al pago del conjunto de los acreedores, y no sólo de los acreedores en relación con los cuales el deudor ya ha resultado incumplido, ni solo de aquellos que hayan tomado la iniciativa del procedimiento ejecutivo [...]"[50].

Se subraya en primer término que el supuesto para el trámite es también la cesación de pagos, definida de idéntica manera que para el proceso de reorganización y que este puede darse de manera consecuencial o inmediata, dependiendo de si se ha surtido o no con anterioridad un proceso concursal de recuperación, cuya frustración o incumplimiento constituya la causa del proceso de liquidación.

A diferencia del proceso de reorganización, en el de liquidación judicial existe una etapa para la presentación de créditos por los acreedores[51], constituyéndose tal hecho en una carga para estos, so pena de que sus acreencias queden por fuera del concurso.

Por su parte, aquí le corresponde al liquidador elaborar el proyecto de auto de calificación y graduación de créditos y derechos de voto, cuando se trata de apertura inmediata del proceso, o actualizarlo, si se trata de un proceso consecuencial en el que ya se hubiere producido tal providencia.

En los demás aspectos referentes al conocimiento, contradicción y decisión de las acreencias, la ley hace remisiones expresas al régimen del proceso de reorganización[52] y entonces, elaborado o ajustado el proyecto de auto de calificación y graduación, habrá un traslado de este por diez días para objeciones; a continuación uno de cinco días sobre las objeciones formuladas para su contradicción; luego una eventual

[50] FRANCESCO GALGANO, *Derecho comercial*, vol. I, El empresario, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1999, pág. 187.

[51] Ley 1116 de 2006, art. 48, num. 5.

[52] Ley 1116 de 2006, art. 33.

etapa probatoria de treinta días, si fuera procedente, y finalmente, la audiencia para la decisión judicial de objeciones, calificación y graduación, derechos de voto, etc., en los términos del artículo 30 del estatuto.

Como es natural, siendo el norte del proceso el opuesto a la reorganización, esto es, la liquidación de la empresa, la apertura del trámite tiene efectos inmediatos orientados en ese sentido, tales como la disolución de la sociedad deudora, si se trata de un órgano asociativo; la disminución de su capacidad jurídica para concretarla a las actividades tendientes a la liquidación; la inmediata exigibilidad de todas sus obligaciones; la terminación de los contratos de ejecución periódica o sucesiva, incluso los laborales, sin requerirse autorización del gobierno ni trámites adicionales; la atracción al concurso de todas las ejecuciones individuales que se encontraren en trámite y, en fin, la preparación del esquema jurídico y patrimonial de la empresa para adecuarla a una liquidación pronta en lo temporal, expedita en lo jurídico y eficiente en lo económico.

A partir de la definición del activo —por vía de la aprobación judicial del inventario— y del pasivo —en razón del auto de calificación y graduación de créditos— empieza el trámite de la liquidación del patrimonio y de las acreencias, con unas nuevas modalidades con respecto a los regímenes precedentes, los de la quiebra y liquidación obligatoria, pues la ley le concede al liquidador el precario término de dos meses para proceder a efectuar la enajenación de los activos, con lo cual el legislador pretendió ponerle coto a la eternización del proceso.

Vencido dicho término, el proceso liquidatorio toma un cauce similar al del proceso recuperatorio, ya que la ley le otorga al liquidador un término de treinta días para que presente el acuerdo de adjudicación al que hayan llegado los acreedores y en caso de que este no se dé, o que presentado no resulte aprobado por el juez concursal, en los mismos términos previstos para el trámite de reorganización, el juez procederá a efectuar la adjudicación mediante auto, lo cual, si bien le da una extraordinaria agilidad a la terminación del proceso liquidatorio —como reacción a los sistemas precedentes— peca por exceso al suponer que los trámites de enajenación de activos de una empresa pueden llegar a surtirse en el perentorio término de dos meses, o que los acreedores podrán en treinta días llegar a un acuerdo general sobre la repartición del activo, lo cual obligará al juez concursal a dictar, también en un término angustioso, la providencia adjudicatoria, disponiendo en primer lugar de los recursos dinerarios, después de los inmuebles, posteriormente de los muebles y finalmente de los bienes incorporales, respetando las

prelaciones y preferencias de ley[53], lo cual en la mayoría de los casos, generará comunidades de difícil manejo y complicada liquidación para los adjudicatarios.

Obviamente, como ambos procesos concursales parten del supuesto de la cesación de pagos, el cual a su turno suele ser revelador de una insuficiencia patrimonial, el régimen de insolvencia consagra la posibilidad de depurar el patrimonio de deudor, excluyendo lo que no le pertenece —restituyendo a sus legítimos titulares— y recuperando para este lo que salió irregular o sospechosamente de él —por medio de las acciones revocatorias y de simulación— mecanismos ambos orientados a nivelar lo que hay con lo que debe haber o, en otras palabras, equiparar la masa de hecho con la masa de derecho[54].

A pesar de la crítica precedente, concretada en la brevedad de los términos para la venta de los activos y para la presentación del acuerdo de adjudicación, resulta indudable que el sistema de insolvencia representa una mejoría de la institución liquidatoria, tanto desde el punto de vista conceptual como procesal, que de seguro redundará en un mejor manejo del sistema de ejecución colectiva de los deudores incumplidos.

Desde luego, la nueva normativa aludida presenta reiteradas fallas de técnica en su elaboración, como bien lo señala el profesor RODRÍGUEZ ESPITIA en su importante obra sobre la materia, por lo que las inconsistencias y errores que de allí se derivan deben ser depurados o en cuanto resulte legalmente posible, corregidos por la jurisprudencia y la doctrina[55].

Como antes se dijo, al régimen de liquidación también la ley 1676 de garantías mobiliarias, le introdujo importantes modificaciones, como quiera que "[...] Al referirse a los procesos de liquidación judicial el artículo 52 de la ley comentada señala que «los bienes en garantía de propiedad del deudor en liquidación judicial podrán excluirse de la masa de la liquidación en provecho de los acreedores garantizados o beneficiarios de la garantía», siempre que esta se encuentre debidamente inscrita.

"La exclusión de bienes de la masa es una institución bien diferente a lo ahora pretendido, comoquiera que existe para depurar esta de bienes que por su naturaleza no pueden estar incluidos en ella. El artículo

[53] Ley 1116 de 2006, art. 58.

[54] Ley 1116 de 2006, art. 74.

[55] RODRÍGUEZ ESPITIA, *op. cit*., al censurar, entre otros, los arts. 15, 18, 24, 31, 33, 36, 40, 47, 49, 57, etc.

55 de la ley 1116 señala como bienes excluidos, entre otros, las mercancías que tenga el deudor a título de comisión, los bienes que tenga en calidad de depositario, y en general, las especies en poder del deudor, pero que pertenezcan a terceros. No se trata entonces de exclusiones artificiales o derivadas del capricho legislativo. Son el simple reconocimiento de un hecho: son bienes que no deben estar afectos al concurso, por no ser de propiedad del fallido. A lo que ahora conduce la nueva regulación es a algo bien diferente desde la perspectiva conceptual y jurídica, al señalar que podrán excluirse de la masa los bienes del deudor en concurso que hayan sido afectados por una garantía real. Por supuesto, si se excluyen, ya no figurarán los acreedores prendarios en la segunda clase de créditos del artículo 2497 del Código Civil, ni los hipotecarios en la tercera clase, según el artículo 2499 del mismo estatuto: estarán fuera del concurso.

"La cuestión tiene un relieve muy especial y unas consecuencias jurídicas importantes, pues como se sabe, la prelación de pagos es rigurosamente escalonada por clases y entre cada una de estas por sub clases y entonces, el pasivo se irá atendiendo ordenadamente según lo permita el volumen del activo. Así las cosas, según el régimen precedente, si al pagarse la primera clase se agotan los recursos disponibles, simplemente no habrá pago alguno para los acreedores prendarios —a pesar de la garantía específica a su favor—. Con el nuevo sistema, al excluirse de la masa los bienes gravados con garantía real, las deudas amparadas por el gravamen se pagarán aún con preferencia sobre las de primera clase —excepto las pensionales— y entonces, dada la fenomenal ampliación del espectro mobiliario y ante la posibilidad de garantías sobre una universalidad presente o futura, resulta altamente probable que los acreedores con garantías reales terminen «arrasando» con el concurso, por sustracción de materia, en detrimento de acreedores que tradicionalmente han sido y deben ser de mejor derecho, como los titulares de obligaciones laborales, fiscales, etc."[56].

No cabe duda, entonces, de que las nuevas instituciones de garantías mobiliarias están llamadas a revolucionar los sistemas tradicionales de las garantías pignoraticias, pero tampoco que tratándose de procesos universales la cuestión es mucho más severa, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental. Lo primero, por la ampliación de coberturas o de espectro de lo que hasta ahora se consideraba como bienes muebles para efectos de garantía y el régimen mismo de estas y lo segundo,

[56] Gustavo Cuberos, "Las garantías reales en los procesos de insolvencia", cit.

por las modalidades particulares de ejecución que si bien son más amplias y expeditas en condiciones de normalidad de los negocios —mecanismos de ejecución especial, apropiación por el acreedor, etc.— en condiciones de crisis resultan francamente contrarios a los principios que rigen la ejecución colectiva y los principios concursales[57].

## 7. APRECIACIÓN CRÍTICA FINAL Y CONCLUSIONES

Son pocas las instituciones que en Colombia han tenido regulaciones tan copiosas y tan variables como las concursales, las cuales se han venido modificando, por una parte, en razón de los continuos fracasos que han mostrado para cumplir con los fines perseguidos con ellas y, por la otra, por la diversidad de las crisis que las han motivado en cada momento.

La legislación colombiana actual sobre insolvencia es una regulación híbrida que ha tomado importantes elementos de las regulaciones precedentes, es decir, que se ha venido formando palmo a palmo, de fracaso en fracaso, tratando así de conservar de cada régimen las instituciones y los procedimientos que han mostrado mejores resultados.

De esta manera, el régimen actual adopta el esquema jurisdiccional, el trámite de objeciones y la Superintendencia de Sociedades como juez concursal por excelencia, de la ley 222 de 1995 y la definición objetiva de la cesación de pagos, la noción de acreedores internos y la institución del promotor de la ley 550 de 1999, por citar solo algunos ejemplos.

En sentido contrario, varios de los principios tradicionales de la concursalidad están cada día más desdibujados, pues mal puede predicarse la universalidad o la igualdad en los sistemas recuperatorio y liquidatorio, cuando cada vez hay más categorías de bienes excluidos y cada día mayor cantidad de clases de acreedores que van relegando más y más al acreedor común, al simple quirografario, dejándolo prácticamente sin vocación de pago.

Desde la perspectiva procesal, sin embargo, el régimen concursal muestra una muy positiva evolución ante la especialización de la Superintendencia de Sociedades como juez concursal por excelencia y ante el mejoramiento de los pasos y los tiempos del proceso.

Todo lo anterior, aunado a la ocurrencia cada vez más frecuente de crisis y a la proliferación de reglamentaciones de todo tipo alrededor de la insolvencia, impone la necesidad de consolidarla como una dis-

[57] Ley 1676 de 2013, arts. 57 y ss. y decr. 1835 de 2015.

ciplina autónoma que debería tener un estatuto unitario y completo y ser de obligatoria enseñanza en las facultades de Derecho.

Es que el derecho de la insolvencia es una disciplina especial, regida por principios diferentes, en lo sustancial y en lo procedimental, que no puede verse impactada adversamente por normas de inferior categoría, económica y social.

A propósito de la afirmación precedente, deben tenerse en cuenta el primero y el último artículo de la ley 1116 de 2006: el primero, en cuanto dispone que ella "tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo" y el último, que dispone que las normas de tal estatuto "prevalecerán sobre cualquier otra de carácter ordinario que le sea contraria".

Se trata de normas inspiradas a su turno en el artículo 1º de la Carta Constitucional que dispone la prevalencia del interés general y resulta obvio, en armonía con el título de este capítulo, que todo lo relativo a la ejecución colectiva o a los mecanismos para evitarla, deben primar sobre el interés y las acciones particulares de cada acreedor.

Estas reflexiones finales están estrechamente relacionadas con el nuevo régimen de garantías mobiliarias y sus decretos reglamentarios[58] en cuanto aluden a las garantías en los procesos de insolvencia —arts. 50 a 52— porque, como se explicó, desvertebran las ejecuciones colectivas y arrasan con principios superiores como la universalidad y la igualdad, permitiendo a los acreedores titulares de tales garantías que sustraigan del concurso, los bienes afectados con las mismas en su único y exclusivo provecho y echando por la borda los principios de la prelación de créditos.

## **8**. Bibliografía

### A) *Doctrina*

Betti, Emilio: *Teoría general de las obligaciones*, t. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1970.

— *Código Judicial colombiano*, 11ª ed., Bogotá, Imprenta de La Luz, 1931.

Cuberos Gómez, Gustavo: "Insolvencia: evolución de un Concepto", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 34, Bogotá, Ediciones Uniandes, junio de 2005.

[58] Ley 1676 de 2013 y decrs. 400 de 2014 y 1835 de 2015.

— "Las garantías reales en los procesos de insolvencia", Conferencia para el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Capítulo Colombiano, 2014.

*Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 2001.

GALGANO, FRANCESCO: *Derecho comercial*, vol. I, El empresario, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1999.

GARRIGUES, JOAQUÍN: *Curso de derecho mercantil*, 6ª ed., Madrid, Imprenta Aguirre, 1974.

GAUDEMET, EUGENE: *Teoría general de las obligaciones*, 2ª ed., México, Edit. Porrúa, 1984.

*Gran Enciclopedia Larousse*, 5ª ed., Barcelona, Editorial Planeta, 1993.

ISAZA UPEGUI, ÁLVARO y LONDOÑO RESTREPO, ÁLVARO: *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*, Bogotá, Legis, 2007.

LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO: *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, t. II, Parte especial, 5ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. ABC, 1993.

MORA G., NELSON: *Procesos de ejecución*, 2ª ed., t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1973.

OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO: *Régimen general de las obligaciones*, 5ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994.

— *Régimen general de las obligaciones*, 6ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1998.

PÉREZ VIVES, ÁLVARO: *Teoría general de las obligaciones*, 2ª ed., vol. III, Parte segunda, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1957.

PETIT, EUGENE: *Tratado elemental de derecho romano*, 12ª ed., México, Edit. Porrúa, 1996.

REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO: *Reforma al* régimen *de sociedades y concursos*, Santa Fe de Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1996.

RIPERT, GEORGES: Tratado elemental de derecho comercial, Parte cuarta, Buenos Aires, Editorial Tipográfica Editora Argentina, 1954.

RODRÍGUEZ ESPITIA, JUAN JOSÉ: *Nuevo régimen de insolvencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

RODRÍGUEZ PIÑERES, EDUARDO: *Constitución y códigos de Colombia*, 3ª ed., Bogotá, Librería Americana, 1935.

Secretaría de la Gobernación de México: Exposición de Motivos a la Ley de Concursos Mercantiles, Senado, 23 noviembre 1999.

B) *Marco legal*

Circular 39 de 1999, Superintendencia Bancaria.

Código Civil.

Código de Comercio.
Código de Procedimiento Civil.
Decreto 350 de 1989.
Decreto 663 de 1993.
Ley 222 de 1995.
Ley 550 de 1999.
Ley 1116 de 2006.
Ley 1429 de 2010.
Ley 1676 de 2013.
Decreto 400 de 2014.
Decreto 1074 de 2015.
Decreto 1835 de 2015.

Capítulo XIV

# PRELACIÓN DE CRÉDITOS*

Paola Ordóñez Arias**

## 1. Generalidades

### A) *Introducción y concepto*

Es principio común de nuestro derecho que los bienes del deudor constituyen la prenda general de sus acreedores y en tal medida estos podrían perseguir la ejecución sobre los bienes presentes o futuros del deudor. Cabe preguntar: ¿qué ocurre cuando dos o más acreedores concurren al mismo tiempo a la satisfacción de sus acreencias?; ¿algunos acreedores deben estar privilegiados?, ¿cuál es el orden que se debe seguir para el pago?; ¿se justifica el orden previsto en la ley?; ¿las normas antiguas de nuestro Código Civil deben verse modificadas por la realidad actual?

La doctrina define la prelación de créditos como "la preferencia que la ley otorga a ciertos créditos en atención al rango, calidad o naturaleza de ellos, para ser pagados antes y en mejores condiciones que otros cuando aquellos y estos se hacen valer contra el mismo deudor"[1].

Las normas sobre prelación de créditos toman particular relevancia en el escenario en que los bienes del deudor sean insuficientes para satisfacer todas las obligaciones adquiridas, pues algunas de dichas obligaciones quedarán insolutas, total o parcialmente[2]. En atención a lo anterior, el Código Civil en el Título XL del Libro Cuarto establece una

* http://dx.doi.org/10.15425/2017.188

** Abogada de la Universidad de los Andes. LL.M de la Universidad de Nueva York (NYU). Profesora de la cátedra de Contratos de la Universidad de los Andes.

[1] Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *Tratado de las obligaciones*, vol. II, 2ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011, pág. 416.

[2] Alessandri, Somarriva y Vodanovic, *op. cit*., pág. 418: "No es necesario que el deudor esté en quiebra o haya hecho cesión de bienes: para que entre en juego la prelación de créditos basta que dos o más acreedores pretendan ser pagados en bienes del mismo deudor".

serie de reglas con el fin de dar claridad de en qué medida y en qué orden deben ser atendidos los créditos que concurren.

Tales reglas deben ser examinadas a la luz de las disposiciones especiales en materia de insolvencia y la interpretación que la Superintendencia de Sociedades ha hecho de ellas. No es posible entender el régimen de prelación de créditos colombiano sin hacer una lectura de la ley 1116 de 2006, ley que contiene el régimen de insolvencia empresarial y el Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, contentivo del régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante[3].

Asimismo, las normas del Código Civil deben interpretarse a la luz de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en la materia, en particular relacionados con la preferencia de que gozan los créditos laborales y pensionales, así como la especial protección de que son objeto los créditos alimentarios en cabeza de menores de dieciocho años en virtud de expresos mandatos de la Constitución Política de 1991.

Finalmente, con la expedición de la ley 1676 de 2013, "por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan disposiciones sobre garantías mobiliarias" y sus respectivos decretos reglamentarios, surge el interrogante de si se modificó tácitamente la prelación de créditos de los acreedores garantizados con garantías mobiliarias en la medida en que algunos de los bienes objeto de la garantía mobiliaria podrían entenderse excluidos de la masa general de los acreedores en el marco de un proceso concursal de reorganización o liquidación judicial.

B) *Principios que gobiernan la prelación de créditos*

El principio general de la normativa de los contratos, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, establece que los contratos legalmente celebrados son ley para las partes y solo pueden ser invalidados por el mutuo consentimiento o las causas legales. En tal medida, todas las obligaciones adquiridas en virtud de la voluntad contractual, así como las obligaciones que surjan de las otras fuentes se encuentran llamadas a ser satisfechas en los términos particulares de cada una de ellas.

[3] La ley 1116 de 2006 en su art. 4º dispone que debe darse un trato equitativo a todos los acreedores que concurran al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias. A su vez el art. 553 de la ley 1564 de 2012 dispone que el acuerdo de pago de la persona natural no comerciante respetará la prelación y privilegios señalados en la ley y que se dará un mismo trato a todos los acreedores que pertenezcan a una misma clase o grado.

Es por esta razón por la que nuestros derechos civil y procesal civil se fundan en la noción de que el acreedor cuenta con una serie de herramientas para hacer valer sus derechos ante el deudor incumplido y cuenta con la totalidad de bienes presentes y futuros de propiedad del deudor como garantía general para la satisfacción de sus acreencias[4]. A pesar de lo anterior, la satisfacción de los créditos se ve afectada en la realidad ante una insuficiencia patrimonial del deudor.

Partiendo de lo anterior, el principio de la condición de igualdad general entre los acreedores se ve sometido a una serie de excepciones legales en atención a las calidades particulares de los distintos créditos que concurren al pago. La ley exceptúa varias clases de acreedores de someterse al principio de igualdad, otorgándoles a algunos preferencia frente a los demás. La preferencia consiste en una cualidad inherente al crédito que, sea por su naturaleza o la del acreedor, da derecho a su titular para ser pagado en mejor condición que los demás acreedores y en tal sentido le permite un pago anterior en caso de que la prenda general del deudor no sea suficiente para el pago de la totalidad del pasivo[5].

Por su parte, las leyes concursales en particular han establecido una serie de reglas de adjudicación con el propósito de respetar las prelaciones legales. Por ejemplo, el artículo 58 de la ley 1116 de 2006 establece que la totalidad de los bienes por adjudicar serán repartidos con sujeción a la prelación legal de créditos y en tal medida el liquidador respetará la igualdad entre los acreedores, adjudicando en lo posible a los acreedores de la misma clase cosas de la misma naturaleza y calidad. De conformidad con dicha norma, el orden que se debe seguir es

[4] De conformidad con el art. 2488 del C. C., toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre los bienes del deudor exceptuándose solo los inembargables reseñados en el art. 1677. A su turno, el art. 2492 del C. C. ordena que los acreedores del deudor podrán exigir la venta de los bienes del deudor —salvo los inembargables— con el propósito de satisfacer sus deudas. En adición al listado del art. 1677 del C. C., la ley 70 de 1931 permite la constitución del patrimonio de familia no embargable, inmueble inembargable aun en caso de quiebra del beneficiario. También, la ley 258 de 1996 establece la calidad de inembargable al inmueble afectado a vivienda familiar cuando sobre el bien no conste hipoteca anterior al registro de la afectación a vivienda familiar o cuando la hipoteca no se hubiere constituido para garantizar préstamos para la adquisición, construcción o mejora de la vivienda. Al respecto véase Corte Const., sent. C-664 de 1998 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo). Es claro también que los bienes que el deudor ostente en calidad de tenedor no forman parte de la prenda general de los acreedores pues no son parte del conjunto de activos de su propiedad.

[5] Alessandri, Somarriva y Vodanovic, *op. cit*., pág. 419.

el siguiente: dinero, inmuebles, muebles corporales y, finalmente, cosas incorporales[6].

La prelación de créditos se clasifica en dos categorías, a saber: la prelación general y la especial. La primera afecta la totalidad del patrimonio del deudor y en tal medida otorga al acreedor la facultad de perseguir cualquier bien de la "prenda general". Por su parte, la especial solo afecta determinados bienes dentro del patrimonio del deudor y por tanto se entiende que tal prelación se agota en el bien mismo que otorga la preferencia.

Ahora bien, el Código Civil en su artículo 2493 establece que las causas de preferencia bajo la ley colombiana son el privilegio y la hipoteca. A su vez, el artículo 2494 establece que gozan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase.

Así entonces, de conformidad con el Código Civil tienen preferencia en Colombia los créditos de la primera, segunda, tercera y cuarta clase. Corresponde en el presente capítulo estudiar los créditos que se encuentran cubiertos en cada una las llamadas "clases" de créditos, así como estudiar el escenario de los acreedores no preferentes o denominados quirografarios.

## **2.** Clases de créditos en Colombia

### A) *Créditos de la primera clase*

El artículo 2495 del Código Civil señala los créditos de la primera clase como aquellos que nacen de las causas enumeradas en dicha norma. Esta disposición se ha visto modificada por varias disposiciones especiales en materia de acreencias laborales y pensionales, y por normativa relacionada con obligaciones alimentarias.

El texto original del artículo 2495 era el siguiente:

"Artículo 2495.—La primera clase de créditos comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran:

"1. Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores.

"2. Las expensas funerales necesarias del deudor difunto.

[6] La norma citada está prácticamente replicada en el art. 570 de la ley 1564 de 2012 en el título IV, normas aplicables a los procesos de insolvencia de la persona natural no comerciante.

”3. Los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor. Si la enfermedad hubiere durado más de seis meses, fijará el juez, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extienda la preferencia.

”4. Los salarios de los dependientes y criados por los últimos tres meses.

”5. Los artículos necesarios de subsistencia, suministrados al deudor y a su familia durante los últimos tres meses.

”El juez, a petición de los acreedores, tendrá la facultad de tasar este cargo si le pareciere exagerado.

”6. Los créditos del fisco y los de las municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados”.

Dicho texto se ha visto modificado por leyes recientes, así como por los pronunciamientos de la Corte Constitucional en punto a algunos de los créditos de especial protección constitucional.

a) *Créditos que comprende actualmente la primera clase.* A continuación se indica el orden actualmente vigente al interior de los créditos de la primera clase.

a') *Obligaciones alimentarias a favor de menores.* El decreto 2737 de 1989 en su artículo 134 estableció que los créditos por alimentos en favor de menores pertenecían a la *quinta causa* de los créditos de la primera clase señalados en el artículo 2495 del Código Civil.

La Corte Constitucional en sentencia C-092 de 2002 declaró inexequible el texto “*la quinta causa*” del artículo 134 del decreto 2737 de 1989, Código del Menor, en atención a la especial prevalencia de los derechos de los niños por expreso mandato de la Constitución Política en su artículo 44[7]. En tal medida, la Corte estableció que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás y como consecuencia, los créditos por alimentos en favor de menores prevalecen sobre todos los demás de la primera clase[8].

[7] La Corte Constitucional se basó también en el bloque de constitucionalidad a partir de lo consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Convención sobre Derechos del Niño (incorporada al derecho interno por la ley 12 de 1991), la Declaración de Ginebra sobre Derechos de los Niños, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (aprobado mediante la ley 16 de 1972), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado mediante la ley 74 de 1968) y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado mediante la ley 74 de 1968).

[8] La Corte Const. en sent. C-092 de 2002 aclara que la citada protección aplica tanto a niños como adolescentes; en palabras de la Corte: “[...] se hace necesario hacer

Con posterioridad al pronunciamiento de la Corte Constitucional, con la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia, ley 1098 de 2006, que derogó el Código del Menor, se reiteró lo ya señalado por la Corte Constitucional. En el artículo 134 de dicha ley se estableció que los créditos por alimentos a favor de los niños, las niñas y los adolescentes gozan de prelación sobre todos los demás, zanjando el tema en definitiva[9].

b') *Créditos laborales y pensionales.* Con la expedición de la ley 165 de 1941 se modificó el numeral 4 del artículo 2495 en el siguiente sentido: "*Los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes del contrato de trabajo*". Lo anterior fue reiterado a su vez por el artículo 36 de la ley 50 de 1990 que señaló: "Los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, la cesantía y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase que establece el artículo 2495 del Código Civil y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás".

Adicional a dichas reformas, la ley 100 de 1993 en sus artículos 126 y 270 estableció que los créditos causados o exigibles por concepto de bonos, cuotas partes, cotizaciones e intereses, tanto en el Sistema General de Pensiones como en el Sistema de Seguridad Social en Salud, pertenecen a la primera clase del artículo 2495 del Código Civil y tienen el mismo privilegio de los créditos por concepto de salarios, prestaciones sociales o indemnizaciones laborales.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha sido prolífica en sus pronunciamientos, especialmente en sede de tutela[10]. Por ejemplo, con posterioridad a la expedición de la ley 1116 de 2016, la Corte señaló lo siguiente:

---

efectiva la prevalencia otorgada a los derechos de los niños en el artículo 44 superior, entendiendo por estos tanto a los infantes como a los adolescentes, esto es *a* todo menor de dieciocho (18) años [...]". Afirma dicha providencia, que el concepto de alimentos que menciona la norma objeto de análisis incluye todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción del menor y, también, la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 del decreto ley 2737 de 1989, Código del Menor.

[9] El art. 565 de la ley 1564 de 2012, Régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante, establece que las obligaciones de carácter alimentario a favor de los hijos menores tendrán prelación sobre todas las demás.

[10] Al respecto véase Corte Const., sents. T-458 de 1997, T-299 de 1997, T-503 de 2002, T-299 de 2005, T-658 de 1998, T-568 de 2011 y SU-891 de 2007, entre otras.

"En cuanto a la prelación de los créditos laborales, la legislación laboral y civil establece que «los créditos causados o exigibles de trabajadores por concepto de salarios, la cesantía y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase de créditos que establece el artículo 2495 del Código Civil» y que «cuando la quiebra imponga el despido de trabajadores, los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones se tendrán como gastos pagaderos con preferencia sobre los demás créditos». De este modo, *el pago de los créditos de carácter laboral guarda una prelación absoluta sobre las demás obligaciones, incluso sobre aquellas otras que el C*ódigo *Civil califica como de primer grado*"[11] (resaltado fuera de texto).

Así, es claro que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los créditos laborales y pensionales gozan de prelación absoluta incluso sobre los numerales que anteceden en el artículo 2495 del Código Civil. No obstante lo anterior, consideramos que la Corte Constitucional le da mayor protección a los créditos por concepto de alimentos a favor de menores de edad y en tal medida los créditos laborales y pensionales deben entenderse como de segundo orden dentro de las acreencias de la primera clase.

Consideramos que la protección anteriormente señalada, también es aplicable a los créditos a favor del mandatario en una relación de mandato comercial. El artículo 1277 del Código de Comercio otorga al mandatario, sin distinguir entre si se trata de persona natural o jurídica, la misma preferencia de que gozan los salarios, sueldos y demás prestaciones provenientes de relaciones laborales, de manera que los precedentes de la Corte Constitucional lo amparan[12]. De igual manera, creemos que dicha preferencia sería aplicable a contratos como la comisión, la agencia mercantil y la preposición en virtud de la remisión directa a las normas del mandato de los artículos 1308, 1330 y 1332 del Código de Comercio, respectivamente[13].

De conformidad con el artículo 134 de la ley 23 de 1982, la terminación del contrato de edición como consecuencia de un proceso de insolvencia (la norma, por su antigüedad, se refiere a *quiebra* o *concurso*

[11] Corte Const., sent. C-071 de 2012 (M. P. Luís Ernesto Vargas Silva).

[12] Al respecto, véase Superintendencia de Sociedades, oficio 220-105525 de 14 octubre 2008 y oficio 220-226554 de 12 diciembre 2014.

[13] Existen razones de peso para cuestionar a la agencia mercantil como una especie de mandato. Sin embargo, en la medida en que existe una remisión legal expresa en la cual no se exceptúa la aplicación del art. 1277 del C. de Co. al contrato de agencia, se considera aplicable la preferencia señalada.

*de acreedores*) del editor, da al autor una preferencia igual a la de los créditos laborales para el pago de su remuneración o regalías.

c') *Costas judiciales en interés general de los acreedores.* El numeral 1 del artículo 2495 establece el privilegio de las costas judiciales. La doctrina ha entendido que para que gocen de dicha preferencia deben ser generales, es decir, que aprovechen a todos los acreedores[14].

d') *Expensas funerales necesarias.* Se trata de una prelación por razones públicas de salubridad. Como la norma lo indica, cubre específicamente aquellas expensas que sean estrictamente necesarias para el entierro del deudor.

e') *Gastos de enfermedad de que haya fallecido el deudor.* El Código Civil considera este privilegio para gastos clínicos que incluyen honorarios a profesionales de la salud, establecimientos médicos y demás de este tipo. La norma señala que en caso de que la enfermedad que conduce a la muerte hubiera durado más de seis meses, el juez podrá fijar la suma hasta la cual se extiende la preferencia.

f') *Artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia durante los últimos tres meses.* La ley protege a los acreedores que hayan apoyado al deudor en los últimos meses en la cuantía de los artículos necesarios para su subsistencia y la de su familia.

g') *Créditos del fisco.* A pesar de que el texto legal del numeral 6 del artículo 2495 del Código Civil no se ajusta a la organización política actual de Colombia, la Superintendencia de Sociedades ha sido enfática en que dicha prelación aplica tanto a los créditos de la administración nacional de impuestos como a las de orden departamental o municipal[15].

La Superintendencia de Sociedades, con fundamento en jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha entendido que dentro de los créditos del fisco deben entenderse protegidos los parafiscales, en la medida en que a pesar de no tener origen en impuestos, tasas o contribuciones, la ley los asimila a esta clasificación. Dentro de estos créditos se encuentran cubiertos los de cajas de compensación familiar, el Instituto Colombiano del Bienestar Familiar – ICBF y el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, así como los créditos provenientes

[14] GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, 8ª ed., Bogotá D. C., Edit. Temis, 2008, pág. 69.

[15] Superintendencia de Sociedades, auto 400-004995 de 9 abril 2013 y auto 2014-02-021512 de 31 julio 2014.

de contribuciones parafiscales cafeteras, agropecuarias o pesqueras[16]. Los créditos fiscales y parafiscales deben concurrir a prorrata dentro del mismo orden de la primera clase[17].

Autoridades como la Superintendencia Bancaria —hoy Superintendencia Financiera de Colombia— han señalado que las obligaciones por concepto de multas impuestas por dicha autoridad son créditos de la primera clase. La entidad sostiene que en la medida en que las multas impuestas tienen como destino el erario, estas se encuentran cubiertas por el numeral 6 del artículo 2495 del Código Civil y deben ser pagadas con carácter preferencial. Señala la Superintendencia: "[...] es claro que la multa impuesta por la Superintendencia Bancaria [...] es una obligación a favor del Estado que tiene su origen en la facultad sancionatoria de la administración y cuyo importe corresponde a los ingresos no tributarios, que hacen parte de los ingresos corrientes incluidos dentro del Presupuesto General de Rentas del Presupuesto General de la Nación, en otras palabras, son créditos fiscales"[18]. En esta medida, dichos créditos serían tenidos como de la primera clase en el mismo orden de los créditos fiscales y parafiscales ya señalados.

Con fundamento en el pronunciamiento anterior surge la pregunta de si otros créditos que forman parte del erario, tales como las regalías que menciona el artículo 360 de la Constitución Política en cabeza del Estado, como contraprestación por la explotación de los recursos naturales no renovables deberían considerarse créditos privilegiados. Al respecto, consideramos que en la medida en que se trata de ingresos

[16] Superintendencia de Sociedades, oficio 155-009141 de 7 marzo 2002 y oficio 220-033322 de 9 abril 2013. Corte Const., sent. C-308 de 1994 (M. P. Antonio Barrera Carbonell).

En punto a lo anterior, Velásquez Gómez considera que para que se otorgue preferencia a contribuciones parafiscales de origen laboral, el legislador debe otorgar tal preferencia mediante norma expresa lo cual a la fecha no ha ocurrido. Al respecto véase Hernán Darío Velásquez Gómez, *Estudio sobre las obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis, 2010, pág. 622.

[17] La Corte Constitucional en sent. C-019 de 2007 (M. P. Jaime Araujo Rentería) declaró la exequibilidad del num. 6 del art. 2495 del C. C. En dicha providencia se expresa que los créditos de las empresas de servicios públicos domiciliarios se califican como quirografarios y no como de la primera clase en ejercicio de la libertad de configuración del legislador en materia del pago de créditos, con fundamento en lo contemplado en los arts. 114 y 150 de la Constitución Política.

[18] Superintendencia Bancaria de Colombia, Concepto 2004000018-2 de 22 enero 2004. A su vez dicho concepto cita a Consejo de Estado, Sección Primera, sent. de 15 agosto 2002 (M. P. Marta Álvarez de Castillo, exp. 2001-0257).

en favor del Estado, los entes territoriales deberían ser reconocidos como acreedores amparados bajo la preferencia del sexto orden de la primera clase[19].

h') *Créditos del damnificado contra el asegurado y créditos del beneficiario contra el asegurador.* El artículo 1132 del Código de Comercio dispone que en caso de insolvencia del asegurado, el crédito del damnificado o la víctima, goza de la prelación de la primera clase después de la preferencia de los créditos del fisco. Lo anterior sin perjuicio de las acciones que el damnificado tenga en contra del asegurador.

Por su parte, el artículo 1154 del Código de Comercio establece que los créditos del beneficiario contra el asegurador en los seguros de vida gozan de la preferencia de los créditos de la primera clase y se encuentran ubicados después de los créditos del fisco.

b) *Régimen aplicable a los créditos de la primera clase.* Frente a los créditos de la primera clase, el artículo 2496 del Código Civil establece que dichos acreedores cuentan con una garantía general sobre el patrimonio del deudor —en contraposición a una especial— y que en caso que haya insuficiencia para el pago de todas las acreencias de la primera clase, se preferirán unas a otras en el orden de su numeración sin importar la fecha en que tales obligaciones hayan surgido y se pagarán los créditos comprendidos en cada numeral u orden a prorrata, con las salvedades señaladas en el apartado anterior en relación con los créditos alimentarios y las obligaciones laborales y pensionales de conformidad con el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional.

Finalmente, de acuerdo con el artículo 2507 del Código Civil, las preferencias de la primera clase afectan los bienes de los herederos, salvo que se haya aceptado la herencia con beneficio de inventario o los acreedores hayan ejercido su beneficio de separación, caso en el que solo se verán afectados los bienes objeto de sucesión hasta su concurrencia.

B) *Créditos de la segunda clase*

Gozan del privilegio de la segunda clase los créditos que se relacionan en el artículo 2497 del Código Civil:

[19] Somos conscientes de que esta interpretación puede ser cuestionada a la luz del principio de interpretación restrictiva frente a las preferencias, y en tal medida se puede argumentar que estas deben estar expresamente consagradas en la ley y no pueden constituirse vía interpretativa.

"Artículo 2497.— A la segunda clase de créditos pertenecen los de las personas que en seguida se enumeran:

"1. El posadero sobre los efectos del deudor, introducidos por este en la posada, mientras permanezcan en ella, y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños.

"2. El acarreador o empresario de transportes sobre los efectos acarreados que tenga en su poder o en el de sus agentes o dependientes, hasta concurrencia de lo que se debe por acarreo, expensas y daños; con tal que dichos efectos sean de la propiedad del deudor.

"Se presume que son de la propiedad del deudor, los efectos introducidos por él en la posada, o acarreados de su cuenta.

"3. El acreedor prendario sobre la prenda".

En general, se trata de un privilegio referente a bienes sobre los cuales el acreedor ejerce tenencia en virtud de una relación contractual[20].

a) *Créditos que comprende actualmente la segunda clase.* Son los siguientes:

a') *Créditos del posadero.* Esta protección encuentra su antecedente histórico en la Costumbre de París, posteriormente codificado en el Código Civil francés[21]. Dicho privilegio consiste en que los bienes de propiedad del huésped que éste introduzca en la posada podrán ser empleados por el posadero para efectos de que el pasajero solvente sus deudas por concepto de alojamiento, expensas y daños[22].

b') *Créditos del acarreador o empresario de transportes.* Se trata también de un legado del Código Civil francés[23]. Dicha preferencia cubre el pago de las sumas adeudadas por concepto de acarreo, expensas y daños.

Consideramos que la presunción señalada en el artículo 2497 en relación con la propiedad del deudor es una presunción legal y en tal medida podría ser válidamente desvirtuada por el deudor.

[20] Es importante aclarar que en principio la norma buscaba cubrir los casos de tenencia. Con la evolución de algunas de las instituciones, como por ejemplo la prenda sin tenencia del acreedor, esta regla se ha modificado y la preferencia de la segunda clase aplica no solamente a casos de tenencia.

[21] Alessandri, Somarriva y Vodanovic, *op. cit*., pág. 433.

[22] Parte de la doctrina considera que el privilegio de posadero debe entenderse aplicable a figuras actuales tales como la del contrato de hospedaje regulado a partir del art. 1192 del C. de Co. Véase Velásquez Gómez, *op. cit*., pág. 627.

[23] Alessandri, Somarriva y Vodanovic, *op. cit*., pág. 435.

c') *Créditos del acreedor prendario.* Se entiende como acreedor prendario aquel cuya obligación se encuentra garantizada por medio del contrato de prenda. Como establece la doctrina, el contrato de prenda "genera un derecho real accesorio que le otorga al acreedor la facultad de perseguir la cosa, retenerla y pagarse, preferentemente, con el productoarantizada"[24].

En el caso de la prenda sin tenencia del acreedor consagrada en el artículo 1207 del Código de Comercio, el artículo 1211 del mismo estatuto es claro al establecer que la prelación se determinará según la fecha del registro[25]. Conforme a lo anterior, desde la expedición del Código de Comercio de 1971 se puede hablar en Colombia de "grados en la prenda", los cuales se determinaban de acuerdo con la fecha del registro de dicho derecho real. La pregunta que surge a partir de la entrada en vigencia de la ley 1676 de 2013 es si se derogó el contrato de prenda en Colombia, o simplemente se debe entender que la prenda, para producir los efectos propios de una garantía mobiliaria, debe constituirse con el lleno de los requisitos establecidos en esta ley y en sus decretos reglamentarios —decrs. 400 de 24 de febrero de 2014, 1219 de 2 de julio de 2014, 1074 de 26 de mayo de 2015 y 1835 de 16 de septiembre de 2015—. Para el efecto, nos remitimos al apartado c (*Comentario en relación con la ley 1676 de 2013 de garantías mobiliarias*) de la presente sección.

d') *Créditos derivados de negocios fiduciarios de garantía.* A pesar de que no tiene consagración en el Código Civil, el contrato de fiducia mercantil de garantía —regulado principalmente en los arts. 1226 y ss. del Código de Comercio, así como por la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia— supuso una modificación tácita al artículo 2497 del Código Civil[26].

[24] JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles y comerciales*, t. II, 8ª ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2007, pág. 21.

[25] Dicho registro se efectuaba en la cámara de comercio correspondiente al lugar en donde debía permanecer el bien prendado de conformidad por lo previsto en el art. 1210 del C. de Co. Con la entrada en vigencia de la ley 1676 de 2013 el registro de todas las garantías mobiliarias se lleva a cabo ante la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio – Confecámaras.

[26] A pesar de que el Código de Comercio en el título XI del Libro Cuarto relativo a la fiducia no se refiere específicamente al contrato de fiducia en garantía, la jurisprudencia y la doctrina y la Superintendencia Financiera han entendido el contrato de fiducia como el género dentro del cual una de las especies es el contrato de fiducia en garantía.

Al permitirse la constitución de garantías mediante fiducias mercantiles y encargos fiduciarios, las obligaciones de garantía afectas a tales contratos se configuraron como acreencias protegidas por el privilegio de la segunda clase. En este sentido, la ley 1116 de 2006 aclaró expresamente que de las obligaciones garantizadas mediante negocios fiduciarios se asimilan a créditos de la segunda y tercera clase, según la naturaleza de los bienes objeto del contrato de fiducia[27].

Así, si el negocio fiduciario de garantía tiene como activo subyacente un bien mueble, dicho contrato se entendería incluido en el listado de créditos de la segunda clase del artículo 2497, y a su vez los negocios fiduciarios de garantía sobre bienes inmuebles o los demás bienes sujetos de ser hipotecados en virtud de expresa disposición legal, se entienden incluidos en el artículo 2499 que relaciona los créditos de la tercera clase[28].

Al respecto, la Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado en el siguiente sentido: "Ello conduce a que el acreedor beneficiario de la garantía fiduciaria, con cargo a los bienes objeto del negocio fiduciario, goce de prelación respecto de los acreedores titulares de créditos posteriores a la constitución del negocio fiduciario, y resulta necesario asimilar su posición a la de los titulares de créditos de segunda y tercera clase, pues su prelación está subordinada a la atención de los créditos de primera clase"[29].

[27] Ley 1116 de 2006, artículo 43. "*Conservación y exigibilidad de gravámenes y de garantías reales y fiduciarias*. En relación con las garantías reales y los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios que incluyan entre sus finalidades las de garantía y que estén vinculadas con acuerdos de reorganización, aplicarán las siguientes reglas:

"1. Los créditos amparados por fiducias mercantiles y encargos fiduciarios se asimilan a los créditos de la segunda y tercera clase previstos en los artículos 2497 y 2499 del Código Civil, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos o que formen parte del patrimonio autónomo, salvo cláusula expresamente aceptada por el respectivo acreedor que disponga otra cosa [...]". El inc. 3 del num. 7 del art. 50 se pronuncia en este mismo sentido en el proceso de liquidación judicial.

[28] De acuerdo con el art. 123 de la ley 1116 de 2006, reglamentado por el decr. 2785 de 31 de julio de 2008, a su vez subrogado por el art. 41 de la ley 1429 de 2010, los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía debían inscribirse en la cámara de comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante para fines de oponibilidad ante terceros. A partir de la entrada en vigencia de la ley 1676 de 2013, la inscripción de estos contratos debe hacerse ante el registro de garantías mobiliarias para que goce de los beneficios de oponibilidad y preferencia que establece dicha ley.

[29] Superintendencia de Sociedades, auto 440-12389 de 22 septiembre 1999.

Es importante resaltar que la Superintendencia de Sociedades ha establecido que los contratos de fiducia que versen sobre dinero no pueden ser considerados contratos de garantía en los términos de la ley 1116 en la medida en que no puede calificarse como prendario un acreedor cuya "garantía" constituya dinero, pues este no es objeto de ser rematado y en tal medida no le es aplicable la calificación al beneficiario de acreedor de la segunda clase.

Asimismo, la misma Superintendencia ha establecido para el caso de las fiducias de fuente de pagos, que el hecho de que el patrimonio autónomo tenga a su cargo el pago de obligaciones, no implica necesariamente que dicho contrato se pueda calificar como una fiducia en garantía en los términos de la Circular Básica Jurídica (C. E. 29 de 2014) de la Superintendencia Financiera de Colombia[30]. En tal medida, para que el acreedor garantizado sea reconocido como de la segunda o tercera clase —según la naturaleza del bien—, debe tratarse en efecto de un contrato de garantía y como consecuencia se han debido expedir certificados de garantía en tal sentido[31].

e') *Créditos de promitentes compradores a personas que se dedican a la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.* De conformidad con el parágrafo 3º del artículo 125 de la ley 388 de 1997, frente a los créditos pagados por promitentes compradores a personas que se dediquen a la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, tales créditos se entenderán privilegiados como de segunda clase, en los términos del artículo 10 del decreto 2610 de 1979, siempre que la promesa de contrato haya sido válidamente celebrada.

Se trata de una norma inusual, pues otorga preferencia de segundo grado a créditos que no cuentan con un bien mueble que los respalde. La doctrina considera que a pesar de ser un crédito de la segunda clase, tiene una preferencia general y sus efectos consisten en que deben pagarse antes que los de la cuarta clase, siempre que los recursos alcancen

[30] La Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera define la fiducia en garantía como "el negocio fiduciario que se constituye cuando una persona entrega o transfiere a la sociedad fiduciaria bienes o recursos, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones propias o de terceros". Al respecto ver Circular Básica Jurídica (C. E. 29 de 2014) de la Superintendencia Financiera de Colombia Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8.4.

[31] Superintendencia de Sociedades, acta 430-000960 de 17 mayo 2013 y Superintendencia de Sociedades, auto 430-003348 de 10 abril 2012.

a cubrir los créditos de la primera y los demás de la segunda clase que gozan de una preferencia especial[32].

f') *Créditos navales.* Por su parte, los artículos 1555 y siguientes del Código de Comercio establecen los privilegios del crédito naval estableciendo que darán derecho al acreedor para perseguir la nave en poder de quien se halle y hacerse pagar con su producto preferentemente a los demás acreedores. El artículo 1556 establece el orden que se debe seguir al momento de graduar los créditos y el artículo 1558 preceptúa que dichos créditos serán graduados entre sí según el orden en que aparecen enunciados[33].

g') *Créditos de los almacenes generales de depósito.* De conformidad con el artículo 1188 del Código de Comercio y el artículo 176 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los créditos en razón de almacenaje, custodia, transportes, seguro, empaques de las mercancías, así como por concepto de comisiones y gastos de venta a favor del almacén general de depósito gozan de preferencia de segundo grado sobre las mercaderías depositadas[34].

b) *Régimen aplicable a los créditos de la segunda clase.* Dicho régimen es el siguiente:

Los créditos de la segunda clase se encuentran protegidos en atención al especial derecho que tiene el acreedor frente al bien mueble afectado, ya sea en atención a la fuente de la obligación o como consecuencia del surgimiento de un derecho sobre un bien mueble.

El artículo 2498 del Código Civil es claro en señalar que si los bienes del deudor son insuficientes para solventar los créditos de la primera y la segunda clase, se pagarán preferentemente los de la primera clase y solo si existe remanente se procederá al pago de los acreedores de la segunda clase.

Por tratarse de un privilegio especial, cada acreedor de la segunda clase gozará de prelación solamente frente a las sumas que resulten de la pública subasta del bien específico afecto a la obligación privilegiada

[32] Velásquez Gómez, *op. cit*., pág. 629.

[33] La norma exceptúa los ords. 4º y 6º. Los designados en un mismo número serán pagados a prorrata, y si concurrieren créditos referentes a viajes diferentes, en cada grado, serán pagados en el orden inverso a sus fechas. Pero los créditos provenientes del último viaje serán preferidos a los de viajes anteriores. Sobre la preferencia del crédito naval ver los arts. 1555 y ss. del C. de Co.

[34] Véase Superintendencia de Sociedades, oficio 220-033322 de 9 abril 2013.

y por consiguiente si los recursos producto del remate del bien llegaran a ser insuficientes para cubrir la totalidad del crédito, el acreedor garantizado concurrirá junto con los demás acreedores de la quinta clase a recuperar el monto restante sin ningún tipo de preferencia.

c) *Comentario en relación con la ley 1676 de 2013 de garantías mobiliarias*. Consideramos que con la entrada en vigencia de la ley 1676 de 2013, "por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan disposiciones sobre garantías mobiliarias", se modificó sustancialmente el régimen de prelación de créditos del Código Civil de manera tácita, por las razones que pasamos a explicar.

La ley 1676 de 2013 prevé un nuevo régimen de garantías con el objetivo de que cada vez más personas cuenten con la posibilidad de acceder al crédito mediante la ampliación de los bienes objeto de ser otorgados en garantía y la reducción de los costos y tiempo de realización de la garantía, al prever mecanismos distintos a los concebidos en las normas procesales.

El artículo 3º de dicha ley define el concepto de garantía mobiliaria en el siguiente sentido[35]: "El concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante e incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros la venta con reserva de dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo compras, cesiones en garantía, la consignación con fines de garantía y cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley".

A su vez, los artículos 48 y siguientes de la ley 1676 establecen nuevas reglas de prelación respecto de las garantías mobiliarias. En particular, el artículo 50 distingue entre las garantías reales constituidas sobre bienes necesarios para el desarrollo de la actividad económica y los que no son necesarios para el desarrollo de la actividad económica del deudor en sede de procesos de insolvencia[36].

[35] El art. 3º de la ley 1676 de 2013 relaciona los activos que son sujetos de ser otorgados como garantía mobiliaria. A su vez, el art. 5º de dicha ley establece que podrán constituirse garantías mobiliarias sobre bienes inmuebles por adhesión o por destinación, si estos pueden separarse del inmueble sin que se produzca detrimento físico de este. Actualmente los arts. 3º y 5º de la ley 1676 de 2013 se encuentran en examen de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, conforme a la demanda D-10919 de 27 julio 2015.

[36] Al respecto, el art. 2.2.2.4.2.2 del decr. 1835 de 2015 establece: "Para los efectos de la aplicación de los artículos 50, 51 y 52 de la ley 1676 de 2013, se entenderá que

En relación con la segunda categoría, dicha norma establece que el juez del concurso de reorganización podrá autorizar la ejecución de garantías reales sobre bienes del deudor que estime no son necesarios para la continuación de la actividad económica. Más adelante establece también que "Confirmado el acuerdo de reorganización, el acreedor garantizado tendrá derecho a que se pague su obligación con preferencia a los demás acreedores que hacen parte del acuerdo".

En el mismo sentido, el artículo 52 en punto a los procesos de liquidación, establece expresamente que los bienes en garantía podrán excluirse de la masa de liquidación en provecho de los acreedores garantizados o beneficiarios, siempre y cuando la garantía conste en el registro de garantías mobiliarias o en el registro correspondiente.

La única aclaración en materia de prelación se hace en el último inciso del artículo 52, en que se dispone que en todo caso lo establecido no aplicará en detrimento de derechos pensionales.

Surge entonces la pregunta de si la norma pretende modificar de fondo las reglas de prelación legal en sede de insolvencia, estableciendo que los créditos garantizados con garantías mobiliarias gozan de una preferencia superior a cualquier otro crédito, pues dichos acreedores ni siquiera se verían obligados a soportar el trámite concursal, y por el contrario verían satisfechas sus acreencias con anterioridad a los demás créditos, incluidos los de la primera clase señalados en el artículo 2495 del Código Civil.

Al respecto, la Corte Constitucional se declaró inhibida en sentencia C-447 de 2015 frente a la acción de inconstitucionalidad presentada por Nicolás Caballero y Alejandro José Peñarredonda. En dicha providencia, la Corte consideró que los actores fundaron su petición en una interpretación aislada de la expresión demandada y no en una interpretación sistemática, inhibiéndose así de emitir un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de la expresión "En todo caso, lo establecido en el presente artículo no aplicará en detrimento de derechos pensionales", contenida en el artículo 52 de la ley 1676 de 2013.

A pesar de que la Corte no se pronunció de fondo, corresponde hacer un breve análisis de esta providencia, pues justamente el problema jurídico por resolver era si efectivamente los artículos 50, 51 y 52 de la

---

son bienes necesarios para el desarrollo de la actividad económica de la empresa los reportados por el deudor como aquellos sin los cuales la empresa no puede llevar a cabo de manera adecuada y eficiente la producción, trasformación, circulación, administración o custodia de bienes, o los necesarios para la prestación de sus servicios".

ley de garantías mobiliarias suponían un conflicto frente a las normas de prelación de créditos que pudiera resultar en una afectación de derechos que gozan de especial protección constitucional, tales como los de los menores (Const. Pol., art. 44) y los de los trabajadores (*ibidem*, art. 53).

En su intervención ante la Corte Constitucional, la Superintendencia de Sociedades afirmó que es claro que las garantías mobiliarias pertenecen a créditos de la segunda clase dentro de la prelación de créditos previstos en el artículo 2497 del Código Civil. Veamos:

"Así las cosas, es posible sostener una interpretación de la norma demandada conforme a la Constitución, según la cual esta no establece un orden de prelación de créditos, sino a regular una vía procesal a través de la cual se pueden satisfacer los créditos garantizados, de tal suerte que *se mantiene la prelación de créditos de primera clase, en la cual estarían los supuestamente omitidos, frente a los de segunda clase, en la cual están los créditos garantizados*"[37] (resaltado fuera de texto).

De acuerdo con la Corte, las normas estudiadas implícitamente reconocen que si los demás bienes del deudor no son suficientes para cubrir los créditos de la primera clase, estos tendrán preferencia en cuanto al déficit incluso respecto del bien excluido y como consecuencia se declara inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo.

Resulta curioso que la Superintendencia de Sociedades declare abiertamente que en los procesos de reorganización pueden continuar las ejecuciones sobre los bienes con gravámenes que no tengan relación con el desarrollo del objeto principal del empresario y en el proceso de liquidación judicial se excluye de la masa de liquidación el bien dado en garantía y se permite el pago directo con el activo al acreedor garantizado, previa autorización del juez del concurso, sin hacer ninguna aclaración en relación con la suficiencia de los demás activos para satisfacer los créditos de los acreedores de la primera clase.

Parece entonces que lo que pretende la ley 1676 de 2013 es justamente un cambio de filosofía frente a la preferencia de que gozan actualmente algunos acreedores en medio de procesos de insolvencia: "La defensa de los privilegios otorgados al crédito laboral y fiscal en Colombia, irreductiblemente colocados en la primera clase, *puede que proteja a un puñado de trabajadores que tuvieron la infortuna de estar en el lugar equivocado o sirva para premiar la ineficiencia del cobro tributario de las administraciones de impuestos. Pero ciertamente afecta a los cientos de miles de empresas y a los millones de empleados*

[37] Corte Const., sent. C-447 de 2015 (M. P. Mauricio González Cuervo).

*en las mismas que necesitan del crédito para crecer y prosperar*"[38] (resaltado fuera de texto).

La misma Superintendencia de Sociedades, en concepto de 2015, reconoce el hecho de que la nueva reglamentación en materia de acceso al crédito afecta la masa disponible para satisfacer las obligaciones del deudor concursado: "[...] De esta forma, los bienes no necesarios para la actividad del deudor podrán continuar o iniciar su ejecución de forma separada al proceso concursal, con lo que *se presenta un cambio importante al principio de universalidad objetivo de los procesos concursales, lo que resulta evidente tendrá un efecto sobre la masa disponible para el concurso*"[39] (resaltado fuera de texto).

No resulta lógico a la luz de la ley 1676 de 2013 que se señale entonces que los acreedores con garantías mobiliarias figuran en la segunda o la tercera clase, pues al poder excluirse del proceso concursal realmente no necesitan preferencia alguna. Si admitimos que tales acreedores no forman parte siquiera del concurso, necesariamente se tiene que concluir que estarían en el mejor escenario posible: el bien afecto a la garantía se excluye de la masa y por tanto no se vería obligado a compartir con ningún otro acreedor el bien garantizado.

En ningún momento la ley de garantías mobiliarias ni sus decretos reglamentarios mencionan que los créditos garantizados con garantías mobiliarias se encuentren supeditados a la satisfacción de los créditos de la primera clase —salvo por la mención específica a los derechos pensionales— ni tampoco indican ningún tipo de prejudicialidad en caso de que la masa resulte insuficiente para atender a acreedores con mejores privilegios[40].

[38] Luis Guillermo Vélez, *Régimen concursal y de insolvencia colombiano. Introducción. Una segunda edición y dos años de reformas*. Ex Superintendente de Sociedades, pág. 35.

Resulta aún más difícil de entender lo dispuesto por el art. 56 de la ley 1676: "La prelación de las obligaciones fiscales y tributarias en garantías mobiliarias operará solo en el evento en que la entidad pública obtenga la garantía a su favor y se encuentren debidamente registradas de manera previa a los demás acreedores". ¿Quiere esto decir que si se constituyen garantías mobiliarias sobre obligaciones fiscales, estas gozarán de preferencia sobre los demás créditos de la primera clase?

[39] Superintendencia de Sociedades, oficio 220-074969 de 5 junio 2015.

[40] Es tan así, que la Superintendencia de Sociedades en oficio 220-226554 de 12 diciembre 2014 afirma que la preferencia de los derechos pensionales solamente se da respecto de los créditos que integran esta categoría, es decir, que dicha preferencia no se podría hacer extensiva a otros créditos de la primera clase de conformidad con la ley 1676 de 2013.

Surge entonces esta pregunta: ¿realmente con la redacción actual de los artículos 50, 51 y 52 de la ley 1676 en la práctica no se modifica la posibilidad que tienen los acreedores de la primera clase de obtener en los procesos concursales el pago de sus acreencias con preferencia de todos los demás acreedores?

A pesar de la corta vigencia de la ley 1676 de 2013, la Superintendencia de Sociedades ya se pronunció al respecto. En el proceso de liquidación judicial de la compañía Sismografía y Petróleos de Colombia S.A.S., la Superintendencia excluyó del proceso de liquidación los bienes objeto de garantía mobiliaria otorgada a favor de la Corporación Financiera Colombiana S. A. – Corficolombiana. Al respecto, señaló el juez del concurso:

"[...] para el juez queda claro que existe una garantía mobiliaria que debe seguir la suerte de la ley 1676 de 2013, especialmente el artículo 52, por lo que *los bienes objetos de la prenda serán excluidos de la masa*, siempre que su valor sea superior a la deuda reconocida a Corficolombiana de acuerdo con las decisiones adoptadas.

"Para esto, se requerirá al liquidador para que identifique los bienes objeto de la prenda en el inventario, con el fin de determinar [si] la entrega al acreedor es suficiente o nace para este la obligación de restituir dinero a la masa, de acuerdo con la cuantía confirmada en el proyecto.

"[...] *En relación con la garantía mobiliaria, los bienes objeto de la prenda serán excluidos*, de acuerdo con las instrucciones descritas previamente"[41] (resaltado fuera de texto).

Del citado pronunciamiento se desprende claramente que la Superintendencia Delegada para Procedimientos de Insolvencia ha dado aplicación a la exclusión de la masa prevista en el artículo 52 de la ley 1676, sin haber hecho ningún tipo de consideración al respecto frente a los acreedores de la primera clase, cuando en el proceso de liquidación particular se había reconocido la existencia de acreedores de dicha clase.

En un auto posterior, la Delegatura para Procedimientos de Insolvencia señaló:

[41] Auto de la Superintendencia de Sociedades, contenido en el acta 2015-01-433308 de 30 octubre 2015. La Superintendencia dice expresamente: "En consecuencia, dicho acreedor [garantizado a través de garantía mobiliaria] está sometido a las mismas reglas de los demás, en relación con su reclamación, aunque la ejecución de la misma sea distinta, por la *alteración de la prelación de créditos*" (resaltado fuera de texto).

"Ahora bien, como se expuso, la ley 1676 de 2013 no derogó la prelación legal de créditos del Código Civil, como además lo dijo la Corte Constitucional, pero *sí creó una nueva especie de acreedor, le asignó un régimen diferenciado y mejoró su expectativa de satisfacción del crédito a través del reconocimiento de una preferencia especial,* es decir, relativa a un bien o derecho determinado o determinable, que es, precisamente, aquel sobre el cual recae la garantía"[42] (resaltado fuera de texto).

Los anteriores pronunciamientos llevan a concluir necesariamente que mediante la ley 1676 de garantías mobiliarias se ha producido una modificación en la práctica al orden de prelación legal, cambio que conlleva una mejora considerable para el acreedor garantizado en sede de procesos de insolvencia.

Finalmente, en punto a la ley 1676 de 2013, corresponde señalar que al no derogarse expresamente todas las disposiciones relativas a la prenda civil y la prenda comercial[43], se tiene que la institución de la prenda como garantía real sigue existiendo a la luz del derecho colombiano. En ese sentido, de celebrarse contratos de garantía que no se encuentren registrados ante la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio como garantías mobiliarias o no gocen de otro mecanismo de prelación

[42] Auto de la Superintendencia de Sociedades, contenido en el acta 2016-01-070195 de 19 febrero 2016. A renglón seguido, establece la Superintendencia que los acreedores garantizados por medio de garantías mobiliarias, pertenecen a la segunda clase. Consideramos que, para salvaguardar los efectos útiles de este pronunciamiento, debe entenderse que los acreedores de bienes no necesarios para el desarrollo de la actividad económica del deudor concursado, podrán solicitar la exclusión de los bienes de la masa, mientras que los acreedores de bienes necesarios para el desarrollo de dicha actividad podrán solicitar ser calificados como acreedores de la segunda clase, todo lo anterior en sede de un proceso de reorganización empresarial.

[43] El art. 91 de la ley 1676 de 2013 deroga algunas disposiciones específicas de la prenda en el Código Civil y en el Código de Comercio; sin embargo, no deroga por completo la institución de la prenda. Normas que fueron derogadas expresamente: arts. 2414, 2422 inc. 2º y 2427 del C. C., arts. 1203, 1208, 1209 y 1210, del C. de Co. Normas modificadas expresamente: art. 2425 del C. C. y art. 1213 del C. de Co. Normas que no fueron modificadas ni derogadas expresamente por la ley 1676: arts. 2409, 2410, 2411, 2412, 2413, 2415, 2416, 2417, 2418, 2419, 2420, 2421, 2422, 2423, 2424, 2426, 2428, 2429, 2430 y 2431 del Código Civil y 1200, 1201, 1202, 1204, 1205, 1206, 1207, 1211, 1212, 1214, 1215, 1216, 1217, 1218, 1219 y 1220 del C. de Co. La Superintendencia de Sociedades ha sostenido la posición de que si bien la prenda no fue sustituida por la ley 1676, si fue "absorbida" por la institución de garantía mobiliaria. Al respecto ver auto de la Superintendencia de Sociedades, contenido en el acta 2016-01-070195 de 19 febrero 2016.

y de todas maneras se trate de garantías que cumplan los requisitos de la prenda del Código Civil o del Código de Comercio, dichas garantías podrían gozar de la preferencia de la segunda clase como ya se explicó en este capítulo.

C) *Créditos de la tercera clase*

El artículo 2499 del Código Civil dispone que los créditos hipotecarios se consideran de la tercera clase y el artículo 2443 del Código Civil indica cuáles bienes son susceptibles de ser hipotecados, así:

"Artículo 2443. La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo o sobre naves.

"Las reglas particulares relativas a la hipoteca de las naves, pertenecen al Código de Comercio".

a) *Créditos que comprende actualmente la tercera clase.* Los artículos 1570 y 1904 del Código de Comercio establecen respectivamente:

"Artículo 1570. Podrán hipotecarse las embarcaciones mayores y las menores dedicadas a pesquería, a investigación científica o a recreo. Las demás podrán gravarse con prenda".

"Artículo 1904. Las aeronaves matriculadas en Colombia pueden gravarse con hipoteca. Las que estén en vía de construcción también podrán hipotecarse, con tal que en la escritura pública en que la hipoteca se constituya se consignen las especificaciones necesarias para su inscripción en el registro aeronáutico".

Finalmente, el artículo 237 del Código de Minas, ley 685 de 2001, dispone lo siguiente:

"*Hipoteca*. La hipoteca convencional sobre minas reconocidas como de propiedad privada o adjudicadas bajo la vigencia de leyes anteriores, se rige por las normas del derecho civil. Este gravamen es compatible con el de prenda minera sobre los productos de la explotación".

De conformidad con las normas citadas, se tiene que en Colombia puede constituirse hipoteca sobre los siguientes bienes: (i) bienes raíces que se tengan en propiedad; (ii) derecho de usufructo sobre bienes raíces; (iii) embarcaciones mayores; (iv) embarcaciones menores dedicadas a pesquería, investigación científica o recreo; (v) aeronaves matriculadas en Colombia, y (vi) minas reconocidas como de propiedad privada o adjudicadas bajo vigencia de leyes anteriores al actual Código de Minas.

Tal como se aclaró respecto de los negocios fiduciarios en garantía sobre bienes muebles, para el caso de bienes susceptibles de ser gra-

vados con hipoteca, los acreedores garantizados mediante fiducia en garantía se entienden como de la tercera clase, si el activo subyacente se refiere a esta clase de bienes de acuerdo con lo establecido por el artículo 43 de la ley 1116 de 2006.

b) *Régimen aplicable a los créditos de la tercera clase.* Al igual que los créditos de la segunda clase, los de la tercera gozan de preferencia especial, y en tal medida su pago preferente se refiere al resultado de realizar el bien hipotecado, sin perjuicio de los derechos de los acreedores de la primera clase que gozan de preferencia general. Si los recursos producto del remate del bien afecto a la garantía hipotecaria son insuficientes para cubrir el crédito de la tercera clase, el acreedor hipotecario concurrirá junto con los acreedores de la quinta clase a recuperar el monto restante sin ningún tipo de preferencia[44].

En caso de que existan varios acreedores hipotecarios respecto de un mismo bien, de conformidad con los artículos 2438 y 2499 del Código Civil, los efectos de persecución y preferencia del derecho real de hipoteca solo se surtirán desde la fecha de su inscripción[45]. Así, se preferirá al acreedor hipotecario de primer grado, es decir, aquel que haya efectuado el primer registro y solo una vez pagada la totalidad de su acreencia, con el producto del bien hipotecado, se pagaría al acreedor hipotecario de segundo grado, y así sucesivamente.

c) *Comentario en relación con la ley 1676 de 2013 de garantías mobiliarias.* A pesar de que, como se señaló previamente, la ley 1676 de 2013 estableció el régimen de garantías mobiliarias, dicha ley tiene efectos directos en materia de prelación de créditos en casos de insolvencia sobre negocios de hipoteca celebrados durante la vigencia de dicha ley.

La Delegatura para Procedimientos de Insolvencia ha sostenido en un reciente pronunciamiento que las reglas previstas en los artículos

[44] Asimismo, el art. 2449 del C. C. establece que el acreedor hipotecario puede ejercer acciones personales contra el deudor para hacerse pagar con los bienes que no le han sido hipotecados; sin embargo, dicha acción personal no cuenta con la preferencia de la acción hipotecaria real.

El art. 2446 del C. C. indica que se extienden a la hipoteca las pensiones o cánones devengados del arrendamiento de los bienes hipotecados, así como la indemnización debida por los aseguradores de los bienes hipotecados. A su vez, el art. 2445 dispone que la hipoteca se extiende a los aumentos y mejoras del bien hipotecado.

[45] Para efectos de bienes raíces, la inscripción se hará en la oficina de registro de instrumentos públicos de la municipalidad donde está ubicado el bien. El de las naves se lleva a cabo ante la Dirección General Marítima - DIMAR y para las aeronaves ante la Aeronáutica Civil.

50, 51 y 52 de la ley 1676 en relación con la exclusión de los bienes en procesos de reorganización y liquidación judicial son aplicables a la hipoteca y no solo a las garantías mobiliarias. Según dicha Delegatura, tales normas hacen referencia al concepto de "garantías reales" sin definirse tal institución, de manera que las reglas contenidas en dichas normas son aplicables a toda garantía real, lo que comprende la hipoteca. En palabras de la Superintendencia:

"[La hipoteca] no sufrió mutación ninguna salvo para efectos concursales [...] [l]os negocios jurídicos de hipoteca perfeccionados del 21 de febrero de 2014 en adelante, gozarán de los privilegios concursales, en lo que corresponda, previstos en los artículos 50, 51 y 52 de la ley 1676 de 2013"[46].

En el caso particular en que se pronunció la Superintendencia, las hipotecas objeto de análisis fueron constituidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1676, razón por la cual el juez del concurso desestima el recurso interpuesto por las entidades financieras, de manera que hasta el momento no hay antecedentes a la fecha en que se excluya de la masa un bien hipotecado como consecuencia de lo establecido por los artículos 50, 51 o 52 de la ley 1676.

Además del precedente citado, es importante resaltar que el decreto 1835 de 2015 en la sección 2 relativa a los mecanismos de ejecución individual y concursal de la ley 1116 contiene varias normas que reglamentan la materia. En dichas normas hay referencias no solo a la ejecución de las garantías sobre bienes muebles, sino también reiteradamente sobre bienes inmuebles.

A pesar del antecedente señalado y de lo dispuesto por el decreto 1835, quedan sin respuesta algunas preguntas: ¿por el simple ministerio de la ley las disposiciones de la ley 1676 en materia de insolvencia son aplicables a hipotecas constituidas durante la vigencia de dicha ley? o ¿deben las partes de un contrato de hipoteca acordar expresamente someterse al régimen de garantías mobiliarias considerando que la ley 1676 establece justamente un régimen distinto que en principio no sería aplicable?

Si bien el legislador habla de "garantías reales", en virtud de una lectura armónica de la ley 1676 y considerando el principio de unidad de materia, ¿no debería interpretarse los artículos 50, 51 y 52 de manera restringida y aplicar sus reglas únicamente a garantías mobiliarias de conformidad con lo establecido en el artículo 3º de la ley 1676?

[46] Auto de la Superintendencia de Sociedades, contenido en el acta 2016-01-070195 de 19 febrero 2016.

¿Acaso el propósito de la ley 1676 no era el de extender el acceso al crédito a través de la ampliación de los bienes objeto de ser otorgados en garantía, y en esa medida los inmuebles y demás bienes objeto de hipoteca —que han sido una garantía por excelencia— quedan por fuera de este nuevo régimen? Si la hipoteca no forma parte del objeto de la ley de garantías mobiliarias ni se afecta siquiera su registro, ¿por qué habría de entenderse que el legislador también modificó las reglas en materia de insolvencia para el contrato de hipoteca?

Consideramos, en conclusión, con fundamento en el único precedente disponible a la fecha y en lo establecido por el decreto 1835 de 2015, que la ley 1676 no solo modificó la prelación de créditos para garantías mobiliarias en la medida en que excluye de la masa los bienes no necesarios para el desarrollo de la actividad económica del deudor, sino que dicha modificación se aplica también a bienes inmuebles para el caso de hipotecas constituidas durante la vigencia de la ley 1676. Finalmente, consideramos que los acreedores garantizados con bienes que no se excluyan de la masa de la reorganización por ser necesarios para el desarrollo de la actividad económica del deudor concursado, seguirán gozando del privilegio de la tercera clase.

D) *Créditos de la cuarta clase*

El artículo 2502 del Código Civil establece cuáles son los créditos de la cuarta clase. Esta disposición se ha visto modificada por algunas disposiciones posteriores, en particular por el decreto 2820 de 1974 que derogó los numerales 3 y 6, y por la ley 1116 de 2006 que agregó un nuevo numeral. El texto actual de esta norma es el siguiente:

"Artículo 2502. La cuarta clase de créditos comprende:

"1. Los del fisco contra los recaudadores, administradores y rematadores de rentas y bienes fiscales.

"2. Los de los establecimientos de caridad o de educación, costeados con fondos públicos, y los del común de los corregimientos contra los recaudadores, administradores y rematadores de sus bienes y rentas.

"3. Derogado. Decreto 2820 de 1974, artículo 70[47].

"4. Los de los hijos de familia por los bienes de su propiedad que administra el padre sobre los bienes de este.

[47] Los nums. 3 y 6 que se referían a privilegios de la mujer casada sobre los bienes de su propiedad que administra el marido, sobre los bienes del marido o sobre los que tuvieran los cónyuges por gananciales. Tales disposiciones fueron expresamente derogadas por el decr. 2820 de 1974, "por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones".

”5. Los de las personas que están bajo tutela y curaduría, contra sus respectivos tutores o curadores.

”6. Derogado. Decreto 2820 de 1974, artículo 70.

”7. Adicionado. Ley 1116 de 2006, artículo 124. Los de los proveedores de materias primas o insumos necesarios para la producción o transformación de bienes o para la prestación de servicios”.

a) *Créditos que comprende actualmente la cuarta clase.* De conformidad con la norma, a continuación señalamos y comentamos el orden actualmente vigente al interior de los créditos de la cuarta clase.

a’) *Créditos del fisco contra administradores y rematadores de rentas y bienes fiscales.* Esta categoría se refiere específicamente a los créditos por la administración y remate de rentas y bienes fiscales. Así, gozan de la preferencia de la cuarta clase las acreencias en cabeza de personas que administran bienes fiscales tanto en el orden nacional como el territorial, pues la norma no discrimina nada al respecto.

Se resalta que esta categoría no incluye los créditos del fisco y municipalidades por impuestos devengados, pues estos se encuentran comprendidos dentro de los créditos de la primera clase.

b’) *Créditos de establecimientos de caridad o de educación.* El numeral 2 señala las acreencias de los establecimientos de caridad o de educación costeados con fondos públicos. Es clara la norma en que debe tratarse de entidades cuyo funcionamiento depende de aportes del Estado, sin que lo anterior quiera decir que pendan exclusivamente de este tipo de aportes.

c’) *Créditos de hijos de familia.* El numeral 4 establece los créditos de los hijos de familia por los bienes de su propiedad que administran sus padres. Esta disposición refiere a las obligaciones que surgen en cabeza de los padres en virtud de la institución de responsabilidad civil por el inadecuado manejo que estos hacen de los bienes del hijo no emancipado si se llegare a causar un perjuicio.

d’) *Créditos de pupilos ante guardadores.* El numeral 5 protege las acreencias de las personas sometidas a la guarda de curadores, consejeros o administradores en caso de que surjan obligaciones a cargo de sus respectivos tutores o curadores como consecuencia de la administración de los bienes[48].

[48] De conformidad con la ley 1306 de 2009, no existe en Colombia la figura del tutor. La ley establece que el género de los guardadores se compone de los curadores, consejeros y administradores.

e') *Créditos de proveedores de materias primas o insumos necesarios.* El artículo 124 de la ley 1116 de 2006 añadió el numeral 7 al listado del artículo en relación con los proveedores de materias primas o insumos necesarios para la producción o transformación de bienes o para la prestación de servicios.

Dicha inclusión se debe al ánimo de otorgar una mejor protección que la de los acreedores de la quinta clase a aquellos proveedores de insumos necesarios o materias primas que constituyen materia esencial para poder continuar con la producción y, en general, con el objeto social de la empresa. Al respecto señaló la Superintendencia de Sociedades:

"Es evidente para el juez de la insolvencia, que en este caso, el pago de los proveedores que siendo estratégicos e indispensables, *garantizan la continuidad en el desarrollo del objeto social, y sirve para que continuando con la comercialización de los bienes que produce la compañía deudora, genere la fuente de ingreso para atender el pasivo de los acreedores*, en especial los correspondientes a gastos de administración frente a los que la ley exige cancelar a medida que se van causando. *No honrar este tipo de créditos, puede poner en riesgo a la empresa y su desarrollo de objeto social, lo que atentaría contra el fin mismo del régimen de insolvencia empresarial,* al prever que la finalidad del proceso es la recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo así como la protección del crédito, asuntos y propósitos que en el caso en particular, por ahora, serían imposible de pretender de no realizarse las operaciones propuestas"[49].

Es claro entonces, que la preferencia prevista por el artículo 124 de la ley 1116 de 2006 pretende amparar solamente a proveedores de materias primas o insumos necesarios para la producción o transformación de bienes o para la prestación de servicios y como consecuencia se excluye cualquier otro bien que no constituya un insumo necesario.

Por otro lado, la misma Superintendencia ha sido enfática en que los contratos de leasing financiero no se encuentran cubiertos por esta preferencia. Señala dicha entidad que la operación de leasing financiero es una operación bancaria, pues se trata de un mecanismo de acceso al crédito y no de un proveedor, mucho menos el bien objeto del contrato de leasing es una materia prima o insumo para el desarrollo social de la sociedad concursada[50].

[49] Superintendencia de Sociedades, auto 400-018837 de 8 noviembre 2013.

[50] Superintendencia de Sociedades, acta 430-000960 de 17 mayo 2013.

b) *Régimen aplicable a los créditos de la cuarta clase.* La preferencia de los créditos de la cuarta clase es de carácter general y en tal medida comprende todos los bienes del deudor, siempre que se hayan pagado previamente los créditos de las clases primera, segunda y tercera de conformidad con las reglas previstas para dichos pagos.

El artículo 2503 del Código Civil dispone que no existe preferencia al interior de los numerales del artículo 2502, sino que se pagarán según la fecha de su causación. Para efectos de los numerales 1 y 2 se entenderán causados ya sea en la fecha de nombramiento de administradores o recaudadores o en la fecha del remate. Frente al numeral 4 se entenderá causado en la fecha de nacimiento del hijo y para efectos del numeral 5, desde la fecha de posesión del guardador.

En relación con los créditos de los proveedores, la ley 1116 no indica fecha. Sin embargo en varios autos de graduación y calificación de créditos, la Delegatura para Procesos de Insolvencia de la Superintendencia de Sociedades no ha otorgado preferencia específica en atención a la fecha en que el crédito nació a la vida jurídica, sino que ha calificado de la misma forma a los proveedores estratégicos de la cuarta clase, y en los casos en que los bienes de la masa no han resultado suficientes para satisfacer la totalidad de las acreencias, ha asignado a los acreedores de este tipo recursos a prorrata, independientemente de la fecha en que se ha adquirido la obligación en cuestión.

Finalmente, de conformidad con el artículo 2507 del Código Civil, las preferencias de la cuarta clase afectan los bienes de los herederos, salvo que se haya aceptado la herencia con beneficio de inventario o los acreedores hayan ejercido su beneficio de separación, caso en el que solo se verán afectados los bienes objeto de sucesión hasta su concurrencia.

E) *Créditos de la quinta clase*

La quinta clase es remanente de las clases anteriores, pues no tiene preferencia ni privilegio alguno. El artículo 2509 del Código Civil establece que dichas acreencias —llamadas quirografarias— serán satisfechas a prorrata con los recursos restantes, sin consideración a la fecha de su causación. Asimismo, los acreedores de las otras clases cuyos créditos no hayan sido satisfechos entrarán a formar parte de la quinta clase en la suma no cubierta por la respectiva preferencia, aspirando dicho pago a prorrata junto con los demás. Las obligaciones que no sean satisfechas en su totalidad con los bienes del deudor, se ex-

tinguirán en el monto insoluto como consecuencia de la imposibilidad de pago, salvo que se trate de créditos de personas jurídicas que en virtud de normas especiales de carácter societario deban ser asumidos por sus accionistas.

Finalmente, la ley 1116 de 2006 en su artículo 24 establece que al momento de llevar a cabo la relación de los acreedores, debe indicarse cuáles de ellos son vinculados al deudor concursado. Las acreencias de dichos acreedores vinculados serán atendidas una vez los demás créditos sean pagados, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 de la ley 1116[51].

## 3. Otros comentarios en relación con el sistema de prelación de créditos en Colombia

### A) *El derecho de retención*

Existe un fuerte debate en la doctrina alrededor de si el derecho de retención genera preferencia en cabeza del retenedor o retentor. A pesar de que no existe definición legal de este derecho, la doctrina lo ha definido como "la facultad que se le reconoce a una persona para retener cosa ajena que está en su poder mientras su dueño o el acreedor a su restitución no le pague a aquella o le asegure el pago de un crédito vinculado a dicha cosa"[52].

[51] De conformidad con el parg. 2º del art. 69 de la ley 1116 de 2006, se consideran acreedores vinculados: (i) aquellas personas jurídicas vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas, y aquellas en las cuales exista unidad de propósito y de dirección respecto del deudor; (ii) administradores, revisores fiscales y apoderados judiciales por salarios u honorarios no contabilizados en su respectivo ejercicio, así como indemnizaciones, sanciones y moratorias, provenientes de conciliaciones, fallos judiciales o actos similares, y (iii) los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas antes mencionadas, siempre que la adquisición hubiera tenido lugar dentro de los dos años anteriores a la iniciación del proceso de insolvencia. Al respecto véase el decr. 1749 de 2011.

Conviene aclarar que el art. 31 de la ley 1116 de 2006 se refiere a los "acreedores internos"; sin embargo, esta clasificación es distinta a la aquí señalada, pues no se trata de una calificación para efectos de determinar la preferencia en el pago de acreencias, sino para otorgar derechos de votación en el proceso de reorganización. El art. 59 de la misma ley establece que los bienes remanentes dentro del proceso, una vez surtido el proceso de pago o adjudicación, serán adjudicados a los acreedores internos a prorrata de sus aportes.

[52] Ospina Fernández, *op. cit*., pág. 162.

En atención a su particular naturaleza y al hecho de que no hay claridad legal frente a si se trata de un derecho real o personal, hay diversas teorías en relación con si dicho derecho cuenta con los atributos de persecución y preferencia de los derechos reales. Al respecto, la doctrina es equívoca pero hay quienes sostienen que el derecho de retención otorga prelación al acreedor retentor sobre la cosa retenida:

"Creemos que en todo concurso, aun cuando alguno de los acreedores tuviere derecho de retención, rige la prelación de créditos por ser institución de orden público, pero el crédito garantizado con la retención mantiene privilegio para ser pagado de preferencia frente a los acreedores quirografarios, con el producto de la venta del bien que retenía. La solución planteada concilia los intereses de los acreedores en su conjunto con los del exretencionario, que en todo caso logra alguna preferencia para el pago de su crédito"[53].

Con fundamento en lo anterior, creemos que podría entenderse que los retenedores gozan de derecho de preferencia, aun cuando no están específicamente mencionados en las normas del Código Civil en materia de prelación de créditos. Así, en caso de tratarse de recaer el derecho de retención sobre bienes muebles se entenderían como acreedores de la segunda clase y, respectivamente, si se tratara de retención ejercida sobre inmuebles se entenderían dichos créditos como de la tercera clase[54].

### B) *Gastos de administración en procesos de reorganización y liquidación judicial de la ley 1116 de 2006*

La ley 1116 de 2006 dispone en su artículo 71 que las obligaciones causadas con posterioridad a la fecha de inicio del proceso de insolvencia son considerados gastos de administración y tendrán preferencia en su pago sobre las obligaciones objeto del acuerdo de reorganización o del proceso de liquidación[55]. Lo anterior expresamente sin perjuicio

[53] MARCELA CASTRO DE CIFUENTES, "El derecho de retención", en *Derecho de las obligaciones*, t. II, Bogotá, Universidad de los Andes, Edit. Temis, 2010, pág. 596. Al respecto, véase el capítulo XV de este volumen.

[54] Por ejemplo, el arrendatario puede retener el bien inmueble arrendado cuando el arrendador no ha pagado las indemnizaciones a su cargo (C. C., art. 1995) y el comodatario puede retener el inmueble mientras el comodante no pague las indemnizaciones por mala calidad de la cosa (C. C., art. 2219), entre otras.

[55] En materia del proceso de insolvencia de persona natural no comerciante, el art. 549 de la ley 1564 de 2012 dispone que los gastos necesarios para la subsistencia del

de las mesadas pensionales y contribuciones parafiscales de origen laboral, causadas antes o después del inicio del proceso de liquidación judicial[56].

Dichos gastos de administración se entienden inclusive excluidos de la masa liquidable, pues en sentido estricto no se trata de deudas que hayan llevado al deudor a su estado de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente. Esto tiene gran importancia en el proceso de reorganización en la medida en que la ley pretende que la empresa se recupere de la situación en que se encuentra y de esta manera los gastos de administración deben ser cubiertos con sujeción a reglas especiales; de lo contrario, nadie en el mercado prestaría servicios a las empresas en medio de un trámite de reorganización lo que haría imposible cumplir el fin de reactivación empresarial.

No obstante lo anterior, el artículo 71 señalado dispone expresamente que los gastos de administración se pagarán sin perjuicio de la prioridad que corresponde a mesadas pensionales y contribuciones parafiscales de origen laboral, causadas antes y después del inicio del proceso de liquidación judicial, y asigna también una mejor preferencia por encima de los gastos de administración a los créditos por concepto de facilidades de pago señalados en el parágrafo del artículo 10 (modificado por el art. 50 de la ley 1676 de 2013) y el parágrafo 2 del artículo 34 de la misma ley 1116[57].

Es importante señalar que se entiende como gasto de administración la indemnización a favor del trabajador prevista en el artículo 50 de la ley 1116 de 2006. Según esta norma, uno de los efectos de la apertura

---

deudor y de las personas a su cargo así como las obligaciones que este debe continuar sufragando durante el procedimiento de insolvencia, es decir los gastos de administración, serán pagados de preferencia.

[56] La Corte Const., sent. SU-1023 de 2001 (M. P. Jaime Córdoba Triviño) se pronunció en el siguiente sentido: "Con el fin de evitar la vulneración de derechos fundamentales de los pensionados, encuentra la Corte que en casos excepcionales, como el que aquí se revisa, en aplicación de los preceptos consagrados en los artículos 4º y 5º de la Constitución Política referentes a la supremacía de la Constitución y a la primacía de los derechos inalienables de la persona, *es exigible la realización de pagos de mesadas pensionales a cargo de la empresa en liquidación, en consideración a los dineros disponibles que se vayan recaudando, sin que para el efecto sea necesario esperar la terminación del proceso de liquidación obligatoria*" (resaltado fuera de texto).

[57] El art. 73 de la ley 1116 de 2006 expresamente señala que el valor de los nuevos servicios públicos domiciliarios prestados a partir del inicio del proceso de reorganización o liquidación judicial será pagado con la preferencia propia de los gastos de administración.

del proceso de liquidación judicial es la terminación de los contratos de trabajo[58]. En este sentido, las sumas debidas por concepto de indemnización por la terminación de contratos de trabajo sin justa causa se consideran gastos de administración y por tanto se deben pagar inclusive antes de iniciar el pago a los acreedores de las distintas clases previstas en el Código Civil.

C) *Otros bienes excluidos de la masa que se debe liquidar de acuerdo con la ley 1116 de 2006*

Los parágrafos de los artículos 38 y 50 de la ley 1116 establecen que a los actos o contratos que tengan por objeto o como efecto la emisión de valores u otros derechos de naturaleza negociable en el mercado público de valores de Colombia o en el exterior, así como los patrimonios autónomos constituidos para adelantar procesos de titularización en el mercado público de valores o los patrimonios autónomos que tengan fines de garantía que formen parte de la estructura de emisión no les serán aplicables las disposiciones en relación con su terminación y restitución a la masa del deudor concursado en caso de no presentación o no confirmación del acuerdo de reorganización o por efecto de la apertura del proceso de liquidación judicial.

En este sentido se pronunció la Superintendencia de Sociedades en el polémico caso de la liquidación de Interbolsa S. A. mediante auto 405-014907 de 4 de septiembre de 2013. La Superintendencia ordenó, con fundamento en el artículo 50 de la ley 1116 de 2006, la exclusión de los recursos que integraban el patrimonio autónomo denominado "Fideicomiso Interbolsa Holdco" de la masa a liquidar y en consecuencia ordenó el pago de las obligaciones adquiridas por Interbolsa derivadas del contrato de fiducia señalado. Lo anterior como consecuencia de la exclusión de los efectos de la liquidación de los contratos que tengan

[58] El num. 8 del art. 565 de la ley 1564 de 2012 establece la misma regla respecto de los contratos de trabajo en que el deudor tuviere la calidad de patrono a partir de la providencia de apertura del proceso de insolvencia de la persona natural no comerciante. La Corte Constitucional (sent. C-071 de 2012, M. P. Luís Ernesto Vargas Silva) estudió la constitucionalidad del num. 5 del art. 50 de la ley 1116 de 2006 encontrando constitucional la terminación de los contratos de trabajo ante la apertura del proceso de liquidación judicial, pues considera que no vulnera la protección constitucional al trabajo ni el derecho al debido proceso. Se resalta que de conformidad con el art. 49 de la ley 1116 de 2006 la apertura del proceso de liquidación supone la terminación de los contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea que no son necesarios para la preservación de los activos.

por objeto o como efecto la emisión de valores u otros derechos de naturaleza negociable en el mercado público de valores de Colombia o del exterior.

En esta medida es claro que tales derechos se encuentran excluidos de la masa que se debe liquidar y, por tanto, se deben pagar prevalente y preferentemente las obligaciones instrumentadas en valores o de naturaleza negociable en el mercado público de valores.

Por su parte, el parágrafo del artículo 55 de la ley 1116 de 2006, reglamentado por el artículo 12 del decreto 1038 de 2009 establece que los bienes transferidos a título de fiducia mercantil con fines de garantía cuando se haya celebrado tal contrato con el fin de obtener financiación por el deudor, se encuentran excluidos de la masa de liquidación. Dispone la norma que dicho contrato de fiducia debe estar registrado para tal efecto, lo que hoy debe leerse en concordancia con el artículo 3º de la ley 1676 de 2013 en el entendido de que debe registrarse ante el registro de garantías mobiliarias[59].

D) *Acuerdos de modificación de prelación de créditos en procesos de reorganización de la ley 1116 de 2006*

El artículo 41 de la ley 1116 de 2006 faculta a que en el marco de un acuerdo de reorganización se modifiquen las reglas de prelación de créditos siempre que se cumplan unas condiciones de las cuales resaltamos dos, a saber: (i) que no degrade la clase de ningún acreedor sino que mejore la categoría de aquellos que entreguen recursos frescos o que en general adopten conductas que contribuyan a mejorar el capital de trabajo y la recuperación del deudor, y (ii) que no afecte la prelación de créditos pensionales, laborales, de la seguridad social, adquirentes de vivienda, sin perjuicio que un pensionado o trabajador, o cualquier otro acreedor, acepte expresamente los efectos de una cláusula del acuerdo referente a un derecho renunciable cuando conduzca a la recuperación de su crédito.

En tal sentido, se le otorga una preferencia especial a los acreedores que hayan entregado nuevos recursos al deudor o que se comprometan a hacerlo en ejecución del acuerdo de reorganización, preferencia que es aplicable inclusive si la empresa no se recupera y se procede a un trámite de liquidación judicial. En todo caso, los acreedores podrían

[59] El inciso 3º del art. 12 del decr. 1038 de 2009 establece que la exclusión señalada no opera en detrimento de derechos pensionales. Al respecto, hacemos el mismo comentario de este capítulo sobre la disposición del mismo sentido del art. 52 de la ley 1676 de 2013.

recibir el mismo tratamiento de los créditos de la DIAN y demás autoridades fiscales, a prorrata.

Es importante señalar que la misma norma prevé una protección especial al disponer expresamente que en caso de que no se cumpla el acuerdo de manera tal que satisfaga las obligaciones que han renunciado a su prelación, estas recuperarán su preferencia automáticamente.

Se resalta de lo anterior que tales acuerdos modificatorios de prelación encuentran una limitación en la especial protección a los créditos laborales y pensionales, y consideramos que de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional dicha limitación debe incluir las obligaciones alimentarias en el caso de personas naturales comerciantes o personas naturales controlantes a quienes les apliquen las disposiciones de la ley 1116 de 2006.

E) *Cesión de créditos y subrogación*

De conformidad con el artículo 1670 del Código Civil, la subrogación traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas. En igual sentido, el artículo 1964 señala que la cesión de un crédito personal comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas. En esta medida, en caso que opere, bien sea la figura de cesión o de subrogación, el nuevo acreedor contará con la preferencia del acreedor original como consecuencia de la transmisión del crédito[60].

F) *Régimen de intereses en relación con la ley 1116 de 2006*

El artículo 2511 del Código Civil dispone, como regla general, que los intereses se entenderán cubiertos con la misma preferencia que corresponda al respectivo capital. Consideramos que además de los intereses, la preferencia debería aplicar a cualquier suma accesoria al capital, tal como lo indica el artículo 1649 del Código Civil en el sentido de que el pago es completo cuando cubre los intereses y las indemnizaciones que se deban.

A pesar de lo establecido en el artículo 2511 del Código Civil, el artículo 69 de la ley 1116 de 2006 establece un listado de créditos que se entienden postergados en el proceso de liquidación judicial. En particular, el numeral 6 de esta norma señala que el valor de intereses se entenderá postergado en dicho proceso.

[60] Véase el art. 28 de la ley 1116 de 2006 y Superintendencia de Sociedades, oficio 220-143222 de 17 octubre 2013 y oficio 220-048652 de 12 abril 2011.

Ocurre entonces que esta norma modifica la prelación de créditos legal en los casos de liquidación judicial en la medida en que escinde el capital de los intereses, asignándole la prelación legal solo al capital y postergando el pago de los intereses, sin importar que accedieran a obligaciones con preferencia de acuerdo con las reglas de prelación de créditos. En esta medida, se está modificando la prelación, pues la norma no distingue frente a los intereses accesorios a obligaciones laborales o pensionales, por ejemplo, teniendo como consecuencia que tales sumas por concepto de interés no se paguen de manera preferente.

G) *Prelación de créditos en materia de liquidación forzosa administrativa de instituciones financieras*

El artículo 293 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, establece que el proceso de liquidación forzosa administrativa de una entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria —hoy Financiera— es un proceso concursal y universal que pretende la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo a cargo de la entidad hasta concurrencia de sus activos, preservando la igualdad entre los acreedores sin perjuicio de las disposiciones legales que confieren privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos. Asimismo, el artículo 300 del mismo Estatuto dispone que en caso de liquidación, los créditos serán pagados siguiendo las reglas de prelación previstas por la ley[61].

De conformidad con lo anterior, es claro que en los procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera, el pago seguirá las reglas ya reseñadas en el presente capítulo, sin perjuicio de cualquier regla especial en materia de entidades de esta naturaleza.

## **4**. Conclusiones

A pesar de que el marco general de prelación de créditos en Colombia es el mismo que estableció el Código Civil hace más de un centenar

[61] En el caso de los establecimientos de crédito se aplica el seguro de depósito administrado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras - FOGAFIN. Si se trata de la liquidación de un establecimiento de crédito, el seguro de depósito pagará a los depositantes hasta $ 20.000.000 de los saldos que tengan en los depósitos (cuentas de ahorro, cuentas corrientes, certificados de depósito a término, depósitos electrónicos) en cada entidad; el valor que supere dicho monto tendrá el tratamiento de las reglas de prelación de créditos de ley.

de años, dichas normas se han visto modificadas principalmente por leyes civiles, comerciales y laborales posteriores, así como por los pronunciamientos de la Corte Constitucional en virtud de la protección especial de ciertos derechos, como los pensionales, los laborales y los de los menores de edad.

En este mismo sentido, nuestro Código Civil contiene varias disposiciones que han perdido vigencia a la luz de nuestro sistema actual. Algunas de estas disposiciones deberían ser reemplazadas por el estándar vigente, como por ejemplo el artículo 2502 que se refiere a los créditos de las personas bajo tutela, cuando la ley 1309 de 2009 eliminó tal institución del sistema jurídico reemplazándolo por el concepto de guardador.

Preferencias como la del mandatario comercial consagrada en el artículo 1277 del Código de Comercio deberían ser reevaluadas en atención a la función y finalidad económica del contrato de mandato comercial. Asimismo, la aplicación de dicha preferencia a contratos de comisión, preposición y, en especial, agencia comercial en virtud de la remisión directa a las normas del mandato, debería ser reexaminada, en particular en lo relativo al contrato de agencia teniendo en cuenta que no es acorde a su naturaleza considerarlo un tipo de mandato.

Frente a los créditos del fisco de la primera clase, consideramos que el legislador debería tomar una posición clara en relación con las obligaciones por concepto de multas, que si bien no constituyen obligaciones fiscales sí tienen como destino el erario. Lo mismo debería determinarse de cara a créditos derivados de otros conceptos como las regalías, para evitar interpretaciones diversas que generen inseguridad jurídica.

El régimen de prelación de créditos no puede desligarse del régimen actual de insolvencia empresarial y de la persona natural no comerciante. A pesar de que dichas normas no modifiquen expresamente las disposiciones del Código Civil en relación con la prelación de créditos, su aplicación se ve modificada implícitamente frente a los órdenes de pago, así como respecto de las normas de adjudicación y especialmente frente a los bienes que se excluyen de la masa del proceso concursal.

En punto a la insolvencia de la persona natural no comerciante, el artículo 553 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, establece que el acuerdo de pago respetará la prelación y privilegios señalados en la ley y que se dará un mismo trato a todos los acreedores que pertenezcan a una misma clase o grado. Consideramos que a pesar de que la norma no es clara, este debe interpretarse en el sentido de que se respetan las provisiones del Título XL del Libro Cuarto del Código

Civil integralmente, salvo norma especial en contrario. Así, si la ley prevé un orden especial de pago entre créditos de la misma clase, este se debe seguir en los procesos de insolvencia de persona natural no comerciante[62].

Conviene detenerse a analizar la conveniencia de la posibilidad de celebrar acuerdos de modificación de la prelación de créditos en los términos en que la ley 1116 de 2006 lo permite. Típicamente, la institución de prelación de créditos ha sido entendida como de orden público; sin embargo, la ley 1116 permite realizar acuerdos de modificación de tal prelación. La pregunta de fondo es la siguiente: ¿hasta qué punto la norma supone una posibilidad real de aplicación y flexibilización? Tal como lo señala la misma norma, dicha flexibilización claramente está limitada por los derechos fundamentales que la Corte Constitucional ha protegido de manera especial en los procesos de insolvencia.

En relación con los intereses en los procesos de liquidación judicial, conviene cuestionarse la conveniencia de lo señalado por el artículo 69 de la ley 1116 de 2006 en el cual se posterga el pago por tales conceptos desligándolos del capital al cual acceden. En esta medida nos preguntamos si los intereses al ser accesorios a una obligación principal deberían gozar de los mismos privilegios del capital, tal como lo establece el Código Civil o si, por el contrario, es legítimo aplicar dicha norma en atención a que resulta en una protección de los demás acreedores que no tienen privilegio alguno. ¿Constituye esta norma una violación a lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en especial a la protección de los acreedores laborales o pensionales?

De acuerdo con lo señalado por la Superintendencia de Sociedades en el auto contenido en el acta 430-000960 de 17 de mayo de 2013, ¿se debe entender que en Colombia las fiducias de garantía no pueden recaer sobre dinero porque tal bien no es susceptible de remate judicial y en tal medida no se podría tomar como acreedor prendario a la luz de la ley 1116 de 2006? ¿Dicho pronunciamiento permanece vigente o debe ser reexaminado a la luz de la amplitud del concepto de garantía mobiliaria y los mecanismos de ejecución de la ley 1676 de 2013?

La ley 1676 de 2013 supone una modificación estructural práctica al régimen de prelaciones del Código Civil en procesos de insolvencia

[62] Véase el art. 557 de la ley 1564. Se establece que una de las causales de impugnación del acuerdo de pago será el hecho de que este contenga cláusulas que violen el orden legal de prelación de créditos, sea porque alteren el orden establecido en la Constitución y en la ley o porque dispongan órdenes distintos de los allí establecidos, a menos que medie renuncia expresa del acreedor afectado.

en la medida en que excluye de la masa del concurso los bienes afectos a garantías mobiliarias e inclusive afectos a hipotecas, cuando estos no sean necesarios para la continuidad de la actividad económica del deudor. Lo anterior tiene como consecuencia que los acreedores de "mejor derecho" no puedan perseguir toda la prenda general de su deudor. La ley de garantías mobiliarias solo propone una excepción a lo anterior en defensa de derechos pensionales. Sin embargo, surge esta pregunta: ¿cómo va a actuar la Delegatura de Procedimientos de Insolvencia de la Superintendencia de Sociedades cuando los bienes del deudor solo sean suficientes para atender las acreencias de la primera clase si se incluyeran los bienes otorgados como garantía mobiliaria o hipotecados bajo el régimen de la ley 1676? ¿Primará la intención de ampliar el acceso al crédito por encima de los derechos laborales o de los alimentos en cabeza de menores? Del precedente actualmente existente, parece que efectivamente hay una modificación a la prelación legal en procesos de insolvencia, sin que se haya hecho salvedad alguna frente a los derechos de los acreedores de la primera clase.

Finalmente, a la luz de lo expuesto en este capítulo y en particular frente a las conclusiones extraídas, la propuesta de modernización en materia de prelación de créditos es concretamente la sistematización de dicha institución. Si bien se trata de una institución que se ve afectada por las normas en materia de insolvencia y recientemente por las de garantías mobiliarias, también en sede de insolvencia, debe existir un sistema articulado de prelación de créditos en que confluyan todas las posibles instancias en que se aplique y permita coherencia entre las normas de carácter general y las normas puntuales de insolvencia. En la medida en que las normas de insolvencia y garantías no pueden desligarse del régimen general de contratos y obligaciones, el esfuerzo legislativo debería ser el de proponer un sistema integrado que permita tener mayor seguridad jurídica a la hora de aplicar las distintas instituciones.

El intento de sistematización debe llevar a cabo la actualización de algunas de las disposiciones que han perdido vigencia en materia de prelación de créditos y no han sido reemplazadas por el estándar vigente, pues el hecho de contar con normas desactualizadas ha dado lugar a diversas interpretaciones de los actores jurídicos, sin que haya certeza acerca de la correcta aplicación.

En varios de los capítulos de este libro se ha resaltado la importancia de contar con un sistema unificado, coordinado y actualizado, y la institución de prelación de créditos no es la excepción, puesto que es

una de las instituciones que mayores modificaciones ha sufrido en atención a su importancia cardinal en temas tan trascendentales como es el acceso al crédito y los procesos concursales de insolvencia.

## **5.** Bibliografía

### A) *Doctrina*

Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel, Vodanovic, Antonio: *Tratado de las obligaciones*, vol. ii, 2ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011.

Bonivento Fernández, José Alejandro: *Los principales contratos civiles y comerciales*, t. ii, 8ª ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2007.

Castro De Cifuentes, Marcela: "El derecho de retención", en *Derecho de las obligaciones*, t. ii, Bogotá, Universidad de los Andes, Edit. Temis, 2010.

Isaza Upegui, Álvaro y Londoño Restrepo, Álvaro: *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*, Bogotá D. C., Legis, 2007.

Ospina Fernández, Guillermo: *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá D. C., Edit. Temis, 2008.

Rodríguez Espitia, Juan José: *Nuevo régimen de insolvencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

— *Régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Velásquez Gómez, Hernán Darío: *Estudio sobre las obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis, 2010.

### B) *Conceptos y oficios*

Superintendencia Bancaria de Colombia, Concepto 2004000018-2.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 155-009141

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-016.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-033322.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-048652.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-074969.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-105525.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-143222.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-2123.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-226554.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-474.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-62033.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-048652.

Superintendencia de Sociedades, "Régimen Concursal y de Insolvencia Colombiano: Introducción – Una segunda edición y dos años de reformas", Bogotá D. C., Edit. Imprenta Nacional, 2014.

C) *Jurisprudencia*

a) *Corte Constitucional*

C-308 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell

C-664 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

C-092 de 2002, M. P. Jaime Araujo Rentería.

C-664 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

C-019 de 2007, M. P. Jaime Araujo Rentería.

C-071 de 2012, M. P. Luís Ernesto Vargas Silva.

C-447 de 2015, M. P. Mauricio González Cuervo

SU-1023 de 2001, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

SU-891 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

T-299 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

T-458 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

T-658 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

T-696 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

T-441 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

T-503 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

T-299 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

T-757 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

T-568 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

b) *Corte Suprema de Justicia*

Sala de Casación Civil, sent. de 14 febrero 2006 (M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

c) *Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos de Insolvencia*

Auto 440-12389 del 22 de septiembre de 1999.

Auto 440-18083 del 7 de diciembre de 1999.

Auto 400-004995 del 9 de abril de 2013.
Auto 430-003348 del 10 de abril de 2012.
Acta 430-000960 del 17 de mayo de 2013.
Auto 400-018837 del 8 de noviembre de 2013.
Auto 2014-02-021512 del 31 de julio de 2014.
Acta 2015-01-433308 del 30 de octubre de 2015.
Acta 2016-01-070195 del 19 de febrero de 2016.

Capítulo XV

# INDEMNIZACIÓN COMPENSATORIA E INDEMNIZACIÓN MORATORIA DE PERJUICIOS[*]

Édgar Ramírez Baquero[**]

## 1. Introducción

El incumplimiento del deudor con respecto al imperativo jurídico de obligación que sobre él gravita es un hecho jurídico que usualmente de la especie hecho ilícito hace las veces de evento genitor de perjuicios en detrimento del acreedor, comoquiera que al no serle cabal y oportunamente ejecutada la prestación originada en su favor, el interés patrimonial o extrapatrimonial para este sujeto involucrado en la relación jurídica de obligación regularmente resultará frustrado, parcial o totalmente, temporal o definitivamente.

Este daño o perjuicio derivado de la inejecución obligacional, como tal, incurso en ese escenario de la responsabilidad patrimonial llamado "responsabilidad patrimonial por incumplimiento", ha sido objeto de diversas clasificaciones, unas de cuño legal, otras de construcción doctrinal, las cuales, al analizarlo desde aristas diversas, hacen irrumpir secuelas y reglas varias.

El propósito de este trabajo es presentar una de estas múltiples maneras de clasificar el daño ocasionado en el campo de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento, y las consecuencias y reglas que de ella resultan. Nos referiremos a la muy importante distinción entre indemnización compensatoria de perjuicios, por un lado, e indemnización

[*] http://dx.doi.org/10.15425/2017.189

[**] Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; Colegial de Número, especializado en Derecho Financiero y Comercial, profesor titular de Derecho Romano; profesor de Derecho de Obligaciones y de posgrado en la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; director del área de Derecho Civil en la misma Facultad, exprofesor de Derecho de Obligaciones II en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana, expresidente del Colegio de Abogados Comercialistas.

moratoria de perjuicios, por otro, que utiliza como criterio sistematizador, tal como se comentará, la modalidad, expresión o manifestación de la inejecución obligacional que le sirve de antecedente.

## 2. PRESUPUESTOS AXIOLÓGICOS DE LA PRETENSIÓN DE RESARCIMIENTO EN EL ESCENARIO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR INCUMPLIMIENTO

El acreedor tiene derecho a que su deudor le resarza los daños que le ha irrogado con ocasión de su incumplimiento siempre que se reúnan los siguientes presupuestos: 1) la inejecución de parte del deudor respecto de la prestación debida; 2) el daño o perjuicio padecido por el acreedor; 3) un nexo de adecuada causalidad entre la inejecución del débito y el resultado lesivo; 4) la culpa del deudor, si la obligación es de medios, o la inexistencia de una causal de exoneración de responsabilidad, cuando la obligación sea de resultado ordinaria, y 5) la mora del deudor, si la obligación es positiva. En ausencia de cualquiera de ellos no fluye en favor del acreedor la pretensión de resarcimiento en contra de su deudor, en sede de responsabilidad civil por incumplimiento.

Una exposición integral de todos estos requisitos de esta pretensión es materia apropiada para un completo trabajo sobre responsabilidad patrimonial por incumplimiento. Por lo mismo, para los fines de la temática que se aborda en este capítulo únicamente estudiaremos la inejecución o infracción de la obligación, por estar en íntima conexión con las instituciones de la "indemnización compensatoria" y de la "indemnización moratoria".

## 3. MODALIDADES DE LA INEJECUCIÓN OBLIGACIONAL

Tiene ocasión la inejecución obligacional o infracción de la obligación cuando el deudor, siendo exigible la prestación debida, deja de cumplirla oportuna y cabalmente. Es pues, un hecho jurídico que consiste en la desatención del imperativo obligacional en tiempo y modo debidos.

Si la obligación es positiva, se incurre en inejecución obligacional si el deudor deja de actuar el comportamiento activo que debía realizar en orden a la atención oportuna y exacta de la prestación de su cargo. Cuando la obligación es negativa, por el contrario, la inejecución obligacional comporta que el deudor haya realizado el comportamiento del que debía abstenerse por estarle vedado en virtud de la relación obligatoria.

Sea la obligación positiva o negativa, se distinguen tres manifestaciones de la inejecución obligacional, de las cuales nos da cuenta el artículo 1613 del Código Civil, a saber: inejecución absoluta, ejecución imperfecta y ejecución tardía, las cuales se desarrollan en seguida.

A) *Inejecución absoluta*

Ocurre cuando el deudor ha desatendido en su integridad el imperativo de prestación a su cargo y esta desatención es definitiva. En otras palabras: la prestación no se ejecutó ni en mínima parte y definitivamente no será ejecutada.

Dos rasgos caracterizan esta modalidad de infracción de la obligación: 1) la plenitud o integralidad de la inejecución, que significa que la prestación dejó de cumplirse en un todo; si la prestación se ejecuta en una parte, el asunto no incursionará en el plano de la inejecución absoluta, sino en el de la ejecución imperfecta; 2) la irreversibilidad de las circunstancias, que indica que la inejecución es definitiva, comoquiera que el imperativo de prestación ya no será atendido. Esto pasa cuando por gracia de la actitud infractora del deudor la prestación ha tornado de imposible ejecución (imposibilidad sobreviniente de ejecución de la prestación), o cuando ha expirado la concreta época en que la deuda estaba llamada a cumplirse (caducidad de la oportunidad de cumplimiento), o cuando, sencillamente, el incumplimiento del deudor ha desinteresado al acreedor en el pago de la obligación (desinterés sobreviniente del acreedor).

Cuando el deudor incurre en este tipo de inejecución, es natural que la expectativa que el acreedor tenía en el pago de la deuda resulte frustrada plena e integralmente y con ella el interés que tenía involucrado en la relación obligacional.

B) *Ejecución imperfecta*

Acontece si el deudor ha cumplido la prestación de su cargo, pero no lo ha hecho cabalmente, siendo así que este cumplimiento adolece de defectos cuantitativos o de impurezas cualitativas.

Caracteriza esta expresión de la inejecución prestacional que el deudor realiza actos de cumplimiento, pero inanes, impotentes para extinguir la deuda por pago, porque su condición imperfecta impide que tales actos de ejecución se acomoden a la prestación, tal como ella es.

Del enunciado descriptor de esta especie de infracción del débito prestacional se colige que deben distinguirse dos casos de inejecución

imperfecta: 1) imperfección en la ejecución por defectos de cantidad, que tiene ocasión cuando la prestación se ejecuta en una parte, quedando otra fracción pendiente de cumplimiento. El defecto del pago es entonces de índole cuantitativa. Esta situación es comúnmente llamada "pago parcial", y 2) imperfección en la ejecución por defectos de calidad, que se da cuando el deudor ejecuta la prestación en toda su dimensión cuantitativa, pero la calidad de esta ejecución no se ajusta a la debida, a la que ha debido observarse. En esta situación el defecto del pago es del tipo cualitativo, porque es su calidad lo que impide que la prestación se extinga por pago o solución. A esta especie bien cabe aplicarle la expresión "pago carente de calidad".

Estas dos situaciones de ejecución imperfecta no son excluyentes, de modo que en un caso concreto es practicable que el deudor incurra en ambas a un mismo tiempo, cuando la prestación debida es ejecutada en una parte (defecto de cantidad) y esta porción en que ha sido atendida lo ha sido de manera ajena a la debida (defecto de calidad).

No es admisible una tercera clase de ejecución imperfecta, que se llamaría "inejecución imperfecta por defectos de identidad", en que el deudor ejecuta unos actos que técnicamente no podrán ser tenidos como actos de cumplimiento, porque son ajenos a los que sí son conducentes para la solución de la deuda tal como ella es, como cuando el deudor, debiendo entregar un bien de especie o cuerpo cierto, entrega uno distinto.

Esta supuesta tercera modalidad de inejecución es, después de todo, un caso más de inejecución absoluta. Claro, en esta situación el deudor no ha ejecutado ni en mínima parte lo que realmente debe, por haber realizado en su lugar actos ajenos a los apropiados para el pago de lo que en efecto es debido, actos que por su extrañeza con respecto a la prestación debida no podrán tenerse como actos de cumplimiento.

C) *Ejecución tardía*

En esta especie de infracción del débito prestacional el deudor cumple cabalmente la deuda, pero lo hace tarde, con posterioridad al momento en que se hizo exigible y en que debió satisfacerse. En otros términos: se realizan adecuadamente los actos de cumplimiento, pero fuera del momento oportuno, con retardo.

La inejecución absoluta, dominada por la definitiva y total inexistencia de actos de ejecución, es por tanto incompatible con las otras expresiones de su mismo género, en las cuales sí intervienen actos de

este linaje, imperfectos en la ejecución imperfecta y tardíos en la ejecución tardía.

Por el contrario, es posible que simultáneamente el deudor incurra en ejecución imperfecta y en ejecución tardía. Esto sucede si después de tornar exigible la prestación el deudor la paga con retardo e imperfectamente, ya en calidad, ora en cantidad.

D) *En el derecho alemán*

Por sus particularidades, no puede omitirse una mención del panorama de la cuestión en el derecho alemán, cuyo Código Civil (BGB), en esta materia de las modalidades de la inejecución del crédito, está organizado sobre la distinción entre "imposibilidad sobreviniente de ejecución de la prestación" y "mora", siendo ellas las dos únicas manifestaciones de la infracción de la obligación, de manera que el derecho del acreedor de reclamar una indemnización de daños por el incumplimiento del débito prestacional, en líneas generales, solo se abre paso cuando ha intervenido "imposibilidad sobreviniente de ejecución de la prestación" o cuando ha habido "mora" del deudor, una y otra imputables a culpa suya.

La institución que el estatuto civil alemán llama "mora" coincide con el retardo o ejecución tardía, ya explicados. Pero la "imposibilidad sobreviniente de ejecución de la prestación", por su parte, no es equiparable con la inejecución absoluta, ni con la ejecución imperfecta. En verdad es una situación distinta, que se consuma cuando por hecho imputable a culpa del deudor, que además de haberle impedido cumplir cabalmente la prestación, ha hecho que esta se haga de imposible ejecución.

Así pues, en la concepción del estatuto alemán, en tanto la prestación debida pueda ser ejecutada, el único derecho con el que el acreedor cuenta en su favor es la ejecución coactiva (pretensión de cumplimiento), acompañada de la reparación del daño padecido durante el retardo (pretensión de resarcimiento del daño moratorio de perjuicios). En este sistema, al ser posible el cumplimiento de la prestación, el acreedor no disfruta, ni de la pretensión resolutoria del contrato de prestaciones recíprocas, ni de la de resarcimiento del daño derivado de la inejecución absoluta o de la ejecución imperfecta (indemnización compensatoria de perjuicios), para cuya admisión es claro que no basta la inejecución del crédito. Después que la prestación no es susceptible de ser ejecutada, por obra del incumplimiento culposo del deudor, se abren paso los citados derechos en beneficio del acreedor.

Así se comprende con nitidez que las modalidades de inejecución de la obligación giren en torno a la "imposibilidad sobreviniente de ejecución de la prestación".

Algunos autores alemanes consideran que es incompleto el cuadro que de las situaciones de inejecución obligacional ofrece su estatuto civil, y por tanto han desarrollado una expresión más, a la cual llaman "violación positiva del crédito" (*positiven Vertragsverlezungen*). Así, en la obra de derecho civil alemán cuyo autor es el tratadista LUDWIG ENNECCERUS[1], se citan varios ejemplos, con fundamento en los cuales se esboza esta modalidad de inejecución de las obligaciones, que valga decirlo desde ahora, a nuestro parecer no delinea una distinta situación de infracción del débito obligacional.

Ciertamente, para comenzar, se subraya que los ejemplos con los cuales se intenta ilustrar esta expresión de la inejecución de las obligaciones, más allá del simple hecho de que en todos ellos se suscita para el acreedor una contrariedad, no exhiben otra nota que sirva para aglutinarlos en una misma categoría. En efecto, a más de este aspecto equívoco común no hay ninguno otro que sirva para caracterizar e individualizar esta "violación positiva del crédito" como una particular y distinta expresión de la inejecución prestacional. Por tanto, no cuenta esta figura con elementos que sirvan para identificar su contenido, su sentido y su significado. Así las cosas, no es visible en la ejemplificación de esta categoría un elemento o criterio rector o caracterizador, que permita en términos dogmáticos darle entidad y especificidad.

Sin embargo, en plena consistencia con la crítica anterior, ni siquiera todos los casos citados en la mencionada obra de origen alemán califican como casos de inejecución, y los que sí lo hacen cuadran plenamente en alguna de las situaciones que integran la tríada de especies de inejecución expuesta y explicada[2].

[1] LUDWIG ENNECCERUS, *Tratado de derecho civil*, t. I, Derecho de obligaciones, trad. de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1954, págs. 281 y ss.

[2] Apenas mencionaremos dos de los cuatro ejemplos que en esta obra se presentan como especies de "violación positiva del crédito". Invoca este autor, primeramente, los casos en que el cumplimiento defectuoso de la prestación, en adición al daño inmediato que suscita, desata otros, encadenados con el anterior. Dice que estos últimos son efecto de una violación positiva del crédito. No hay tal; rápidamente se aprecia que en esta situación la inejecución cae bajo el dominio del cumplimiento imperfecto, que ha causado múltiples daños en cadena, de los cuales responde el deudor infractor, en cuanto directos. En segundo término, menciona las situaciones en que el deudor, con precedencia a la exigibilidad de la prestación, manifiesta su intención de no cumplir después

En conclusión: son tres y solo tres las figuras de la inejecución de la prestación. La llamada "violación positiva del crédito" carece de sustantividad.

## 4. Correlación entre las modalidades de inejecución obligacional y las indemnizaciones compensatoria y moratoria

Es íntima la relación existente entre las prenotadas expresiones de la inejecución en las obligaciones y la clasificación del daño que nos ocupa, a tal punto que el criterio distintivo entre la indemnización compensatoria (daño compensatorio) y la indemnización moratoria (daño moratorio) es justamente el tipo de inejecución en que el deudor ha incurrido, del cual se sigue el tipo de daño que debe ser reparado al acreedor por dicha causa.

Con esta perspectiva, cuando el deudor no ejecuta nunca y en medida alguna la prestación de su incumbencia, el acreedor es titular del derecho de que le sea resarcido el daño compensatorio, y le será reconocida una indemnización compensatoria de perjuicios; resarcimiento compensatorio y daño de este tipo tienen ocasión cuando el sujeto pasivo del vínculo obligatorio ejecuta la prestación de modo imperfecto; y, finalmente, cuando este sujeto de la relación obligatoria ejecuta la prestación, pero de manera retardada, se le causa al acreedor un daño moratorio, que lo titula para que reclame una indemnización moratoria de perjuicios. Es, pues, así la correlación existente entre el tipo de inejecución del débito obligacional y el tipo de daño que se le causa al acreedor y la clase de indemnización a cuya reparación tiene derecho.

## 5. La diferencia entre indemnización compensatoria e indemnización moratoria únicamente procede en responsabilidad civil por incumplimiento

Si la inejecución obligacional es requisito de la pretensión de resarcimiento en el escenario de la responsabilidad civil por incumplimiento,

---

que la deuda esté llamada a cumplirse. Este ejemplo tampoco da cuenta de una especial modalidad de infracción obligacional. No puede hacerlo, porque no siendo exigible la deuda, ni siquiera puede configurarse inejecución. Sin duda que para el acreedor una manifestación del deudor en tal sentido es un antecedente incómodo, pero por mucho que lo sea, si ni siquiera puede exigir el pago, tampoco pude considerar que un incumplimiento tuvo ocasión.

porque sin ella el deudor no incurre en ese hecho ilícito en que el incumplimiento obligacional consiste, y estando la distinción entre indemnización compensatoria e indemnización moratoria en plena conexidad con las manifestaciones de la inejecución, *a fortiori*, esta división del daño solo puede tener consideración en el marco del incumplimiento de las obligaciones y de la responsabilidad derivada de él.

Por lo demás, en los escenarios de responsabilidad patrimonial en que el agente que causa el daño y el damnificado no han estado ligados por un vínculo de obligación previamente al hecho ilícito que hace irrumpir entre ellos una relación jurídica, no podrá suscitarse un caso de inejecución obligacional que abra la puerta a un pedido resarcitorio basado en tal inejecución.

## **6.** Esta clasificación del daño solo es pertinente en materia de daños patrimoniales

La clasificación más importante a propósito del daño o perjuicio es la que distingue entre daños patrimoniales, por un lado, y daños extrapatrimoniales, por otro, siendo del primer tipo aquellos que se pueden estimar, tasar, etc., en una suma de dinero, en un valor patrimonial; y los segundos, los que por el contrario no admiten valoración dineraria.

Al presentarse y desarrollarse el concepto y los caracteres de las indemnizaciones compensatoria y moratoria, se apreciará que en una y en otra el daño que resarcen se refiere al estado en que el patrimonio del acreedor queda por efecto del incumplimiento del deudor, de lo cual se sigue que esta clasificación solo obra en el marco de los daños patrimoniales. No hay, pues, una reparación compensatoria o una moratoria relacionada con perjuicios extrapatrimoniales. No puede afirmarse que estas instituciones se integran al mundo de los daños extrapatrimoniales.

## **7.** Indemnización compensatoria de perjuicios

Entendemos por indemnización compensatoria de perjuicios la atribución patrimonial que el deudor debe pagar al acreedor, a título de resarcimiento de daños, cuando por no haber definitivamente ejecutado la prestación ni en mínima parte (inejecución absoluta), o por haberla ejecutado de modo imperfecto (ejecución imperfecta), se ha lesionado al

acreedor, y a la infracción obligacional se han sumado los demás requisitos de la pretensión de resarcimiento fundada en la inejecución obligacional, atribución que debe efectuarse en orden a que el patrimonio del acreedor, afectado por esta infracción de la obligación, quede en idéntica condición cuantitativa a como hubiese quedado en caso de que esta inejecución no se hubiera presentada.

De acuerdo con la definición que antecede, los rasgos caracterizadores de este tipo de prestación de resarcimiento de daños son los siguientes:

• Es en esencia una atribución patrimonial, por concepto de resarcimiento de daños, a la cual tiene derecho el acreedor porque su deudor ha incurrido en responsabilidad patrimonial por incumplimiento y por lo mismo le ha irrigado unos daños. El derecho a esta atribución patrimonial nace del hecho ilícito que de la especie inejecución obligacional ha cometido el deudor. Como quien dice, el hecho jurídico fuente de esta obligación de resarcir es este incumplimiento obligacional.

• Aplica esta especie indemnizatoria cuando la inejecución en que el deudor ha incurrido es absoluta o cuando la ejecución es imperfecta. En estos casos, en que el imperativo de prestación no se cumple o se ejecuta inadecuadamente, el acreedor tiene derecho a que el daño derivado de esta falta total de cumplimiento (inejecución absoluta) o esta ejecución impura (ejecución imperfecta) le sea indemnizado.

• Tiene como función este tipo de indemnización poner el patrimonio del acreedor en la misma situación cuantitativa en que se habría puesto en caso de haberse atendido la prestación de manera cabal. Por tanto, en la doctrina es un lugar común que se indique que este concepto indemnizatorio cumple un papel sucedáneo, sustitutivo o de reemplazo de la prestación *in natura*, esto es, de la prestación tal como ella es.

Si la prestación no ha sido ejecutada en parte alguna y definitivamente no lo será (inejecución absoluta) o lo ha sido pero inadecuadamente (ejecución imperfecta), de todas maneras el acreedor tiene derecho a que el estado de su patrimonio, en términos de la relación activo-pasivo (balance patrimonial), no se demerite por la conducta del deudor. Por ello el derecho de obligaciones lo autoriza para reclamar resarcimiento compensatorio, para que en defecto de la prestación debida se le atribuya esta indemnización y su patrimonio, se insiste, en términos cuantitativos, no sufra mengua por causa de la infracción del débito obligacional.

Para estos fines sustitutivos o sucedáneos, en el marco de la teoría de las obligaciones se pregona el llamado "requisito de patrimonialidad

de la prestación", conforme al cual la prestación debe ser susceptible de avalúo dinerario, porque solo así, siendo del caso que la prestación sea relevada por la indemnización compensatoria de daños, podrá estimarse o cuantificarse esta atribución patrimonial que entra en relevo de la prestación específica o *in natura*.

Esta función sustitutiva de la prestación debida que cumple la indemnización compensatoria explica que, salvo el excepcional caso que adelante se comentará, estas dos atribuciones no sean acumulables, pues de serlo el acreedor obtendría beneficio por dos vías o fuentes, con claro enriquecimiento en su favor y el correlativo empobrecimiento del deudor.

No puede este concepto indemnizatorio poner el patrimonio del deudor en el estado cualitativo en que se habría situado en caso de cumplimiento de la prestación, porque esta última situación solo puede ser efecto de un pago cabal, el cual ya no será ejecutado. Solo el pago o solución puede conquistar este resultado.

Todo lo anterior brinda argumentos para criticar la expresión "pago por equivalente", con la que en algunas ocasiones se llama la indemnización compensatoria de daños. El único, el verdadero pago, es el que comporta la ejecución de la prestación debida. Solo él, cuando el interés del acreedor es de estirpe patrimonial, pone su patrimonio en el estado cualitativo deseado. Esto no puede obtenerse, por el contrario, mediante la indemnización compensatoria, que si bien le brinda al acreedor el medio para que su patrimonio no se menoscabe cuando su interés en la obligación ha sido patrimonial, no le permite satisfacer dicho interés y situar su patrimonio en la condición cualitativa deseada.

En suma: la indemnización compensatoria de daños no equivale a pago alguno, porque este solo acontece cuando lo que se debe es ejecutado en favor del acreedor. Ella entra en relevo de la prestación en especie, *in natura*; la reemplaza, la sustituye en un todo cuando la inejecución ha sido del tipo absoluta y en una parte cuando la infracción obligacional es de la variante imperfecta; pero en medida alguna satisface el interés del acreedor, de modo que si tal interés es estimable en dinero, apenas logrará que el patrimonio del acreedor no se afecte en términos cuantitativos.

## **8**. INDEMNIZACIÓN MORATORIA DE PERJUICIOS

Llamamos indemnización moratoria de perjuicios a la atribución patrimonial que el deudor debe pagar al acreedor, a título de resarci-

miento de daños, cuando por haber ejecutado tardíamente la prestación (ejecución tardía) se ha lesionado al acreedor, y a la infracción obligacional se han sumado los demás requisitos de la pretensión de resarcimiento basada en la inejecución obligacional, atribución que debe efectuarse en orden a que el patrimonio del acreedor, afectado por esta infracción de la obligación, quede en idéntica condición cuantitativa a como hubiese quedado si esta ejecución se hubiera presentado oportunamente.

Acorde con la anterior conceptualización, son caracteres de este tipo de prestación indemnizatoria de perjuicios:

• Es también una prestación que tiene como título jurídico el resarcimiento de daños y como evento genitor el hecho ilícito llamado incumplimiento obligacional.

• Tiene ocasión cuando el tipo de inejecución en que el deudor ha incurrido es la llamada "tardía" o "retardada". Sucede que cuando el deudor cumple con retardo, durante este período de tardanza el acreedor, desprovisto de la prestación que ya debía haberle sido cumplida, puede padecer daños, a cuya reparación apunta este concepto indemnizatorio.

• Mediando el cumplimiento del deudor con respecto de la prestación debida, por lo cual, supuesto de esta prestación de resarcimiento es justamente que aquella se cumple, la prestación moratoria no puede cumplir papel sustitutio o sucedáneo de la prestación debida. No la releva, no la reemplaza. Antes bien, su función es complementaria y por ello es acumulable sin reparo alguno a esta prestación específica, de modo que el acreedor recibirá, a más de la prestación, la que ha tenido derecho con fundamento en la relación obligacional, que es su fuente, la reparación de los daños que ha padecido durante el período de tardanza en el cumplimiento, que justo es que le sean reparados.

## 9. Indemnización moratoria de perjuicios y las obligaciones dinerarias

Cuando la obligación es de dar una suma de dinero (pecuniaria o dineraria), este asunto de la indemnización moratoria de daños reviste algunas particularidades que derivan del hecho de que el dinero, en una economía de mercado, tiene un costo, que si durante el plazo es regularmente asumido por el deudor, con mayor razón debe serlo cuando ha incurrido en mora, consideración que tiene en cuenta el artículo 1617

del Código Civil, que es aplicable en toda su dimensión en las deudas pecuniarias civiles y que también lo es en las dinerarias mercantiles, en estas con las salvedades que resultan de las normas especiales que para ellas ha dispuesto el sistema legal.

Para los fines de este capítulo, cuyo centro no es el régimen jurídico de los intereses, baste citar los siguientes aspectos que importan en una exposición referente a la indemnización moratoria de daños y que por igual aplican tanto a las deudas dinerarias civiles, como a las comerciales:

• El acreedor, incurso el deudor en mora de pagar la suma de dinero debida, respecto del cobro de los intereses moratorios no tiene la carga de probar que con ellos se le está resarciendo un puntual daño (C. C., art. 1617, num. 2). En este caso la ley presume de derecho que el acreedor padece un daño por el mero hecho de que el valor dinerario debido no sea cubierto oportunamente. No se ha consagrado en beneficio del deudor la facultad de probar lo contrario. Respecto del concreto daño que con el cargo moratorio se resarce, la literatura no es uniforme. Tiene sentido entender que un detrimento padecido por el acreedor, cuando su deudor no le paga oportunamente la cantidad de dinero debida y que es resarcido por el interés moratorio, es la pérdida que de la oportunidad de explotar el dinero padece el acreedor.

Este dispositivo legal indiscutiblemente consagra una excepción en materia de carga de la prueba del daño. En efecto, en desarrollo de la más general de todas las reglas que gobiernan la distribución de la carga de la prueba (*onus probandi*), conforme a la cual es al actor a quien compete asumirla (*actori incumbit probatio*), es asunto del damnificado probar el daño cuya reparación solicita. Pero tal regla no aplica en tratándose de intereses de mora, porque en este punto la ley, estableciendo un beneficio probatorio en favor del acreedor, lo releva de esta tarea y por ello, en punto del cargo moratorio, le atribuye el derecho a su percepción por el hecho escueto de la mora del deudor.

• Otros daños, concretos, puntuales, que cumplan con los requisitos que la teoría de la responsabilidad civil demanda para efectos de que sean indemnizables, esto es, que sean directos, ciertos y antijurídicos, que el acreedor haya sufrido y en cuyo resarcimiento esté interesado, deben ser debidamente probados, conforme a lo común y ordinario en la materia, tanto en su existencia, como en su cuantía.

Queda claro que cuando el tipo de obligación es de dar una suma de dinero, incurso el deudor en mora tiene derecho el acreedor a reclamar de su deudor, como indemnización moratoria de daños, los intereses

moratorios, que de pleno derecho se causan en su beneficio, a los cuales se suma la indemnización de los deterioros efectivamente padecidos, siempre que sean probados en su existencia y cuantía.

## **10**. Compatibilidad o incompatibilidad entre la indemnización moratoria y la indemnización compensatoria de perjuicios

Acto seguido se dilucida si tiene el acreedor derecho a que su deudor, incurso en responsabilidad civil por incumplimiento, le cancele de modo cumulativo una indemnización compensatoria y una indemnización moratoria de daños, asunto para cuya dilucidación es requerido que se tengan en cuenta aspectos tales como la función que cumple cada una de estas expresiones indemnizatorias, las modalidades del incumplimiento obligacional y el principio general de conformidad con el cual la responsabilidad civil no propicia el enriquecimiento indebido, sino el resarcimiento íntegro del daño.

Abordando este asunto, de entrada se acota que esta cuestión no es susceptible de resolverse bajo una sola respuesta, pues casos hay en que esta acumulación sí es procedente, como casos en que no es admisible.

• Cuando la responsabilidad patrimonial del deudor es secuela de su inejecución absoluta de la deuda, solo se abre paso una indemnización compensatoria de daños. No puede admitirse una de corte moratorio, porque esta supone cumplimiento tardío del débito obligacional, el cual está definitivamente ausente en los casos de ausencia plena y definitiva de cumplimiento. Admitir en un caso como este una reparación moratoria implica fracturar la correlación existente entre las modalidades de la inejecución y el tipo de resarcimiento admisible y más grave aún, enriquecer al acreedor a expensas del deudor.

• Distinta es la respuesta cuando a un mismo tiempo el deudor ha consumado un caso de ejecución que a la par que imperfecta es tardía, que es lo que acontece cuando además de ejecutar lo debido con tardanza, lo hace con impurezas de cantidad o de calidad; hipótesis fáctica en la cual, sin duda ninguna, fenomenológicamente susceptibles de acumularse la ejecución imperfecta y la tardía, a un mismo tiempo pueden acumularse la indemnización compensatoria, que pondrá el patrimonio del acreedor en el estado cuantitativo en que debió situarse de haberse ejecutado la prestación sin defecto alguno, con la moratoria, que resarcirá al acreedor frente a todo daño que en el período de tardanza en el pago y por causa de ella le haya sido causado.

## 11. CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES INDEMNIZATORIAS COMPENSATORIA Y MORATORIA

En primer lugar, debe comentarse que de acuerdo con la teoría de la responsabilidad civil, de modo general se le reconoce a la víctima la facultad de optar por un resarcimiento en especie o específico, o por uno por equivalente. Significa el primero, que el damnificado aspira a que se elimine la causa de la lesión (hecho ilícito), si es que ello es naturalísticamente practicable, de modo que removida esta causa se le ponga en la situación en que sin ella debe estar. Es lo que algunos autores llaman "reposición o restitución de la víctima". Comporta el segundo tipo de resarcimiento, que a la víctima se le entregue una suma de dinero que equivalga al monto del daño padecido. Esto es llamado indemnización propiamente dicha.

En responsabilidad patrimonial por incumplimiento esta alternativa no existe para el acreedor, porque en este escenario de responsabilidad, la pretensión de resarcimiento específica se confunde con la de cumplimiento *in natura*, pues ambas implican la remoción del incumplimiento del deudor mediante los actos de cumplimiento del débito prestacional.

Despejado lo anterior, cabe preguntar: ¿a qué tipo de contenido prestacional está obligado el deudor, en favor del acreedor, a cuenta de una indemnización compensatoria de daños o por concepto de una indemnización moratoria de perjuicios?; ¿cuál es el contenido de esta prestación de resarcimiento?; ¿es de dar, de hacer, de no hacer? Tales puntos se resuelven, acto seguido.

La norma legal que resuelve estos interrogantes es el artículo 1592 del Código Civil[3], que al definir la estipulación penal (cláusula penal, *stipulatio poena*) tácitamente consagra en favor de los sujetos de derecho la facultad de precisar, mediante este instrumento, el contenido y la naturaleza material de la prestación que deba pagarse por el deudor al acreedor cuando aquel incurra en responsabilidad patrimonial por incumplimiento. De esta norma emerge, a la manera de regla general, que son los interesados (acreedor y deudor) quienes, con fundamento en una estipulación penal, pueden determinar el contenido y la naturaleza material de la prestación de resarcimiento que se deba por el deudor al

[3] "La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal".

acreedor en caso de ser este responsable en el escenario del incumplimiento de las obligaciones. Con esta autorización pueden concertar que esta prestación sea de dar, de hacer o de no hacer; que si es de dar, comporte la entrega de una suma de dinero o la de cualquier otro tipo de cosa material, en fin. Así pues, rige en este campo la autonomía privada en sede de principio general, expresada con fundamento en el instrumento llamado "cláusula penal".

Si no se ha estipulado una cláusula de este tipo, que estime anticipada y provisoriamente[4] el daño moratorio o el daño compensatorio que resulte de la eventual responsabilidad civil por incumplimiento del deudor, estas prestaciones serán de dar una suma de dinero, no porque lo mande la ley, la cual nada dice al respecto, sino porque los usos del tráfico y la práctica judicial, basados en que el dinero, entre otras funciones, sirve como valor patrimonial de medición y de reemplazo de cualquiera otra, viene en este caso a cumplir estos papeles.

## 12. Indemnización compensatoria e indemnización moratoria en el marco de los contratos de prestaciones recíprocas. Su incidencia en punto de los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio

• En el marco de la contratación sinalagmática o por prestaciones recíprocas, el reconocimiento en favor del acreedor del derecho a percibir una atribución patrimonial a título de indemnización de perjuicios compensatorios o de indemnización de perjuicios moratorios está sujeto a un requisito, cual es que el acreedor de la prestación infringida, no pagada, que a su turno es deudor de la contraprestación debida al deudor infractor, de su lado acreedor de esta atribución patrimonial recíproca, haya cumplido con lo que es de su incumbencia o a lo menos haya estado presto a cumplir; esto último en aquellos casos en que los actos de cumplimiento del reclamante eran exigibles previo cumplimiento del infractor.

Esta afirmación encuentra asidero en las siguientes razones:

[4] La utilización del adverbio de modo "provisoriamente" se explica por el hecho de que la estimación que los interesados efectúan relativamente al daño compensatorio o al moratorio no es para el acreedor definitiva, en el sentido de que fatalmente su pedido resarcitorio deba perfilarse en procura la prestación contenida en la pena. De acuerdo con el art. 1600 del C. C., está al arbitrio del acreedor optar por la pena o por la indemnización del daño efectivamente causado (indemnización ordinaria). Puede acumularlas si así se ha pactado expresamente.

1) En este tipo de contratos, impregnados por los llamados sinalagmas genético y funcional, por la reciprocidad y el equilibrio prestacional, el contratante que no cumple o se ha allanado a cumplir lo que le compete no tiene derecho a reclamar del otro, aunque sea este un infractor de su imperativo de prestación (incumplimiento recíproco), la reparación de daños por causa de incumplimiento (pretensión de resarcimiento)[5]. La excepción de contrato no cumplido, consagrada en el artículo 1609 del Código Civil[6], enervará cualquier intento en tal sentido, dado que de acuerdo con ella, en estados de recíproco incumplimiento ninguna de las partes está en mora con respecto a la otra, y siendo la mora un presupuesto axiológico de esta pretensión de resarcimiento, ergo, ninguno de los contratantes podrá reclamar del otro la reparación de los daños resultantes de la inejecución.

2) Autorizar a un contratante infractor para reclamar del otro, también infractor, la reparación de los daños irrigados, rompe la reciprocidad prestacional y el carácter sinalagmático de la relación contractual bilateral.

3) Con respecto a la indemnización compensatoria, cuya función es situar el patrimonio del acreedor en el estado cuantitativo en que debió haber quedado si el deudor hubiese actuado el pago, si le fuese autorizado reclamarla pese a su incumplimiento, acontecería que este patrimonio quedaría en un estado cuantitativo aún mejor, pues obtendría esta reparación sin haber efectuado el sacrificio recíproco en que la prestación a su cargo consiste.

Como algunas piezas de nuestra jurisprudencia apoyan el derecho al reclamo de la indemnización compensatoria de daños en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, entendiendo que estas normas, al consagrar la pretensión de cumplimiento lo hacen tanto con respecto al cumplimiento *in natura* como al cumplimiento por

[5] En su trascendental fallo de 7 diciembre 1982 (M. P. Jorge Salcedo Segura), la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, basada en la diferenciación entre incumplimiento y mora, distinción que está presente con claridad en nuestro estatuto civil, afirma que en los estados de recíproco incumplimiento, por el contrario de la pretensión de resarcimiento, que no puede prosperar porque en ellos ninguno de los contratantes, por efecto de la excepción de contrato no cumplido se pone en mora, la cual es presupuesto de esta aspiración, los pedidos resolutorio y de ejecución *in natura* sí son procedentes, porque no están condicionados por la mora del deudor, y basta con la mera inejecución.

[6] "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

equivalente (indemnización compensatoria de daños), hay que concluir que en los casos de recíproca inejecución, ninguna de ellas podrá sacar avante su pretensión de resarcimiento.

Téngase en cuenta, para el entendimiento de todo lo anterior, que en los casos de incumplimiento recíproco, solo hay tal si el tipo de infracción o inejecución del débito prestacional de las partes de la relación sinalagmática es el mismo.

Durante mucho tiempo, en múltiples fallos, la doctrina de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que en el ámbito de los contratos bilaterales el acreedor insatisfecho no podía solicitar como pedido principal la indemnización compensatoria de perjuicios, porque debe previamente pasarse por la resolución del contrato por causa de incumplimiento, dado que, conforme al artículo 1546 del Código Civil, la pretensión indemnizatoria del daño compensatorio solo puede elevarse como pedido accesorio de la resolución del contrato, salvedad hecha de los casos en que la obligación infringida es de hacer, porque para ellas el artículo 1610 del Código Civil consagra la petición de resarcimiento del daño compensatorio como pedimento principal.

Esta postura, consecuencia de una interpretación literal de las citadas normas del estatuto civil, fue abandonada por esta corporación en fallo de 3 de noviembre de 1997, basada fundamentalmente en dos argumentos, a saber:

Que la pretensión de cumplimiento consagrada como principal y en términos alternativos en el marco del artículo 1546 del Código Civil no es solo la de ejecución in natura o específica, sino también la cumplimiento por equivalente o indemnización compensatoria de daños. Luego a la luz de esta norma, como pedido directo, procede la petición encaminada a la reparación del daño compensatorio.

Que las normas del procedimiento civil, de vieja data, han interpretado con autoridad las citadas normas del Código Civil, abriendo paso a la reclamación directa de la indemnización compensatoria de daños.

En la segunda de estas razones estamos enteramente de acuerdo con la postura correctora, pues, ciertamente, disposiciones del procedimiento civil, antiguamente las del Código Judicial, seguidamente las del Código de Procedimiento Civil (art. 495) y actualmente las del Código General del Proceso (art. 428), sin vacilación alguna habilitan al acreedor para ir por el daño compensatorio de modo directo.

No nos suscita igual prestigio la primera de ellas, porque como ya se explicó, el único y verdadero pago es aquel que involucra la prestación

debida, al cual no puede equipararse el mal llamado "pago por equivalente"; a este la tesis sostenida en esta providencia le da ingreso en el contexto del artículo 1546 del Código Civil como manifestación de la pretensión de cumplimiento.

En verdad la única de estas motivaciones con la cual estamos de acuerdo es suficiente para justificar la rectificación doctrinaria efectuada en el pronunciamiento de marras.

La tesis de la jurisprudencia que se superó en 1977 adolece de otro yerro de gran entidad. Es que el pedido de resarcimiento del daño compensatorio, en el escenario de la contratación por prestaciones recíprocas, mal puede ser accesorio de la pretensión resolutoria, porque esta destruye el nexo contractual, en lo practicable con efecto retroactivo, destrucción que libera a las partes de sus correlativos imperativos de prestación, escenario que es incompatible con el descrito en la primera división de este numeral, conforme al cual, para accederse a esta reparación compensatoria, el que la reclama debe cumplir lo que es de su cargo, pago o cumplimiento que solo puede ser sostenido si el contrato originador de la obligación extinta es existente y efectivo, lo cual no puede acontecer cuando es objeto de resolución.

Sumariamente, se concluye que la resolución del contrato de prestaciones recíprocas es incompatible con el resarcimiento del daño compensatorio, esto es, el pedido de reparación de este daño no puede acumularse al resolutorio[7].

## **13.** Relaciones entre la prestación penal (cláusula penal) y las indemnizaciones compensatoria y moratoria. Cláusulas penales compensatorias y moratorias

Visto que las partes, mediante el instituto de la cláusula penal tienen la facultad de influir en la determinación del contenido (dar, hacer o no hacer), valor y naturaleza material de la prestación (prestación penal) que deba pagarse al incurrir el deudor en responsabilidad civil por incumplimiento, o lo que es igual, estimar anticipada y provisoriamente el perjuicio compensatorio o el moratorio que deba resarcirse en este caso, debe colegirse que existen dos tipos de cláusulas penales, de acuerdo con el tipo de daño, compensatoria y moratoria.

[7] Sobre esta temática puede consultarse nuestro ensayo titulado "El daño resolutorio", que forma parte de nuestra obra *Obligaciones y contratos* (Ensayos), Bogotá, Universidad del Rosario, 2013, págs. 197 y ss.

Así las cosas, debe hablarse de "cláusula penal compensatoria" cuando lo que se estima anticipada y provisoriamente como daño derivado de la responsabilidad patrimonial en que incurre el deudor es el daño compensatorio; y de "cláusula penal moratoria", cuando del que se trata es del moratorio.

En la confección de documentos contractuales suele tenerse muy poco cuidado en este asunto, por lo cual es muy usual que las cláusulas penales se concierten sin referencia clara al tipo de que se traten, lo cual no es asunto para nada irrelevante, como quiera que no es lo mismo que la estipulación sea de un tipo o del otro. Esto plantea el natural problema de interpretación (hermenéutica contractual), pertinente para dilucidar el tipo al cual corresponde la especie concreta de que se trate.

## **14.** Relaciones con la clasificación del daño que distingue entre daño emergente y lucro cesante

El artículo 1614 del Código Civil esboza una de las varias clasificaciones del daño patrimonial, en concreto la que distingue entre daño emergente y lucro cesante, de la cual ya se habla en el contexto de las fuentes romanistas; distinción que tiene en cuenta la manera como el hecho lesivo impacta sobre el patrimonio de la víctima, ya causándole un detrimento o menoscabo que disminuye el monto de la relación entre activos y pasivos o balance patrimonial (daño emergente), ora privándole del ingreso de una renta, lucro o enriquecimiento (lucro cesante). La reparación de daños solo es integral cuando abarca estos dos conceptos indemnizatorios.

En este orden de ideas, debiendo la reparación ser íntegra también en responsabilidad civil por incumplimiento, tanto la indemnización compensatoria de perjuicios, como la moratoria, deben ser comprensivas tanto del daño emergente, como del lucro cesante, realidad que debe ser tenida en cuenta siempre que por no haber las partes estimado estas indemnizaciones mediante el expediente de la estipulación penal sea del caso el abordaje del laborío de la estimación judicial de las mismas.

## **15.** Algunos aspectos de la ejecución coactiva de la indemnización compensatoria de perjuicios (C. G. P., arts. 428, 437 y 439)

El acreedor damnificado por causa de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento en que su deudor está incurso encuentra en el

régimen procesal civil vigente varios beneficios que le simplifican el acceso al resarcimiento al cual tiene derecho. En resumen, tales facilidades son:

• La pretensión de resarcimiento del daño compensatorio puede, en el marco del *petitum* de la demanda, plantearse como pedido principal o como petición subsidiaria con respecto a la pretensión de cumplimiento, a elección del acreedor (C. G. P., art. 428, incs. 1º y 2º, y art. 437, inc. 2º).

• Si el acreedor no cuenta con una estipulación penal compensatoria que conste en documento que preste mérito ejecutivo, puede en su demanda estimar bajo juramento el monto en dinero de este daño compensatorio (C. G. P., art. 428, inc. 1º). Esta estimación puede ser objetada por el deudor, dentro del término para proponer excepciones. En caso de objeción se citará a una audiencia de pruebas en la cual se definirá el monto del daño compensatorio (C. G. P., art. 439). En defecto de objeción, el valor estimado hace prueba de la cuantía de este daño y por este monto se sigue la ejecución (C. G. P., art. 206).

### **16**. Algunos aspectos de la ejecución coactiva de la indemnización moratoria de perjuicios (C. G. P., arts. 426, 435 y 439).

Para el cobro del perjuicio moratorio, en obligaciones distintas de las dinerarias, el artículo 426 del Código General del Proceso, para el caso en que el acreedor no cuente en su favor con una estipulación penal consignada en documento que preste mérito ejecutivo, autoriza al acreedor para estimar bajo juramento el monto de este daño moratorio, cuantía que puede ser o no objetada por el deudor, suscitándose las incidencias que han quedado indicadas en el número 15 (C. G. P., arts. 206 y 439).

Es discutible que este beneficio, que como tal rompe con lo común u ordinario, aplique también en favor del acreedor de deuda dineraria cuando cobra ejecutivamente daños moratorios distintos de los intereses. La letra del artículo 426 parece oponerse a ello.

### **17**. Régimen probatorio de la indemnización compensatoria y de la indemnización moratoria de perjuicios

Algunos apuntes que anteceden ya han abordado aspectos del régimen de la prueba de las indemnizaciones compensatoria y moratoria

de perjuicios. Es este el escenario para la presentación de una visión de conjunto, la cual desarrollamos con fundamento en las siguientes reglas:

• De acuerdo con las líneas directrices en materia de carga de la prueba, que en línea de principio ponen en cabeza del actor el peso demostrativo de los hechos que sustentan sus pretensiones (*onus probandi incum- bit actori*), siendo el daño irrogado uno de los presupuestos axiológicos de la pretensión de resarcimiento en responsabilidad civil por incumplimiento, se sigue que es de cargo del acreedor acreditar la existencia y la cuantía del daño, sea compensatorio o moratorio.

Según ya explicamos, el régimen procesal civil ha simplificado sustancialmente las cosas a favor del acreedor, porque de acuerdo con los artículos 426 y 428 del Código General del Proceso, si entre acreedor y deudor no se ha ajustado una estipulación penal que estime anticipada y provisoriamente el daño compensatorio o el moratorio o ambos a la vez, que conste en documento que preste mérito ejecutivo, no se requiere que aquel incursione en proceso declarativo con ocasión del cual demuestre la existencia y la cuantía del daño y obtenga en su beneficio condena a su pago en contra del deudor. No necesita tal gestión, porque puede, a pesar de ello, según dichas normas, provocar el proceso ejecutivo en orden al pago de la indemnización de perjuicios, sean moratorios, sean compensatorios, estimándolos bajo juramento, con lo cual el asunto se remite a la vía más presta y expedita de que trata el artículo 206 del Código General del Proceso, de modo que si el deudor no objeta el valor estimado, este se tendrá como monto del daño cuyo pago se reclama coactivamente, y, si por el contrario, es objetado el valor estimado, la cuestión se abre a una audiencia de pruebas cuyo tema es la cuantificación del daño (C. de P. C., art. 439).

• Excepcionalmente el sistema legal releva al acreedor de esta carga de la prueba, de suerte que en tales especies no le compete acreditar nada en este campo. Tales son:

• En el marco de las obligaciones pecuniarias, para efectos de la causación y reclamación de los intereses moratorios, ningún daño debe ser demostrado por el acreedor. Basta la condición de moroso del deudor. La causación de intereses actúa de pleno derecho (C. C., art. 1617, num. 2; ley 45 de 1990, art. 65, inc. 1º).

• Si se ha estipulado una cláusula penal, compensatoria o moratoria, perfilada la pretensión de resarcimiento del acreedor en pos de la pena, nada debe probar el sujeto más allá de la condición de moroso del deudor, si la obligación es positiva, o la mera inejecución de la prestación,

si por el contrario es negativa (C. C., art. 1595)[8], porque semejante beneficio está nítidamente establecido en el artículo 1599[9] del Código Civil, de acuerdo con el cual, además se le niega al deudor el recurso de probar que el daño causado en realidad es de menor cuantía que el estimado como pena.

## 18. Reajuste o corrección monetaria de las indemnizaciones compensatoria y moratoria

De acuerdo con la teoría de la responsabilidad civil, el daño padecido por la víctima se valora con referencia al momento de su causación, que no es otro que aquel en que el hecho ilícito consuma su efecto nocivo, esto es, el resultado lesivo (daño) que para el damnificado ha desatado. En este momento el daño adquiere su entidad como tal (existencia del daño), provisto de determinada disensión (cuantía del daño).

Cuando por no haberse originado una estipulación penal que prevea una pena con prestación de hacer, de no hacer o de dar bienes distintos de dinero y por ello el resarcimiento deba tener ocasión mediante la entrega de una suma de dinero que sea equivalente al daño irrogado, la doctrina entiende que en tal caso la indemnización de perjuicios configura una deuda de valor, esto es, una prestación pecuniaria en la cual el dinero aparece como elemento de relevo, reemplazo o sustituto de otro elemento, que en el caso que nos ocupa es el resarcimiento específico.

Comoquiera que en las deudas de valor, como su nombre lo indica, en términos cuantitativos lo debido es un valor, no un número determinado de unidades monetarias, como sucede en la obligación dineraria o pecuniaria propiamente dicha, la doctrina es uniforme en que aquélla debe ser reajustada o indexada, cuando la unidad monetaria llamada a servir como moneda de pago se haya envilecido durante el intervalo que transcurre entre el momento del nacimiento de la obligación de reparación y el del pago de la indemnización.

De lo anterior se colige que en responsabilidad civil por incumplimiento la prestación indemnizatoria de perjuicios, cuando deba pagarse

[8] "Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva. Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse".

[9] "Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio".

en una suma de dinero, por tratarse de una deuda de valor, está sometida a corrección monetaria o indexación.

Nuestra jurisprudencia, basada en especial en la regla que ordena que el pago debe ejecutarse de modo completo e integral (C. C., art. 1649, inc. 2º), admite con algunas precisiones, no todas atinadas, según nuestro parecer, la indemnización del daño derivado de la inejecución de las obligaciones[10].

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en nuestra opinión equivocadamente, ha dicho que cuando el daño derivado del incumplimiento haya sido tasado por los interesados mediante una estipulación penal en una suma de dinero, el monto así fijado no se puede reajustar en función de la inflación, porque a ello se opone el principio del efecto normativo del contrato, que en tal situación impone que se pague la cifra numérica pactada y no otra; y porque la cláusula penal, puesto que comporta autotutela, debe ser tratada restrictivamente[11], postura que no compartimos, dado que este efecto no se opone, a todos los principios generales de derecho y de las obligaciones —y por el contrario, está en plena concomitancia con ellos— tales como los de la buena fe, del enriquecimiento sin causa, de la plenitud del pago, entre otros, con apoyo en los cuales esta misma corporación le da acogida a la corrección monetaria.

Considerando la distinción entre indemnización compensatoria e indemnización moratoria, la facultad de las partes para fijar de antemano y provisionalmente el monto del daño derivado de la inejecución obligacional y la causación de intereses de mora en las obligaciones dinerarias propiamente dichas, tenemos los siguientes casos:

• Si se pactó cláusula penal compensatoria cuyo contenido es de hacer, no hacer o dar bienes distintos de dinero, por no tener carácter pecuniario la deuda, no se plantea este asunto, pues la prestación no es afectada por la inflación.

• Si se pactó estipulación penal compensatoria, de contenido dinerario, pensamos que las sólidas reflexiones de la doctrina y de la jurisprudencia habilitan que el valor dinerario fijado por las partes se reajuste, si ha sido afectado por el deterioro del poder adquisitivo de la unidad monetaria. Nótese que este daño compensatorio, aunque haya sido definido por los interesados, también en este caso constituye una

[10] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 29 mayo 1991, M. P. Rafael Romero Sierra.

[11] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 junio 2000, M. P. José Fernando Ramírez Gómez.

deuda de valor. Otra cosa, como ya se dijo, ha dicho nuestro máximo tribunal en materia de derecho privado.

• Si no se ha pactado pena compensatoria, el monto probado del daño, estimado con referencia a la fecha de su irrupción, está sujeto a reajuste. El carácter que de deuda de valor ostenta la deuda de resarcimiento impone la indexación.

• Si se pacta penalidad moratoria, ella será relativa al perjuicio que distinto de los intereses de mora el numeral 2 del artículo 1617 del Código Civil autoriza acumular a estos últimos.

Esta pena moratoria, si consiste en hacer, no hacer o dar algo distinto de dinero, no se reajusta, porque ella no es propensa a afectarse por el envilecimiento de la unidad monetaria. Pero si está tasada en dinero, en contra de lo dicho por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el citado fallo, es del caso que se indexe, porque la deuda es de valor. Por lo demás, en esta última situación, esta pena moratoria fijada en una suma de dinero, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 65 de la ley 45 de 1990[12], se computa como intereses de mora, de modo que la acumulación entre esta penalidad moratoria y los intereses de mora no podrá superar los límites que el sistema jurídico fija para efectos del cobro de intereses.

• Si no se pactó pena moratoria y en atención a lo establecido en el numeral 2 del artículo 1617 del Código Civil, el acreedor prueba y demuestra daños distintos de los intereses de mora, la indemnización debe reajustarse.

• En los casos en que la prestación de resarcimiento, moratoria o compensatoria, haya de indexarse, el período de consideración de ella, por aplicación del artículo 1615 del Código Civil, comienza en la fecha de la mora del deudor y termina en la del pago de este débito indemnizatorio[13].

• Finalmente, destáquese que los intereses de mora, como en nuestro medio todas las tasas de interés que se aplican a este título contienen un componente inflacionario, no se indexan. De lo contrario la devolución se cargaría dos veces sobre el deudor[14].

[12] Ley 45 de 1990, art. 65, inc. 2º: "[...] Toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación se tendrá como intereses de mora, cualquiera sea su denominación".

[13] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 de diciembre 1992, M. P. Héctor Marín Naranjo.

[14] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 24 enero 1990, M. P. José Alejandro Bonivento Fernández.

## **19**. Propuesta de enmienda legislativa

Toda la exposición que precede evidencia que el derecho colombiano no es generoso ni riguroso en la reglamentación de las indemnizaciones compensatoria y moratoria de daños. Por fortuna la actividad de la doctrina y de la jurisprudencia logran superponerse al déficit legislativo y a sus inconsistencias. Si se abordara una reforma al Libro IV del Código Civil, a nuestro parecer convendría la modificación de disposiciones tales como los artículos 1592 y 1613, para los cuales se proponen los siguientes textos:

• Artículo 1592. La prestación penal es una atribución patrimonial, de tipo prestacional, cuyo contenido puede consistir en dar, hacer o no hacer algo; cuya exigibilidad queda sujeta a una condición suspensiva consistente en que el deudor frente al acreedor incurra en responsabilidad civil por incumplimiento; pudiendo, acorde con la manera como se convenga, cumplir funciones de apremio o de estimación anticipada y provisoria del daño compensatorio, moratorio o resolutorio que con motivo de dicha responsabilidad el deudor cause al acreedor. Acorde con el tipo de daño al cual acompaña, puede la prestación penal ser compensatoria, moratoria o resolutoria.

• Artículo 1613. En el ámbito del incumplimiento de las obligaciones, la íntegra indemnización de perjuicios, compensatorios, moratorios o resolutorios, comprende tanto el daño emergente, como el lucro cesante. Habrá ocasión al resarcimiento del daño compensatorio cuando el deudor omite absolutamente o ejecuta imperfectamente la prestación a su cargo; al resarcimiento del daño moratorio cuando lo hace tardíamente; y a la reparación del resolutorio cuando en el ámbito de una relación contractual bilateral, por causa del incumplimiento de uno de los contratantes, se pronuncia a favor del otro la resolución contractual.

## **20**. Bibliografía

### A) *Doctrina*

Abeliuk Manasevich, René: *Las obligaciones*, t. ii, Bogotá-Santiago, Edit. Temis-Editorial Jurídica de Chile, 1993.

Alessandri Rodríguez, Arturo: *Derecho civil*, teoría de las obligaciones, Santiago de Chile, Imprenta El Esfuerzo, s. f.

Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor y Wolff, Martin: *Tratado de derecho civil alemán*, ts. ii y iii, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1966.

LARENZ, KARL: *Derecho de obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1957.

MEDICUS, DIETER: *Tratado de las relaciones obligacionales*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1995.

OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO: *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis, 1980.

RAMÍREZ BAQUERO, ÉDGAR: *Obligaciones y Contratos* (Ensayos), Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2013.

URIBE HOLGUÍN, RICARDO: *De las obligaciones y del contrato en general*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1980.

B) *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*

Sala de Casación Civil, fallo de 3 noviembre 1977, M. P. Ricardo Uribe Holguín.

Sala de Casación Civil, fallo de 24 enero 1990, M. P. José Alejandro Bonivento Fernández.

Sala de Casación Civil, fallo de 29 mayo 1991, M. P. Rafael Romero Sierra. Sala de Casación Civil, fallo de 14 diciembre 1992, M. P. Héctor Marín Naranjo.

Sala de Casación Civil, fallo de 10 julio 1995, M. P. Pedro Lafont Pianetta. Sala de Casación Civil, fallo de 23 junio 2000, M. P. José Fernando Ramírez Gómez.

Capítulo XVI

# EL DERECHO DE RETENCIÓN*

Marcela Castro de Cifuentes**

La retención es un derecho auxiliar que aprovecha a ciertos acreedores, que se cataloga como "medida conservatoria". Tiene como finalidad preservar un bien del deudor para la satisfacción del crédito, y puede ejercerse si se reúnen los requisitos para su procedencia, los cuales se examinarán en el presente capítulo.

Según Josserand, son medidas conservatorias las que tienden a conservar el patrimonio del deudor en su estado actual y al mismo tiempo, salvaguardar el derecho de prenda general de sus acreedores, que acuden a ellas aun cuando no tengan la intención de recurrir en seguida a las medidas de ejecución. Su fin es conservar las posiciones adquiridas y preservar el porvenir[1].

En capítulo previo de esta obra, al presentar los efectos de las obligaciones, se hizo un estudio de los derechos principales de los acreedores (la ejecución forzosa y la indemnización de perjuicios), y de los derechos auxiliares (de conservación y de reintegración del patrimonio). En este examinaremos el derecho de retención como una medida conservatoria especial, dentro del género de los derechos auxiliares de

* http://dx.doi.org/10.15425/2017.190

** Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Docente e investigadora del área de derecho privado (e-mail: macastro@uniandes.edu.co). El presente capítulo se fundamenta en las siguientes publicaciones realizadas por la misma autora sobre el tema: *El derecho de retención en las obligaciones civiles y mercantiles* (Bogotá, Ediciones Uniandes, 2004) y el capítulo "El derecho de retención", en la obra colectiva *Estudios sobre garantías reales y personales en homenaje a Manuel Somarriva Undurraga* (Bogotá-Santiago de Chile, Universidad del Rosario-Universidad de Chile, 2009). La autora agradece a Diana Talero por sus valiosas precisiones sobre el derecho de retención como garantía inmobiliaria, y a María Eugenia Gutiérrez, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, por su apoyo en la investigación para actualizar este capítulo en la segunda edición de la obra.

[1] Citado por Álvaro Pérez Vives, *Teoría general de las obligaciones*, vol. III, Parte segunda, Bogotá, Edit. Temis, 1955, pág. 240.

los acreedores[2]. En la parte final del capítulo se presentarán las novedades que sobre el derecho de retención introdujo la ley 1676 de 2013 sobre garantías mobiliarias, y luego se propondrán algunas ideas que pueden contribuir a la modernización de este importante mecanismo de protección del crédito en la legislación civil.

## 1. CONCEPTO Y PROPÓSITO DEL DERECHO DE RETENCIÓN

El régimen de las obligaciones dota al acreedor de diversos instrumentos para proteger su crédito. Así, el derecho de retención constituye un mecanismo excepcional pero muy importante, con características peculiares; no se encuentra definido en la ley colombiana o en algunos otros sistemas de corte francés ni cuenta con un marco normativo propio. Surge de disposiciones legales dispersas que de tiempo atrás han sido objeto de análisis e interpretación por la jurisprudencia y por la doctrina civilista[3]. En Colombia, el concepto de este derecho se deduce del inciso 2º del artículo 2417 del Código Civil, localizado en el título XXXVI, relativo al contrato de prenda: "[...] No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan".

Las siguientes definiciones doctrinales son ilustrativas: según un autor, la retención es la "facultad que tiene el deudor de entregar o restituir una cosa perteneciente al acreedor de ella, para negarse a cumplir mientras no se le pague o asegure el pago de lo que se le debe en razón de la misma cosa"[4]; en opinión de otro, "no definido legalmente, la doctrina ha establecido que tal derecho no es otro que el de retardar la entrega de la cosa debida, como medio de obligar a la persona a quien

[2] Son derechos principales aquellos que tiene el acreedor para la satisfacción directa de su derecho crediticio, ya sea para lograr la prestación misma de dar, hacer o no hacer algo a cargo del deudor o para obtener su pago por equivalencia. Son derechos principales la ejecución forzosa y la indemnización de perjuicios, los cuales se ejercitan mediante acciones ejecutivas o declarativas. A su turno, son medidas auxiliares las encaminadas a proteger y, de ser necesario, a reintegrar el patrimonio del deudor como prenda general de los acreedores.

[3] El nuevo C. C. y C. de Co. arg. (art. 2587) sí adopta una definición: "Todo acreedor de una obligación cierta y exigible puede conservar en su poder la cosa que debe restituir al deudor, hasta el pago de lo que este le adeude en razón de la cosa [...]".

[4] RENÉ ABELIUK MANASEVICK, *Las obligaciones*, t. II, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1993, pág. 782.

pertenece a pagar al detentador de la cosa la deuda nacida con ocasión de la misma cosa"[5].

Para que nazca el derecho de retención es necesario que exista una relación jurídica en la que uno de los sujetos sea acreedor de la restitución de una cosa pero simultáneamente deudor de una obligación vinculada con la cosa retenida. El otro sujeto, llamado retenedor, retentor, retencionista, retinente o acreedor etencionario, ostenta materialmente una cosa ajena y es titular de un derecho crediticio frente al dueño de ella o a quien tiene derecho a su restitución.

Su función principal es servir de garantía para el tenedor de la cosa, respecto del pago o aseguramiento de su crédito. Sin perjuicio de la prenda general, al mantener la cosa en su poder, el retentor está conservando el patrimonio del deudor, al menos con respecto a esa cosa. El acreedor retencionario quedaría ciertamente desprotegido, si fuera obligado a restituir el bien antes que se le pagara el crédito. Si esto ocurriera, mantendría su acción personal frente al deudor; no perdería su derecho de cobro pero quedaría expuesto al riesgo de insolvencia del obligado, pues su acción se sometería a las contingencias que enfrenta toda ejecución cuando el acreedor es quirografario y tan solo cuenta con la garantía personal sobre la prenda general (bienes presentes y futuros del deudor). Este, por su parte, no tendría ningún apremio para pagar la deuda si le fuera permitido recuperar la cosa sin haber satisfecho su obligación[6].

Esta posibilidad en cabeza del retentor, que puede negarse a devolver una cosa ajena, es un mecanismo de carácter preventivo para la protección del acreedor que incluso ha sido calificado como un instrumento de fuerza, una garantía primitiva; se trataría de un residuo del tomarse la justicia por su mano[7], el cual encuentra justificación como una forma lícita de autotutela[8], de defensa privada de un derecho[9]. Los Mazeaud

[5] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 agosto 1953, "G. J.", t. LXXVI, núm. 2133, págs. 83 a 92. *Retentio est retardatio rei ad alium pertinentis ex justa causa competens*. Definición latina citada por Valencia Zea, *Derecho civil*, t. II, Derechos reales, Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 428.

[6] En derecho anglosajón existe una figura llamada el *common law lien*, con una función análoga a la retención.

[7] Carlos Lasarte Álvarez, *Principios de derecho civil*, t. II, Madrid, Trivium Editorial, 1993, pág. 244.

[8] Francesco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, t. IV, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954-1956, pág. 170.

[9] Vittorio Scialoja, *Procedimiento civil romano*. Ejercicio y defensa de los derechos. Trad. Santiago Sentis M. y otro, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, pág. 81.

estiman que aunque es una simple medida de conservación, realmente constituye un procedimiento indirecto de pago[10]. Es, por consiguiente, una herramienta jurídica dotada de especial eficacia, establecida para el beneficio de los acreedores que se encuentren en aquellas hipótesis particulares en que la retención es permitida. Subrayamos la opinión según la cual "[...] se trata de un medio compulsorio enormemente favorable al retentor; mientras la otra parte no cumpla con su obligación, a él le bastará con rechazar la reclamación de devolución de la cosa objeto de la retención, colocándose pues en una postura pasiva extraordinariamente cómoda"[11].

Esta prerrogativa especial puede invocarse aún extrajudicialmente rehusándose el retentor a devolver el bien hasta que su dueño pague la deuda que se convierte en su valor de rescate. Dentro de un proceso judicial, el retentor demandado para la restitución de la cosa puede igualmente proponer la correspondiente excepción oponiéndose a dicha pretensión hasta que le sea solucionado o asegurado el crédito[12]. Si la sentencia reconoce el derecho de retención, el interesado solo podrá solicitar la entrega si presenta el comprobante de haber pagado el valor del crédito reconocido en aquella o de haber hecho la consignación respectiva. Esta se retendrá hasta cuando el obligado haya cumplido cabalmente la entrega ordenada en la sentencia (C.G.P., art. 310).

### **2**. PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RETENCIÓN

No es suficiente que una persona tenga en su poder un bien ajeno para alegar retención. El ejercicio legítimo de este derecho exige el cumplimiento de varios requisitos:

1) *que exista una norma legal que lo conceda expresamente o un acuerdo entre las partes contratantes que permita la retención*. En el primer caso, la retención es de origen legal; en el segundo, convencional.

El derecho de retención es de aplicación restrictiva y se limita estrictamente a los casos previstos en la ley o a la estipulación contractual

[10] HENRI y LÉON MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, Parte tercera, vol. I, trad. de Luis Alcalá Zamora Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, pág.164.

[11] LASARTE, *op. cit.*, pág. 244.

[12] C. G. P., art. 96. "La oportunidad procesal para que el demandado proponga la retención es la contestación de la demanda".

que lo permita. No es posible ejercerlo en casos análogos ni puede considerarse retentor legítimo quien se niega a devolver una cosa ajena por el simple hecho de tener créditos exigibles frente a quien es acreedor de la restitución.

2) *que haya tenencia legítima de una cosa que el retenedor deba entregar o restituir*. Quien tenga la cosa debe apoyarse en una causa que le autorice tenerla en su poder como arrendatario, usufructuario, depositario u otro título jurídico que le permita a una persona tener una cosa ajena. La tenencia no debe ser viciosa, es decir, la cosa no debió llegar a estar en poder del retenedor en forma violenta o clandestina[13]. Tampoco hay retención legítima cuando el que pretende ejercerla obtuvo la cosa contra la voluntad del deudor.

Quien retiene es jurídicamente tenedor y no poseedor, pues debe tener el bien no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño, situación que se predica de todo el que tiene una cosa con reconocimiento de dominio ajeno[14]. El poseedor, en cambio, ejerce el control material del bien con ánimo de señor y dueño; se reputa propietario mientras otra persona no justifique serlo (C. C., art. 762). Además, el simple lapso no muda la mera tenencia en posesión (C. C., art. 777), es decir, el tenedor conserva dicha calidad sin que importe una tenencia de corta o de larga duración.

3) *debe existir un crédito en cabeza de quien ejerce el derecho de retención frente al dueño de la cosa o a quien tiene derecho para exigir la restitución*. Dicho crédito debe ser cierto, líquido o liquidable y exigible, es decir, no sujeto a plazo o condición[15]. Pero este requisito no significa que el acreedor-retenedor deba estar provisto de título ejecutivo contra el deudor y mucho menos puede exigirse una sentencia definitiva en la que se declare la existencia de la deuda. Basta que la ley o la convención consagren un derecho crediticio en favor del retenedor para que pueda ejercer legítimamente su derecho; de otra manera, se haría imposible o extremadamente difícil ejercerlo.

4) *conexión material o jurídica entre el crédito y la cosa retenida* "*debitum cum re junctum*". El derecho alegado por quien retiene debe tener relación directa con la cosa retenida. Por ello, no es lícito retener

[13] Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 5ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994, pág. 165.

[14] C. C., art. 775.

[15] Laudo Arbitral Compañía Central de Seguros S. A. y Compañía Central de Seguros de Vida S. A. vs. Maalula Ltda., 31 agosto 2000 (Cámara de Comercio de Bogotá).

un bien ajeno para lograr el pago de créditos no vinculados a la cosa o desligados al negocio jurídico que dio origen a la tenencia. La Sala Civil de la Corte Suprema colombiana ha declarado indispensable este requisito, considerando indebido el derecho de retención cuando se ejerce como garantía de un crédito que no tiene conexión con la cosa retenida[16]. La conexidad puede ser jurídica, material o convencional.

En cuanto a la naturaleza o calidad de la cosa retenida, la mayoría de la doctrina estima que ella debe ser corporal, mueble o inmueble para que pueda tenerse físicamente. En nuestra opinión, procede la retención sobre cualquier bien corporal, mueble o inmueble, fungible o no, incluso dinero. No obstante, algunos autores han considerado que cabe retener cualquier otro derecho del deudor que se halle bajo la disponibilidad del acreedor[17]; es decir, no solo los corporales sino también los incorporales, incluidos los créditos[18]. Se llama "retención de prestación" cuando el acreedor se niega a cumplir mientras el deudor a su vez no cumpla lo que recíprocamente le deba.

En estos casos en realidad se configura la excepción de contrato no cumplido, propia de los contratos sinalagmáticos, pero ella no constituye una retención en sentido técnico-jurídico estricto, pues no hay tenencia material, que constituye un elemento estructural de la retención. No obstante, debe reconocerse que cuando un contratante se niega a satisfacer su prestación en razón del incumplimiento del otro, alega la excepción citada, la cual tiene el mismo fundamento de equidad del derecho de retención: a nadie se le puede exigir pagar una obligación cuando el acreedor de ella es a la vez deudor y no cumple la prestación a su cargo.

### **3**. Casos en los que procede alegar el derecho de retención

El derecho de retención procede únicamente en dos situaciones, a saber: cuando hay una disposición legal expresa que lo autoriza —lla-

[16] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 mayo 1936, "G. J.", t. XLIV, núms. 1914 y 1915, págs. 51-56 (M. P. Antonio Rocha). La Corte consideró que el tribunal de segunda instancia se equivocó al reconocer derecho de retención en un juicio reivindicatorio por un crédito no proveniente de expensas y mejoras efectuadas por el poseedor, sino de otro crédito en favor del demandado, procedente del incumplimiento de un contrato de promesa de venta del inmueble, lo que corresponde a la *exceptio non adimpleti contractus* y no al *debitum cum re junctum*.

[17] Manuel Albadalejo, *Derecho civil*, t. II, Derecho de obligaciones, vol. I, Barcelona, José María Bosch, 2001 pág. 243.

[18] Jorge Joaquín Llambias, *Tratado de derecho civil*, t. I, Obligaciones, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, págs. 896-897.

mada retención de origen legal— y cuando existe acuerdo de las partes, conocida como retención voluntaria o convencional.

A) *Casos legales de retención*

Los Códigos Civil y de Comercio consagran en forma taxativa las hipótesis en las que tiene cabida el ejercicio del referido derecho. Como se verá, algunos casos se originan en situaciones contractuales, mientras que otros son ajenos a ellas. Las primeras se presentan en diversos negocios jurídicos sinalagmáticos, tanto perfectos como imperfectos. Las situaciones no contractuales se refieren a créditos que surgen en conexión con una cosa ajena que se encuentra en poder del acreedor sin que la tenencia se derive de un acuerdo de voluntades. Se observa cómo, en Colombia y en otros sistemas como el español y el chileno, la ley establece en forma casuista los casos en los que el derecho de retención puede ejercitarse.

Veamos los casos legales de retención en Colombia:

a) *En el Código Civil.* Son los siguientes:

a') *Edificación, plantación o siembra en terreno ajeno.* De acuerdo con el artículo 739 del Código Civil, si una persona ha edificado, plantado o sembrado en suelo ajeno a ciencia y paciencia del dueño del terreno, este estará obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera. Quien ha efectuado tales obras puede retener el inmueble para asegurar el correspondiente pago[19].

La Corte colombiana[20] señaló que lo dispuesto en el artículo 739 del Código Civil obedece a la aplicación de dos claros principios de derecho civil: 1) lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de manera que el dueño del suelo pasa a serlo de las mejoras en virtud del modo de la accesión; quien construye, planta o siembra en terreno de otro no es dueño de las mejoras, ni titular de la acción reivindicatoria de ellas; y 2) nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro, por lo que la retención que ampara a quien ha efectuado mejoras en suelo ajeno se justifica por razones de equidad[21].

[19] Cfr. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 12 mayo 1960, "G. J.", t. XCII, núms. 2225-2227, págs. 862 a 867 (M. P. José Hernández Arbeláez); sent. 24 de 9 abril 1996, exp. 4728, "G. J.", t. CCXL, núm. 2479, págs. 510-521 (M. P. Nicolás Bechara Simancas).

[20] C. S. de J., sent. de 3 mayo 1961, "G. J.", t. XCV, núm. 2240, págs. 812 a 822 (M. P. José Hernández Arbeláez).

[21] Sobre derecho de retención en caso de plantación o edificación en suelo ajeno, véanse también los siguientes fallos de la C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 8

b') *Expensas en el fideicomiso civil.* El propietario fiduciario tiene derecho a que, llegada la restitución del bien y previamente a ella, se le reembolsen las expensas extraordinarias incurridas respecto del bien en fideicomiso. Puede, en consecuencia, retener el bien hasta que el fideicomisario le abone las expensas (C. C., art. 815).

c') *Usufructo.* El artículo 859 del Código Civil le concede al usufructuario el derecho de retención de la cosa fructuaria hasta que el nudo propietario le pague los reembolsos e indemnizaciones a que tiene derecho por concepto de refacciones mayores que sirven para la conservación y permanente utilidad de la cosa fructuaria.

d') *Reivindicación.* El poseedor de cosas muebles no reivindicables —previstas en el artículo 947 del Código Civil colombiano como las que han sido compradas en feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en el que se vendan cosas muebles de la misma clase— puede negarse a restituir la cosa hasta que se le reembolse el valor pagado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla. Cuando el poseedor de una cosa sea vencido en juicio reivindicatorio y tenga un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, podrá retenerla hasta que se verifique el pago o se le asegure a su satisfacción (C. C., art. 970)[22]. En este caso, quien era poseedor se convierte en tenedor por efecto de la sentencia judicial que ordena la reivindicación, produciéndose la "interversión de la posesión": el poseedor se transforma en tenedor —obligado a reconocer la propiedad ajena en razón del fallo judicial que favoreció al reivindicante y en esta calidad ejerce el derecho de retención—[23].

---

agosto 1972, "G. J.", t. CXLIII, núms. 2358-2363, págs. 38 a 49 (M. P. Germán Giraldo Zuluaga); sent. de 17 mayo 1995, exp. 4137, "G. J.", t. CCXXXIV, núm. 2473 (M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss); sent. de 31 marzo 1998, exp. 4674, "G. J.", t. CCLII, núms. 2491, págs. 696-712 (M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles).

[22] C. S. de J., sents. de 26 mayo 1936 (M. P. Antonio Rocha), "G. J.", t. XLIV, núms. 1914-1915, págs. 50-57 y 27 octubre 1938 (M. P. Liborio Escallón), "G. J.", t. XLVII, núm. 1942, págs. 307 y ss. Sobre el tema, véanse también sents. de 29 marzo 1924, (M. P. Tancredo Nanetti), "G. J.", t. XXX, núm. 1580, págs. 315-318; 27 septiembre 1955 (M. P. Luis Felipe Latorre), "G. J.", t. LXXXI, núms. 2157-2158, págs. 155 a 161. La sent. de 28 agosto 1958 (M. P. Arturo Valencia Zea), "G. J.", t. LXXXVIII, núm. 2199, págs. 672 y ss. se refiere, así mismo, a la facultad del poseedor vencido de retener la cosa para asegurar el pago de expensas y mejoras cuando el propietario instaura acción reivindicatoria; sent. 17 mayo 1995 (M. P. Carlos Esteban Jaramillo S.), exp. 4137, "G. J.", t. CCXXXIV, núm. 2473, págs. 660 y ss.

[23] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 26 agosto 1986, "G. J.", t. CLXXXIV, págs. 199 a 207, 26 agosto 1986 (M. P. José Alejandro Bonivento Fernández), "G. J.",

e') *Compraventa y permuta.* Si después de celebrado el contrato de compraventa, la solvencia del comprador se ve menguada hasta tal punto que el vendedor esté en peligro inminente de perder el precio, no podrá aquel exigir la entrega de la cosa vendida hasta que pague o asegure el pago del precio, regla aplicable también a la permuta (C. C., arts. 1882 y 1958).

f') *Contrato de arrendamiento.* Se presentan dos situaciones:

1) *Derecho de retención del arrendatario*. En todos los casos en que se debe indemnización al arrendatario, no podrá ser este expelido o privado de la cosa arrendada, sin que previamente se le pague o se le asegure el importe por el arrendador (art. 1995). Estas indemnizaciones son las previstas cuando el arrendador incurre en mora de entregar la cosa (art. 1984); cuando se efectúan reparaciones en la cosa que afecten sustancialmente el goce del arrendatario o cuando por hechos del arrendador o de terceros se turbe dicho goce (arts. 1986 y 1987); por vicio de la cosa arrendada anterior al contrato y desconocido por el arrendatario (art. 1991) y cuando el arrendatario realiza reparaciones indispensables no locativas y reparaciones útiles[24] (arts. 1993, 1994). La retención también se encuentra prevista en Colombia en favor del arrendatario en la ley especial que versa sobre inmuebles arrendados para vivienda urbana (ley 820 de 2003, art. 26) para todos los casos en los que el arrendador deba indemnizarlo.

2) *Derecho de retención del arrendador*. Para asegurar el pago de la renta y de las indemnizaciones que correspondan a cargo del arrendatario, el arrendador puede retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada y todos los objetos con que el arrendatario la haya amueblado, guarnecido o provisto y que le pertenecieren; y se entenderá que le pertenecen, a menos de prueba contraria. Este es un caso especial en el que la retención puede recaer sobre bienes que no están en poder del acreedor[25] (art. 2000).

---

t. CLXXXIV, núm. 2423, págs. 199-207 y 21 julio 1993 (M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss), exp. 3737, "G. J.", t. CCXXV, Primera parte, núm. 2464, págs. 138 y ss. Sobre la calidad de tenedor del retentor, véase sent. de 25 agosto 1953 (M. P. Alfonso Márquez Páez), "G. J.", t. LXXVI, núm. 2133, págs. 83 y ss., según la cual este no tiene ni puede tener *animus domini*.

[24] Sobre el tema ver C. S. de J., sent. de 17 agosto 1954 (M. P. José Hernández Arbeláez), "G. J.", t. LXXVIII, núm. 2145, págs. 333 a 337.

[25] La Corte colombiana en cabeza de su Sala de Casación Civil, en sent. de 6 mayo 1969, "G. J.", t. CXXX, núms. 2310 a 2312, págs. 78 a 83 (M. P. Enrique López de la Pava) reconoció derecho de retención al artífice en el contrato de confección de obra

g') *Mandato.* El mandatario puede retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las prestaciones a que este fuere obligado por su parte (art. 2188).

h') *Comodato.* El comodatario podrá retener la cosa prestada mientras el comodante no le pague o caucione: 1) las expensas incurridas por aquel que hayan sido necesarias y urgentes de manera que no haya sido posible consultar al comodante, si se presume con fundamento que este también las hubiera realizado; y 2) la indemnización de los perjuicios causados por la mala calidad de la cosa prestada (art. 2218). Debe aclararse el verdadero sentido del artículo 2207 del Código Civil, que reza: "El comodatario no podrá excusarse de restituir la cosa, reteniéndola para seguridad de lo que le deba el comodante".

Lo que la ley prohíbe es que el comodatario retenga la cosa en seguridad de lo que le deba el comodante por causa distinta del comodato, en armonía con el requisito de la conexidad del crédito con la cosa.

i') *Depósito.* El depositario no podrá, sin el consentimiento del depositante, retener la cosa depositada a título de compensación o en seguridad de lo que el depositante le deba por causa diferente del contrato. Pero la retención procederá en favor del depositario para el cobro de expensas para la conservación de la cosa y de perjuicios ocasionados por el depósito (arts. 2258 y 2259).

j') *Prenda.* El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses, los gastos necesarios en que haya incurrido el acreedor para la conservación de la prenda y los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia (art. 2421). Una vez satisfecho totalmente el crédito, el acreedor debe restituir la cosa pignorada. Sin embargo, podrá retenerla si tiene contra el mismo deudor otros créditos que cumplan los siguientes requisitos: 1) ser ciertos y líquidos; 2) haber sido contraídos después de la obligación originalmente garantizada, y 3) haberse hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior (art. 2426).

k') *Anticresis.* En virtud de este contrato de garantía, una persona le entrega un inmueble al acreedor para que se pague el crédito con los

---

material (C. C., art. 2053) para garantizar el pago del precio convenido. Al arrendador en el arrendamiento mercantil también se le permitió ejercer el derecho de retención para garantizar el pago de los cánones adeudados (Laudo arbitral de Texas Petroleum Company vs. Eduardo A. Escobar Tamayo y María del Rosario Porras do Santos, 28 mayo 1999, Cámara de Comercio de Bogotá).

frutos (C. C., art. 2458). El acreedor goza de los mismos derechos que el arrendatario para el pago de las mejoras, perjuicios y gastos y está sujeto a las mismas obligaciones del arrendatario, relativamente a la conservación de la cosa (art. 2463). En consecuencia, tiene el derecho de retención consagrado en provecho del arrendatario por el artículo 1995 del Código Civil, cuando haya realizado gastos y mejoras sobre el bien o cuando haya sufrido perjuicios por su causa.

l') *Créditos privilegiados de la segunda clase.* En el marco de los procesos concursales y en las normas sobre la prelación de créditos, el Código Civil consagra el derecho de retención para ciertos acreedores pertenecientes a la segunda clase (art. 2497, nums. 1 y 2): al posadero sobre los efectos del deudor para el pago de alojamiento, expensas y daños[26]; al acarreador o empresario de transportes sobre los efectos acarreados hasta concurrencia de lo que debe por acarreo, expensas y daños, siempre que esos efectos sean de propiedad del deudor[27].

b) *En el Código de Comercio.* Se presentan los siguientes casos:

a') *Contrato de transporte de personas.* El transportador podrá retener total o parcialmente el equipaje y demás cosas del pasajero que transporte mientras no le sea pagado el valor del correspondiente pasaje o el del flete de tales cosas o equipaje, cuando haya lugar a ello (art. 1007). Conforme al artículo 988 de la misma obra, cuando intervengan varios transportadores, el último de ellos representará a los demás para cobrar las prestaciones respectivas derivadas del contrato, para ejercer el derecho de retención y los privilegios que por él les correspondan.

b') *Transporte de mercaderías.* El transportador podrá ejercer el derecho de retención sobre los efectos que conduzca, hasta que le sean pagados el porte y los gastos en que haya incurrido, derecho que se transmitirá de un transportador a otro hasta el último que deba verificar la restitución. Transcurridos treinta días desde que el remitente tenga noticia de la retención, puede solicitar el depósito y la venta en martillo

[26] Es pertinente en este punto anotar que, a diferencia de la retención prevista en el Código Civil colombiano en beneficio del posadero, el art. 1199 del C. de Co., al reglamentar el contrato mercantil de hospedaje, no establece el derecho simple de retención en favor del hospedero, sino la facultad de que este venda los bienes del huésped en pública subasta.

[27] Véase Arturo Alessandri, *La prelación de créditos*, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1940, pág. 38. En materia de transporte, el Código de Comercio de Colombia prevé derecho de retención en favor del empresario sobre los bienes que tenga en su poder en virtud del contrato, para la seguridad de sus créditos.

autorizado de las cosas transportadas, en la cantidad que considere suficiente para cubrir su crédito y hacerse pagar con el producido de la venta, con la preferencia correspondiente a los créditos de segunda clase, sin perjuicio de lo que pactaren las partes (art. 1033). En este caso, la ley confiere el derecho de disponer de las cosas retenidas, facultad que no se otorga ordinariamente en la retención.

c') *Depósito mercantil.* El depositario podrá retener la cosa depositada para garantizar el pago de las sumas líquidas que le deba el depositante, relacionadas directamente con el depósito (art. 1177).

d') *Depósito en almacenes generales.* El almacén general podrá ejercer los derechos de retención y privilegio únicamente para hacerse pagar los derechos de almacenaje, las comisiones y gastos de venta de las mercancías (C. de Co., art. 1188 y E. O. S. F., art. 76, núm. 3).

e') *Prenda con tenencia del acreedor.* El deudor estará en la obligación de pagar los gastos necesarios que el acreedor o el tercero tenedor hayan hecho en la conservación de la cosa pignorada y los perjuicios que les hubiere ocasionado su tenencia, imputables a culpa del deudor. El acreedor tendrá derecho de retener la cosa dada en prenda en garantía del cumplimiento de esta obligación (art. 1205).

f') *Comisión.* El comisionista tiene derecho de retener las mercaderías consignadas o su producto, para que, preferentemente a los demás acreedores del comitente, se le paguen sus anticipaciones, intereses, costos y comisión, si concurren estas circunstancias: 1) que las mercaderías le hayan sido remitidas de una plaza a otra, y 2) que hayan sido entregadas real o virtualmente al comisionista (art. 1302).

g') *Agencia comercial.* En el contrato de agencia comercial definido en el artículo 1317 del Código de Comercio colombiano se brinda protección especial al agente, la cual se traduce en las prestaciones consagradas en su favor en el artículo 1324 del Código de Comercio cuando se produce la terminación del contrato[28]. El artículo 1326 del mismo código establece el derecho de retención en los siguientes términos: "El agente tendrá los derechos de retención y privilegio sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición, hasta que se cancele el valor de la indemnización y hasta el monto de dicha indemnización".

[28] 1) La denominada "cesantía comercial" y 2) la indemnización por terminación sin justa causa.

De la lectura literal del artículo 1326, aparece que la retención procede únicamente para el aseguramiento de la indemnización por terminación sin justa causa, mas no para la prestación del inciso 1º del artículo 1324 de la misma obra. En Colombia, dos tribunales arbitrales se han pronunciado en forma contradictoria; en un caso determinando que la retención no cobija la garantía de la "cesantía comercial", y en otro se reconoció para las dos prestaciones consagradas a la terminación del agente, incluida la indemnización por terminación sin justa causa[29].

B) *La retención convencional*

En algunos sistemas jurídicos se considera que solo caben los casos de retención dispuestos por la ley[30]; en otros ordenamientos, como el italiano[31], el español[32] y el colombiano[33] se acepta la retención, tanto de origen legal como la voluntaria. En Colombia, esta interpretación se funda en el inciso 2º del artículo 2417 del Código Civil, transcrito anteriormente[34].

[29] Cfr. Tribunal de Arbitramento de Aerolíneas Internacionales y Turismo Representaciones Ltda., Alitur Ltda. vs. Air Aruba Sucursal en Colombia. Laudo de 18 noviembre 1998; laudo Arbitral Compañía Central de Seguros S. A. y Compañía Central de Seguros de Vida S. A. vs. Maalula Ltda., de 31 agosto 2000. En otro laudo, de Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. vs. Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S. A., "Vecol" S. A. de 19 mayo 1993 el tribunal no reconoció derecho de retención en un contrato de concesión mercantil, aunque tiene elementos similares a la agencia por tener la garantía carácter limitativo (todos los laudos citados son de la Cámara de Comercio de Bogotá).

[30] Por ejemplo, en Chile Abeliuk, *op. cit.*, pág. 792 y Alfredo Barros Errazuriz, *Curso de derecho civil*, t. iii, 4ª ed., Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1932, pág. 450, estiman que no cabe sino la retención legal; en Argentina, Beatriz Arean Díaz De Vivar, *Curso de derechos reales*. Privilegios y derecho de retención, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 750, sostiene la misma tesis. En México, según Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho de las obligaciones*, 3ª ed., Puebla, Edit. Porrúa, 1968, págs. 543 y 544, debe aplicarse la teoría restrictiva, es decir, que la retención solo cabe cuando la ley la autoriza en forma expresa.

[31] Acepta para el caso italiano el profesor Alberto Trabucchi, *Instituciones de derecho civil*, t. ii, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, pág. 138.

[32] Sobre el caso español, véase Albaladejo, *op. cit.*, pág. 247; Lasarte, *op. cit.*, pág. 245.

[33] Así lo considera por ejemplo Ospina Fernández, *op. cit.*, pág. 167.

[34] Sobre la procedencia de las dos especies de retención, véase C. S. de J., sent. de 26 mayo 1936 (M. P. Antonio Rocha), "G. J.", t. xliv, núms. 1914-1915, págs. 50-57.

Cuando las partes en un negocio jurídico bilateral pactan, en beneficio de una de ellas o de ambas, que la parte cumplida retenga lo que deba dar o entregar cuando la otra no cumpla o no se allane a cumplir su prestación, se configura la retención de origen convencional.

Es usual este tipo de estipulaciones en los contratos de obra, suministro de bienes o servicios, en los cuales el contratante se reserva el derecho de retener todo o parte de lo que deba pagar al contratista hasta que reciba a satisfacción la obra, bien o servicio. Se conoce también como "retención en garantía" del cumplimiento.

La jurisprudencia ha admitido la validez y obligatoriedad de este tipo de pactos, fruto de la autonomía de la voluntad. En un laudo arbitral se dijo que la retención convencional es la misma excepción de contrato no cumplido[35]. Se entiende, en todo caso, que deben cumplirse los presupuestos establecidos de común acuerdo en el contrato, para que el acreedor pueda ejercer legítimamente la retención convencional[36].

## **4**. Naturaleza jurídica

Mucho se ha debatido en torno a la naturaleza jurídica del derecho de retención, puesto que, como ya se anotó, la mayoría de las legislaciones no elaboran una definición que permita encuadrarlo en alguna categoría jurídica ya existente. Esta controversia se resume en la siguiente cita:

"El estudio de la naturaleza jurídica del derecho de retención ha resultado desde antaño una cuestión en extremo polémica. Así, las posiciones que se han mantenido han abarcado todo el posible abanico de respuestas. Por una parte, se ha señalado que el derecho de retención tiene carácter meramente personal, puesto que se trata de una mani-

[35] Laudo Arbitral de Álvaro Orozco Asociados Ltda. vs. Bavaria S. A., de 21 marzo 2001. En este laudo se examinó el pacto mediante el cual se estableció la retención sobre los saldos pendientes en caso de incumplimiento del contratista, hasta cuando este se allanare a cumplir lo pactado. En el laudo de 16 julio 1974, proferido en el caso Consorcio de Ingenieros Contratistas Ltda. (Condec) vs. Instituto de Mercadeo Agropecuario (Idema) el Tribunal no objetó la cláusula de retención bajo la cual se hizo una retención del 10 por ciento de las liquidaciones mensuales como garantía adicional de cumplimiento, que no podía ser restituido sino cuando la interventoría recibiera la obra "terminada y a satisfacción". En el laudo arbitral de Total Inversión Inmobiliaria Ltda. vs. The Chase Manhattan Bank de 21 noviembre 2001 también se trajo a colación la facultad contractual de retención y cobro de multas e indemnizaciones y la deducción de costos de deficiencias y pendientes (los laudos citados son de la Cámara de Comercio de Bogotá).

[36] Sobre la retención convencional, véase Laudo Arbitral Contact Center Americas S. A.vs. Colombia Móvil S. A. ESP de 26 marzo 2009 (Cámara de Comercio de Bogotá).

festación de la *exceptio doli*, que en el derecho romano suponía una excepción personal y que no proporciona acción real a su titular [...] A la vez, existe una escisión entre los partidarios de la retención como derecho personal, según entiendan que su eficacia es *inter partes* o *erga omnes*. En contra de la citada posición, y en pos de la naturaleza real de la garantía, se ha mantenido el carácter real de la garantía con base en el poder directo e inmediato de que goza el retentor, la preferencia que este otorga y su eficacia *erga omnes*"[37].

Reseñamos brevemente las principales teorías, cada cual con sus implicaciones sobre el alcance más o menos amplio del derecho de retención.

A) *Tesis de la excepción personal*

En este extremo se considera que el derecho de retención, aunque recae sobre una cosa, no le confiere al acreedor un derecho con contenido sustancial, sino que se trata de una medida conservatoria que otorga tan solo la posibilidad de rehusarse a devolver el bien; en caso de ser demandado para la restitución, el interesado puede proponer una excepción procesal de carácter dilatorio, la cual se concreta en la negativa a devolver la cosa hasta que se le pague o asegure su crédito.

Con esta perspectiva, se ha estimado que la retención no es un derecho subjetivo autónomo, sino una facultad atribuida por la ley en ciertos casos al acreedor[38], lo cual confiere al derecho de retención un alcance limitado; se ejerce judicialmente mediante una excepción perentoria ante la demanda de restitución o extrajudicialmente, negándose el deudor a entregar o restituir, sin contraer responsabilidad alguna[39]. Los hermanos Mazeaud sostienen que es una simple medida conservatoria[40].

Estos autores niegan la naturaleza real del derecho al considerar que carece de los atributos propios de los derechos reales: el *ius preferendi* —que le otorga al titular derecho preferente para el pago sobre aquella cosa sobre la cual recae el derecho— y el *ius persequendi*, o facultad para recuperar la cosa y ejercitar el derecho real en manos de quien la

[37] Juan Manuel Abril Campoy, *Manual de derecho civil*, t. II, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 445.

[38] Lasarte, *op. cit.*, pág. 243.

[39] Lasarte, *op. cit.*, pág. 243.

[40] Mazeaud, *op. cit.*, pág. 153.

tenga. El *ius distrahendi* es considerado también inherente al derecho real y se encuentra vinculado a la preferencia, pues el acreedor tiene derecho a pedir la venta judicial del bien dado en garantía para la satisfacción de su crédito. El derecho real es además *erga omnes*, oponible a todo el mundo. La presencia de estas características en la retención ha sido puesta en duda por quienes defienden la tesis en estudio.

BONNECASE considera que el derecho de retención solo puede ser considerado un crédito quirografario dotado de garantía especial o individualizada en el seno del patrimonio del deudor, puesto que no tiene ninguno de los elementos propios de la naturaleza orgánica de los derechos reales principales y de segundo grado[41]. El español DIEGO ESPÍN señala que no se trata de un derecho real, pues el titular carece de acción: "[...] el derecho de retención se configura como una excepción, sin que conceda acción. El retenedor puede oponerse a entregar la cosa mientras no se le satisfaga su crédito, pero no puede ejercitar acción alguna basada en el derecho de retención [...]"[42].

B) *Derecho de retención: derecho real*

En el otro extremo están quienes ven en la retención un verdadero derecho real de garantía, en el cual la situación del retenedor es análoga a la del acreedor prendario. Los franceses PLANIOL y RIPERT señalan que "mucho se ha discutido acerca de si la retención es o no un derecho real, y sobre todo, si tiene la persecución y la preferencia. Al respecto, los autores están muy divididos, pero sí se observa la tendencia general a admitir tales caracteres"[43].

A pesar de que en Colombia el derecho de retención no se encuentra en la enumeración de derechos reales del artículo 665 del Código Civil, de acuerdo con JOSÉ J. GÓMEZ, los derechos subjetivos patrimoniales solo pueden ser reales o personales y la retención configura un derecho real pleno, pues goza de todos los atributos, incluso la persecución (aplicando por analogía el art. 2418 del C. C. sobre la prenda), la preferencia y el carácter *erga omnes*[44].

[41] Citado por DE GASPERI, *Tratado de derecho civil*, t. III, De las obligaciones, Parte especial, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964 pág. 554.

[42] DIEGO ESPIN CÁNOVAS, *Manual de derecho civil español*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1961, págs. 348-349.

[43] MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, *Tratado elemental de derecho civil*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983, núm. 1648.

[44] JOSÉ J. GÓMEZ, *Bienes*. Derechos reales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1958, págs. 148 y 149. En este mismo sentido se manifiesta el autor colombiano

En concordancia con esta opinión, en una decisión trascendental, la Corte Suprema de Justicia colombiana, en sentencia de 3 de mayo de 1961, reconoció expresamente que el retinente que ha sido despojado injustamente tiene a su disposición acción reivindicatoria para recuperar la cosa. En dicha sentencia, la Corte declaró que el derecho de retención autoriza al titular a recuperar por medios jurídicos el objeto sobre el cual la retención se encuentra reconocida por las normas, mientras no haya prescrito la acreencia de ese modo garantizada; si así no fuera, bastaría que en forma directa o soslayada el deudor despojara al acreedor usurpándole la cosa junto con el derecho de retención. Dijo además el fallo que para que el retentor tenga derecho a su excepción *erga omnes*, el derecho debe concederle acción para recuperar la cosa[45]. Con la tesis expuesta, la Corte reconoció el derecho de persecución de la cosa, aproximando la retención a un derecho real pleno[46].

Dentro de la tesis que se estudia, hay quienes consideran la retención un "derecho real imperfecto", ya sea por faltarle al acreedor el derecho de persecución o la facultad de vender la cosa[47]. Como ya se anotó, los derechos reales accesorios se caracterizan por tener anexo este derecho; sobre su aplicación al derecho de retención, la Corte Suprema de Justicia colombiana ha reconocido que el retinente no puede satisfacer su crédito con la realización del bien o de las mejoras, según sea el

---

Luis Guillermo Velásquez Jaramillo, *Bienes*, 5ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1995, pág. 66.

[45] Véase C. S. de J., sent. de 3 mayo 1961 (M. P. José Hernández Arbeláez), "G. J.", t. xcv, núm. 2240, págs. 812 y ss.

[46] Esta posición cambió la jurisprudencia anterior, representada principalmente en las sents. de 27 octubre 1938 y 25 agosto 1953, ya citadas. En la primera dijo: "Para retener se necesita tener [...] La garantía envuelta en el derecho de retención es la esencia de este; perdida esta garantía, no puede recuperarse, porque no se trata de una acción verdaderamente real por su naturaleza, como la que nace de la prenda". Por su parte, en el fallo de 25 agosto 1953, la Corte sostuvo que "la retención tiene una función meramente negativa, en cuanto consiste en la facultad de negar la entrega de la cosa, de donde resulta que no es de admitirse que el que ha perdido la detentación [*sic*] de la cosa, pueda reclamarla por vía de acción para ejercitar el derecho de retención, salvo que haya sido despojado violenta o clandestinamente, porque en tal caso no es el derecho de retención el que se ejercita, sino el derecho que corresponde a cualquier poseedor (C. C., art. 984) [...]". La sent. de 3 mayo 1961 contiene un salvamento de voto que se niega enfáticamente a aceptar la naturaleza real del derecho de retención insistiendo en que se trata de una garantía especial traducida en una negativa del retentor ante el reclamo de restitución de la cosa.

[47] Véase sents. C. S. de J., de 27 octubre 1938 y 17 mayo 1995; Valencia Zea, *op. cit*., pág. 441.

caso: "Solo desde este punto de vista puede decirse que la retención es inferior frente a los demás derechos de garantía [...]"[48].

C) *Retención como derecho* "*sui generis*"

En medio de los dos extremos planteados, pueden encontrarse posturas según las cuales la retención es una facultad especial que no puede entenderse como derecho real ni personal, ante lo cual se han intentado diversos calificativos que mencionaremos sucintamente. En este sentido se ha sostenido que la retención es una cualidad o ventaja inherente a determinados derechos de crédito, pero no hay en él inherencia a la cosa y por consiguiente carece de *ius persequendi* y de *ius preferendi*. En cuanto a las acciones que competen al retentor cuando ha sido desposeído por el propietario o por un tercero, son posesorias y no reales[49].

Según OSPINA FERNÁNDEZ, el derecho de retención no constituye un derecho real, pues no le confiere al titular la preferencia que sí tienen el acreedor prendario y el hipotecario, que reciben el pago con el precio de la cosa gravada en su favor. La retención constituye entonces una garantía *sui generis*, puesto que envuelve un privilegio en favor del crédito garantizado. El autor subraya que el privilegio es un atributo propio de la retención a pesar del casuismo de que adolece el Código Civil colombiano y sostiene que en todas las disposiciones que autorizan el derecho de retención se subordina la cesación de tal derecho al pago o al aseguramiento del crédito garantizado. "Entonces, si no se puede privar al beneficiario de la tenencia de la cosa mientras su crédito no sea satisfecho, es obvio que este crédito adquiere la categoría de privilegiado", sostiene OSPINA[50].

Por su parte, PÉREZ VIVES afirma que la retención no es un derecho real porque el retenedor carece de facultad de persecución y no tiene derecho de preferencia, sino que es mixto: goza de algunas características de los derechos reales y de los personales. De aquellos tiene la relación directa entre el retenedor y la cosa y su oponibilidad a terceros; de los personales tiene el no gozar de persecución ni preferencia[51].

[48] C. S. de J., sent. de 28 agosto 1958. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ (*Introducción al derecho y derecho civil patrimonial*, Colección Ceura, Madrid, Centro de Estudios de Ramón Areces, 1996, pág. 499) expresa que por el solo hecho de la retención el acreedor no tiene derecho a instar la venta de la cosa retenida como si estuviera hipotecada o dada en prenda.

[49] AREAN, *op. cit.*, pág. 749.

[50] OSPINA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 167.

[51] ÁLVARO PÉREZ VIVES, *Garantías civiles*, 3ª reimp. de la 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1999, pág. 23.

La Corte Suprema de Justicia colombiana, en la sentencia de 25 de agosto de 1953, dijo que el derecho de retención no es ni real ni personal; "no es siquiera un derecho, sino simplemente un medio de tutela de un derecho de crédito, una excepción, y una excepción dilatoria [...]", aunque con eficacia real, calificándola como una *exceptio in rem*, porque puede valerse contra cualquier persona que pida la restitución de la cosa[52]. También ha sostenido la Corte que el derecho de retención se mira en la doctrina moderna como un derecho de garantía[53].

D) *Nuestra opinión*

Al respecto recogemos algunas de las tesis expuestas: el derecho de retención es un derecho real accesorio de garantía, aunque imperfecto, por las siguientes razones:

• Es accesorio porque su función es asegurar el cumplimiento de una obligación principal respecto de una cosa, en la que el retentor es titular de un crédito frente al dueño de ella.

• Es real porque goza de los principales atributos y características de esta especie de derechos como son: a) la preferencia, puesto que, en principio, el retinente es un acreedor con derecho a ser pagado en forma preferente frente a otros acreedores quirografarios que pretendan el embargo o secuestro de la cosa. En caso de embargo, no puede ser despojado sin que se le pague el crédito garantizado con la retención; b) la persecución: el retenedor está facultado para recuperar la cosa si involuntariamente pierde su tenencia mediante la acción reivindicatoria o cuando menos, puede recuperar el bien mediante las acciones que frente al despojo confiere el artículo 984 del Código Civil; c) *erga omnes*: la retención puede oponerse a todo el mundo, no solo al deudor, sino a sus sucesores a cualquier título (entre vivos o por causa de muerte, a título universal o singular) y a sus acreedores quirografarios.

• Es imperfecto porque por la mera retención, el retentor carece de la facultad de pedir la subasta del bien por ministerio de la justicia (*ius distrahendi*)[54]. Pero lo anterior no obsta para que el retenedor acuda al mecanismo común que tiene todo acreedor y, mediante un proceso

[52] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 agosto 1953.

[53] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 28 agosto 1958.

[54] Como ya se anotó, en ciertos casos excepcionales del Código de Comercio colombiano, como el hospedaje, la comisión y el transporte en materia mercantil, el retentor tiene la facultad de pedir la venta de la cosa para pagarse su crédito, aun sin intervención judicial.

de ejecución, obtenga la satisfacción del crédito a través de la venta con intervención del juez, pero ello va mucho más allá del ejercicio de la retención.

Finalmente, cabe precisar luego de estudiar la naturaleza jurídica del derecho de retención, debate que nos ha permitido comprender mejor este mecanismo especial de tutela del crédito que actualmente, a partir de la vigencia de la ley 1676 de 2013, cuando recae sobre bienes muebles el derecho de retención es una garantía mobiliaria con efectos particulares que fortalecen notablemente la posición del acreedor-retentor, como se explicará en una sección posterior de este capítulo.

## **5**. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE RETENCIÓN

Del análisis de la naturaleza jurídica del derecho de retención, surgen con claridad sus características más sobresalientes.

### A) *Accesoriedad*

Como derecho de garantía, la retención es accesoria de la obligación que asegura y no puede separarse de ella, resultando plenamente aplicable el artículo 2410 del Código Civil, referente a la prenda, la cual supone siempre una obligación principal a la que accede. No es posible transmitirlo ni enajenarlo aisladamente del crédito que asegura, pues no tiene un valor patrimonial en sí mismo, ni una significación jurídica autónoma[55]. "Es la retención derecho accesorio a la existencia de un crédito, de la misma manera que la prenda y la hipoteca. En efecto, estos derechos deben su existencia al nacimiento de un crédito y se extinguen cuando el crédito se cancela. No existe retención sin crédito idóneo para la retención"[56], de ahí que la retención desaparece cuando, respecto de la deuda garantizada, opera cualquiera de los modos de extinción de las obligaciones.

### B) *Indivisibilidad*

Como en la prenda, cada parte de la cosa retenida responde de la totalidad de la deuda. En consecuencia, el acreedor está facultado para negarse a devolverla mientras subsista la deuda en todo o en parte[57].

[55] LASARTE, *op. cit.*, pág. 244.

[56] C. S. de J., sent. de 28 agosto 1958, citada previamente.

[57] C. C., art. 2430.

Esta característica de la indivisibilidad del derecho de retención también ha sido reconocida por los tribunales colombianos[58].

C) *Unilateralidad*

El derecho de retención se ejerce por un acto unilateral del acreedor retinente. Su conducta se concreta en la negativa a devolver una cosa ajena mientras permanezca insoluto el crédito que tiene en relación con el bien retenido. Según Valencia Zea, la retención es un acto jurídico unilateral y real; debe alegarse pero depende exclusivamente de la voluntad del deudor de la cosa y no necesita autorización judicial[59]. Cosa distinta sucede cuando la retención se impugna judicialmente y tras un proceso se determina que fue ilegítima o abusiva, condenando al retentor a efectuar la restitución con indemnización de perjuicios.

En los casos en que la retención es convencional, si bien la otra parte ha dado su consentimiento para que el acreedor pueda ejercitar el derecho en el futuro dadas unas circunstancias que normalmente se traducen en el incumplimiento del contrato, es el acreedor quien en forma exclusiva y unilateral juzga la procedencia de aquel y lo ejercita en consecuencia[60].

D) *Oponibilidad* "*erga omnes*"

En principio, la obligación cuyo cumplimiento se asegura con el derecho de retención es relativa al deudor y al acreedor que lo ejercita. Sin embargo, como lleva consigo la facultad de detentar cosa ajena, es pertinente preguntar si la retención es oponible a todos (*erga omnes*) o solamente al deudor. Existen opiniones doctrinales aisladas según las cuales ese derecho solo puede oponerse al deudor y no a terceros[61], pero indudablemente es posición minoritaria. La gran mayoría de los tratadistas, aun aquellos que no lo consideran un derecho real, aceptan que el derecho de retención es oponible a terceros, es decir, tiene efectos *erga omnes*. Este es un atributo necesario para asegurar la efectividad

[58] S. de J., sent. de 19 diciembre 1959 (M. P. Gustavo Fajardo Pinzón), "G. J.", t. xci, núms. 2217-2219, págs. 898 y ss.

[59] Valencia Zea, *op. cit.*, pág. 434.

[60] A este elemento se refiere en particular el laudo arbitral de Contact Center Americas S. A. contra Colombia Móvil S. A. ESP de 26 marzo 2009 (Cámara de Comercio de Bogotá).

[61] Troplong, Larombière y Laurent, citados por De Gasperi, *op. cit.*, pág. 542.

del derecho, pues este podría verse vulnerado y hasta burlado, si fuera oponible solo al deudor y este, como titular de la cosa, la enajenara o cediera a un tercero ya sea real o simuladamente.

Esta es la posición respaldada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia desde 1924[62]: el retinente no puede ser privado del derecho de retención ni siquiera por la circunstancia de pasar el bien a otro dueño, ni por el hecho de ser embargada en juicio ejecutivo. Si así fuera, el derecho de retención quedaría a merced del deudor, pues le bastaría para eliminarlo enajenar simuladamente el suelo o hacerse ejecutar para despojar al acreedor. Así pues, la retención tiene el carácter de *exceptio in rem*, es decir, puede valerse contra cualquiera que pida la restitución de la cosa, ya sea el que era propietario de ella al tiempo en que el crédito nació, o un causahabiente suyo[63]. Según la Corte, "el respeto a la retención se convierte en un deber del propietario"[64], debiendo entenderse que incluye tanto al propietario original (deudor) como a los sucesivos adquirentes, con un carácter de obligación *propter rem*[65].

Entre los doctrinantes, la posición mayoritaria es la de la oponibilidad *erga omnes*; la cosa retenida puede ser transferida a un tercero con la reserva de este derecho o sea de no poder recuperar su posesión sin previa indemnización de su titular[66]. Los hermanos MAZEAUD defienden esta tesis; mencionan que el derecho de retención es oponible no solo al deudor sino a sus causahabientes universales y a sus acreedores quirografarios, por no tener los unos ni los otros más derechos que el deudor y ocurre así hasta en caso de quiebra o liquidación judicial. Según esta doctrina, el derecho de retención es oponible a los acreedores privilegiados, y esta oponibilidad se extiende a los causahabientes singulares,

[62] C. S. de J., sent. de 29 marzo 1924 (M. P. Tancredo Nanetti), "G. J.", t. XXX, núm. 1580, págs. 315-318.

[63] Véase, C. S. de J., sent. de 25 agosto 1953. En el mismo sentido sobre oponibilidad, no solo frente al deudor, sino también frente a terceros, véanse las sents. de 28 agosto 1958, 3 mayo 1961, con su salvamento de voto, y 8 agosto 1972, ya citada.

[64] C. S. de J., sent. de 26 agosto 1986, cit.

[65] C. S. de J., sent. de 25 agosto 1953, cit.

[66] DE GASPERI, *op. cit.*, pág. 542. Véase también MESSINEO, *op. cit.*, pág. 109, y PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. III, Parte segunda, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1955, págs. 235-236. Otro de los autores colombianos que predica la condición *erga omnes* del derecho de retención, por ser un derecho real accesorio o de garantía, es RAÚL HUMBERTO OCHOA CARVAJAL, *Bienes*, Medellín, Librería Jurídica Sánchez R., 2000, pág. 247.

especialmente a los terceros adquirentes, pudiendo el retinente conservar la cosa en su poder aun en caso de sucesivas enajenaciones. Sin esta oponibilidad, comentan los Mazeaud, le bastaría al deudor enajenar la cosa para hacer que desapareciera el derecho que recae sobre ella[67].

En conclusión: el derecho de retención es *erga omnes*, oponible a todo el mundo: al deudor, a sus causahabientes —a título universal y singular—, ya sea que la transmisión haya operado por causa de muerte en virtud de herencia o legado, o mediante cualquier negocio válido entre vivos, que adquieren el bien a cualquier título, a los sucesivos adquirentes y a los acreedores quirografarios del deudor, quienes no pueden privar al retenedor de la cosa sin que le haya sido satisfecho o asegurada la deuda. En consecuencia, el retenedor puede, frente a todos ellos, rehusar la restitución hasta que se le pague o se le garantice dicho pago, característica que refuerza la efectividad de esta medida conservatoria. Los adquirentes del bien deben respetarlo aunque, de acuerdo con la jurisprudencia, no están obligados a pagar la obligación garantizada por no tener la calidad de deudores del retinente, pero no pueden despojarlo sin que este haya sido desinteresado[68].

En el régimen actual de garantías mobiliarias (ley 1676 de 2013), el derecho de retención es oponible *erga omnes* por el hecho de la tenencia, por parte del acreedor garantizado, de un bien del deudor en garantía de un crédito que guarda relación con dicho bien.

E) *Renunciabilidad*

Por ser un derecho de contenido patrimonial, la retención es renunciable por su titular, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Código Civil, dado que solo mira su interés particular y no está prohibida su renuncia. Esta puede ser expresa cuando el acreedor retentor manifiesta que no hará uso del derecho cuando por ley puede ejercerlo, o tácita, si en forma voluntaria y espontánea el retenedor devuelve la cosa al propietario-deudor, sin que se hubiere satisfecho previamente la prestación debida.

Albadalejo sostiene que la retención es renunciable en forma anticipada mediante convención, o después de ejercerla cuando el retentor devuelve la cosa antes de lograr el pago[69]. La renuncia a la retención no

[67] Mazeaud, *op. cit.*, págs. 169 y 171.

[68] C. S. de J., sent. de 8 agosto 1972, cit.

[69] Albadalejo, *op. cit.*, pág. 251.

perjudica la obligación a la que accede y el acreedor tiene el derecho de cobrar su crédito utilizando los medios ordinarios, conocidos como los "efectos de las obligaciones".

F) *Provisionalidad*

Como derecho de garantía y medida conservatoria, el derecho de retención es provisional por definición. Su duración está limitada por el tiempo que transcurre entre el nacimiento del crédito al que accede y su extinción. Una vez extinguida la obligación, la cosa debe retornar a manos de su propietario y termina la facultad del retentor, que no puede rehusar ni retardar la entrega por más tiempo. No le queda más opción que restituir la cosa a su dueño o a quien tiene el derecho a recobrarla. Así lo ha establecido la jurisprudencia colombiana, al declarar que la retención "no es un derecho estable y definitivo, sino provisional, es decir, que está destinado a extinguirse"[70].

G) *Transmisibilidad*

El derecho de retención es transmisible, como lo son, en principio, todos los derechos y cargas de una persona con contenido pecuniario, que no se hayan contraído *intuitu personae*. Por ello, si siendo el retentor persona natural muere en ejercicio del derecho, sus herederos podrán continuar reteniendo la cosa que tanto se reconozca a la sucesión o a los respectivos adjudicatarios el valor del crédito garantizado.

De la misma manera, si el acreedor dispone de su derecho de crédito por acto entre vivos mediante cesión o cualquiera de los negocios traslativos permitidos por la ley, sus cesionarios recibirán el derecho crediticio con todos sus accesorios y privilegios, incluido el derecho de retención.

## **6**. CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO DE RETENCIÓN

Como ya se precisó, quien ejerce el derecho es tenedor y no poseedor de la cosa; es decir, reconociendo la propiedad ajena, mantiene el objeto en su poder para fines de garantizar un crédito vinculado con ella. Esta

[70] C. S. de J., sent. de 28 agosto 1958 (citada previamente), punto reiterado en la sent. de 18 agosto 2000 (M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo), exp. 5519, en http://www.lexbasecolombia.net.

consideración jurídica permite determinar el contenido y alcance del derecho de retención.

### A) *Facultades, limitaciones y prohibiciones respecto de la cosa retenida*

La única facultad que tiene el retenedor es la de negarse a restituir la cosa, retardando la entrega para la seguridad de su crédito, por lo que asume una conducta meramente pasiva. En consecuencia:

• No puede usar la cosa ni servirse de ella para provecho suyo o de un tercero, siendo aplicables, en nuestra opinión, los artículos 2420 y 2245 del Código Civil colombiano, referentes a la prenda y al depósito, ambas situaciones de tenencia. El tratadista español Albaladejo sostiene que el retentor "carece de las facultades de usarla, disfrutarla, enajenarla para pagarse con la cosa o disponer de ella de cualquier manera"[71].

• No puede entregar la cosa a terceros a ningún título, salvo en los casos que ello se requiera para la debida conservación de la cosa, por ejemplo, depositando mercancías en un almacén o dineros en una institución financiera, pero siempre bajo la responsabilidad de acreedor que ejercita la retención.

• No tiene la facultad de disponer de la cosa, gravarla o enajenarla. En este caso no se trata de la simple venta de cosa ajena inoponible al verdadero dueño, sino que constituye un claro abuso del derecho, que impone la obligación de indemnizar perjuicios y puede a la vez configurar un delito contra el patrimonio económico, como el abuso de confianza. Por otra parte, por ausencia del *ius distrahendi*, el retenedor no puede pedir, por la simple retención, la venta judicial de la cosa para lograr el pago de su crédito[72]. No obstante, el retenedor puede, como cualquier acreedor, pedir su embargo y secuestro para que se proceda a rematarla para que se le pague con el producto de la venta o se le adjudique[73].

[71] Albadalejo, *op. cit.*, pág. 251. Manuel Somarriva explica esta limitación tratándose de la prenda, *op. cit.*, pág. 259.

[72] Debe recordarse que en Colombia existen excepciones a este principio, como la prevista en el art. 1199 del C. de Co., que faculta al empresario en el contrato de hospedaje a vender los efectos pertenecientes al huésped en martillos autorizados para la satisfacción de sus créditos.

[73] Juan Pablo Cárdenas Mejía, *El contrato de agencia mercantil*, Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. 123. En igual sentido se expresa Jesús Vallejo Mejía, *Manual de obligaciones*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1991, pág. 327.

En cambio, el dueño de la cosa retenida puede venderla, pues, como dice LLAMBIAS, el retenedor se puede negar a desprenderse de la cosa pero no puede oponerse a su venta. En tal caso, el comprador no podrá entrar en posesión sin el previo pago de los que se adeude al retentor[74].

• No puede apropiarse del bien bajo ninguna circunstancia. Quien retiene es un simple detentador de cosa ajena: por prolongada que sea la retención, la tenencia nunca podrá mudar en posesión y mucho menos en propiedad por la vía de la prescripción adquisitiva (C. C., art. 777)[75]. La apropiación de la cosa por el retentor también puede ser fuente de responsabilidad civil (abuso del derecho) y penal (abuso de confianza).

• Derecho de persecución: como se indicó en un aparte precedente, a través del tiempo ha existido discusión en torno a si quien retiene puede recuperar la cosa en caso de ser despojado. Nos remitimos para estos efectos a los planteamientos de la sección dedicada a la naturaleza jurídica de la retención.

B) *Facultades del retentor sobre los frutos de la cosa*

Si el objeto produce frutos naturales o civiles mientras dure la retención, la jurisprudencia sostiene que es lógico que se le permita al retenedor percibirlos; si así no fuera, no habría otra alternativa que dejarlos perder sin provecho para nadie, lo que carece de razonabilidad desde el punto de vista económico, o dejar que el propietario entre a percibirlos, estorbando al acreedor y perdiendo todo aliciente para procurar el pago de la deuda, lo que haría ilusorio el derecho de retención[76].

Pero esa posibilidad de percibir los frutos no es para que el retinente los haga suyos, sino para ejercer sobre ellos el mismo derecho de retención, el cual se amplía al bien con sus frutos civiles o naturales, teniendo en cuenta la indivisibilidad del derecho de retención y la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Ha dicho nuestra Corte, aplicando analógicamente los artículos 2420 y 2333 del Código Civil[77], que los frutos de la cosa retenida pertenecen al dueño y la cosa debe restituirse con todos sus aumentos.

[74] LLAMBIAS, *op. cit.*, pág. 900.

[75] C. S. de J., sent. de 8 agosto 1972, cit.

[76] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 diciembre 1959, cit.

[77] La cita correcta debería ser de los arts. 2428, en materia de prenda, y el 2253, sobre depósito.

Respecto de los frutos que produzca un inmueble que ha sido objeto de retención, ha dicho la Corte que cuando aquella termine deben restituirse los frutos que la cosa ha producido y no los que ella hubiere podido producir con mediana inteligencia y actividad durante el lapso de la retención[78]. Esta interpretación pone al retentor, para efectos de las prestaciones mutuas regidas por el artículo 964 del Código Civil, en la posición de poseedor de buena fe.

Sin embargo, tratándose de sumas de dinero, la exigencia es mayor. En un caso en el cual el agente comercial retuvo sumas de dinero de propiedad del agenciado, la jurisprudencia arbitral exigió al retentor un estándar de diligencia más alto al considerar que estaba en la obligación de proteger el dinero contra la desvalorización, razón por la que debía ponerlo a producir rendimientos a tasa de mercado, por lo cual se exigió al retinente devolver el dinero con intereses remuneratorios aplicando la tasa correspondiente al interés corriente bancario[79]. En fin, quien ejerce el derecho de retención debe procurar la conservación del bien, la percepción de frutos y, cuando lo retenido es una suma de dinero, se espera que este produzca rendimientos en condiciones de mercado.

C) *Aplicación de las disposiciones sobre el contrato de prenda, por analogía*

En fin, para la hermenéutica del derecho de retención, pueden aplicarse por analogía las disposiciones que regulan la prenda con tenencia del acreedor en el Código Civil, en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza y finalidad de aquel. En particular, citamos los artículos 2410, 2416, 2417, 2418, 2419, 2420, 2428, 2429, 2430 y 2431 del Código Civil colombiano.

D) *Alcance del derecho en caso de ejecución o concurso*

Cuestión que ha generado largas discusiones en la doctrina es el alcance del derecho de retención cuando el retinente o el dueño de la cosa son demandados ejecutivamente por sus acreedores para el cobro de algún crédito y, más particularmente, cuando se pretende el embargo, secuestro y posterior remate de la cosa retenida para el pago de esas

[78] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 15 junio 1995 (M. P. Rafael Romero Sierra), exp. 4398, "G. J.", t. CCXXXIV, núm. 2473, págs. 848 y ss.

[79] Laudo arbitral de 31 agosto 2000, Compañía Central de Seguros S. A. y Compañía Central de Seguros de Vida S. A. vs. Maalula Ltda. (Cámara de Comercio de Bogotá).

obligaciones. El problema jurídico es: ¿qué pasa con el derecho de retención cuando el retenedor o el dueño del bien entran en un procedimiento ejecutivo, bien sea individual o concursal, para el beneficio de sus respectivos acreedores?

En esta sección nos referiremos a la eficacia de la retención en caso de ejecución individual o concursal iniciada por los acreedores del retenedor. También se planteará la problemática de la ejecución singular y con garantía real promovida por los acreedores del dueño del bien retenido. En una sección posterior —que dedicaremos al régimen legal de garantías mobiliarias en Colombia previsto en la ley 1676 de 2013— examinaremos cómo opera el derecho de retención cuando son los acreedores del deudor dueño de la cosa mueble quienes le demandan ejecutivamente o a este se le abre un proceso concursal.

a) *La retención ante la ejecución individual iniciada contra el retinente.* Es claro que el bien retenido no ingresa al patrimonio del retentor, por lo cual sus acreedores no pueden perseguirlo ni embargarlo para satisfacer sus créditos. Ante una orden de embargo, el retenedor, en su condición de tenedor legítimo, está facultado para oponerse al embargo y secuestro (C. G. P., art. 309, num. 3 por remisión del art. 596, ibídem).

b) *Concurso de acreedores, quiebra o liquidación judicial del acreedor retenedor.* Quien se encuentra ejerciendo la retención no pierde su derecho por la apertura del proceso concursal en su contra. El crédito así garantizado entra, con todos los demás activos del deudor, a la masa de la liquidación, para cancelar con el producto de su realización las deudas del titular. Una de las medidas auxiliares que tienen a su disposición los acreedores es la subrogación en los derechos del deudor, incluido el de retención. En tal caso, los acreedores ocuparían el lugar del deudor concursado a la vez acreedor retinente, procurando el cobro del crédito y conservando la misma facultad del deudor de mantener la cosa en su poder y a nombre de aquel, hasta que se pague o asegure la correspondiente obligación (C. C., art. 2489).

c) *La retención ante la ejecución iniciada contra el deudor, dueño de la cosa, por uno o más de sus acreedores.* Veamos qué sucede en este caso:

i) *Ejecución individual iniciada por acreedores quirografarios*. Debe aclararse que las reglas que se comentan en este aparte tienen aplicación cuando el bien retenido es inmueble, puesto que la retención de bienes muebles se reputa como garantía mobiliaria, la cual tiene un régimen

distinto, como se estudiará con posterioridad, en el acápite que trata precisamente sobre el derecho de retención como garantía mobiliaria.

En ese orden de ideas, si un acreedor no retinente del dueño del bien inmueble retenido no cuenta con garantía real sino que el patrimonio del deudor es prenda general, el derecho de retención le es oponible[80]. Esto significa que aquellos acreedores que pretendan el embargo, secuestro y posterior remate del bien retenido lo pueden hacer, pero no pueden exigir su entrega ni despojar al retentor, sin que antes se le haya cancelado el crédito garantizado.

Según Llambias[81], que examina el anterior régimen argentino, frente a los acreedores quirografarios el derecho de retención opera plenamente: el retenedor continúa en posesión material de la cosa, mientras no se le desinterese. Puede decretarse incluso la subasta de la cosa pero ella se realiza en las mismas condiciones en que podría hacerlo el propietario. Y explica el autor que el derecho de retención no impide que otros acreedores embarguen la cosa retenida y hagan la venta judicial de ella; pero el adjudicatario, para obtener los objetos comprados, debe pagar el precio al tenedor de ellos, hasta la concurrencia de la suma por la que este sea acreedor. Como subsiste no obstante esta venta forzosa, el retenedor no puede ser constreñido a entregarla al adjudicatario sin antes haber sido desinteresado[82].

Los Mazeaud reconocen amplio alcance al derecho de retención en caso de ejecución individual, teniendo en cuenta que es oponible a todo el mundo, incluso a los acreedores quirografarios del deudor, "por no tener ni los unos ni los otros más derechos que el deudor"[83]. Según Barros Errázuriz[84] la retención "es un derecho preferente que puede oponerse a terceros y que importa un privilegio de manera que los bienes retenidos serán considerados según su naturaleza como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garanticen [...]".

En Colombia, José J. Gómez y Raúl Ochoa Carvajal afirman que el acreedor retenedor goza del *ius preferendi*, por lo cual tiene derecho

[80] Sostienen, entre otros, esta teoría, Mazeaud, *op. cit.*, pág. 169 y los colombianos Pérez Vives, *op. cit.*, págs. 235-236 y Vallejo Mejía, *op. cit.*

[81] Llambias, *op. cit.*, págs. 901 y 914. El comentario se basa textualmente en el art. 3942 del C. C. arg. pero sigue siendo aplicable a la retención en el régimen colombiano.

[82] Arean, *op. cit.*, pág. 752.

[83] Mazeaud, *op. cit.*, pág. 169.

[84] Barros Errázuriz, *op. cit.*, pág. 451.

preferente a recibir el pago de su crédito con el producto de la subasta judicial de la cosa; que de la calidad de derecho real se deriva la oponibilidad *erga omnes* frente al deudor, a sus sucesores (bien sea por acto entre vivos o por causa de muerte) e incluso frente a los acreedores de su deudor en caso de embargo o secuestro[85]. En contraste, VALLEJO estima que si bien el derecho puede ejercerse frente a terceros, incluso a los acreedores quirografarios del deudor, no es oponible a los acreedores con garantía real[86]. Otros autores niegan tal alcance al derecho de retención, el cual no goza de privilegio o preferencia, por no ser real[87].

En nuestra opinión, como el derecho de retención tiene naturaleza real, tratándose de procesos de ejecución el retinente sí se encuentra en una posición más ventajosa que un acreedor quirografario común que no esté ejerciendo dicha prerrogativa; aquel debe tener prelación para el pago de su crédito sobre el producto del remate de la cosa retenida y puede negarse a su entrega al rematante cuando no se le solucione la obligación. De lo contrario, daría lo mismo tener derecho de retención que no tenerlo, lo cual le restaría toda eficacia.

ii) *Ejecución iniciada contra el dueño de la cosa inmueble, por acreedores con garantía real de hipoteca*. Tratándose de bienes inmuebles, es posible que el bien afecto a la retención esté, a la vez, hipotecado en favor de uno o más acreedores. Es pertinente preguntarse aquí si, iniciado el proceso ejecutivo hipotecario, la retención es oponible a tales acreedores y si, en últimas, el retenedor puede negarse a entregar la cosa ante la orden de secuestro y remate, hasta que se le cancele su crédito y si este se paga de forma preferente al retentor, aun antes que a los beneficiarios de la hipoteca. En la situación planteada, el acreedor hipotecario podrá pedir el embargo y secuestro de la cosa, pero el retentor estará en posición de oponerse al secuestro y, por disposición del juez, quedar ostentando el bien en calidad de secuestre (art. 468, num. 3, art. 596 num. 2, que remite al art. 309 nums. 2, 3 y 5 del C. G. P.).

Quien retiene no puede impedir que se cumpla la subasta de la cosa ni negarse a entregarla al rematante, pero concurrirá, en igualdad de condiciones, con el o los acreedores hipotecarios, al recaudo de su crédito

[85] OCHOA, *op. cit.*, pág. 247.

[86] JESÚSVALLEJO MEJÍA, *Manual de obligaciones*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1991., pág. 330.

[87] DE GASPERI, *op. cit.*, págs. 588-589, basado en planteamientos de BONNECASE y TRABUCCHI, *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, pág. 138; ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 251.

sobre el producto de la realización del bien en el remate. Si el producto de la venta es insuficiente, se pagará a los acreedores —hipotecario y retentor— a prorrata.

Si lo retenido es un bien mueble, se repite, debe darse aplicación al nuevo régimen previsto en la ley 1676 de 2013 sobre garantías mobiliarias.

## 7. Obligaciones y responsabilidad del acreedor-retinente

El retenedor tiene dos obligaciones fundamentales respecto de la cosa retenida: a) el cuidado y conservación de la cosa, y b) su restitución. En relación con estos deberes, el acreedor retinente está sujeto a un régimen particular de responsabilidad. Por último, se revisará el problema de la retención de bienes consumibles y de sumas de dinero.

Como principio fundamental del derecho de retención debe mencionarse en forma destacada el de la buena fe, cuyas exigencias deben tenerse presentes no solo en el momento de constitución del derecho, sino también en su ejercicio por el acreedor garantizado[88]. El retentor tiene en su poder un bien ajeno como seguridad de un crédito pero no puede desviar su actuación para conseguir fines distintos a los de garantía ni para obtener ventajas ilegítimas. En suma, la ley no protege al acreedor cuando abusa de su derecho y si lo hace, está sujeto a las consecuencias adversas previstas en el ordenamiento (C. de Co., art. 830).

En ese orden de ideas, enumeramos a continuación los deberes que pesan sobre el acreedor-retentor.

### A) *Cuidado y conservación de la cosa*

En la tenencia, cuidado y conservación del bien debe emplearse la diligencia y cuidado medios, como un buen padre de familia o buen hombre de negocios, sea cual fuere la naturaleza del bien retenido: inmueble o mueble, fungible o no, incluso bienes perecederos y sumas de dinero. Este deber se impone al acreedor prendario en el artículo 2419 del Código Civil, que resulta plenamente aplicable.

Conforme a las reglas de gestión de intereses o negocios ajenos, el retenedor está obligado a rendir cuentas al dueño de la cosa, que podrá

[88] Esther Gómez Calle, "El derecho de retención sobre bienes muebles. Una garantía en ascenso", en *Revista para el Análisis del Derecho* (*www.indret.com*), Barcelona, octubre 2011, págs. 27-28.

verificar las condiciones de conservación y cuidado del objeto retenido. El acreedor debe tratar el bien siempre como cosa ajena y mantenerla separada de su propio patrimonio, reflejando este hecho económico en su contabilidad, aun en los casos en los que lo retenido son sumas de dinero.

B) *Restitución*

El titular de la retención siempre estará obligado a la restitución de la cosa y podrá ser obligado a indemnizar perjuicios al dueño de ella si la restitución no se efectúa por deterioro o pérdida por su culpa, respondiendo hasta por culpa leve. La devolución del bien debe efectuarse en el mismo estado en que se recibió, salvo deterioro natural. Conforme a los principios comunes sobre obligaciones (C. C., arts. 1604 y 1729) y en analogía con las normas del depósito (C. C., art. 2254), cuando la retención recaiga sobre cuerpo cierto, el retenedor no será responsable por la pérdida o daño de la cosa por causa de fuerza mayor, caso fortuito o en general, imputable exclusivamente a causa extraña.

C) *Responsabilidad del retenedor*

La ley no establece un régimen particular de responsabilidad para quien ejerce el derecho de retención, pero en atención a su finalidad puede deducirse un conjunto de reglas aplicables, en armonía con los principios generales. Así, cuando por su conducta dolosa o culposa le ocasione perjuicios al dueño de la cosa, ya sea porque no la restituye cuando en derecho corresponde, o cuando el bien se deteriora o perece, debe resarcirlos conforme a los principios generales de la responsabilidad civil y debe indemnizar el daño emergente y el lucro cesante.

El retinente debe ejercitar la retención dentro del marco y finalidad establecidos por el ordenamiento jurídico. Como su propósito es garantizar el pago de un crédito relacionado con la cosa y la conservación el patrimonio del deudor para su pago, cualquier desviación en la práctica de la retención constituye un abuso del derecho[89].

Con todo, puede caber responsabilidad penal a quien retiene si se apropia del bien o lo usa indebidamente, pues detenta una cosa que se le ha confiado o entregado a título no traslativo de dominio[90].

[89] C. de Co., art. 830. "El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause".

[90] En Colombia, véanse los tipos penales de abuso de confianza y abuso de confianza calificado, previstos en los arts. 249 y 250 del C. P.

D) *Retención de bienes consumibles y de sumas de dinero*

El cuidado y restitución de la cosa no presentan mayores dificultades cuando se trata de un cuerpo cierto, puesto que es fácilmente identificable respecto de los bienes de quien retiene. Además, podrían mantenerse en retención por un tiempo prolongado, sin que por su naturaleza se consuman o deterioren. No obstante, por los problemas particulares que se presentan, vale la pena revisar los casos de retención de bienes consumibles y cuando lo retenido son sumas de dinero.

a) *Bienes consumibles.* En este caso, a nuestro juicio deberían seguirse principios análogos a los aplicables a los deberes y facultades de conservación que tienen quienes administran bienes fungibles ajenos, como el mandatario y el comisionista. Estos tienen obligación de custodia sobre las mercaderías que se les han confiado y deben restituirlas cuando han recibido pago de la obligación. Esta restitución debe recaer sobre las mismas cosas entregadas, si ellas pueden conservarse con el tiempo sin deteriorarse. De ser necesario, el mandatario y el comisionista podrán vender tales bienes en bolsas o martillos, poniendo a disposición del mandatario o comitente el dinero producto de la venta.

Esta disposición tiene sentido en cuanto se exige al retentor la diligencia de un buen hombre de negocios; podría ser considerado civilmente responsable y obligado a indemnizar perjuicios si los bienes son perecederos y se deterioran en su poder, conducta que entraña clara negligencia (C. de Co., arts. 1273 y 1290 y C. C., art. 2419 sobre la obligación de guarda y custodia que tiene el acreedor prendario respecto del bien dado en prenda). En todo caso, el retenedor debe rendir cuentas al mandante o comitente sobre las condiciones de la venta.

b) *Sumas de dinero.* Cuando se ejerce la retención sobre sumas de dinero, la situación es mucho más compleja. Surgen, cuando menos, los siguientes interrogantes, los cuales no tienen una respuesta clara en la ley, pero que deben absolverse teniendo en cuenta la finalidad de la retención, y los principios de quienes administran bienes o negocios ajenos.

• ¿Se configura una simple obligación de género o si, a pesar de recaer sobre un bien fungible, debe recibir un tratamiento especial en atención a la naturaleza y finalidad de la retención? En nuestra opinión, la retención de sumas dinero no da origen a una simple obligación de género —como la del mutuario— que autorice al retentor para apropiarse el dinero y consumirlo o para disponer de él con cualquier propósito y reponerlo en igual cantidad cuando llegue el momento de la restitución.

Aunque la ley no lo exija expresamente, teniendo en cuenta la finalidad de la retención, el acreedor retinente está obligado a conservar el dinero retenido separado (en sentido físico, contable y jurídico) de sus propios bienes, de manera análoga al fiduciario comercial. Los dineros retenidos nunca entran al patrimonio del retinente. No le es permitido entonces confundir los fondos retenidos con sus propios dineros y debe evidenciar en todo momento que se trata de dineros retenidos y que se tienen por cuenta de un tercero.

• ¿Debe el retentor mantener el poder adquisitivo del dinero y si ello es así, debe invertirlo o ponerlo a rentar y en caso afirmativo, con qué criterios? A esta pregunta siguen: ¿es responsable de las pérdidas o malas inversiones y a quién pertenecen los réditos, ganancias o aumentos obtenidos? La jurisprudencia colombiana ha aportado criterios importantes para resolver este interrogante. Por una parte, ha dicho que los frutos que aumentan la cosa retenida son de propiedad del dueño, pero pueden ser percibidos por el retentor, no para consumirlos ni para disponer de ellos, sino para ejercer, también sobre ellos, el derecho de retención[91]. Por ello, los aumentos ganados por concepto de intereses y otros rendimientos pertenecen al dueño del dinero, sin perjuicio de que el retentor los tenga en su poder con fines de garantía junto con el capital al que acceden.

Ya mencionamos el estándar más exigente impuesto a quien retiene dinero, pues debe procurar mantener el valor del dinero en el tiempo, poniéndolo a producir réditos a las tasas del mercado correspondientes al interés corriente bancario[92]. Puede afirmarse entonces que en la retención de sumas de dinero se exige una conducta diligente de parte del retenedor que al momento de la restitución debe entregar no solo el capital, sino también los rendimientos. Si por negligencia no colocó el dinero a producir intereses o si los obtuvo a tasas inferiores a las del mercado, o realizó inversiones temerarias, sin suficientes condiciones de seguridad que resulten en pérdidas del capital retenido, el retenedor debe responder con su propio patrimonio por el faltante y por cualquier pérdida que ocurra.

• ¿Puede el retentor compensar directamente su crédito con la suma de dinero que tiene en su poder? Este aspecto será tratado en el capítulo relativo a retención y compensación.

[91] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 diciembre 1959.

[92] Laudo arbitral de 31 agosto 2000. Compañía Central de Seguros S. A. y Compañía Central de Seguros de Vida S. A. vs. Maalula Ltda. (Cámara de Comercio de Bogotá).

## 8. El derecho de retención frente a la excepción de contrato no cumplido

Existen elementos comunes entre la excepción de contrato no cumplido y el derecho de retención. Es más: algunos autores y no pocos jueces consideran que este no es sino una manifestación, desarrollo o especie de la *exceptio non adimpleti contractus*[93]. Por ejemplo, según el colombiano Jesús Vallejo, es más adecuado catalogar el derecho de retención como una modalidad de la excepción de contrato no cumplido[94], que como una medida conservatoria o derecho auxiliar de los acreedores. Sin embargo, es posible y necesario trazar una frontera entre las dos instituciones para conocer con rigor conceptual cuál es el ámbito de acción de una y otra.

El chileno René Abeliuk encuentra aproximaciones y también diferencias entre los dos derechos del deudor a negar su propio cumplimiento, en razón de lo que a su turno le debe el acreedor. Las diferencias principales, de acuerdo con este tratadista son: 1) campo de aplicación: cada uno tiene su propio campo de acción. La excepción de contrato no cumplido procede en todos los contratos bilaterales, cualquiera que sea la naturaleza de las obligaciones, es decir, dar, hacer o no hacer. La retención puede tener lugar en cualquier relación jurídica o aun sin ella, pero por otro lado su alcance es más restringido que la excepción puesto que se limita a la obligación de entregar o restituir una cosa. 2) Efectos: la retención otorga preferencia para el pago a quien la ejerce, mientras que la *exceptio* tiene un efecto "meramente paralizante y suspensivo"[95].

Por su parte, Ernesto Gutiérrez y González sostiene que "[...] el derecho de retención implica no cumplir con entregar lo que se debe, mientras no se le cumpla a su vez a quien debe entregar, pero la diferencia de género y especie radica en esto: el derecho de retención se refiere solo a obligaciones con objeto de dar y de dar cosa cierta, en tanto que la «exceptio non adimpleti contractus» se opone en todo tipo de obligaciones, sea cual fuere su objeto"[96].

Los hermanos Mazeaud[97] explican a este respecto: "[...] la esfera de ambas instituciones no se superponen: la excepción *non adimpleti*

[93] C. C., art. 1609.

[94] Vallejo, *op. cit.*, pág. 324.

[95] Abeliuk, *op. cit.*, págs. 792-793.

[96] Gutiérrez y González, *op. cit.*, pág. 540.

[97] Mazeaud, *op. cit.*, pág. 153.

*contractus* no se aplica sino en los contratos sinalagmáticos (perfectos o imperfectos), mientras que el derecho de retención no es inherente a la materia de los contratos. A la inversa, el derecho de retención supone una obligación de entregar, en tanto que la excepción se aplica sea cual sea la obligación que el demandado se niegue a cumplir".

La jurisprudencia colombiana se ha referido en múltiples ocasiones a la excepción de contrato no cumplido con referencia al derecho de retención. En la sentencia del 26 de mayo de 1936, varias veces citada, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que en algunos casos la ley concede derecho de retención en desarrollo de la *exceptio non adimpleti contractus*, en consideración a la interdependencia de las obligaciones recíprocas entre partes ligadas por un convenio sinalagmático, en favor de la parte que en el desarrollo del contrato hubo de hacer gastos o inversiones no siempre previstas expresamente, pero sí de contenido tácito, como en el contrato de depósito, según los artículos 2258 y 2259 del Código Civil[98]. En el mismo fallo, estimó que no había retención sino aplicación de la *exceptio* cuando su objeto es garantizar un crédito que no tuviera conexidad con la cosa. En pronunciamiento posterior[99], el alto tribunal sostuvo que lo que preveía el artículo 1609 del Código Civil era un caso de derecho de retención.

En suma: ambas son defensas que se proponen ante la demanda de quien exige el cumplimiento de una obligación y en ambas se trata de evitar que el demandante exija una prestación en su favor, sin cumplir la que tiene a su cargo frente al demandado. En estricto sentido, el derecho de retención se ejerce sobre cosas corporales, pues toda su regulación legal parte del supuesto de la detentación material del bien de parte del acreedor. Cuando se "retiene" una prestación a la que tiene derecho el otro contratante porque este a su vez no ha cumplido la suya correlativa, se está proponiendo la excepción de contrato no cumplido.

[98] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 mayo 1936, cit.

[99] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 23 septiembre 1938 y 27 octubre 1938, citadas previamente. En la justicia arbitral se ha analizado el tema: en el laudo de Instituto de Fomento Algodonero IFA vs. Compañía Colombiana de Seguros S. A., el Tribunal sostuvo que la excepción de contrato no cumplido era un verdadero derecho de retención en favor de uno de los contratantes hasta que el otro ejecutara o se allanara a ejecutar su prestación. En el laudo de 10 julio 2001 (Álvaro Orozco Asociados Ltda. vs. Bavaria S. A.) señaló que la retención pactada por las partes en un negocio jurídico (convencional) equivalía a la *exceptio non adimpleti contractus* (los laudos citados son de la Cámara de Comercio de Bogotá).

Además, la *exceptio* es una institución de aplicación general en el campo de todos los contratos sinalagmáticos, mientras que el derecho de retención solo puede alegarse en casos taxativos, en la esfera de algunos contratos sinalagmáticos perfectos e imperfectos, así como también en ciertas situaciones no contractuales, como la del poseedor vencido ante la demanda reivindicatoria y la accesión, ya estudiadas. Pero es evidente que ambas defensas descansan en consideraciones de equidad que impiden a una persona exigir a otra una obligación cuando a su vez la primera no ha cumplido una obligación que existe a su cargo en interés de la segunda.

## **9**. Derecho de retención y compensación

Se ha planteado, por otro lado, que la compensación tiene características análogas a la retención, aunque también importantes diferencias, por lo que resulta útil revisar algunas opiniones doctrinales al respecto. Según De Gasperi, existe similitud entre retención y compensación, "solo que la compensación extingue con fuerza de pago las dos deudas, hasta donde alcance la menor [...] al paso que el derecho de retención, lejos de extinguirlas, se endereza a asegurar su ejecución"[100]. El chileno Barros Errázuriz afirma que la compensación tiene cierta semejanza porque hay deudas recíprocas, pero se diferencia en que esta equivale al pago y la retención solo sirve para asegurar el pago de lo que se debe[101].

En el mismo sentido, Valencia Zea estima que, a diferencia de la compensación, el derecho de retención no busca extinguir por sí solo las obligaciones, sino garantizar el efectivo cumplimiento de ambas deudas. Se trata, en consecuencia, de una garantía del cumplimiento de la obligación[102].

Teniendo en cuenta las apreciaciones anteriores y las nociones de retención y de compensación, puede afirmarse que si bien en ambos casos existen deudas y créditos recíprocos entre el retinente (deudor de la cosa y acreedor de los valores debidos en razón de ella) y el dueño de la cosa (deudor de dichos valores y acreedor de la restitución de la

[100] De Gasperi, *op. cit.*, pág. 525.

[101] Barros Errázuriz, *Contratos y demás fuentes de las obligaciones*, vol. iii, segundo año, Parte segunda, 4ª ed., corregida y aumentada, Santiago, Chile, Edit. Nascimento, 1927, pág. 450.

[102] Valencia Zea, *op. cit.*, págs. 427-428.

cosa), no puede considerarse la retención un caso de compensación, por dos razones principales:

La compensación es una forma de extinguir obligaciones, mientras que la retención es una medida encaminada a garantizar el cumplimiento de la obligación;

La retención no satisface los presupuestos legales para que la compensación opere, establecidos por el artículo 1715 del Código Civil. Consideramos, en consecuencia, que la retención y la compensación son fenómenos totalmente diversos, con efectos jurídicos claramente diferenciados.

Por último, es pertinente indagar si el retentor puede compensar directamente su crédito con las sumas de dinero que tenga en su poder. Nuestro criterio es que, como regla general, ello no procede. Debe existir norma expresa que lo autorice, consentimiento del deudor o el juez, en la sentencia, debe declarar la compensación.

La primera situación se ve claramente en el artículo 1277 del Código de Comercio colombiano, norma especialísima del contrato mercantil de mandato según la cual el mandatario tendrá derecho a pagarse sus créditos, derivados del mandato que ha ejecutado, con las sumas que tenga en su poder por cuenta del mandante. Esta disposición le autoriza, más que una retención, una compensación directa de sus créditos lógicamente a condición de que sean líquidos y exigibles con los dineros que estén en su poder o a su disposición por cuenta del mandante.

Lo anterior nos permite concluir que, en la retención de dinero, la compensación procede por ministerio de la ley solo cuando esta lo permite en casos taxativos, como el del mandatario comercial bajo la preceptiva del artículo 1277 del Código de Comercio colombiano. La compensación en ese evento no opera de pleno derecho; el retentor no puede aplicar el dinero a su crédito, sino que debe alegar la excepción, y solo habrá certeza sobre la compensación cuando la declare el juez en la sentencia por existir obligaciones recíprocas, líquidas y exigibles. Así mismo, el deudor podrá autorizar al acreedor garantizado que aplique el dinero retenido a la deuda respectiva. Mientras tanto, el acreedor que ejercita el derecho de retención sigue obligado a mantener, custodiar y restituir, en su caso, los dineros ajenos.

## **10**. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN

El derecho de retención es esencialmente temporal. El sistema jurídico favorece las situaciones jurídicas definitivas; en el caso de la reten-

ción, la restitución al dueño se aplaza hasta cuando se pague o asegure el crédito, pero en algún momento la tenencia debe consolidarse en cabeza del propietario. Dado su carácter accesorio, la retención termina con el pago del crédito garantizado y, además, en los casos previstos en el artículo 2431 del Código Civil colombiano, que trata sobre la extinción de la prenda. Así mismo, se extingue:

• Cuando el deudor paga totalmente la deuda o la asegura con una caución diferente.

• Cuando la obligación que origina la retención se extingue por cualquiera de los modos ordinarios de extinguir las obligaciones: novación, prescripción liberatoria, remisión, confusión, compensación, etc.

• Cuando el retenedor renuncia a continuar ejerciendo su derecho y devuelve voluntariamente el bien retenido antes de la satisfacción de la obligación principal.

• Cuando la especie retenida se pierde o destruye por fuerza mayor o caso fortuito, sin que medie culpa del acreedor-retinente. Este pierde su garantía, pero no la acción personal contra su deudor para el cobro.

• Cuando en virtud de una condición resolutoria, el deudor pierde el dominio del bien sobre el cual se ejercía retención.

Ocurrido cualquiera de estos eventos, el retentor debe proceder a la restitución inmediata de la cosa al acreedor de esta (el dueño o a quien corresponda). A partir de ese momento, la tenencia no tiene justificación jurídica y puede considerarse abusiva, por lo cual el dueño puede instaurar las acciones pertinentes para la entrega, junto con la indemnización de perjuicios a que hubiere lugar.

## **11**. El derecho de retención como garantía mobiliaria

A partir de la vigencia de la ley 1676 de 2013 [103] o Ley de Garantías Mobiliarias (LGM), el derecho de retención se cataloga como una garantía mobiliaria. Si bien los requisitos, características y función de este derecho no sufren modificación, la ley introduce principios y reglas que ameritan un estudio especial.

Antes de la vigencia de la ley 1676, el estatus del derecho de retención era dudoso por no decir precario, en los casos en que otros acreedores, además del retentor, buscaran hacer efectivos sus créditos sobre el bien retenido, ya fuese en ejecuciones de tipo individual contra el

[103] Decs. 400 de 2014 y 1074 de 2015, modificado por el decr. 1835 de 2015.

deudor, singulares o con garantía real, o en procesos de naturaleza concursal.

Estas situaciones dieron lugar a múltiples discusiones en torno a la eficacia plena del derecho retención o su decaimiento en relación con otros derechos reales constituidos sobre la misma cosa o a acreedores con mejor derecho en razón de privilegios o preferencias establecidos en la ley.

En su artículo 2º la ley señala que será aplicable a la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de garantías mobiliarias sobre obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables y a todo tipo de acciones, derechos u obligaciones sobre bienes corporales, bienes incorporales, derechos o acciones u obligaciones de otra naturaleza sobre bienes muebles o bienes mercantiles. De acuerdo con el artículo 3º, las garantías que se encuentran comprendidas en la norma se entienden en sentido amplio de suerte que se atribuye esa denominación a diversas operaciones, entre ellas el derecho de retención, si este recae sobre bienes muebles.

Así las cosas, el derecho de retención es una garantía mobiliaria con todas sus repercusiones cuando aquel se ejerce sobre bienes muebles. Por consiguiente, cuando lo retenido es un inmueble, como sucede en los casos del poseedor vencido para el reclamo de las mejoras (C. C., art. 970) o la retención que consagra la ley en el contrato de arrendamiento (C. C., art. 2000) no se producirán los efectos propios de las garantías mobiliarias y se aplicará el régimen común que se ha examinado en la parte inicial de este capítulo.

Como regla general, las garantías mobiliarias se constituyen mediante un contrato celebrado entre el deudor garante y el acreedor garantizado, lo cual se predica de la retención convencional, ya estudiada. Pero en virtud de la ley pueden también constituirse este tipo de garantías y así sucede con el derecho de retención de origen legal (art. 9º) que da a su beneficiario una posición preferente.

Por otra parte, cuando la garantía se constituye por medio de un contrato, debe inscribirse en el Registro de Garantías Mobiliarias (RGM) para el efecto y con ello se genera la oponibilidad y la prelación de la garantía mobiliaria[104].

Cuando se trata del derecho de retención legal o convencional la ley 1676 no exige tal inscripción de manera que la tenencia del bien por

[104] Véanse Superintendencia de Sociedades, oficios 220-226554 de 12 diciembre 2014 y 220-017964 de 24 febrero 2015.

parte del acreedor es lo que le da oponibilidad y prelación a aquel, en su calidad de garantía mobiliaria (art. 21). No obstante, las garantías mobiliarias que se hayan hecho oponibles por la entrega de la tenencia o por el control de los bienes en garantía, como sucede con el derecho de retención, podrán ser inscritas en el registro (RGM) por el acreedor garantizado, es decir, los acreedores retentores tienen esta opción (decr. 400 de 2014, art. 17 parg.).

Los efectos de este nuevo régimen de garantías mobiliarias en el derecho de retención son los siguientes:

La tenencia del bien por el acreedor garantizado produce oponibilidad frente a terceros y le otorga prelación al retentor para el pago de su crédito frente a otros acreedores que persigan el mismo bien.

En caso de incumplimiento de la obligación garantizada, la ley 1676 de 2013 prevé diversos mecanismos, más ventajosos y ágiles para que el acreedor logre la satisfacción de su crédito. En general, para todas las garantías mobiliarias, la ley autoriza el pago directo con los bienes dados en garantía (art. 60). También podrá el acreedor promover la ejecución judicial con aplicación de los artículos 467 y 468 del Código General del Proceso.

Es procedente, en el caso del derecho legal de retención, la ejecución especial de la garantía, procedimiento *sui generis* que puede adelantarse ante los notarios y las cámaras de comercio en los términos establecidos por la mencionada ley. Si la retención es convencional, por mutuo acuerdo entre el acreedor y el garante contenido en el contrato de garantía, en sus modificaciones o en acuerdos posteriores, podrán pactar un mecanismo especial para llevar a cabo la enajenación o apropiación por el acreedor del bien sobre el cual recae la garantía —derecho de retención— (arts. 62 y ss. LGM).

Ejercido el derecho de retención, nace en favor del acreedor garantizado que lo ejerce, el derecho de prelación. "La prelación le da derecho al acreedor garantizado a que, en el momento en que concurra a la ejecución más de un acreedor garantizado con el mismo bien gravado, el acreedor con mejor derecho sea el que obtenga el mayor beneficio económico de la garantía"[105].

En consecuencia, si existen otras garantías mobiliarias constituidas sobre el mismo bien retenido, la prelación opera, como regla general,

[105] Ana María Barón Mendoza y María Eugenia Gutiérrez Darwich, "La prelación de garantías mobiliarias concurrentes sobre un mismo bien bajo la ley 1676 de 2013: una sistematización de las reglas de prelación", trabajo de grado, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2015, pág 11.

siguiendo el principio de "primero en el tiempo, primero en el derecho", lo que quiere decir que "la prelación se establece, en general, con base en el momento cronológico en que se logró la oponibilidad a terceros de la garantía"[106] que para el caso del derecho de retención se da mediante la tenencia de la cosa retenida.

En los procesos concursales, el acreedor garantizado con retención tiene sin duda un estatus claramente más ventajoso que antes de la vigencia de la ley de garantías mobiliarias. En este punto, la LGM establece un régimen que se aplica a todas las garantías reales, sobre muebles e inmuebles incluido el derecho de retención que, como se ha estudiado en este capítulo, se cataloga por la jurisprudencia nacional como un derecho real. Veamos:

En los procesos de reorganización. Las garantías reales constituidas sobre los bienes que no sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica del deudor podrán ejecutarse ante el juez concursal, permitiendo el pago al acreedor con el producto de la enajenación del bien o con la apropiación del mismo, desde el momento en que quede en firme la providencia de calificación, graduación y determinación de derechos de voto y de aprobación del inventario valorado. Lo anterior permite al acreedor el ejercicio de su derecho real sobre el bien dado en garantía, y los acreedores respectivos incluso quienes gozan de derechos reales como lo es el derecho de retención podrán pedir que dentro del concurso se adelante la ejecución sobre el bien en garantía no necesario para la actividad empresarial.

Pero si el bien objeto de la garantía o respecto del cual se ejerza el derecho de retención es necesario para el desarrollo de la actividad empresarial del deudor concursado, el momento en el cual el acreedor podrá ejercer su derecho real y ejecutar la garantía será una vez vencido el término para la presentación del acuerdo de reorganización. El acreedor puede también optar por no ejercer su derecho de ejecución y acogerse al acuerdo de reorganización.

Así las cosas, la suspensión del derecho de ejecución de los acreedores con garantías reales opera desde el inicio del acuerdo de reorganización y ese efecto se mantendrá en el tiempo, en plazos diferentes dependiendo de si el bien en garantía es necesario para el desarrollo de la operación comercial o económica del deudor concursado o no lo es. Es así como "[a] partir de la fecha de inicio del proceso de reorganización no podrá admitirse ni continuarse demanda de ejecución

[106] BARÓN y otra, ibídem, pág, 12.

o cualquier otro proceso de cobro en contra del deudor sobre bienes muebles o inmuebles necesarios para el desarrollo de la actividad económica del deudor". Prescribe la ley 1676 que el acreedor garantizado tendrá derecho a que se pague su obligación con preferencia a los demás acreedores que forman parte del acuerdo y el momento del pago dependerá de la necesidad o no del bien en garantía para el desarrollo del objeto social del deudor (art. 50). Estas mismas reglas se aplicarán a los procesos de validación judicial de los acuerdos extrajudiciales de reorganización (art. 51).

En los procesos de liquidación judicial. Una novedad importante de la ley de garantías mobiliarias es la exclusión, de la masa de activos del deudor, de los bienes que han sido dados como garantía, si esta fue debidamente publicitada, regla general prevista en el artículo 52 de la ley 1676 de 2013. Como se ha mencionado, no es necesario inscribir el derecho de retención para lograr la oponibilidad y la prelación, dado que estas provienen de la tenencia del bien por parte del acreedor garantizado. En estos casos, procede la enajenación del bien o su adjudicación al acreedor. Sin embargo, estas medidas en beneficio de los acreedores garantizados no se aplican en detrimento de las acreencias pensionales.

## **12**. Propuestas de modernización

Como ha quedado visto, la retención es una medida de protección del crédito que se remonta al derecho romano y que ha tenido una larga mas no siempre pacífica existencia. Pero esta forma de autotutela lejos de marchitarse con el tiempo, ha aumentado su vigor demostrando su bondad en el sistema moderno de garantías.

En Colombia hemos observado el fortalecimiento del derecho de retención en el régimen de garantías mobiliarias expedido por el Congreso en 2013. En el ámbito internacional y en el europeo se han promovido instrumentos para la regulación de este derecho, como lo son la Guía Legislativa CNUDMI sobre las operaciones garantizadas de 2010 que fue el modelo de la ley colombiana sobre garantías mobiliarias y el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), respectivamente.

Varios sistemas nacionales han introducido reformas legislativas recientes para sistematizar el derecho de retención como son Francia, Holanda y, en el ámbito latinoamericano, es digno de mención el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

En este orden de ideas mencionaremos algunos aspectos en los que el régimen colombiano del derecho de retención puede mejorarse y

actualizarse, en línea con las tendencias que se observan en la actualidad, que se reseñan a título ilustrativo.

El Código Civil holandés de 1992, acogió una noción amplia del derecho de retención y en su sección 3.10.4 (arts. 3:290 – 3:295) estableció un régimen para el derecho de retención. En cuanto a la definición, señala que "Un derecho de retención es el derecho de un acreedor otorgado en situaciones especificadas por la ley, a retener el cumplimiento de su obligación de devolver una cosa mueble o inmueble de su deudor hasta que su acreencia haya sido plenamente satisfecha". Se echa de menos el requisito de la conexión que debe existir entre la obligación garantizada y el bien retenido de suerte que en la ley holandesa la retención procede en todos los casos en que una persona tenga una cosa ajena y se rehúse a devolverla hasta que el acreedor de la restitución a su vez le pague una obligación pendiente. Aunque la definición solo prevé la retención de origen legal, es meritorio que el Código provea una definición que brinde mayor claridad al concepto evitando el excesivo casuismo que ha sido común en los códigos decimonónicos.

En Francia, el artículo 2286 del Code Civil (modificado por la ley 2008776), dispone los casos en los cuales procede la retención:

"Puede servirse de un derecho de retención sobre la cosa:

"1° Aquel al que la cosa se entregó hasta el pago de su deuda;

"2° Aquel cuya deuda no pagada resulta de un contrato que le obliga a entregar;

"3° Aquel cuya reclamación no pagada surgió con motivo de la detención de la cosa;

"4° Aquel que tiene una prenda sin desplazamiento.

"El derecho de retención se pierde por la renuncia [o desposesión] voluntaria".

Nótese que el acreedor prendario tiene el derecho de retención aun sin que haya desplazamiento de la cosa a manos del mismo (o sin desapoderamiento del deudor): no hay tenencia del bien por el retentor (num. 4). Esta novedad puede explicarse en la medida en que permite al acreedor tener una garantía robusta sobre activos que el deudor empresario involucra en su actividad económica.

En apartes anteriores de este capítulo se presentaron las posturas clásicas del derecho francés sobre el derecho de retención, el cual no le reconoce la categoría de garantía real. El código vigente tampoco le atribuye expresamente esa calidad.

La doctrina considera que se trata de una institución jurídica autónoma, le reconoce una importancia funcional como garantía mobiliaria oponible *erga omnes* y una preferencia *de facto* que beneficia al retentor frente a otros acreedores. En el derecho francés se conserva como condición esencial la relación de conexidad entre la obligación garantizada y el bien retenido[107].

En Europa y en el ámbito internacional, es notable la creciente importancia que ha adquirido el derecho de retención como una garantía eficaz, especialmente cuando se ejerce sobre bienes muebles, mercancías, equipos y otros bienes que el garante mantiene en su poder y que utiliza en su actividad económica productora de ingresos.

Aunque el derecho de retención se encuentra consagrado en la mayoría de los códigos europeos, el trabajo académico compilado en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) se encamina a la armonización de los principios de derecho privado europeo incluyendo el derecho que se examina. En su Libro IX sobre garantías mobiliarias lo regula dotándolo de especial fuerza como mecanismo de aseguramiento del crédito[108].

El DCFR reconoce la importancia del derecho de retención y lo regula como mecanismo de garantía sobre bienes muebles en dos supuestos diversos: a) retención de la propiedad o la titularidad sobre el bien, y b) la retención de posesión, los cuales esbozaremos a continuación.

Retención de la propiedad o la titularidad sobre el bien (*retention of ownership devices*, IX.- 1:103). Bajo este supuesto, el propietario puede retener la propiedad de los bienes que se proveen para garantizar una contraprestación debida por dichos bienes.

Derecho de retención de posesión. Si bien el DCFR emplea el término "posesión" y en nuestro sistema, según hemos explicado, el retentor no es un poseedor en estricto sentido, es evidente que aquel sí ostenta el control material de un bien ajeno y con esa aclaración debe entenderse la regla IX.–2:114 que versa sobre dicho "*Right of retention of possession*". Bajo esta modalidad, surge una garantía para quien tiene una cosa ajena y es autorizado por la ley o el contrato para retenerla en garantía de una prestación pendiente, aunque no es explícita la exigencia de una conexión necesaria entre el crédito y la cosa retenida.

[107] Aurore Benadiba, "Le droit de rétention en France et au Québec: une sûreté mobilière fonctionnelle", en *Les cahiers de droit*, vol. 54, núm. 1, marzo 2013, págs. 115-143.

[108] Véase al respecto el interesante estudio de Gómez Calle, *op. cit.*

En ambos escenarios, el acreedor tendrá a su disposición mecanismos judiciales y extrajudiciales de ejecución de la garantía, y así mismo podrá apropiarse del bien retenido, pero en todo caso el DCFR exige que el acreedor actúe en forma comercialmente razonable, observando una conducta de cooperación con el proveedor de la garantía (IX.-7:103). En caso de venta del bien, el acreedor debe procurar un precio comercialmente razonable (IX.-7:212) y además de los deberes mencionados, en caso de apropiación del bien, debe notificar oportunamente dicha intención al deudor y a otros acreedores que tengan derechos sobre el bien retenido (IX.-7:216)

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que unificó las disposiciones del derecho privado en ese país, consagró el derecho de retención en varias disposiciones mediante las cuales se regula esta garantía bajo unos principios generales, corrigiendo el excesivo casuismo y la dispersión normativa de que adolecía la normativa anterior. El derecho colombiano que, como lo hemos anotado, adolece de estas desventajas en el régimen vigente del derecho de retención, en un esfuerzo de sistematización y modernización, puede encontrar en el nuevo Código argentino algunos criterios orientadores que estimamos de enorme utilidad.

A título ilustrativo, citamos las normas en cuestión:

Artículo 2587. "*Legitimación.* Todo acreedor de una obligación cierta y exigible puede conservar en su poder la cosa que debe restituir al deudor, hasta el pago de lo que éste le adeude en razón de la cosa.

"Tiene esa facultad solo quien obtiene la detentación de la cosa por medios que no sean ilícitos. Carece de ella quien la recibe en virtud de una relación contractual a título gratuito, excepto que sea en el interés del otro contratante".

Artículo 2588. "*Cosa retenida.* Toda cosa que esté en el comercio puede ser retenida, siempre que deba restituirse y sea embargable según la legislación pertinente".

Artículo 2589. "*Ejercicio.* El ejercicio de la retención no requiere autorización judicial ni manifestación previa del retenedor. El juez puede autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente".

Artículo 2590. "*Atribuciones del retenedor.* El retenedor tiene derecho a:

"a) ejercer todas las acciones de que dispone para la conservación y percepción de su crédito, y las que protegen su posesión o tenencia con la cosa retenida;

”b) percibir un canon por el depósito, desde que intima al deudor a pagar y a recibir la cosa, con resultado negativo;

”c) percibir los frutos naturales de la cosa retenida, pero no está obligado a hacerlo. Si opta por percibirlos, debe dar aviso al deudor. En este caso, puede disponer de ellos, debiendo imputar su producido en primer término a los intereses del crédito y el excedente al capital”.

Artículo 2591. “*Obligaciones del retenedor.* El retenedor está obligado a:

”a) no usar la cosa retenida, excepto pacto en contrario, en el que se puede determinar los alcances de dicho uso, inclusive en lo relativo a los frutos;

”b) conservar la cosa y efectuar las mejoras necesarias a costa del deudor;

”c) restituir la cosa al concluir la retención y rendir cuentas al deudor de cuanto hubiera percibido en concepto de frutos”.

Artículo 2592. “*Efectos.* La facultad de retención:

”a) se ejerce sobre toda la cosa cualquiera sea la proporción del crédito adeudada al retenedor;

”b) se transmite con el crédito al cual accede;

”c) no impide al deudor el ejercicio de las facultades de administración o disposición de la cosa que le corresponden, pero el retenedor no está obligado a entregarla hasta ser satisfecho su crédito;

”d) no impide el embargo y subasta judicial de la cosa retenida, por otros acreedores o por el propio retenedor. En estos casos, el derecho del retenedor se traslada al precio obtenido en la subasta, con el privilegio correspondiente;

”e) mientras subsiste, interrumpe el curso de la prescripción extintiva del crédito al que accede;

”f) en caso de concurso o quiebra del acreedor de la restitución, la retención queda sujeta a la legislación pertinente”.

Artículo 2593. “*Extinción.* La retención concluye por:

”a) extinción del crédito garantizado;

”b) pérdida total de la cosa retenida;

”c) renuncia;

”d) entrega o abandono voluntario de la cosa. No renace aunque la cosa vuelva su poder;

”e) confusión de las calidades de retenedor y propietario de la cosa, excepto disposición legal en contrario;

”f) falta de cumplimiento de las obligaciones del retenedor o si incurre en abuso de su derecho”.

Es evidente que las normas transcritas condensan muchos de los aspectos que se han planteado en el presente capítulo relativos a los requisitos generales para el ejercicio del derecho de retención, su alcance, las obligaciones de las partes, etc.

Llama la atención el literal f) del artículo 2592 que no resuelve la eficacia del derecho de retención en caso de concurso o quiebra del acreedor de la restitución, es decir, el retentor, sino que se defiere a las leyes especiales de insolvencia. Sin embargo, nada se expresa sobre el concurso o liquidación del deudor propietario del bien retenido. En Colombia, como ya se ha señalado, este problema tan complejo y a la vez tan relevante se reguló en la ley 1676 de 2013 sobre garantías mobiliarias.

En fin, en materia de derecho de retención, es conveniente repensar la forma como se regule en el futuro mediante un sistema unificado y mejor concebido, que solucione los vacíos e incertidumbres que hoy continúan existiendo en nuestra ya veterana legislación civil, pero aprovechando aquellas reglas razonables que la jurisprudencia y la doctrina colombianas han desarrollado bajo la vigencia de los Códigos civil y de Comercio, que han sido esbozadas en el presente capítulo .

## **13.** BIBLIOGRAFÍA

### A) *Legislación y otros instrumentos normativos*

Código Civil colombiano

Código de Comercio colombiano

Código General del Proceso colombiano

Código Civil francés

Código Civil holandés

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

Draft Common Frame of Reference

Uncitral - Guía legislativa sobre operaciones garantizadas, 2010

### B) *Doctrina*

ABELIUK MANASEVICK, RENÉ: *Las obligaciones*, t. II, Bogotá-Santiago, Edit. Temis-Editorial Jurídica de Chile, 2010.

Albaladejo, Manuel: *Derecho civil*, t. ii, Derecho de obligaciones, vol. i, Barcelona, José María Bosch, 2001.

Arean Díaz De Vivar, Beatriz: *Curso de derechos reales*. Privilegios y derecho de retención, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

Barón Mendoza, Ana María y Gutiérrez Darwich María Eugenia: "La prelación de garantías mobiliarias concurrentes sobre un mismo bien bajo la ley 1676 de 2013: una sistematización de las reglas de prelación", trabajo de grado, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2015.

Barros Errázuriz, Alfredo: *Curso de derecho civil*, t. iii, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1932.

Bonilla Sanabria, Fabio Andrés: "El nuevo régimen legal de garantías mobiliarias. Ley 1676 de 2013", en Revist@ e-Mercatoria núm. 42, Sección de Actualidad Jurídica. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

Chacón Hartmann, Édgar: *El derecho de retención*, Tesis, Bogotá, Universidad Javeriana, 1991.

De Gasperi, Luis: *Tratado de derecho civil*, t. iii, De las obligaciones, Parte especial, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964.

De Ruggiero, Roberto: *Instituciones de derecho civil*, t. ii, vol. i, Madrid, Reus, 1944.

Devis Echandía, Hernando: *Tratado de derecho procesal civil*, t. vi, Bogotá, Edit. Temis, 1969.

Espin Canovas, Diego: *Derecho civil español*, t. iii, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1961.

Gómez Calle, Esther: "El derecho de retención sobre bienes muebles. Una garantía en ascenso", en Revista para el Análisis del Derecho, (www.indret.com), Barcelona, octubre 2011

Gómez, José, J.: *Bienes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981.

Gutiérrez y González, Ernesto: *Derecho de las obligaciones*, México, 10ª ed., Edit. Porrúa, 2005.

Lasarte A., Carlos: *Principios de derecho civil*, t. ii, 17ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2013.

Llambias, José Joaquín: *Tratado de derecho civil*, t. i, Obligaciones, Buenos Aires, Editorial Perrot, 2005.

Mazeud, Henri y Léon: *Lecciones de derecho civil*, Parte III, vol. i, Garantías, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

Messineo, Francesco: *Manual de derecho civil y comercial*, t. iv, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

O'Callagham Muñoz, Xavier: *Introducción al derecho y derecho civil patrimonial*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1996.

OCHOA CARVAJAL, RAÚL HUMBERTO: *Bienes*, 8ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2014.

OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO: *Régimen general de las obligaciones*, 6ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 2008.

PEÑA QUIÑONES, ERNESTO: *El derecho de bienes*, Bogotá, Legis, 2006.

PÉREZ VÍVES, ÁLVARO: *Teoría general de las obligaciones*, vol. III, Parte segunda, 4ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2009.

— *Garantías civiles*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1999.

PROVINCIALI, RENZO: *Tratado de derecho de quiebra*, Barcelona, Ediciones Nauta, 1958.

PUIG I FERRIOL, LUIS: *Manual de derecho civil*, t. II, Buenos Aires, Marcial Pons, 2000.

SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO: *Delitos contra el patrimonio económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

TRABUCCHI, ALBERTO: *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.

VALENCIA ZEA, ARTURO: *Derecho civil*, t. II, Derechos reales, 8ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2010.

VALLEJO MEJÍA, JESÚS: *Manual de obligaciones*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1991.

VELÁSQUEZ JARAMILLO, LUIS GUILLERMO: *Bienes*, 13ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2014.

Diccionarios y enciclopedias

Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, Espasa-Calpe, 1994.

Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XXIII, Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Argentina, 1965.

C) *Jurisprudencia*

a) *Corte Suprema de Justicia*

Sala de Casación Civil, sent. de 29 marzo 1924, "G. J.", t. XXX, núm. 1580, págs. 315-318, M. P. Tancredo Nannetti.

Sala de Casación Civil, sent. de 26 mayo 1936, "G. J.", t. XLIV, núms. 1914 y 1915, págs. 51-56, M. P. Antonio Rocha.

Sala de Casación Civil, sent. de 23 septiembre 1938, "G. J.", t. XLVII, núm. 1941, págs. 240- 246, M. P. Juan Francisco Mujica.

Sala de Casación Civil, sent. 27 octubre 1938, "G. J.", t. XLVII, núm. 1942, págs. 307 y ss, M. P. Liborio Escallón.

Sala de Casación Civil, sent. de 6 febrero 1952, "G. J.", t. LXXI, núm. 2110, págs. 78-83, M. P. Pedro Castillo Pineda.

Sala de Casación Civil, sent. de 25 agosto 1953, "G. J.", t. LXXVI, núm. 2133, págs. 83 a 92. M. P. Alfonso Márquez Páez.

Sala de Casación Civil, sent. de 17 agosto 1954, "G. J.", t. LXXVIII, núm. 2145, págs. 333 a 337, M. P. Alberto Zuleta Ángel.

Sala de Casación Civil, sent. de 27 septiembre 1955, "G. J.", t. LXXXI, núms. 2157-2158, págs. 155 a 161 M. P. Luis Felipe Latorre U.

Sala de Casación Civil, sent. de 28 agosto 1958, "G. J.", t. LXXXVIII, núms. 2199-2200, págs. 672 y ss, M. P. Arturo Valencia Zea.

Sala de Casación Civil, sent. de 19 diciembre 1959, "G. J.", t. XCI, núms. 2217-2219, págs. 898 y ss, M. P. Gustavo Fajardo Pinzón.

Sala de Casación Civil, sent. de 12 mayo 1960, "G. J.", t. XCII, núms. 2225-2227, págs. 862 a 867, M. P. José Hernández Arbeláez.

Sala de Casación Civil, sent. de 3 mayo 1961, "G. J.", t. XCV, núm. 2240, págs. 812 a 822, M. P. José Hernández Arbeláez.

Sala de Casación Civil, sent. de 6 mayo 1969, "G. J.", t. CXXX, núms. 2310 a 2312, págs. 78 a 83, M. P. Enrique López De La Pava.

Sala de Casación Civil, sent. de 8 agosto 1972, "G. J.", t. CXLIII, núms. 2358-2363, págs. 38 a 49, M. P. Germán Giraldo Zuluaga.

Sala de Casación Civil, de 26 agosto 1986, "G. J.", t. CLXXXIV, núm. 2423, págs. 199-207, M. P. José Alejandro Bonivento Fernández.

Sala de Casación Civil, de 20 mayo 1987, "G. J.", t. CLXXXVIII, núm. 2427, págs. 237-244, M. P. Rafael Romero Sierra.

Sala de Casación Civil, sent. de 21 julio 1993, "G. J.", t. CCXXV, Primera parte, núm. 2464, págs. 138 y ss., M. P. Carlos Esteban Jaramillo S.

Sala de Casación Civil, sent. S-051 de 17 mayo 1995, exp. 4137, "G. J.", t. CCXXXIV, núm. 2473, M. P. Carlos Esteban Jaramillo S.

Sala de Casación Civil, sent. S-059 de 15 junio 1995, "G. J.", t. CCXXXIV, núm. 2473, págs. 848 y ss., M. P. Rafael Romero Sierra.

Sala de Casación Civil, sent. 24 de 9 abril 1996, exp. 4728, "G. J.", t. CCXL, núm. 2479, págs. 510-521, M. P. Nicolás Bechara Simancas.

Sala de Casación Civil, sent. de 31 marzo 1998, exp. 4674, "G. J.", t. CCLII, núm. 2491, págs. 696-712, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Sala de Casación Civil, sent. 18 agosto 2000, exp. 5519, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, en http://www.lexbasecolombia.net

b) *Referencias secundarias*

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. S-073 de 26 julio 1995, exp. 3881, "G. J.", t. CCXXXVII, núm. 2476, págs. 199-204, M. P. Héctor Marín Naranjo.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. S-132 de 24 julio 2002, exp. 5887, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Laudos arbitrales (Cámara de Comercio de Bogotá)

Instituto de Fomento Algodonero, IFA, vs. Compañía Colombiana de Seguros S.A., 29 de mayo de 1970.

Consorcio de Ingenieros Contratistas Ltda., Condec vs. Instituto de Mercadeo Agropecuario, Idema, 16 de julio de 1974.

Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. vs. Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S. A., Vecol S. A., 19 de marzo de 1993.

Aerolíneas Internacionales y Turismo Representaciones Limitada, Alitur Ltda., vs. Air Aruba Sucursal en Colombia, 18 de noviembre de 1998. Texas Petroleum Company vs. Eduardo A. Escobar Tamayo y María del Rosario Porras do Santos, 28 de mayo de 1999.

Compañía Central de Seguros S. A. y Compañía Central de Seguros de Vida S. A. vs. Maalula Ltda, 31 de agosto de 2000.

Álvaro Orozco Asociados Ltda. vs. Bavaria S. A., de 21 de marzo de 2001. Angelcom S. A. vs. Nortel Networks de Colombia (antes Northern Telecom de Colombia S. A.), 10 de julio de 2001 (retención en garantía).

Total Inversión Inmobiliaria Ltda. vs. The Chase Manhattan Bank, 21 de noviembre de 2001.

Contact Center Americas S. A. vs. Colombia Móvil S. A. ESP, 26 de marzo de 2009.

Doctrina de la Superintendencia de Sociedades

Oficio 220-226554 de 12 diciembre 2014.

Oficio 220-017964 de 24 febrero 2015.

Capítulo XVII

# LAS ACCIONES RECONSTITUTIVAS DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR*

Nicolás Pájaro Moreno**

## 1. Introducción

Las relaciones de crédito son ante todo relaciones de confianza entre acreedor y deudor[1]. La confianza, que es la raíz de la palabra "crédito", es el fundamento básico de nuestro derecho privado, y de toda la organización social.

Está en la esencia de toda relación obligatoria que el acreedor confíe en que su deudor cumplirá con la prestación debida[2]. El derecho patrocina esta confianza y sanciona los actos que la defrauden o pongan en riesgo. Para ello el ordenamiento jurídico ha dotado al acreedor de una serie de acciones, con las que busca que el deudor cumpla las obligaciones a su cargo. La más importante de ellas es la acción ejecutiva, que le da al acreedor el derecho de acudir ante un juez de la República y solicitar la realización de los bienes del deudor, para que se le pague con ellos y se indemnicen los perjuicios a que hubiere lugar.

* http://dx.doi.org/10.15425/2017.191

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Comercial y Magíster en Derecho Privado de la Universidad de los Andes. Profesor de las áreas de Derecho Privado y Procesal de la Universidad de los Andes.

[1] "La idea de la *fides*, evidentemente, es una idea [...] que penetra todo el derecho de obligaciones. Nosotros damos algo esperando recibir una prestación. Tenemos confianza en que esto ocurrirá. La idea de fe, de la *fides*, diría yo que corre a lo largo de todo el Derecho de obligaciones, como el hilo rojo a lo largo de los cables de la Marina de Guerra británica". Joaquín Garrigues, "El crédito en el derecho", en *Temas de derecho vivo*, Madrid, Tecnos, 1978, pág. 282.

[2] "[...] esta confianza que se genera en la operación de crédito tiene fundamento en uno de los principios más fuertes y liminares del tráfico mercantil, el cual se encuentra consagrado entre nosotros bajo la regla de que las obligaciones se contraen para ser cumplidas". Daniel Roque Vítolo, *Elementos del derecho concursal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2007, pág. 33.

Pero el patrimonio del deudor puede llegar a ser insuficiente para satisfacer a sus acreedores: en esos casos, incluso si se llegara a vender la totalidad de sus activos, el producido no alcanzaría para pagar la totalidad de los créditos a su cargo.

A veces esta situación es consecuencia de eventos del mercado, como el comportamiento de las tasas de cambio, la situación política o económica de un país vecino, los hábitos del consumidor, el tránsito de tecnología o la competencia. En otros casos, un evento de la naturaleza, como caso fortuito o fuerza mayor, hacen imposible que el deudor cumpla sus obligaciones. Lo anterior forma parte del riesgo normal de toda relación crediticia que, en caso de materializarse, debe asumir el acreedor.

Pero hay ocasiones en las que la insuficiencia de activos se debe a un comportamiento doloso o negligente del deudor que afectó su patrimonio y su capacidad de pago. En estas situaciones, los acreedores cuentan con remedios jurídicos para reconstituir los bienes que integran el haber del deudor y evitar que dichos actos u omisiones los perjudiquen[3].

Estas acciones, que genéricamente son denominadas "reconstitutivas del patrimonio del deudor", constituyen la materia de este capítulo. En él se hará una breve presentación de los distintos casos en que los acreedores pueden verse afectados por la conducta del deudor, para luego tratar los aspectos fundamentales de cada una de tales acciones: la pauliana o revocatoria, la de simulación y la oblicua o subrogatoria.

[3] "Los efectos de las obligaciones son los distintos medios de que dispone el acreedor, en caso de incumplimiento del deudor, para hacer efectivo su crédito sobre el patrimonio embargable de este, forzándolo a pagar con uno o más bienes corporales o incorporales de su activo, en especie o convertidos en dinero, según el caso. El acreedor puede valerse de varios medios para tal fin, clasificables en tres grupos: 1º Medios de conservación del activo, patrimonial del deudor, 2º Medios de reintegración de dicho activo y 3º Medios de satisfacción del crédito. Son medios de reintegración los siguientes: 1. La acción oblicua, cuyo objeto consiste en que el acreedor, con la autorización del juez, ejerza por el deudor, sustituyéndolo, ciertos derechos a los cuales haya este renunciado, a efecto de que vuelvan al activo patrimonial del insolvente y puedan destinarse a satisfacer el pasivo; 2. La acción pauliana, que se endereza a obtener la revocación de actos reales o verdaderos de empobrecimiento ejecutados por el deudor en fraude y en perjuicio de los derechos del acreedor, y 3. La acción de simulación, mediante la cual se atacan ante la justicia los actos aparentes de empobrecimiento ejecutados por el deudor en perjuicio de los derechos del acreedor". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 julio 1977 (M. P. Ricardo Uribe Holguín), "G. J.", t. CLV, pág. 198.

## 2. El patrimonio como garantía general de los acreedores

### A) *La responsabilidad patrimonial*

De acuerdo con el artículo 2488 del Código Civil[4], el patrimonio de una persona garantiza la totalidad de las obligaciones a su cargo[5]. Quien incumple una obligación da derecho a sus acreedores para que lo ejecuten y se paguen con sus bienes. O, lo que es igual, el incumplimiento faculta a los acreedores para que acudan ante un juez de la República y le soliciten el remate en pública subasta de los activos del deudor, para que les paguen con lo que se obtenga de dicha venta[6].

La responsabilidad patrimonial del deudor, que en la actualidad tiene el rango de un principio general de derecho privado, es el producto de una larga evolución jurídica. En la antigüedad, el derecho de crédito se manifestaba en un lazo físico entre el deudor y su acreedor. El *nexum* del derecho romano arcaico ponía al deudor bajo la potestad de su acreedor, para que este, en caso de incumplimiento, se pagara con su trabajo, o incluso dispusiera de su vida[7].

Solo desde la *Lex Poetelia Papiria* del año 326 a. C.[8], se prohibió a los acreedores disponer de la vida de los *nexi*, dándoles a cambio la posibilidad de solicitar al juez la venta de los bienes del deudor.

El derecho de ejecución del acreedor se concreta en la posibilidad de realizar los activos del deudor para pagar sus obligaciones; el patrimonio de este se convierte así en el supuesto y la medida del derecho

[4] C. C., art. 2488: "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677".

[5] "Este precepto, como bien sabido es, constituye la consolidación de muy antigua y nobilísima evolución del poder de coerción de que el acreedor se encuentra investido evolución que alguien llamó «dulcificación del derecho», y es la expresión de lo que de manera descriptiva se ha denominado como el derecho de garantía general del acreedor en el conjunto de facultades que, en diversa graduación o escala, la ley le confiere en relación con los bienes que integran el patrimonio económico del deudor, entre ellas la más prominente: la ejecución forzada del crédito insatisfecho". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 julio 1993 (M. P. Eduardo García Sarmiento), exp. 3570, "G. J.", t. CCXXV, págs. 26 y ss.

[6] Julia Villanueva, *Privilegios*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, págs. 9-11.

[7] Juan Iglesias, *Derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1957, pág. 371; Alberto Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, Utet, 1993, pág. 411.

[8] "Pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse". Tito Livio, *Ab urbe condita* VII, 28.

de su acreedor. Por tanto, el interés del acreedor se concentra en que el patrimonio del deudor sea suficiente para cubrir el pago de sus deudas, y que así se mantenga.

Ahora bien, el patrimonio del deudor no solo está formado por los bienes y derechos en su favor; es una universalidad jurídica que comprende activos y pasivos, y que se expresa en una relación entre ambos. La situación ideal para los acreedores es que en dicha relación los activos del deudor siempre sean superiores a sus pasivos, para que el patrimonio sea suficiente.

B) *Insolvencia, iliquidez*[9] *y otros detonantes de crisis*

El derecho de ejecución de los acreedores puede verse frustrado porque el deudor se encuentra en dificultades para pagar las obligaciones a su cargo. Con cierta frecuencia estas dificultades se materializan en que el deudor se encuentra en condiciones de insolvencia. Si bien "insolvencia" es un término genérico[10] que reúne distintos grados de crisis, que se manifiestan en una multiplicidad de indicadores[11], también se usa en un sentido específico para denotar un desequilibrio patrimonial, es decir, un estado en que los activos del deudor no son suficientes para cubrir el monto de sus pasivos[12]. En esos casos, ni siquiera si se llegase a vender la totalidad de sus bienes, se podría pagar a todos sus acreedores.

Por su parte, denominamos "iliquidez" al estado en que a pesar de que los activos del deudor son suficientes para cubrir sus pasivos, no es fácil convertirlos en dinero, para pagar a los acreedores. A pesar de que las situaciones de iliquidez no son tan radicales como las de insolvencia en sentido estricto, no por ello son menos preocupantes: piénsese por ejemplo en la situación de una compañía que se dedica a vender

[9] Véase GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ, "Insolvencia: evolución de un concepto", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 34, vol. XVII, Bogotá, Universidad de los Andes, junio de 2005, págs. 27-54.

[10] FRANCESCO GALGANO, *Derecho comercial*, t. I, Trad. de Jorge Guerrero, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1999, págs. 187 y ss.; RAÚL CERVANTES AHUMADA, *Derecho de quiebras*, México, Porrúa, 1978, pág. 34.

[11] Algunos de estos indicadores de insolvencia son usualmente incorporados en la legislación concursal, como causales de iniciación de un proceso o de liquidación, bajo diversidad de nombres: incumplimiento, cesación de pagos, incapacidad de pago inminente, entre otros.

[12] RODRÍGUEZ ESPITIA, *Nuevo régimen de insolvencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 118 y ss.

productos informáticos o de comunicaciones, cuyo principal activo son inventarios de equipos con una tecnología con alto grado de obsolescencia.

Si bien son algunos de los supuestos más frecuentes, debemos resaltar que "insolvencia" e "iliquidez" no son los únicos indicadores que pueden generar situaciones de crisis o de dificultades para el pago cumplido de las obligaciones del deudor. En efecto, se trata de conceptos estáticos, basados en el estado de la contabilidad del deudor en un momento determinado (y por ello algunos los llaman una insolvencia de balance o *balance-sheet insolvency*), que no resultan adecuados para mirar una situación cambiante en el tiempo.

Así, por ejemplo, en algunas situaciones los activos del deudor pueden parecer suficientes para responder por sus deudas. Sin embargo, puede que en el futuro no alcancen a cubrirlas cuando estas hayan madurado (caso en el cual se habla de una insolvencia de flujo de caja o *cash-flow insolvency*); o puede que el negocio funcione en condiciones de estabilidad, pero no asegure que pueda superar contingencias del mercado o de la competencia (caso en el cual puede generar una insolvencia por disminución de activos, o *low-capital insolvency*)[13].

Por supuesto, las dificultades del deudor pueden ir incluso más allá de lo estrictamente jurídico o contable, y tener su origen en dinámicas económicas. Así, pueden tener su origen en fallas en el modelo de negocios del deudor, en su organización interna, en la estructura societaria y administrativa, o en la disponibilidad, confiabilidad o idoneidad de la información que le sirve de base para la celebración de negocios y la toma de decisiones.

C) *Actos que deterioran el patrimonio del deudor*

Cualquiera de las situaciones explicadas arriba puede tener causas que dependen del deudor o que son externas a él. Pueden deberse a fenómenos de la economía mundial o local que intervienen negativamente en el balance del deudor; a un caso fortuito o fuerza mayor que genera pérdidas inesperadas; a cambios en la regulación legal, que generan una situación irresistible o imprevisible con consecuencias negativas para la solvencia del deudor o sobre el equilibrio económico del negocio que se empezó. Pero en ocasiones la insolvencia, la iliquidez, o la situación de crisis del deudor son causadas por actos del deudor que

[13] Sabin Willett, "The Shallows of Deepening Insolvency", en *60 Bus. Law* 549 2004-2005, pág. 552.

deterioran su patrimonio. Estas son las situaciones que nos interesan para efectos del presente capítulo.

Por el hecho de tener obligaciones a su cargo, el deudor no pierde libertad para disponer de los bienes que integran su patrimonio, para adelantar acciones judiciales o para renunciar a derechos. Sin embargo, dicha libertad no es absoluta, sino que debe ser ejercida con diligencia y lealtad frente a sus acreedores[14]. Como todos los derechos y libertades, el poder de disposición del deudor sobre su patrimonio tiene como límite los derechos ajenos[15].

Con esta premisa debe analizarse un buen número de actos y negocios jurídicos del deudor, cuando con ello se afecta su solvencia o su liquidez. A continuación analizaremos algunos de estos actos.

[14] "Obvio que legítimo derecho asiste al acreedor de velar por que su crédito sea pagado; por lo que estará siempre atento a que el deudor tenga con qué hacerlo. Y sin pretender reanudar controversias que se antojan hoy superadas en torno al fundamento, contenido y alcance del modo como ejercerá ese poder de vigilancia, el caso es que tendrá puesta la mirada en el patrimonio del deudor, su única prenda general de garantía desde cuando, en una evidente humanización del derecho, el sujeto obligado dejó de responder con su propia persona. Cierto que no podrá exigir, ni entender que a ello se compromete un deudor, una administración exitosa o próspera de sus negocios; tampoco podrá restringir su libertad contractual para obrar conforme a sus designios. Pero, eso sí, le cabrá interés en que esa administración sea cuando menos diligente y leal. De modo de pensar que cuando así no se conduce el deudor, dispone el acreedor de herramientas varias para proteger su crédito y evitar que se hunda en lo ilusorio". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 21 junio 2005 (M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez), exp. 01758.

[15] La teoría del "abuso del derecho" fue desarrollada por la jurisprudencia nacional a partir del art. 1002 del C. C. Véase, entre otras, la sent. de la C. S. de J., Sala de Negocios Generales, de 6 septiembre 1935 (M. P. Eleuterio Serna), "G. J.", t. XLII, págs. 586-606. Posteriormente, este principio general del derecho fue consagrado positivamente en el C. de Co. de 1971 (art. 830) y como obligación de todo ciudadano, de acuerdo con el art. 95, num. 1, de la Const. Pol. de Colombia.

Respecto de la libertad de disposición que tiene toda persona sobre los derechos propios, el art. 15 parte del mismo principio al consagrar que se puede renunciar a los derechos con tal que únicamente miren al interés particular de quien renuncia.

Así mismo, la Corte Constitucional ha matizado en gran medida las facultades que le corresponden a los distintos sujetos de derecho en ejercicio del derecho de propiedad, tal como se muestra en la sent. C-595 de 1999 (M. P. Carlos Gaviria Díaz), en la cual se declaró inexequible la expresión "arbitrariamente", contenida en el art. 669 del C. C., por considerar que la propiedad y los derechos civiles, de acuerdo con la Constitución Política, tienen una función social. Parte de esa función se materializa en la protección del derecho de crédito para evitar que el incumplimiento de las obligaciones de uno no afecte la estabilidad de la economía.

a) *Actos del deudor que comprometen su solvencia.* El deudor, mediante distintos actos o negocios jurídicos, puede afectar la relación que existe entre sus activos y las obligaciones que han sido respaldadas con ellos. Se trata de operaciones que comprometen su capacidad de pago, bajo alguna de las cuatro modalidades siguientes:

| *Actos que afectan el activo* | *Actos que afectan el pasivo* |
|---|---|
| • Disminución del activo<br>• Ausencia de un aumento del activo | • Aumento del pasivo<br>• Ausencia de una disminución del pasivo |

A continuación se expondrán con todo detalle en qué consisten y de qué manera se afecta el patrimonio del deudor con ellas.

a') *Actos que implican disminución del activo.* Son los actos y negocios por medio de los cuales el deudor retira un bien o un derecho de su activo.

Dentro de esta categoría incluimos los actos en los que un activo es extraido del patrimonio del deudor sin que se reciba ninguna contraprestación a cambio. Ejemplo de ello son las donaciones, las remisiones de deuda y en general todos los actos a título gratuito que pueda realizar el deudor para desprenderse de bienes de su patrimonio.

También caben dentro de este grupo los actos de enajenación de activos a título oneroso. Si bien en estos casos el deudor recibe una contraprestación a cambio del activo, es probable que ella no reponga la garantía que el activo representaba para los acreedores. Algunas de las razones por las que esto puede ocurrir son:

• Porque la prestación recibida como contrapartida fue muy inferior al valor del bien enajenado.

• Porque nunca hubo una contraprestación, sino que esta fue simulada.

• Porque se enajenó un activo fijo por caja o por activos corrientes, y estos se diluyeron fácilmente en la actividad cotidiana del deudor.

• Porque los bienes restantes en el patrimonio del deudor perdieron valor a raíz de la enajenación separada de otros bienes necesarios para su productividad.

• Porque la enajenación tuvo como fin el pago de una deuda en perjuicio de otros acreedores con mejor derecho.

También comprendemos en esta categoría algunos actos procesales de carácter dispositivo, como conciliaciones y allanamientos, que conduzcan a la pérdida de un activo.

En fin, incluimos en este grupo los actos de transferencia de activos para servir de garantía a terceros, como en el caso de la constitución de hipotecas, garantías mobiliarias, fiducias en garantía.

b') *Actos que impiden un aumento en el activo.* Dentro de este grupo incluimos todos los actos, fundamentalmente las acciones o actuaciones que el deudor podía ejercer para acrecer su patrimonio con nuevos bienes y no ejerció. Es el caso de quien no ejerce la acción de petición de herencia, quien no demanda la pertenencia de un bien, por haber operado la prescripción adquisitiva del dominio, o quien no acepta una donación.

c') *Actos que implican un aumento del pasivo.* En este grupo están los actos que inciden en el lado pasivo del patrimonio del deudor, desmejorando su situación global. Este tipo de actos ordinariamente consisten en contraer nuevas obligaciones a cargo del deudor, mediante la celebración de contratos de ejecución instantánea, o de tracto sucesivo que impongan prestaciones periódicas. También incluimos entre los actos de este tipo el hecho de actuar como codeudor solidario, fiador, avalista o garante de obligaciones de terceros. En fin, quien simula haber contraído una obligación también aumenta su pasivo frente a terceros, aunque en principio sea solo en apariencia.

d') *Actos que impiden una disminución en el pasivo.* Dentro de este grupo encuadramos todos los actos y omisiones del deudor, con los cuales, deliberadamente o por negligencia, pierde una oportunidad para reducir su nivel de endeudamiento y mejorar su situación global. En este caso está quien no alega una prescripción extintiva, una nulidad relativa o una compensación[16], o cualquier otro tipo de excepción para oponerse a las pretensiones de su demandante, como la de nulidad, ineficacia o inoponibilidad del título, o algún medio de extinción de la obligación reclamada. Así mismo, aquí también queda comprendida la situación del deudor que pierde sus derechos de propiedad industrial porque, por ejemplo, no se opone al registro de una marca, o deja vulgarizar sus signos distintivos.

b) *Actos del deudor que comprometen su liquidez.* Además de los casos expuestos, existe otro tipo de situaciones en que el deudor no afecta la cantidad de activos y pasivos que integran su patrimonio, sino que

[16] De acuerdo con el art. 306 del C. de P. C., estos tres casos son excepciones "propias" que deben ser alegadas por el demandado y no pueden ser reconocidas de oficio por el juez.

hace difícil la realización de dichos bienes, sea porque impiden u obstaculizan su comercialización, o los hacen poco atractivos para la compra, reduciendo su valor comercial. Ejemplos de este tipo de actos son:

• *La celebración de contratos de arrendamiento sobre bienes del deudor*. El arrendatario tiene derecho a que se le respete dicha condición mientras se encuentre vigente el contrato, y pone trabas al uso, goce y disposición de quien pretenda adquirir el bien en el proceso ejecutivo.

• *El aporte de bienes a una sociedad*. Después de haberse aportado, los bienes se transfieren a la sociedad, y el deudor adquiere la propiedad sobre unos derechos de participación sobre el capital social. Sin embargo, los derechos adquiridos en la sociedad pueden llegar a ser mucho menos líquidos que los activos aportados, en especial cuando en los estatutos de la compañía se ha pactado derecho de preferencia u otras figuras que dificulten la realización de la participación en el capital social.

• *La celebración de pactos de indivisión*. Cuando los varios condueños de un bien acuerdan no dividirlo, dicho pacto impide que cualquiera de ellos solicite judicialmente su partición. Dicha imposibilidad hace difícil realizar los derechos que el deudor condueño pueda tener sobre dicho bien.

• *La constitución de cauciones personales o reales para cubrir obligaciones de terceros*. En principio, por el solo hecho de constituir una garantía real o personal no se altera la propiedad sobre los bienes, que sigue siendo del deudor. Pero en caso de verificarse la situación que se quiere cubrir, los bienes quedarán afectos al derecho de persecución de los acreedores del tercero y pueden representar una pérdida en el activo del deudor.

• *La constitución de un patrimonio de familia inembargable*[17]*, o la afectación a vivienda familiar*[18] *de un inmueble del deudor*. Se trata de mecanismos para proteger un bien inmueble destinado a la habitación de la familia, impidiendo que los acreedores lo persigan para pagarse con el producto de dicho bien[19].

[17] Ley 70 de 1931.

[18] Leyes 258 de 1996 y 854 de 2003.

[19] Sobre este punto es importante precisar que la afectación a vivienda familiar no es oponible a los acreedores que tengan créditos contra el deudor con anterioridad a la inscripción de la medida en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (ley 258 de 1996, art. 5º). En estos casos, los mencionados acreedores pueden demandar la ejecución

• *La constitución de fiducias y patrimonios autónomos con bienes del deudor*. En este caso, el deudor transfiere la propiedad de dichos bienes a un patrimonio autónomo administrado por una fiduciaria, para destinarlo a los fines estipulados en el contrato de fiducia[20].

c) *Actos del deudor que alteran el orden de prelación de pagos o la par conditio creditorum.* Mención especial merecen aquellos actos del deudor que tienen como propósito o efecto alterar las condiciones en que se pagarían los créditos a los distintos acreedores del deudor. En caso de un eventual concurso de acreedores (concordato, negociación de acuerdos recuperatorios, o liquidaciones) el ordenamiento jurídico exige que las distintas obligaciones se paguen dando prelación a ciertos acreedores sobre otros. Las reglas de prelación de créditos buscan asegurar que, en caso de que los activos del deudor sean insuficientes para atender a todos sus acreedores, los recursos existentes se destinen, por lo menos, a satisfacer a aquellos que para el legislador tienen mayor importancia; prelación que en algunos casos tiene incluso rango constitucional o internacional, como en el caso de los niños[21], los trabajadores y los pensionados[22], cuyos créditos tienen protección por normas de rango legal, constitucional y por instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Así las cosas, el deudor puede trastocar el orden de prelación de créditos y afectar de esa forma a sus acreedores. Por ejemplo, siendo

---

y pedir el remate de dicho bien demostrando únicamente que su crédito es anterior a la operación a la fecha que aparece en el certificado de tradición y libertad.

[20] Véase C. de Co., art. 1238 y las anotaciones que sobre él se hacen en la circular básica jurídica (circular externa 7 de 1996) de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia), tít. V, cap. 1º, num. 4.

[21] Const. Pol., art. 44, inc. 3º: "Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás", disposición desarrollada además en la ley 1098 de 2006, art. 134: "Prelación de los créditos por alimentos. Los créditos por alimentos a favor de los niños, las niñas y los adolescentes gozan de prelación sobre todos los demás".

Ver también la sentencia de la Corte Constitucional C-092 de 2002 (M. P. Jaime Araújo Rentería), que desarrolló la prelación constitucional de los créditos alimentarios a favor de los niños y sirvió de antecedente inmediato a la citada disposición del Código de la Infancia y la Adolescencia.

[22] Ley 50 de 1990, art. 36; Ley 100 de 1993, arts. 126 y 270; Convenio 95 de la OIT de 1949, sobre protección del salario, aprobado mediante la ley 54 de 1962 y ratificado en 1963, mediante la ley, art. 11, norma esta que ha sido reconocida dentro del bloque de constitucionalidad (sent. SU-995 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz), tesis reiterada, entre otras, en el fallo C-401 de 2005 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

insuficientes los activos del deudor para cubrir la totalidad de sus obligaciones, este decide celebrar daciones en pago para satisfacer a entidades financieras titulares de créditos quirografarios; o mejora la naturaleza de sus acreencias a través de la celebración de diversos contratos de garantía mobiliaria. En estos casos, podrían perjudicarse las posibilidades reales que otros acreedores podrían tener para satisfacer su crédito, como los proveedores estratégicos del deudor (que de acuerdo con la ley 1116 de 2006 pertenecen a la cuarta clase).

d) *Actos del deudor que cambian sus condiciones de operación.* Finalmente, dedicaremos unas líneas a otro tipo de actos que, si bien no varían directamente la composición del patrimonio del deudor, pueden llegar a representar dificultades en su operación. Este tipo de actuaciones pueden llevar, en un plazo no muy largo, a la inviabilidad de la empresa, o a su pérdida de competitividad en el mercado, e inducir a una crisis que afectará a los acreedores.

Por poner tan sólo algunos ejemplos, a este grupo de actos pertenecen las reformas estatutarias de una compañía que varíen las condiciones de su funcionamiento, como la forma en que se realiza la distribución de utilidades, la composición del patrimonio social (piénsese en una disminución del capital social) o incluso el modelo de responsabilidad de los socios o accionistas (cuando se transforma una sociedad que ofrece responsabilidad solidaria e ilimitada a una sociedad por acciones). En el ámbito societario también podemos encontrar la celebración de pactos de socios o acuerdos entre accionistas que vayan en desmedro de los intereses de alguno de los socios o accionistas partes; o las decisiones sociales que cambien sustancialmente el modelo de negocios de la compañía, en desmedro de su productividad.

Podría también citarse la enajenación de activos importantes para el desarrollo de la actividad económica del empresario; si bien este tipo de actos pueden no tener repercusiones inmediatas en la composición del patrimonio del deudor, porque, por ejemplo, el activo se vendió por un precio justo o incluso por un valor superior, pueden comprometer la operación futura de la compañía. Así, por ejemplo, la venta de una marca de gran recordación, reputación y participación en el mercado puede traer como consecuencia que el empresario deba dedicar esfuerzos importantes y costosos en crear un nuevo signo distintivo con características similares.

## 3. La acción pauliana

La primera de las acciones que estudiaremos es la denominada *acción pauliana*[23]. Con ella se busca reconstituir el patrimonio del deudor cuando este ejecutó un acto a sabiendas de que con ello perjudicaría su patrimonio y ocasionaría perjuicio a sus acreedores.

Partamos de un ejemplo: dos sujetos celebraron un contrato de mutuo. Para entonces, el acreedor averiguó qué bienes integraban el patrimonio de su deudor, para saber qué perseguir en caso de que este llegara a incumplir, y descubrió que su activo más importante era un inmueble en Bogotá.

Llegado el día pactado para el pago de la obligación, el deudor no paga. Antes de iniciar la ejecución, el acreedor concurre a la oficina de registro de instrumentos públicos para obtener los datos del inmueble, y se entera que un par de semanas antes el deudor lo transfirió a un tercero y como consecuencia de ello, los activos que quedan en el patrimonio del deudor son insuficientes para pagar el crédito incumplido.

El acreedor en este caso puede iniciar una acción pauliana para revocar el acto realizado por el deudor, que el bien regrese a su patrimonio y poder perseguirlo así mediante un proceso ejecutivo.

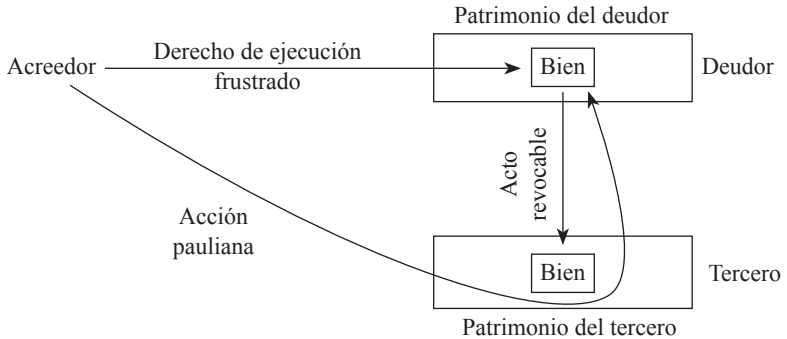


Figura 1. Supuesto de acción pauliana

[23] La "acción pauliana" toma su nombre del jurisconsulto PAULO, a quien se atribuye su creación (véase D. 22.1.38.4, PAULUS: "[...] [actio] Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur"). Sobre esto existen debates en la doctrina, que considera que dicho nombre no es original, sino una interpolación. En la fórmula de la acción pauliana se unifican dos remedios que el pretor había concedido para ser ejercidos separadamente: el *interdictum fraudatorium*, dirigido contra el tercero, para que restituya lo que ha recibido del deudor con ánimo de defraudar a su acreedor; y una *restitutio in integrum*, dirigida contra el deudor, para volver las cosas al estado anterior antes de realizarse el remate de los bienes del deudor, o *bonorum venditio*. Véase IGLESIAS, *op. cit*., pág. 216; BURDESE, *op. cit*., pág. 121.

A continuación estudiaremos cada uno de los requisitos de procedencia de la acción pauliana. En primer lugar, se analizará quiénes son los titulares de la acción, es decir, los sujetos que pueden ejercerla. En segundo lugar, estudiaremos qué clase de actos pueden ser revocados por medio de ella. A continuación, analizaremos los elementos necesarios para que ella proceda. Por último, realizaremos algunas consideraciones sobre la naturaleza y efectos de la acción pauliana.

A) *Naturaleza de la acción pauliana*

De acuerdo con el artículo 2491 del Código Civil, mediante la acción pauliana el acreedor puede pedir que se rescindan los actos del deudor que le ocasionen un perjuicio y que hayan sido otorgados de mala fe. Así pues, podemos extraer algunas de sus características más importantes[24]:

• Es una acción *declarativa*. Busca que el juez revoque el acto demandado y que, en consecuencia, los bienes que se hubieren transferido regresen al patrimonio del deudor. La acción pauliana no busca ejecutar al deudor, ni realizar sus bienes; para ello se encuentra instituida la acción ejecutiva.

• Es una acción *patrimonial*. Como todos los derechos y acciones de esa clase, es renunciable, transferible, transmisible y prescriptible.

• Su objeto es el *restablecimiento del patrimonio del deudor como garantía de un derecho de crédito*. Una vez revocado el negocio jurídico atacado mediante la acción pauliana, deben hacerse las restituciones mutuas a que haya lugar, es decir, la restitución de las cosas al estado anterior, como forma de restablecimiento del patrimonio del deudor.

No es, entonces, una acción estrictamente conservativa[25], pues no pretende evitar que el deudor disponga de un bien o que lo dañe. Por el

[24] Sobre este punto hemos tomado como punto de referencia a Luis Alberto Porcelli, *Régimen falencial y acción pauliana*, Buenos Aires, La Ley, 2001, págs. 68 y ss.; René Ramos Pazos, *De las obligaciones, Santiago de Chile*, Editorial Jurídica de Chile, 1999, págs. 316 y ss.; Álvaro Isaza Upegui, "Las acciones revocatorias en el nuevo régimen concursal", en *Evolución del derecho comercial*, Medellín, Diké, 1997, págs. 218 y ss.

[25] Esta es la posición que ha asumido la C. S. de J. en sents. de 13 noviembre 1968 (M. P. Flavio Cabrera Dussan), "G. J.", t. cxxiv, págs. 369-376; y 14 marzo 1984 (M. P. Alberto Ospina Botero), "G. J.", t. clxxvi, págs. 85-102. En contra, Porcelli, *op. cit*., pág. 69; Isaza Upegui, *op. cit.*, pág. 219; Diez-Picazo, *op. cit*., pág. 743. Estos autores consideran que se trata de una acción conservativa porque busca la conservación del patrimonio como garantía general de los acreedores; en esta medida, la acción pauliana no tiene una función ejecutiva. Si bien no disentimos en el fondo de los argumentos

contrario, con ella se busca que se vuelva a configurar el patrimonio del deudor que se había desarticulado con el acto revocable.

• Se ejerce de manera *autónoma*, y por tanto, independiente de otras acciones, como la de simulación o la de nulidad[26], y no está condicionada a lo que se pruebe o se decida en ningún otro proceso.

• El acreedor ejerce dicha acción de manera *directa*, y no por cuenta del deudor.

• Es una acción *personal*. Su objeto versa sobre un acto jurídico del deudor, y no busca perseguir un bien en manos de quien se encuentre[27]. Con ella, el acreedor busca hacer efectivo un derecho personal accesorio a su derecho de crédito y no un derecho real.

En consecuencia, es necesario que el acreedor pruebe que los demandados (deudor, tercero y, según el caso, subadquirentes) no actuaron de buena fe en la celebración del negocio. Esta es una condición personal, y no puede predicarse de sus causahabientes, a menos que a ellos también se les logre demostrar que obraron, a su turno, de mala fe[28].

• Ya en cuanto a los efectos de la sentencia que declara la revocatoria en una acción pauliana, nuestra jurisprudencia ha tenido una evolución consistente, que resulta de las numerosas sentencias que existen sobre el tema[29].

---

planteados, consideramos más preciso hablar de una función de restablecimiento, pues más que conservar el estado del patrimonio su función consiste en restaurarlo a un estado anterior al acto revocable.

[26] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 agosto 1964 (M. P. Enrique Coral Velasco), "G. J.", t. CVIII, págs. 182-194.

[27] "La acción aludida no tiene por resultado hacer reconocer un derecho de propiedad en favor de quien la ejerce, ni tampoco en favor del deudor demandado, sino solamente, apoyándose en la inoponibilidad a aquel del negocio de disposición fraudulenta cuya revocación reclama, permitirle perseguir el bien o derecho que pasó a formar parte del patrimonio de un tercero y ejecutarlo hasta que se satisfaga el importe de su crédito". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 28 julio 1991 (M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss), "G. J.", t. CCVIII, pág. 548.

[28] JORGE MOSSET ITURRASPE, *Contratos simulados y fraudulentos*, t. II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, pág. 249.

[29] Entre otras, véanse C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 26 agosto 1938 (M. P. Liborio Escallón), "G. J.", t. XLVII, págs. 61-67; 15 febrero 1940 (M. P. Liborio Escallón), "G. J.", t. XLIX, págs. 94-104; 17 abril 1951 (M. P. Manuel José Vargas), "G. J.", t. LXIX, págs. 528-539; 13 agosto 1964 (M. P. Enrique Coral Velasco), "G. J.", t. CVIII, págs. 182-194; 22 agosto 1967 (M. P. Gustavo Fajardo Pinzón), "G. J.", t. CXIX, págs. 191 y ss.; 13 noviembre 1968 (M. P. Flavio Cabrera Dussan), "G. J.", t. CXXIV, págs. 369376; y 14 marzo 1984 (M. P. Alberto Ospina Botero), "G. J.", t. CLXXVI, págs. 85-102.

Los artículos 2490 y 2491 del Código Civil se refieren a la acción pauliana como si se tratara de una nulidad. Hasta principios de siglo XX, la Corte Suprema de Justicia acogió esta postura[30]. Los actos revocados mediante una acción pauliana eran declarados absolutamente nulos por objeto o causa ilícitos y, en consecuencia, el acto se extingue y las cosas debían ser restituidas al estado anterior, como si nunca se hubiese celebrado[31].

Subrayamos al respecto que la nulidad beneficia a todos los acreedores y no solo al demandante. Una vez declarada, todos los bienes comprendidos en el acto nulo regresan al patrimonio del deudor, y si el valor de estos supera el del crédito reclamado, el saldo queda en los activos del deudor y podrá ser perseguido por cualquier otro acreedor, aunque no haya participado de la acción pauliana.

En sentencia de 26 de agosto de 1938[32] la Corte Suprema de Justicia rectificó la anterior postura. Consideró que, aunque en el Código Civil se hable de nulidad, la verdadera naturaleza de la acción pauliana es de *inoponibilidad*. En virtud de esta sanción, el acreedor está facultado para desconocer el contenido del acto demandado y perseguirlo como si aún fuera de propiedad del deudor.

A diferencia de la nulidad, la *inoponibilidad* únicamente favorece al acreedor o acreedores que hayan ejercido la acción pauliana. Frente a los demás acreedores, el acto mantendrá su eficacia y la revocatoria no redundará en provecho de ellos. Por tanto, si queda un saldo después de la ejecución del crédito del demandante, este no volverá al patrimonio del deudor, sino que permanecerá en el del tercero.

B) *Titulares de la acción pauliana*

La acción pauliana puede ser ejercida por los acreedores que se vean afectados con un acto revocable del deudor. Si bien el artículo 2491

[30] Véase, por ejemplo, C. S. de J., sent. de 30 agosto 1924 (M. P. Juan N. Méndez), "G. J.", t. XXXI, págs. 104-105.

[31] C. C., art. 1746.

[32] C. S. de J., sent. de 26 agosto 1938 (M. P. Liborio Escallón), "G. J.", t. XLVII, págs. 61-67: "Cabe advertir aquí, que aunque el Código se vale de la palabra nulidad, esta expresión no es técnicamente jurídica, pues en rigor lo que ocurre es inoponibilidad [*sic*] del contrato serio contra el derecho del tercero que con esa acción se defiende del daño en referencia. [...] En el ejercicio de la acción pauliana el tercero invoca y busca la inoponibilidad que contra él tiene el acto de su deudor". En el mismo sentido, veánse sents.15 febrero 1940 y 13 agosto 1964.

del Código Civil se refiere en términos generales a "los acreedores", la jurisprudencia y la doctrina han interpretado de manera unánime que no se trata de cualquier acreedor; quien solicite la revocatoria debe reunir dos condiciones de legitimación en la causa y de interés para obrar, que explicamos a continuación.

a) *Legitimación en la causa. El acreedor debe ser anterior al acto revocable*. La acción pauliana busca ante todo restablecer el patrimonio del deudor, en la medida en que este constituye la garantía general para pagar a sus acreedores. Pero a dicho restablecimiento únicamente tienen derecho los acreedores que habían adquirido el crédito contra el deudor antes de celebrarse el acto revocable[33].

Por tanto, son acreedores legitimados aquellos que, para el momento en que se realizó el acto revocable, tenían contra el deudor un derecho de crédito existente. Dentro de este grupo no solo se encuentran los acreedores de obligaciones que a la fecha del acto fueran ya exigibles, sino también los de aquellas que se encontraran sometidas a plazo pendiente.

No están legitimados para intentar la acción pauliana aquellos acreedores que carezcan de un crédito anterior al acto demandado. Es el caso de los acreedores cuyo crédito estuviere sujeto a condición suspensiva pendiente[34]: antes de cumplirse la condición, no existe un crédito consolidado a su favor, sino una simple expectativa de crédito. La ley solamente faculta a los acreedores condicionales para intentar algunas medidas para preservar el patrimonio del deudor[35]; sin embargo, la acción pauliana no es una medida conservativa que permita proteger su expectativa de crédito, sino una acción de carácter reconstitutivo, que solo tiene sentido cuando se conecta con la ejecución de un crédito a cargo de deudor[36].

Así, el heredero no está legitimado para demandar la revocatoria de los actos que en vida celebre su causante. El heredero únicamente ad-

[33] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 22 agosto 1967 (M. P. Gustavo Fajardo Pinzón), "G. J.", t. CXIX, págs. 191 y ss.

[34] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 marzo 1984 (M. P. Alberto Ospina Botero), "G. J.", t. CLXXVI, págs. 85-102.

[35] Véase, por ejemplo, C. C., art. 1549.

[36] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 13 noviembre 1968 (M. P. Flavio Cabrera Dussan), "G. J.", t. CXXIV, págs. 369-376; y 14 marzo 1984 (M. P. Alberto Ospina Botero), "G. J.", t. CLXXVI, págs. 85-102.

quiere la condición de acreedor a la muerte de este último[37]. En el mismo sentido, el cónyuge no tiene legitimación para iniciar la acción pauliana, pues la acción pauliana solo puede ser ejercida por los acreedores de derechos ciertos e indiscutidos, y el hecho de ser cónyuge no cumple con dicha condición[38].

Presentadas las anteriores premisas, vale la pena mencionar un caso límite: ¿puede un acreedor ejercer la acción pauliana contra el acto que dio origen a su crédito? La jurisprudencia estudió el caso con ocasión de una demanda propuesta por un abogado contra un contrato de transacción de cuya existencia dependía el reconocimiento de sus honorarios. En ese caso consideró la Corte que "*un acreedor no está legitimado para ejercer la acción pauliana contra el acto genético de su crédito, en cuanto la revocatoria dejaría sin efectos el acto fraudulento, asimismo el crédito del demandante y ello llevaría a un contrasentido mayúsculo, pues se aniquilaría el derecho crediticio cuya protección en principio se busca y que lo legitima para instaurar la acción*"[39].

b) *Interés para obrar. La revocatoria del acto debe mejorar la situación de su crédito*. El acreedor que demande en acción pauliana a su deudor debe tener un interés serio y actual para obrar[40]. La revocatoria debe beneficiar efectivamente al acreedor que la solicita, y ello solo ocurre cuando el acto revocable generó o aumentó la insolvencia del deudor e hizo imposible cobrar el crédito[41].

[37] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 22 agosto 1967 (M. P. Gustavo Fajardo Pinzón), "G. J.", t. CXIX, págs. 191 y ss.

[38] "[...] como el título de cónyuge no habilita el ejercicio de la acción pauliana, así en vida de los cónyuges existan actuaciones inequívocamente dirigidas a disolver la sociedad conyugal, ninguna disposición de carácter sustancial pudo haberse vulnerado, dado que la disolución de dicha sociedad lo que genera son simples expectativas, es decir, derechos inciertos y discutidos. Con relación a la sociedad conyugal, la eventualidad, por lo tanto, de ser acreedor uno cualquiera de los cónyuges, elimina la posibilidad de situarlos en la misma circunstancias de los titulares de derechos ciertos e indiscutidos, preexistentes al momento del negocio jurídico que se impugna, porque como quedó anotado, tales requisitos son esenciales para medir el alcance de la revocación, pues solo tiene lugar «hasta concurrencia de sus créditos»". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 octubre 2004 (M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar), exp. 0065.

[39] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 de octubre de 2010 (M. P. William Namén Vargas), exp. 11001-3101-003-2001-00855-01.

[40] La jurisprudencia ha reconocido que los acreedores tienen interés para reclamar la revocatoria de los actos del deudor desde 1924. Véasse C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 28 mayo 1935 (M. P. Ricardo Hinestrosa Daza), "G. J.", t. XLII, págs. 24-27; y 15 julio 1938 (M. P. Juan Francisco Mújica), "G. J.", t. XLVII, págs. 68-77.

[41] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 agosto 1938 (M. P. Liborio Escallón), "G. J.", t. XLVII, págs. 61-67.

En esta medida, no pueden intentar la acción pauliana los acreedores que no vayan a reportar ningún beneficio de la revocatoria. Por ejemplo, el acreedor no tiene interés para obrar cuando el saldo de los activos después del acto revocable es suficiente para pagar el crédito. Tampoco se puede demandar en acción pauliana cuando el acto revocable versó sobre bienes que no podían ser objeto de ejecución forzada por el acreedor, como los bienes inembargables descritos en el artículo 1677 del Código Civil.

C) *Actos revocables*

Son revocables todos los actos jurídicos de contenido patrimonial que el deudor realice sobre sus bienes. A continuación explicaremos lo anterior con más profundidad:

• Se trata de *actos*, es decir, conductas positivas del deudor que disminuyen el valor de su patrimonio, como la celebración de un contrato, una donación o la condonación de una deuda.

• No pueden atacarse por medio de la acción pauliana las conductas omisivas del deudor, aunque hayan generado o aumentado la insolvencia del deudor. Si este dejó de cobrar una deuda, de reivindicar un bien, sus acreedores deben optar por otro tipo de remedios, como la acción oblicua o subrogatoria.

• La acción pauliana se dirige contra *actos jurídicos*, es decir, sobre los actos voluntarios regulados por el derecho y que producen efectos frente a este[42].

• Así, no pueden atacarse por medio de la acción pauliana los actos materiales que pueda realizar el deudor sobre sus bienes. Si un deudor destruye o daña una cosa de su propiedad, afectando a sus acreedores, ello es materia de otro tipo de acciones, como la de responsabilidad extracontractual.

[42] "El art. 2468 [del C. C. ch., que corresponde al art. 2491 de nuestro C. C.], en sus diferentes incisos, habla de actos y contratos sin efectuar distinciones, por lo cual se reconoce a la acción pauliana un campo amplio de acción, pero siempre que se trate de actos voluntarios del deudor; no podrían impugnarse por esta vía aquellos efectos jurídicos que se producen sin la intervención de la voluntad del deudor". RENÉ ABELIUK, *Las obligaciones*, t. II, Bogotá-Santiago de Chile, Edit. Temis-Editorial Jurídica de Chile, 1993, pág. 640.

Sobre la noción de "acto jurídico", véase FRANCESCO GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. 1, Padova, Cedam, 2009, págs. 35 y ss.; LINA BIGLIAZZI GERI; UMBERTO BRECCIA; FRANCESCO BUSNELLI; UGO NATOLI, *Derecho civil*, t. I, vol. 2, Hechos y actos jurídicos, trad. de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992, pág. 572.

• Del mismo modo, no son revocables los hechos jurídicos en sentido estricto, como hechos de la naturaleza, por más que estos puedan tener repercusiones patrimoniales. Por ejemplo, no puede revocarse el cambio del cauce de un río en un predio ribereño, a pesar del menor valor que ello pueda representar para el bien.

Ahora bien, es pertinente preguntarse si los actos jurídicos revocables deben ser plenamente eficaces para poder ser revocables, o si, por el contrario, puede solicitarse la revocatoria de aquellos que estén viciados de alguna especie de ineficacia. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que para que un acto jurídico sea revocable, basta con que exista[43] y, por tanto, que cuente con la totalidad de los elementos esenciales y solemnidades sustanciales previstas para ello en la ley. Ello resulta apenas lógico, pues si la revocatoria supone una privación de efectos jurídicos, no sería posible sostener que puede privarse de efectos a un acto que no los ha producido porque no ha llegado a existir. *A contrario sensu*, los actos viciados de nulidad[44], sea esta absoluta o relativa (o anulabilidad), los actos inoponibles o los que se encuentren en otras situaciones que pongan en entredicho su plena eficacia (como la simulación[45], la lesión enorme o la condición resolutoria), pueden ser revocados, ya que ellos están llamados a producir efectos mientras no hayan sido rescindidos, resueltos o de alguna otra forma privados de efectos por una decisión judicial en firme. Por último, vale la pena mencionar el caso de los actos ineficaces de pleno derecho, que en nuestra opinión no son revocables, ya que para nuestro estatuto mercantil esta forma de ineficacia tiene las mismas consecuencias de la inexistencia[46].

• Los actos revocables *deben tener contenido estrictamente patrimonial*. Por regla general, se trata de actos de disposición sobre bienes materiales o derechos de crédito que afectan el patrimonio del deudor.

Por ende, no son revocables los actos del deudor que versen sobre su estado civil o sus relaciones familiares, aunque estos indirectamente

[43] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 agosto 1938 (M. P. Liborio Escallón), "G. J.", t. XLVII, págs. 61-67.

[44] En contra, Luciano Labaure Casaravilla, *Acción pauliana o revocatoria*, Buenos Aires, B de F, 1997, pág. 71.

[45] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 agosto 1938, cit.

[46] Así lo señalan, entre otras, las actas del Comité Asesor para la revisión del Código de Comercio. Acta 43 de 24 de marzo de 1969, en la que los comisionados adoptaron la nomenclatura "ineficacia de pleno derecho" para evitar una contradicción que, en opinión de algunos de ellos, estaba implícita en la figura de la inexistencia negocial.

incidan en su patrimonio. El matrimonio, el divorcio, la adopción, el reconocimiento de un hijo, no pueden ser revocados por medio de la acción pauliana, aunque la sociedad conyugal y la obligación alimentaria repercutan sobre la prenda general de los acreedores y la prelación de créditos[47].

• Los actos revocables *deben haber sido ejecutados por el deudor*. Dentro de este grupo no solo se comprenden los actos llevados a cabo directamente por él, sino también los que se hayan celebrado por intermedio de su representante o mandatario.

• Los actos de terceros, o de la Administración, no pueden ser revocados por medio de la acción pauliana, sin que importe que con ello se haya perjudicado a los acreedores. Estos perjuicios pueden reclamarse mediante otro tipo de acciones privadas, como la de responsabilidad extracontractual, o contencioso-administrativas, como la de reparación directa, según sea el caso.

• En fin, los actos revocables *deben recaer sobre bienes del deudor*. La acción pauliana busca reconstituir el patrimonio del deudor, ya que esa es la garantía general de sus acreedores. Por tanto, únicamente pueden revocarse los actos que hayan enajenado bienes o derechos de propiedad del deudor.

• La acción pauliana no procede contra los actos que el deudor haya realizado sobre bienes de terceros. Dentro de este grupo se encuentran los actos que el deudor haya celebrado en ejercicio de un mandato, aunque recaigan sobre bienes que el deudor tenía en calidad de mero tenedor.

D) *Elementos de la acción pauliana*

Para que un acto jurídico pueda revocarse por medio de la acción pauliana, es necesario que reúna dos elementos axiológicos. El primero de ellos consiste en que el acto haya ocasionado un daño al acreedor demandante (*eventus damni*). El segundo, que dicho acto haya sido ejecutado de mala fe (*consilium fraudis* o *scientia damni*). El artículo 2491 del Código Civil habla de un tercer elemento, que consiste en que el deudor se encuentre en cesión de bienes o concurso de acreedores.

[47] "Naturalmente que los actos personalísimos, aunque se traduzcan en efectos patrimoniales, como un reconocimiento del deudor de un hijo natural que lleve envuelta la obligación de proporcionar alimentos al hijo reconocido, no son atacables por la vía pauliana, tal como resisten al ejercicio de la acción oblicua". ABELIUK, *op. cit*., págs. 640-641.

Ello se debe a que en un inicio el derecho romano había concebido la acción pauliana como una especie de incidente dentro de un procedimiento concursal[48].

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han sido unánimes en admitir la procedencia de la acción pauliana aun cuando no se haya abierto un proceso de insolvencia contra el deudor[49].

a) *Daño al acreedor* ("*eventus damni*").

a') *En qué consiste el daño.* Para que proceda la acción pauliana, no basta con que el deudor haya enajenado un bien o reducido de cualquier otra manera el valor total de su patrimonio. La simple disminución del valor de sus activos no implica *per se* que se haya causado un perjuicio a los acreedores. Es necesario además que el acto haya causado o aumentado el estado de insolvencia del deudor. El daño consiste entonces en un desmejoramiento del patrimonio del deudor, que haya causado o agravado su estado de insolvencia y haya hecho que sus activos sean insuficientes para atender sus obligaciones[50].

Lo usual es que dicho perjuicio sea consecuencia de una enajenación de bienes a título gratuito o a título oneroso. Sin embargo, también se puede ocasionar un daño a los acreedores mediante actos que no suponen una transferencia del derecho de dominio, pero que sí afectan el valor comercial de los activos del deudor. Tal como se explicó más arriba, ello ocurre cuando se acuerdan pactos de indivisión entre comuneros, se constituyen garantías de distinto tipo o se celebran contratos de arrendamiento sobre los bienes de su propiedad, entre otros[51].

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, podemos afirmar que no se causa un daño, y no procede la acción pauliana, cuando a pesar del acto,

[48] Véase al respecto Arturo Valencia Zea, *Derecho civil*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 115.

[49] Abeliuk, *op. cit*., págs. 641-642. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 26 agosto 1938 (M. P. Liborio Escallón), "G. J.", t. XLVII, págs. 61-67; y 31 enero 1949 (M. P. Hernán Salamanca), "G. J.", t. LXV, págs. 324-329. En contra, C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 junio 1941 (M. P. Liborio Escallón), "G. J.", t. LI, págs. 600-605.

[50] "En resumen: los actos que caen bajo la acción pauliana son los actos del deudor que perjudican a los acreedores, disminuyendo su garantía, es decir, su patrimonio. Son actos, como lo expresa algún autor, de empobrecimiento". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 17 abril 1951 (M. P. Manuel José Vargas), "G. J.", t. LXIX, págs. 528-539, reiterada, entre otras, en sent. de 1º noviembre 2013 (M. P. Arturo Solarte Rodríguez), exp. 08001-3103-008-1994-26630-01.

[51] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 agosto 1938 (M. P. Liborio Escallón), "G. J.", t. XLVII, págs. 61-67.

quedaron activos suficientes para atender la obligación del acreedor demandante[52].

Tampoco se causa daño cuando el acto demandado consistió en una sustitución de un activo por otro, como en la mayoría de los contratos onerosos. Por ejemplo, en una compraventa, el bien enajenado fue sustituido por dinero; en una permuta, por otro bien; en una suscripción de acciones, los bienes aportados se sustituyen por créditos internos y derechos de participación en las utilidades de la compañía. Este punto, sin embargo, es discutible cuando el acto haya consistido en la sustitución de un activo fijo por un activo corriente, pues a pesar de que ello no afectó la solvencia del deudor, supuso una variación cualitativa del patrimonio[53].

Sin embargo, no toda sustitución de activos excluye el daño. Si el activo fue sustituido por otro de menor valor, con el que no guarda un equilibrio o conmutatividad, puede discutirse la existencia de un daño. El ordenamiento jurídico colombiano no ofrece pautas para determinar cuándo se rompe esta conmutatividad, salvo en muy pocos casos como la lesión enorme, de aplicación muy restringida[54]. Sin embargo, consideramos que el criterio para analizar si hay daño en una acción pauliana debe ser más amplio que el de la lesión enorme.

b') *Prueba del daño.* Para demostrar el daño se deben acreditar dos circunstancias: que la obligación en favor del acreedor es anterior al acto demandado y que el patrimonio restante después de la operación no es suficiente para cubrir el monto del crédito. Estos hechos se pueden demostrar con cualquiera de los medios previstos en el Código General del Proceso, entre los cuales reviste particular importancia cada uno de los títulos (el de la obligación y el del acto demandado), la contabilidad del deudor, en caso de estar obligado a llevarla, y los dictámenes periciales y avalúos que determinen el valor de sus bienes, en atención al caso concreto y a las reglas específicas sobre carga de la prueba.

b) *Mala fe* ("*consilium fraudis*" *o* "*scientia damni*"). Nos referiremos en los párrafos que siguen a su concepto, a la situación del tercero y a la forma como se prueba.

[52] ESTHER MUÑIZ ESPADA, *La acción revocatoria concursal como una vicisitud del concurso*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, págs. 53 y 134.

[53] Ibid., pág. 134.

[54] Sobre las restricciones al ejercicio de la acción rescisoria por lesión enorme, véase C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 julio 2007 (M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo), exp. 00058.

a') *En qué consiste la mala fe.* Para revocar un acto del deudor mediante la acción pauliana no basta con que se haya causado un perjuicio a los acreedores. Es necesario además que el deudor haya vulnerado las reglas de conducta que impone el principio general de la buena fe y que haya actuado de mala fe.

Por regla general, todo sujeto es libre para gozar y disponer de sus bienes[55], usarlos y celebrar con ellos toda clase de actos, siempre y cuando solo se comprometa su interés individual y que no se disponga de derechos irrenunciables[56]. Sin embargo, dicha prerrogativa no puede ser ejercida de cualquier manera, sino que debe ajustarse a una serie de principios, cargas, deberes y límites.

Por el solo hecho de ser parte en una relación de crédito, el deudor está obligado a actuar de buena fe, y con un mínimo de diligencia[57], debe conocer en qué estado se encuentran sus propios negocios. Cualquier persona que sea propietaria de un inmueble o de un vehículo debe conocer el avalúo catastral de dichos bienes, pues anualmente debe pagar los impuestos respectivos; más aún si se trata de un comerciante, que tiene además la obligación legal de mantener al día su contabilidad e incluir en ella por lo menos el valor en libros de sus activos. Otro tanto puede decirse del estado de los pasivos, en especial cuando las entidades financieras, y las empresas prestadoras de servicios públicos y de telecomunicaciones, por poner tan solo algunos ejemplos, tienen todo un sofisticado sistema de extractos, facturas y comunicaciones.

Así mismo, y entre muchas otras consecuencias del principio de la buena fe, el deudor tiene un deber de lealtad y salvaguardia[58], y debe velar por los intereses de sus acreedores y evitarles perjuicios con sus actuaciones. Así, quien conoce el monto de sus activos y pasivos debe saber qué clase de operaciones lo pueden poner en insolvencia, y debe abstenerse de llevarlas a cabo. Y en caso de que las ejecute, su comportamiento debe ser valorado de mala fe.

La acción pauliana tiene una función ética o moralizadora[59], y castiga al deudor que se aparta de los postulados de la buena fe y actúa de

[55] Const. Pol., arts. 58 y 333.

[56] C. C., art. 15.

[57] De acuerdo con el art. 63 del C. C., el grado mínimo de diligencia es aquel que "aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios".

[58] Así, Massimo Bianca, *Diritto civile*, vol. 3, Il contratto, Milano, Giuffrè, 1987, pág. 477.

[59] "Aparte de la función preventiva que la acción pauliana pueda desempeñar, por lo disuasiva que debe resultar, frente a posibles enajenaciones fraudulentas, la posibilidad

manera desleal para con sus acreedores[60]. Pero no exige que el deudor lo haga de manera deliberada, con la clara intención de no pagar a un acreedor, es decir, con dolo. El artículo 2491 del Código Civil también considera de mala fe al deudor que lo hace por negligencia.

Es decir, conociendo[61] o debiendo conocer[62] el mal estado de sus negocios.

Este es uno de los puntos que más dificultades genera en el estudio de la acción pauliana, pues se presta para muchas y variadas interpretaciones. La doctrina ordinariamente se ha referido a este elemento me-

de que excepcionalmente sean privadas de efectos por ese medio, es claro que su misión es «eminentemente ética o moralizadora, como quiera que va destinada a sancionar el fraude o mala fe con que actúan los deudores en sus negocios jurídicos respecto de sus acreedores" ("G. J.", t. CLXXVI, pág. 93)". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 marzo 2008 (M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar), exp. 00601.

[60] "Para nosotros el fundamento de la acción pauliana descansa en múltiples razones. La más importante es que todos los bienes del deudor son prenda general de los acreedores y por lo tanto estos se perjudican de los actos fraudulentos del deudor. En segundo lugar el deudor como toda persona debe ejecutar sus actos de buena fe y con la lealtad y al cometer actos en fraude de sus acreedores falta a estos deberes. En tercer lugar el deudor al efectuar actos destinados a perjudicar a sus acreedores está abusando de su derecho de disponer de los bienes y por tanto está en la obligación de reparar los perjuicios resultantes de conducta abusiva. Además la equidad impone que se castigue el fraude y se premie la buena fe, para moralizar las relaciones comerciales". MARCO GERARDO MONROY CABRA, *La acción pauliana*, Bogotá, Retina, 1964, pág. 60.

[61] "[...] la palabra fraude no debe ser tomada aquí como sinónimo de dolo, es decir, como indicativo del deseo premeditado de dañar. El fraude pauliano, expresan los tratadistas, es simplemente una situación de espíritu: es el conocimiento por parte del deudor del perjuicio que va a causar a sus acreedores. El deudor sabe que al realizar tal acto, se va a convertir en insolvente o va a aumentar su insolvencia y, por consiguiente, a perjudicar a sus acreedores. Esto basta. Existe fraude aunque haya realizado el acto con una intención completamente distinta de la de engañar a sus acreedores". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 17 abril 1951 (M. P. Manuel José Vargas), "G. J.", t. LXIX, págs. 528-539.

[62] "Tener «conciencia del perjuicio» que se causa al acreedor a través [*sic*] de un acto de disposición se puede percibir en cualquier caso en que las circunstancias evidencian con cierta razonabilidad una dificultad para afrontar con posterioridad el cumplimiento de todas las obligaciones. Es decir, que lo habría casi siempre que definitivamente se produzca el perjuicio. Como afirma GIL RODRÍGUEZ, a la conciencia realmente tenida debe equipararse la que debiera haberse tenido aunque en el supuesto concreto no llegara a tenerse. Esto amplía, por otra parte, la aplicabilidad [*sic*] de la acción. "El art. 2901 del C. C. italiano considera suficiente la existencia en el adquirente de un mero comportamiento culpable, representado por la posibilidad de real conocimiento de la situación fraudulenta. No tiene que ser necesaria una conciencia concreta del perjuicio ocasionado". MUÑIZ ESPADA, *op. cit*., págs. 116-117.

diante términos como "fraude", "acuerdo", "complicidad", "dolo", "convencimiento" o "conocimiento". Los mismos términos latinos con que usualmente se denomina este elemento (*consilium fraudis, animus nocendi*) sugieren un acuerdo entre deudor y tercero para defraudar al acreedor, o una intención positiva de causarle daño. Sin embargo, todas estas son denominaciones subjetivas o psicológicas que representan numerosos escollos de carácter sustancial y probatorio.

En su lugar hemos preferido referirnos a este tipo de conductas en los términos que lo hace el Código Civil, como "mala fe". Consideramos este término mucho más ajustado, pues comprende conductas que no están incluidas en las denominaciones mencionadas, pero que constituyen también ellas una vulneración a los deberes de buena fe del deudor, como el deber de lealtad y de salvaguardia.

b') *Situación del tercero.* La mayor parte de los actos revocables suponen la intervención de un tercero. Esto quiere decir que en caso de que la acción pauliana sea despachada favorablemente, la sentencia que ordene la revocatoria del acto afectará a ese tercero que contrató con el deudor.

En vista de lo anterior, y con el fin de proteger la buena fe del tercero, el artículo 2491 del Código Civil regula las posibles situaciones que pueden darse frente al tercero que contrató con el deudor y prevé soluciones distintas, dependiendo de la clase de acto que se haya realizado:

La primera situación comprende los actos revocables a título oneroso, en los cuales el deudor transfirió un bien a un tercero y obtuvo una contraprestación por ello. Es el caso del deudor que vende un bien a un tercero para insolventarse y recibe un precio a cambio; o el de quien transfiere un bien en dación en pago, para cancelar una obligación pendiente.

En estos casos, en virtud del acto demandado, el tercero ejecutó una prestación en favor del deudor, invirtiendo tiempo, trabajo o recursos de su patrimonio. Ante este escenario, una eventual sentencia que revoque el acto podría producirle un empobrecimiento injustificado[63].

Para evitar esta situación y proteger la buena fe del tercero, el artículo 2491 del Código Civil exige que cuando el acto revocable sea de carácter oneroso, se demuestre que el tercero también vulneró sus

[63] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 marzo 1984 (M. P. Alberto Ospina Botero), "G. J.", t. CLXXVI, págs. 85-102.

deberes de buena fe[64]. Es decir, en estos casos el acreedor demandante debe demostrar que tanto el deudor como el tercero[65] conocían o debían conocer el mal estado de los negocios del primero.

La segunda situación corresponde a los actos que el deudor haya realizado a título gratuito. A diferencia de la situación anterior, en este caso el tercero no ha ejecutado ninguna contraprestación ni ha invertido recursos de ningún tipo. Este es el caso de las donaciones que el deudor hace a familiares o amigos para evitar que sean rematados en un proceso ejecutivo que le adelante su acreedor.

Aquí el tercero se ha limitado a recibir, por medio del acto demandado, un bien que no era suyo, por el cual no tuvo que dar nada en contrapartida, y que lo está enriqueciendo. Por tanto, la sentencia que ordene la revocatoria y la reintegración del bien al patrimonio del deudor no empobrecerá al tercero; tan solo lo regresará a las mismas condiciones en las que se encontraba[66].

En consecuencia, el artículo 2491 del Código Civil dispone que los actos a título gratuito serán revocados cuando se demuestre que medió mala fe del deudor, sin que importe si el tercero actuó de buena fe o sin ella.

[64] "La ley protege y ampara a los terceros de buena fe, porque de otro modo, el comercio y las relaciones contractuales serían imposibles; pero cuando esa buena fe ha desaparecido, no es dable esa protección porque viola el principio fundamental del orden público. Como ejemplos de la protección de la ley a los terceros, pueden citarse, entre otros casos, los contemplados en los artículos 947, 1547, 1548, etc. del Código Civil. Entre los actos de empobrecimiento fraudulento del deudor, bien pudiera contarse una venta con lesión enorme en connivencia con el comprador ('G. J.', t. XLVII, pág. 63)". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 17 abril 1951 (M. P. Manuel José Vargas), "G. J.", t. LXIX, págs. 528-539.

[65] Esta solución se deriva del principio según el cual *fraus omnia corrumpit*: de esta manera se sanciona a quien actúa con conocimiento de causa y esa es la razón por la cual el tercero responde frente al acreedor, con quien no guarda relación jurídica alguna. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 agosto 1938 (M. P. Liborio Escallón), "G. J.", t. XLVII, págs. 61-67.

[66] Sobre el particular, la Corte tiene explicado que el "acreedor, cuando demanda la revocación de un acto fraudulento a título gratuito, está tratando de evitar un daño, sin que la revocación implique para el tercero adquirente un perjuicio, sino la privación de un lucro; por tanto, nada interesa la buena o mala fe con que actuó este último. Por el contrario, cuando el acreedor solicita la revocación de un acto fraudulento a título oneroso, no solo trata de evitar su propio daño, sino que a la vez le va a causar un perjuicio al tercero adquirente, como quiera que este se verá obligado a restituir el bien recibido del deudor. En tales circunstancias, se debe proteger al tercero que está de buena fe". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 marzo 1984 (M. P. Alberto Ospina Botero), "G. J.", t. CLXXVI, págs. 85-102.

c') *Prueba de la mala fe.* De acuerdo con las disposiciones procesales[67], la carga de la prueba de la mala fe corre por cuenta del acreedor demandante, a menos que esta se encuentre en alguna de las situaciones excepcionalísimas que permite la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba[68].

De acuerdo con el artículo 2491 del Código Civil, y con la interpretación que la Corte Suprema de Justicia le ha dado, una conducta puede ser de mala fe aunque no se haya actuado con dolo, o en connivencia para ocasionarle un perjuicio al acreedor. Lo único que se exige es que tanto el deudor (en los actos gratuitos y onerosos) y el tercero (en los actos onerosos) conocieran el mal estado de los negocios de aquel[69]. Tampoco es necesario que el tercero sepa quiénes son los acreedores del deudor, ni que conozcan las minucias de sus balances o de su contabilidad. Solo es necesario que sepan que el acto causará o agravará el estado de insolvencia del deudor.

En este sentido, no es necesario demostrar intenciones, móviles o acuerdos entre las partes, sino solo que conocían del mal estado de los negocios del deudor.

La prueba del conocimiento, por tratarse de un hecho psíquico, no puede sino darse por vía indirecta, es decir, por medio de indicios[70]. No es necesario demostrar el efectivo conocimiento, pues ello es un hecho psicológico que es imposible de probar directamente. Lo que debe probarse es que de acuerdo con las condiciones en que se encontraban el deudor y el tercero, debían razonablemente conocer la situación de crisis del primero[71].

E) *Extinción de la acción pauliana*

El numeral 3 del artículo 2491 del Código Civil dispone que "las acciones concedidas en este artículo a los acreedores, expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato".

[67] C. G. P., art. 167.

[68] "[...] es apenas obvio que el acreedor que hace uso de la misma, tendiente a reconstituir el patrimonio del deudor, con los activos de los que maliciosamente ha dispuesto para frustrar su persecución, es quien corre con la carga de rendir fehacientemente la prueba de ese carácter fraudulento, toda vez que, salvo que la ley así lo señale, ni el dolo ni la mala fe se presumen legalmente". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 marzo 2008 (M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar), exp. 00601.

[69] Cfr. nota 54.

[70] Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1972, págs. 163-165; C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 marzo 1984 (M. P. Alberto Ospina Botero), "G. J.", t. CLXXVI, págs. 85-102.

[71] Nos remitimos a las consideraciones expuestas más arriba, en la nota 64.

De acuerdo con el citado precepto, si al cabo de un año de haberse celebrado el acto ningún acreedor lo ha demandado, este quedará en firme por prescripción[72], y ya no podrá ser desconocido mediante la acción pauliana para efectos de reintegrar el patrimonio del deudor.

## 4. Las acciones revocatorias concursales

El panorama que regula la acción pauliana del Código Civil cambia cuando el deudor se halla incurso en alguna clase de concurso de acreedores. La crisis del deudor, las dificultades que esta genera y los efectos negativos que podría acarrear a todos los sujetos relacionados con él requieren que se introduzcan variables al régimen de revocatoria clásico de la acción pauliana.

Sin ánimo de ampliar los distintos regímenes de insolvencia que en la actualidad existen en Colombia, nos limitamos a presentar los tres grandes grupos en que estos se pueden clasificar:

Por regla general, la crisis de las personas jurídicas y de las personas naturales comerciantes se regula por los procedimientos de reorganización y liquidación judicial previstos en la ley 1116 de 2006[73].

Las entidades territoriales siguen el procedimiento de reestructuración previsto en la ley 550 de 1999[74].

Las entidades del sector salud[75], financiero[76], solidario[77] y bursátil[78], y las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios[79], se

[72] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 marzo 1984 (M. P. Alberto Ospina Botero), "G. J.", t. CLXXVI, págs. 85-102.

[73] Ley 1116 de 2006, art. 2º. La ley 1116 de 2006 expresamente excluyó a la persona natural no comerciante de los procedimientos de reorganización y liquidación judicial allí previstos. Para llenar ese vacío, se expidió la ley 1380 de 2010, en la que se establece un procedimiento especial para enfrentar la insolvencia de la persona natural no comerciante. Sin embargo, en esta ley no se establece un régimen especial de acciones revocatorias, por lo que consideramos que frente a estos sujetos se debe aplicar el régimen de la acción pauliana previsto en el Código Civil.

[74] Ley 550 de 1999, arts. 58 y 59; ley 1116 de 2006, art. 125.

[75] Decr. 1922 de 1994, arts. 28 a 32, "por el cual se reglamenta la intervención del Ministerio de Salud en el Sistema de Seguridad Social en Salud, conforme a lo dispuesto en el decreto-ley 56 de 1975, la ley 60 de 1993 y el decreto 1298 de 1994".

[76] Decr. 663 de 1993, arts. 290 a 302, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

[77] Ley 454 de 1998, art. 36, num. 23.

[78] Ley 962 de 2005, art. 22.

[79] Ley 142 de 1994, arts. 58 a 61 y 121 a 123.

rigen, en líneas generales, por los procedimientos de toma de posesión y liquidación forzosa administrativa previstos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (decr. 663 de 1993).

Las personas naturales no comerciantes, a su turno, siguen las reglas establecidas en el Código General del Proceso[80].

En cada uno de estos procedimientos existe un régimen especial de acciones revocatorias, que estudiaremos a continuación.

A) *Acciones revocatorias de la ley 1116 de 2006*

Los artículos 74 y 75 de la ley 1116 de 2006 regulan las acciones revocatorias concursales aplicables en los procedimientos de insolvencia establecidos en ella[81] así como en los procesos de intervención por captación masiva e ilegal regulados por el decreto 4334 de 2008[82]. Las características de estas acciones, que las distinguen de la acción pauliana tradicional, son las siguientes:

a) *Naturaleza de la acción revocatoria concursal*[83].

• Al igual que la pauliana, esta también es una acción *declarativa*.

• Es una acción *patrimonial*, renunciable, transferible, transmisible y prescriptible.

• Su objeto es el *restablecimiento del patrimonio del deudor*. Sin embargo, de dicho restablecimiento no se beneficiará únicamente el actor, sino en términos generales todos los acreedores del concurso.

• A diferencia de la pauliana, se ejerce de manera *accesoria o dependiente*, pues está sujeta a la existencia de un proceso concursal y su suerte depende de la del concurso al que accede.

• El acreedor ejerce dicha acción de manera *directa*, y no por cuenta del deudor.

• Es una acción *personal*. Con ella, el acreedor busca hacer efectivo un derecho personal accesorio a su derecho de crédito, y no perseguir

[80] C. G. P., arts. 531 a 576; especialmente el art. 572.

[81] Véase, al respecto, Juan José Rodríguez Espitia, *Nuevo régimen de insolvencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, págs. 523 y ss.; Álvaro Londoño Restrepo y Álvaro Isaza Upegui, *Comentarios al régimen de insolvencia empresari*al, Bogotá, Legis Ediciones, 2007, págs. 337 y ss.

[82] Art. 14 del decr. 1910 de 2009, incorporado como art. 2.2.2.15.4.1. del decreto único reglamentario 1074 de 2015, del sector comercio, industria y turismo.

[83] Al respceto seguimos a Juan José Rodríguez Espitia, en su obra *Nuevo régimen de insolvencia*, cit., págs. 526 y ss.

un bien en manos de quien se encuentre. Ello la hace sustancialmente distinta de acciones netamente reales como la reivindicatoria[84]. Lo anterior resulta especialmente importante si se tiene en cuenta que muchas de las acciones revocatorias concursales son conocidas por la Superintendencia de Sociedades, que carece de competencia para conocer, incluso por vía de conexidad, de acciones reivindicatorias[85].

A pesar de que, como se verá más adelante, en las acciones revocatorias concursales no se exige como elemento la mala fe del deudor, debe siempre respetarse la buena fe de los terceros subadquirentes a título oneroso[86].

• En cuanto a sus efectos, la revocatoria concursal es también una acción de *inoponibilidad*. Pero a diferencia de la pauliana, la revocatoria que se llegue a declarar en la sentencia no solo beneficia al acreedor demandante, sino a la totalidad de los acreedores reconocidos en el proceso de insolvencia[87].

[84] Así, por ejemplo, la Superintendencia de Sociedades, en auto 400-006583 de 5 mayo 2015, proferido en el proceso verbal 2011-802-020 de Pablo Muñoz Gómez, liquidador de MNV S. A. contra Vergel & Castellanos S.A. y otros, expresó que "El que la acción revocatoria sea una acción personal trae importantes consecuencias relacionadas con los alcances del fallo que en ella se profiera [...] En las acciones reales, en las que se ejerce el atributo de persecución que tiene el titular de un derecho real sobre una cosa (*ius in re*), el restablecimiento se concreta en la restitución de una cosa específica, sin importar en manos de quién se encuentre. En las acciones personales, que solo dan el derecho a perseguir el patrimonio del deudor, el restablecimiento se materializa en un derecho a que la contraparte restituya los bienes que fueron extraídos del patrimonio del deudor en perjuicio de los acreedores (es decir, un *ius ad rem*). [...] [E]n el ejercicio de este tipo de acciones la entrega de la cosa puede incluso hacerse imposible, porque el bien ya no existe física o jurídicamente en el patrimonio del demandado. En estos casos, la obligación de restituir el bien (débito primario) debe ser estimada en dinero (débito secundario), para que sean dichos valores los que se reintegren al patrimonio del deudor.

"Por tratarse de una acción personal, la sentencia que ordena la revocatoria no puede ordenar la restitución de los bienes en manos de quien estén, sino sólo en la medida en que aún hagan parte del patrimonio del demandado a quien el concursado los transfirió".

En la misma providencia indicó la Superintendencia de Sociedades que en "la acción revocatoria, cuyos efectos únicamente abarcan al negocio demandado, en caso en que haya un tercero sub-adquirente de la cosa materia del negocio, a ese tercero se le debe reclamar la cosa vía acción reivindicatoria. O, dicho de otra forma, la sentencia que ordena la revocatoria no produce efectos contra el tercero sub-adquirente de la cosa, a menos que él haya sido parte del negocio revocado".

[85] Ibídem.

[86] MOSSET ITURRASPE, *op. cit*., pág. 249.

[87] Esta clase de efecto ha sido denominado por la doctrina "inoponibilidad concursal". HORACIO AUGUSTO GRILLO, *Período de sospecha en la legislación concursal*, Buenos Aires, Astrea, 2001, pág. 182.

b) *Titulares de la acción revocatoria concursal.* El artículo 75 de la ley 1116 de 2006 establece que los siguientes sujetos pueden proponer la acción revocatoria concursal:

a') *Los acreedores del deudor en concurso.* Al igual que con la acción pauliana, los acreedores que quieran incoar la acción revocatoria concursal deben contar con legitimación en la causa e interés para obrar.

• En cuanto a la *legitimación en la causa*, la ley 1116 de 2006 expresa que "cualquiera de los acreedores" puede interponer la acción revocatoria concursal. Sin embargo, de manera unánime la jurisprudencia ha considerado que dicha legitimación no puede extenderse a todos los acreedores del deudor, sino que necesariamente debe restringirse a una parte de ellos.

Al respecto, la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades ha evolucionado en los últimos años. Antes del año 2015, dicha autoridad consideró que estaban legitimados para proponer las acciones revocatorias concursales todos los acreedores del concurso, es decir, los acreedores anteriores al inicio del proceso recuperatorio o liquidatorio respectivo. Para el efecto, consideró que la revocatoria beneficiaba a la totalidad de los acreedores del proceso de insolvencia, y que dicho interés colectivo justifica que cualquier acreedor del concurso pueda solicitar la revocatoria, incluso de actos anteriores a la existencia de su crédito[88].

A partir de 2015 se rectificó dicha tesis; actualmente la Superintendencia de Sociedades estima que, como en el caso de la acción pauliana, los únicos acreedores legitimados para incoar la acción revocatoria concursal son aquellos que hubiesen adquirido su crédito con anterioridad al acto demandado. En los pronunciamientos que motivaron el cambio de postura, la Superintendencia explicó que si bien los efectos de la acción revocatoria pueden beneficiar a la colectividad de los acreedores del concurso, no por ello puede decirse que de dicha acción puedan predicarse los mismos atributos del concurso al que acceden, ni que esté legitimado para impetrarla cualquier acreedor reconocido en este, sino únicamente los que hayan adquirido la calidad de acreedores antes del acto revocable[89].

[88] Superintendencia de Sociedades, sent. de 5 abril 2004, proceso verbal sumario de Édgar José Namén Ayub contra Autos Marca Ltda. y Financiera Mazdacrédito Compañía de financiamiento comercial, decisión reiterada en diversos pronunciamientos posteriores, como por ejemplo en la sent. de 3 mayo 2004, proceso verbal sumario de Juan Pablo Vargas y otros contra Acerías Paz del Río S. A. y otros.

[89] Superintendencia de Sociedades, sent. 480-000055 de 20 mayo 2015, proceso verbal de Nubis Sofía Olivo Donado y otros contra Plásticos Vandux S. A. En liquidación

• El *interés para obrar*, en cambio, guarda algunas diferencias con que se requiere en la acción pauliana.

La acción revocatoria concursal se ejerce en un escenario que reúne la universalidad de los acreedores del concursado. De acuerdo con las normas sobre prelación de créditos del Código Civil, algunos de tales acreedores tendrán un derecho a ser pagados de preferencia sobre otros, cuando pertenezcan a una clase o grado superior.

Ahora bien, el acreedor que demanda únicamente tiene interés en la acción cuando la revocatoria del acto le reporta un beneficio, y ello solo puede ocurrir cuando los recursos que reingresan al patrimonio del deudor como consecuencia de la revocatoria alcanzan para pagar a los

---

judicial, reiterada en la sent. 400-000112 de 1 septiembre 2015, proceso verbal de Interbolsa S. A. Sociedad Administradora de Inversión (administradora de la cartera colectiva "Interbolsa Credit") contra Interbolsa S. A. En liquidación judicial y Bancolombia S. A.

En este último fallo, expresó la Superintendencia de Sociedades que "Afirmar que los acreedores posteriores pueden demandar en revocatoria los actos anteriores de su deudor sería contrario a los lineamientos básicos de varios principios generales del derecho, como la autonomía privada, así como algunas de sus cargas básicas, como la de sagacidad. Cada acreedor es el encargado de velar por sus propios intereses, y de asegurarse de la suficiencia del patrimonio de su deudor para respaldar el crédito que le otorga. Como consecuencia de ello, no puede ser admisible que quien recibió como garantía un patrimonio que ya se encontraba deteriorado, pueda demandar los deterioros ocurridos con anterioridad, pues ello equivaldría a justificar la propia torpeza del acreedor que no fue sagaz, y contrariar el principio según el cual *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*".

Cabe sin embargo advertir que esta postura no es compartida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, que en sentencia de 6 de abril de 2016 (exp. 11001-3199001202302010 01), en la que conoció sobre la apelación del anterior fallo, consideró que no es posible restringir la legitimación para obrar a un determinado grupo de acreedores allí donde la ley 1116 de 2006 no ha hecho distinción alguna. Al respecto, consideró el Tribunal que la acción revocatoria concursal "es en interés de la colectividad de los acreedores, e incluso con carácter que podría calificarse de 'popular', en la medida que su prosperidad conlleva el reconocimiento a favor del actor de un incentivo económico".

Disentimos rotundamente de la tesis del Tribunal. No es de recibo el que la ley 1116 de 2006 no haya hecho distinción alguna entre los acreedores anteriores o posteriores al acto demandado; dicha distinción tampoco existe en el art. 2491 Código Civil, sin que ello haya sido en medida alguna un obstáculo para que el Tribunal no haya discernido entre las dos categorías de acreedores en el trámite de la acción pauliana. En segundo lugar, una cosa es que las acciones revocatorias concursales beneficien a la colectividad de los acreedores del concurso y otra muy distinta que por ello sean colectivas. Finalmente, la existencia de recompensas no dice nada del carácter más o menos "popular" de la acción, máxime cuando para el momento en que se profirió el mencionado fallo ya se había proferido la ley 1425 de 2010 que derogó el incentivo de las acciones populares.

acreedores con mejor derecho, y dejan un saldo para el demandante. Un ejemplo ayuda a ilustrar lo anterior. Antes de entrar a concurso, el deudor le pagó a un acreedor hipotecario (de tercera clase), después de lo cual quedó con activos insuficientes para solventar las obligaciones restantes. En este caso tiene interés para obrar un acreedor laboral o fiscal (de primera clase), pero no uno quirografario (de quinta clase), pues en todo caso el crédito de este de todas formas se habría pagado después del hipotecario.

b') *El promotor o el liquidador.* Son auxiliares de la justicia que se encuentran vinculados al proceso de reorganización o de liquidación judicial del deudor, respectivamente. El artículo 75 de la ley 1116 los legitima expresamente para demandar la revocatoria de los actos del concursado, sin que se les exija un interés para obrar, más allá de la adecuada gestión del concurso.

c') *El juez del concurso.* El parágrafo del artículo 75 de la ley 1116 legitima al juez del concurso para dar curso de oficio a las acciones revocatorias que versen exclusivamente sobre daciones en pago y actos a título gratuito. Por tratarse de un funcionario judicial, no requiere interés para obrar.

Algún sector de la doctrina ha considerado discutible, en términos de imparcialidad, que se permita al mismo juez del concurso iniciar la acción revocatoria[90]. Sin embargo, se trata de casos muy restringidos, que pueden asimilarse a otros casos en los que el ordenamiento dota al juez de facultades oficiosas para declarar o reconocer situaciones contrarias al interés general, como en el caso de la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita[91], o el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia de pleno derecho[92].

c) *Actos revocables.* El artículo 74 de la ley 1116 prevé la acción revocatoria para los siguientes actos:

a') *Actos a título oneroso celebrados con un tercero.* En este grupo, la ley incluye la extinción de las obligaciones, daciones en pago y, en general, todo acto que implique transferencia, disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor. También incluye actos que no suponen

[90] Así, por ejemplo, Juan José Rodríguez Espitia, *Nuevo régimen de insolvencia*, cit., pág. 544.

[91] C. C., art. 1742, subrogado por la ley 50 de 1936, art. 2º.

[92] Por ejemplo, en los arts. 133 de la ley 446 de 1998, y 17 y 76 de la ley 1116 de 2006.

la transferencia de bienes o extinción de derechos de crédito, pero que sí implican la pérdida de valor sobre los bienes o un entorpecimiento del proceso, como la celebración de contratos de arrendamiento o comodato sobre bienes del deudor.

b') *Actos a título gratuito celebrados con un tercero.* Dada la ausencia de contraprestación, estos actos son considerados por el legislador un factor detonante de la crisis del deudor, hasta el punto de que frente a esos, la revocatoria puede proponerse de oficio por el mismo juez del concurso. Entre los actos a título gratuito se encuentran, entre otros, aquellos que previeron una contraprestación irrisoria, en aplicación del principio derivado del artículo 872 del Código de Comercio[93].

c') *Reformas estatutarias.* Si bien en estos actos no ha habido transferencia de bienes ni extinción de obligaciones en favor de un tercero, este tipo de actos pueden perjudicar a los acreedores, como cuando se disminuye el capital social o el régimen de responsabilidad de los socios.

d) *Elementos de la acción revocatoria concursal.* De acuerdo con la jurisprudencia concursal de la Superintendencia de Sociedades "Para que prosperen las acciones reconstitutivas, los artículos 74 y siguientes de la ley 1116 de 2006 establecen los siguientes requisitos: (i) que la demanda sea propuesta por un acreedor anterior al acto demandado, por el promotor o el liquidador del concursado, o de oficio en caso de daciones en pago y actos a título gratuito; (ii) que no haya operado la caducidad de 6 meses desde la ejecutoria de la calificación y graduación de créditos; (iii) que el negocio demandado haya causado daño a los acreedores, que afecte el orden de prelación de pagos o haga insuficientes los activos de la prenda general; (iv) que el acto se haya realizado durante un período de sospecha que oscila entre los 6 y 24 meses anteriores al inicio del proceso concursal respectivo; y (v) que no aparezca que el tercero que haya adquirido los bienes a título oneroso haya obrado de buena fe"[94].

[93] Ver por ejemplo la sentencia de la Superintendencia de Sociedades 480-000020 de 10 marzo 2015, proferida en el proceso verbal 2013-802-012 de Marino de Jesús Cardona Duque, liquidador de Martha Luz Escobar Restrepo, contra Martha Luz Escobar Restrepo y Lucas Jaramillo Escobar.

[94] Superintendencia de Sociedades, sent. 400-000112 de 1º septiembre 2015, proceso verbal 2013-802-010 de Interbolsa S.A. Sociedad Administradora de Inversión (administradora de la cartera colectiva "Interbolsa Credit") contra Interbolsa S. A. en liquidación judicial y Bancolombia S. A.

Teniendo en cuenta que ya se expusieron los aspectos relacionados con la legitimación en la causa, a continuación explicaremos los cuatro elementos restantes:

a') *Inoperancia de la caducidad.* El artículo 75 de la ley 1116 de 2006 dispone un término de caducidad de seis meses para promover la acción revocatoria concursal, término que se debe contabilizar desde la ejecutoria del auto de calificación y graduación de créditos del proceso de reorganización o de liquidación judicial, según sea el caso. Se trata de un plazo de orden público establecido por la ley para evitar la extensión indefinida de los debates contra actos o negocios jurídicos de personas en concurso.

Consideramos oportuno hacer referencia a un caso límite. Con no poca frecuencia un mismo deudor puede intentar recuperar sus negocios antes de liquidarse, y será objeto, primero, de un proceso de reorganización, y luego de uno de liquidación judicial. En cada uno de dichos procesos puede haberse proferido un auto de calificación y graduación de créditos. ¿Quiere ello decir que en liquidación se reinicia el término de caducidad que había empezado a contarse en el proceso de reorganización? La Superintendencia de Sociedades ha considerado que ello no es posible, pues "los términos de caducidad son de orden público, y de allí que su declaratoria opera por ministerio de la ley. Faltaría a la lógica más básica decir que puede revivirse dicho término cuando este no puede interrumpirse, suspenderse o renunciarse. Si el acto demandado es anterior a la reorganización del concursado, su revocatoria debe plantearse, a más tardar, dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la calificación y graduación de créditos que profiera el juez de la recuperación"[95].

b') *Perjuicio a los acreedores.* Sobre este punto subrayamos que, a diferencia de la acción pauliana, en la acción revocatoria concursal el daño no se predica exclusivamente del acreedor demandante, sino de la generalidad de los acreedores del concursado. Con esta premisa, el artículo 74 de la ley 1116 de 2006 enuncia, sin carácter exhaustivo, varios supuestos en los que un acto revocable puede producir perjuicio a los acreedores: "cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de los pagos y

[95] Superintendencia de Sociedades, auto 400-006301 de 28 de abril de 2015, proceso verbal 2014-802-005 de Carlos Arturo Consuegra Barros contra Plásticos Vandux S. A. en liquidación judicial y otros.

cuando los bienes que componen el patrimonio del deudor sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos".

Sobre este punto vale la pena aclarar que en estos casos el perjuicio a los acreedores puede adoptar distintos matices, según se trate de un concurso recuperatorio o de uno liquidatorio.

En la primera clase de concursos, el proceso busca sacar a flote al deudor por medio de un convenio sobre las condiciones de operación del deudor y de pago a los acreedores insolutos: allí no necesariamente debe existir una insuficiencia patrimonial para que exista perjuicio; basta con que haya creado dificultades que pongan en entredicho una eventual recuperación del deudor, como puede ocurrir con la enajenación de un activo necesario para el desarrollo del objeto social, la celebración de otros convenios que limiten la facultades de administración de su patrimonio[96].

Por su parte, los procesos liquidatorios buscan realizar un pago a todos los acreedores del deudor con los activos existentes en su patrimonio. Así, cuando la acción revocatoria accede a uno de estos procesos, el perjuicio se materializa en todos los actos que reduzcan el volumen de los activos o que, ante una insuficiencia patrimonial, alteren el orden del pago y las expectativas de los demás acreedores para obtener la satisfacción de sus créditos. Al respecto, es necesario recordar que los procedimientos concursales están sujetos al principio de igualdad (*par condicio creditorum*) y a la prelación de créditos establecida en el título XL del Código Civil.

El principio de igualdad o *par condicio creditorum* impone que todos los acreedores de la misma clase deben ser pagados en la misma oportunidad y proporciones y condiciones. De este modo, si dentro del período de sospecha el deudor paga la totalidad de sus obligaciones financieras (de quinta clase) y no deja activos suficientes para pagar a los demás acreedores quirografarios, estaría contrariando dicho principio. En estas condiciones, los acreedores quirografarios recibieron un daño consistente en que no fueron pagados en la misma proporción que los financieros, y se cumple para ellos uno de los elementos de la acción revocatoria concursal.

Un caso similar puede ocurrir cuando por medio del acto se constituyó una garantía mobiliaria o hipotecaria que mejoró un crédito

[96] Al respecto, puede verse la ya citada sent. 400-000112 de 1º septiembre 2015 de la Superintendencia de Sociedades.

quirografario preexistente, y redujo con ello las expectativas de pago de los demás acreedores quirografarios[97].

c') *Período de sospecha.* En vista de la situación de crisis del deudor y de la pluralidad de intereses públicos y privados que se encuentran involucrados en el concurso, las acciones revocatorias concursales tienen una base mucho más objetiva que la acción pauliana tradicional.

Es común que en este tipo de circunstancias el deudor, angustiado por la crisis inminente, se vea forzado a celebrar actos que, si bien en principio buscan resolver su situación, en últimas la terminan agravando, causándoles perjuicio a los acreedores restantes. En este sentido, el régimen de revocatorias concursales desconfía de los actos celebrados dentro de los meses inmediatamente anteriores a la apertura del concurso, sin que importe la buena o la mala fe del deudor al celebrarlos, lapso que se denomina "período de sospecha".

El artículo 74 de la ley 1116 de 2006 determina dicho período en dieciocho meses para los actos a título oneroso, veinticuatro meses para los actos a título gratuito y seis meses para las reformas estatutarias, que se cuentan hacia atrás desde el día en que se decrete la apertura del proceso de reorganización o liquidación judicial.

d') *Ausencia de buena fe del tercero que adquirió los bienes a título oneroso.* Al igual que en el régimen tradicional, las acciones revocatorias de la ley 1116 de 2006 protegen la buena fe de los terceros involucrados en los actos a título oneroso. Sin embargo, a diferencia de la acción pauliana, el régimen de insolvencia empresarial no exige que exista mala fe, como lo hace el Código Civil, sino que "no aparezca que el adquirente, arrendatario o comodatario, obró de buena fe".

Una reciente línea jurisprudencial de la Superintendencia de Sociedades[98] ha realizado importantes desarrollos sobre este punto. De

[97] "En la mayoría de los casos, la constitución de una garantía está asociada al otorgamiento de un crédito; pero es el crédito al que accede (y no la garantía) lo que causa el daño en el patrimonio del deudor. Con todo, en ciertas ocasiones, es la garantía la que causa el perjuicio, independientemente del crédito al que accede. Ello ocurre, por ejemplo, cuando la constitución de la garantía tiene como propósito o como efecto alterar el orden de prelación de créditos, pues a través de ella se logra que una acreencia de cuarta o quinta clase se logre pagar como de segunda o tercera, por encima de los créditos que originalmente estaban en las mismas condiciones, y en violación del principio de la *par condicio creditorum*". Superintendencia de Sociedades, sent. ant. 480-00089 de 16 julio 2015, procesos verbales acumulados 2014-802-007, 008, 009 y 010 de Pablo Muñoz Gómez, liquidador de Interbolsa S. A. contra Distrimedia S.A.S. y otros.

[98] Sents. 480-000056 de 20 mayo 2015, proceso verbal 2012-802-009 de Pablo Muñoz Gómez, liquidador de MNV S. A. en liquidación judicial contra Miguel Eduardo Nule

acuerdo con ella, en las operaciones que crean derechos de contenido patrimonial la buena fe no puede limitarse a una simple alegación del tercero que la invoca; dicha alegación debe estar respaldada en una "buena fe calificada", "exenta de culpa" o "creadora de derechos"[99], que exige que haya mediado un cierto grado de diligencia. Así, no puede alegar buena fe quien adquirió un inmueble con problemas en la titularidad del derecho de dominio, si éstos se encontraban presentes en el certificado de tradición y libertad; de igual manera, un profesional del sector financiero no puede invocar buena fe si no ha cumplido con el mínimo de deberes que profesionalmente le corresponden de acuerdo con la regulación del sector y los distintos sistemas de administración de riesgo[100].

Adicionalmente, la Superintendencia de Sociedades estableció que en las acciones revocatorias concursales no se puede concebir la buena fe como conocimiento del mal estado de los negocios, en los términos previstos por el artículo 2491 del Código Civil para la acción pauliana. Ocurren casos en los que el tercero mantiene líneas de negocio con el deudor a pesar de conocer el mal estado de los negocios del deudor, con el propósito de contribuir a su recuperación en un escenario preconcursal. Lejos de sancionar estas operaciones tachándolas de mala fe, la Superintendencia las encontró ajustadas a los principios fundamentales que inspiran el ordenamiento concursal[101].

---

Velilla, Banco de Occidente S. A. y otros; 480-000103 de 11 agosto 2015, proceso verbal 2011-802-011de MNV S. A. en liquidación judicial contra Manuel Francisco Nule Velilla, Helm Bank S.A. y otros; y la ya citada sent. 400-000112 de 1º septiembre 2015.

[99] Sobre este punto las sentencias citadas se remiten a la tesis expuesta por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en fallo de 23 junio 1958 (M. P. Arturo Valencia Zea), "G. J.", t. LXXXVIII, págs. 234 y ss.

[100] Este es el caso de las referidas sents. 480-000056 de 20 mayo 2015 y 480-000103 de 11 agosto 2015. En estos casos los demandantes atacaban una serie de pagos hechos por la concursada a las entidades financieras demandadas, para ejercer la opción de compra de unos bienes dados en leasing a los socios de la compañía insolvente. Los fallos citados encontraron que los bancos recibieron los dineros de la concursada sin haber cumplido con el deber legal de examinar el origen de los fondos y la situación de quien realizó los pagos, de acuerdo con las exigencias del Sistema de Administración de Riesgos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (SARLAFT). Consideró la Superintendencia de Sociedades que la omisión de este deber privó a las entidades financieras de la posibilidad de enterarse de la crisis de la compañía concursada.

[101] Este es el caso de la varias veces citada sent. 400-000112 de 1º septiembre 2015, en el que se demandaba el pago por la concursada a una entidad financiera de una cuantiosa suma de dinero, muy poco tiempo antes de entrar en concurso. Encontró la Superintendencia de Sociedades que, a pesar de que el banco conocía de las dificultades por las que atravesaba la compañía, las distintas operaciones comerciales entre este con la concursada daban indicios de que sus intenciones eran las de contribuir a la recuperación de la empresa.

Ahora bien, en lo que corresponde a la carga de la prueba de la buena fe, la línea jurisprudencial que explicamos considera que esta le corresponde al tercero que la invoca. Si bien es cierto que constitucional y legalmente la buena fe se presume, ello no quiere decir que se trate de un hecho exento de prueba ni que baste la simple alegación del tercero para tenerla por sentada. En virtud de las reglas que rigen la prueba por presunciones, la buena fe se debe deducir de un hecho indicador que debe estar plenamente probado en el proceso. En consecuencia, como en las acciones revocatorias concursales se exige que la buena fe esté exenta de culpa, quien la invoque debe probar que actuó con diligencia. Así, a falta de prueba de la diligencia, no puede tenerse por probada la buena fe.

e) *Régimen de recompensas.* A efectos de estimular el ejercicio de acciones revocatorias en los procedimientos concursales, la ley 1116 estableció una recompensa en favor del acreedor demandante correspondiente al cuarenta por ciento del valor comercial del bien recuperado para el patrimonio del deudor o del beneficio que directa o indirectamente se reporte. Si bien el propósito del legislador con ello es incentivar la reconstitución del patrimonio del deudor para proteger a los acreedores, consideramos que el monto escogido para la recompensa es exagerado. Ello puede llevar a que las acciones revocatorias concursales se desnaturalicen y pasen de ser un mecanismo de protección del derecho de crédito a un lucrativo negocio para los demandantes. En ocasiones ello ha llevado a un aumento en la litigiosidad y en la congestión judicial; en otras, ello ha elevado innecesariamente el riesgo de corrupción, pues la existencia del incentivo puede ser aprovechada por promotores o liquidadores para valerse de testaferros que las promuevan por ellos.

---

Transcribimos a la Superintendencia: "Ahora bien, puede ocurrir también que de las pruebas resulte que el demandado, tras haber ejecutado sus cargas de diligencia, conocía o debía conocer del mal estado de los negocios del deudor, y a pesar de ello celebró el acto revocable con el deudor. En este caso, el juez deberá verificar las condiciones en que se celebró el acto, para juzgar su causa, los propósitos de las partes que lo celebraron, las condiciones de ejecución del acto, las demás relaciones entre las partes, así como las demás circunstancias del caso. Si encuentra que los elementos que llevaron a ejecutar la operación demandada a pesar del conocimiento del mal estado de los negocios fueron razonables, leales y correctos, estará probada la buena fe.

"[...] Con fundamento en lo anterior, el Despacho considera que también actúa de buena fe el acreedor que, a pesar de conocer el mal estado de los negocios de su deudor, realiza las operaciones con la finalidad de contribuir a evitar su crisis o salir de ella. Sostener lo contrario no sólo sería contraevidente, pues no se puede reprochar la buena fe de quien actúa con el propósito razonable de ayudar, sino que además sería contrario a principios y valores constitucionales como el de solidaridad".

f) *Extinción de la acción revocatoria concursal.* La ley 1116 no contiene una disposición expresa que consagre un término de extinción de la acción revocatoria concursal. Sin embargo, este tipo de acciones dependen de un proceso de reorganización o de liquidación judicial; por tanto, en aplicación del principio de derecho según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal[102], podemos concluir que este tipo de acciones únicamente se pueden intentar mientras se encuentre en curso el proceso concursal al que acceden. En esta medida, no parecería posible demandar la revocatoria cuando se ha declarado la terminación del proceso concursal.

B) *Acciones revocatorias de la ley 550 de 1999*[103]

El artículo 39 de la ley 550 de 1999 establece un régimen de acciones revocatorias que en la actualidad se aplica a las entidades territoriales a las que se les haya abierto un procedimiento de reestructuración. En líneas generales, se diferencia del régimen de la ley 1116 en lo siguiente:

• La acción sólo puede ser interpuesta por cualquier acreedor. No están legitimados para pedir la revocatoria ni el promotor ni el juez del concurso.

• Procede para los actos a título oneroso que impliquen disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del empresario los actos a título gratuito y los que se celebren o ejecuten con administradores del empresario o con personas vinculadas.

• Se determina un único período de sospecha en 18 meses anteriores al comienzo de la negociación del acuerdo de reestructuración.

• Los terceros de buena fe deben restituir los bienes que hayan recibido del empresario, y tienen derecho a reclamar el monto en dinero de la contraprestación que hayan dado por ellos. Dicho monto lo recibirán en las mismas condiciones que los acreedores de quinta clase, o quirografarios.

• La recompensa se establece en el 10 por ciento del valor comercial del bien que se recupere para la empresa, o del beneficio que directa o indirectamente se reporte a esta.

[102] Principio consagrado, entre otros, en los arts. 738 y 739 del C. C.

[103] Al respecto se recomienda consultar el artículo de JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ ESPITIA, "El acuerdo de reestructuración como modalidad de concurso y la revocación de los actos del deudor", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 34, vol. XVII, junio de 2005, Bogotá, Universidad de los Andes, págs. 1-26.

C) *Acciones revocatorias del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF)*

El artículo 301 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero[104] consagra un régimen de acciones revocatorias para los procesos de liquidación forzosa administrativa de las entidades que se sujetan a dicho régimen.

En términos generales, esta acción conserva la misma estructura y elementos de la acción revocatoria concursal prevista en la ley 1116, salvo por las siguientes diferencias:

• El único sujeto legitimado para demandar la revocatoria de los actos del deudor es el liquidador, ante el juez civil del circuito del domicilio de la entidad intervenida. Los acreedores, en este caso, pueden presentar la solicitud al liquidador para que este dé comienzo al proceso.

• Pueden revocarse los siguientes actos de la intervenida: pagos o daciones en pago de deudas no exigibles; actos jurídicos celebrados con parientes de los administradores o con sus consocios en sociedades personas; reformas estatutarias de disminución de capital o distribución de bienes; cauciones constituidas con posterioridad a la cesación en los pagos; y en general todos los actos de disposición o administración realizados en menoscabo de los acreedores, a título oneroso o gratuito.

• Se determina el período de sospecha en dieciocho meses anteriores a la providencia que ordena la toma de posesión.

• Para no quedar cobijados por la sentencia que decrete la revocatoria, los terceros adquirentes deben alegar buena fe exenta de culpa.

• No se establece un régimen de recompensas.

• La acción revocatoria caduca tres años después de la providencia que decreta la toma de posesión.

D) *Acciones revocatorias en el régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante, en el Código General del Proceso*[105]

El artículo 572 del Código General del Proceso establece un régimen de acciones revocatorias accesorio a los procedimientos de insolvencia de la persona natural no comerciante. Al igual que con los casos

[104] Modificado por el art. 27 de la ley 510 de 1999.

[105] Al respecto, recomendamos consultar el libro de Juan José Rodríguez Espitia, *Régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, especialmente las págs. 342 y ss.

anteriores, destacaremos sus diferencias con el régimen de la ley 1116 de 2006, así:

• El régimen de la persona natural no comerciante distingue entre los actos revocables a título oneroso y aquellos a título gratuito, sin contemplar, por obvias razones, las reformas estatutarias (que no se pueden predicar de una persona natural no comerciante). En uno y en otro caso reitera los mismos períodos de sospecha de dieciocho y veinticuatro meses, respectivamente, anteriores a la iniciación del procedimiento de negociación de deudas, convalidación de los acuerdos privados o de liquidación patrimonial, según sea el caso. Adicionalmente, previó el caso de los actos entre cónyuges o compañeros permanentes y las separaciones de bienes de común acuerdo ocurridas en el mismo período de sospecha de los actos a título gratuito.

• La ley exige que los actos revocables a título oneroso hayan resultado lesivos para la globalidad del patrimonio del deudor concursado, y que tengan una cuantía tal que su revocatoria sea relevante en el concurso. Así, sólo puede demandarse la revocatoria de actos que hayan representado, como mínimo, el 10 por ciento del total de los activos del deudor.

• El Código General del Proceso no se refiere a la buena ni a la mala fe. En su lugar, exige que el tercero que adquirió los bienes haya conocido o haya debido conocer el mal estado de los negocios del deudor.

• Se fijó un término de caducidad correspondiente a la duración de los procedimientos de negociación de deudas, convalidación de acuerdos privados o liquidación patrimonial, de manera que no pueda admitirse una demanda presentada con posterioridad a la terminación del respectivo procedimiento.

• Este procedimiento también prevé un régimen de recompensas equivalente al 10 por ciento de los valores que se recuperen para el concurso.

## 5. La acción de simulación

La segunda de las acciones reconstitutivas del patrimonio del deudor que nos proponemos estudiar en este capítulo es la denominada *acción de simulación*, que en el ordenamiento colombiano se aplica con fundamento en el artículo 1766 del Código Civil.

Sobre el fenómeno jurídico de la simulación se ha hecho referencia en otro capítulo de la obra[106]; allí se ha explicado con profundidad en

[106] Jorge Suescún Melo y Felipe Suescún De Roa, "La simulación", en *Derecho de las obligaciones*, t. I, Bogotá, Edit. Temis-Universidad de los Andes, 2009, págs. 407-437.

qué consiste, cuáles son sus distintas clases, su naturaleza jurídica y sus efectos. Sin perjuicio de lo anterior, en las páginas que siguen retomaremos algunos conceptos allí expuestos, para aplicarlos a ejercicio de la acción de simulación como mecanismo de reconstitución del patrimonio del deudor.

De esta manera, en primer lugar se hará una breve referencia a la simulación y sus distintas especies, para estudiar luego su naturaleza, titulares, elementos y extinción.

A) *Concepto y especies de acción de simulación*

La simulación es una máscara que se crea por medio de un acto jurídico, para encubrir una realidad y darle apariencia distinta de la que le corresponde. En palabras de Josserand, "la simulación consiste, de parte del autor o autores de un acto jurídico, en esconder al público la realidad, la naturaleza, los participantes, el beneficiario o las modalidades de la operación realizada"[107].

Hablar de simulación implica trabajar en dos planos: el plano de lo que sucede en la realidad, y el plano de lo aparente, que es lo que las partes del negocio simulado muestran al público como si fuera real. La real queda oculta tras un velo o una cortina que las partes han creado y ocultan la verdadera formación del patrimonio de las partes.

La acción de simulación consiste precisamente en la posibilidad que tienen las partes y los terceros interesados en levantar el velo que las partes han creado con el acto simulado, ir más allá de esa apariencia o mentira, revelar la verdadera conformación del patrimonio de las partes y acogerse a ella[108].

Los acreedores, con la acción de simulación, tienen la posibilidad de desconocer el acto aparente y hacer prevalecer la situación real, para evidenciar la verdadera composición del patrimonio del deudor y hacer valerla como garantía de su crédito.

La Corte Suprema de Justicia ha identificado cuatro modalidades, clases o grados de simulación[109], que analizaremos sucintamente a continuación:

[107] Louis Josserand, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*, México, Porrúa, 1946, pág. 207.

[108] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 10 junio 1948 (M. P. Álvaro Leal Morales), "G. J.", t. lxiv, págs. 439-442.

[109] "La simulación, de acuerdo con la doctrina contemporánea de derecho, es de cuatro grados, a saber: a) la absoluta, ficticia o completa, en donde [*sic*] el acto oculto destruye totalmente el efecto del ostensible. En la intención real de las partes, ninguna

a) *Simulación absoluta.* Existe simulación absoluta cuando las partes no tienen intenciones de cambiar la realidad de las cosas, pero la encubren con un acto jurídico aparente. Más allá de la ilusión exterior que genera el negocio aparente, no existe ningún acto; en el plano de la realidad, se mantienen las cosas tal como estaban[110].

Un sujeto, viéndose cargado de deudas, y previendo que no podrá pagarlas, decide poner a salvo de sus acreedores sus bienes más valiosos. Así, le propone a un amigo que finjan haber celebrado una compraventa, de manera que sea este, y no el deudor, quien figure como dueño de los bienes. En este caso, aparentemente se celebró un contrato entre el deudor y su amigo; pero en realidad nunca existió contrato alguno[111].

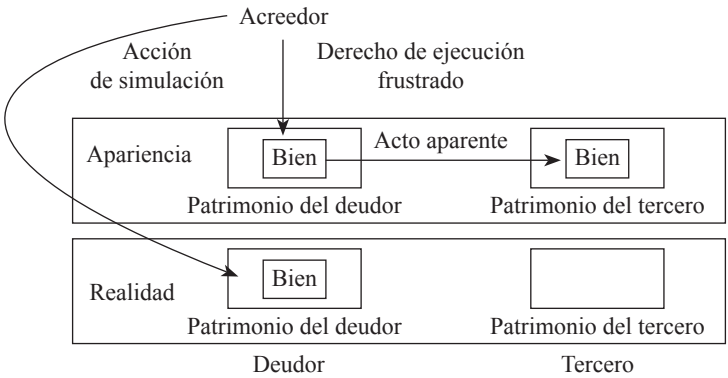


Figura 2. Ejemplo de simulación absoluta

---

modificación jurídica se realiza por virtud del acto aparente; b) el acto oculto cambia la naturaleza jurídica del ostensible, pero no para destruir su efecto; c) el acto ostensible aparece realizado por un testaferro con el objeto de ocultar a los verdaderos titulares del negocio jurídico. La identidad de ambas o de una de las partes se disimula con la interposición de personas; y d) por último, en el acto ostensible, las partes disfrazan o encubren no ya la naturaleza verdadera de la operación, sino una parte de sus condiciones o cláusulas" C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 julio 1935 (M. P. Juan Francisco Mújica), "G. J.", t. XLII, págs. 332-339.

[110] FRANCISCO FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1960, págs. 173 y ss.

[111] Este es un ejemplo de las denominadas ventas de confianza. "En este caso el acto presenta las apariencias de venta, pero en realidad no hay tal acuerdo ni ningún otro que haya alterado entre los contratantes la propiedad del bien. Pueden igualmente encontrarse donaciones aparentes, prestamos que no han tenido ninguna realidad, etc. Por ello decíase: *colorem habet, substantiam vero nullam* (tiene color, pero sustancia ninguna)". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 noviembre 1939 (M. P. Arturo Tapias Pilonieta), "G. J.", t. XLVIII, págs. 873-884.

En este tipo de casos, la acción de simulación busca que se declare que el negocio aparente es simulado y, por tanto, que el patrimonio de quienes participaron en él nunca varió: que el bien aparentemente vendido en realidad nunca salió del patrimonio del vendedor, y viceversa, que el bien supuestamente comprado nunca entró al haber del comprador.

b) *Simulación relativa.* En ocasiones las partes efectivamente celebraron un negocio, pero por una u otra razón no están interesadas en que se den a conocer sus verdaderos alcances. Para ello, crean un negocio aparente, en el cual se presenta una versión maquillada, modificada o distorsionada del acto que en realidad celebraron.

En estos casos, que genéricamente se denominan de "simulación relativa", las partes convienen dos acuerdos: uno real, por el que secretamente ellas se regirán, y otro aparente, que es una variación distorsionada del original, que presentarán al público.

Dependiendo de la parte del acto real que se esté encubriendo con la simulación, la doctrina y la jurisprudencia identifican tres especies de simulación relativa:

a') *Simulación en la naturaleza del contrato.* En estos casos, las partes del acuerdo deciden esconder la verdadera naturaleza del acto realizado y la encubren bajo un tipo de negocio jurídico distinto.

El ejemplo clásico de este tipo de simulación es el de una donación que se oculta bajo la apariencia de una compraventa, que en ocasiones es usada para obtener un propósito lícito y en otras con un ánimo ilícito.

Un sujeto desea donarle a otro un inmueble. Sin embargo, ninguno de los dos está interesado en que se conozca que se trató de una donación, para evitar el desprestigio que ello podría acarrear. Así, en un uso lícito de la simulación, las partes deciden aparecer en la escritura como compradora y vendedora de un contrato simulado.

Un ejemplo de uso ilícito de la simulación se encuentra en el caso del padre que encubre la donación hecha a uno de sus hijos como una compraventa. En este caso las partes del acto simulado buscan evitar que los demás legitimarios pidan al donatario la restitución de lo que se donó en exceso, descompletando las legítimas rigurosas.

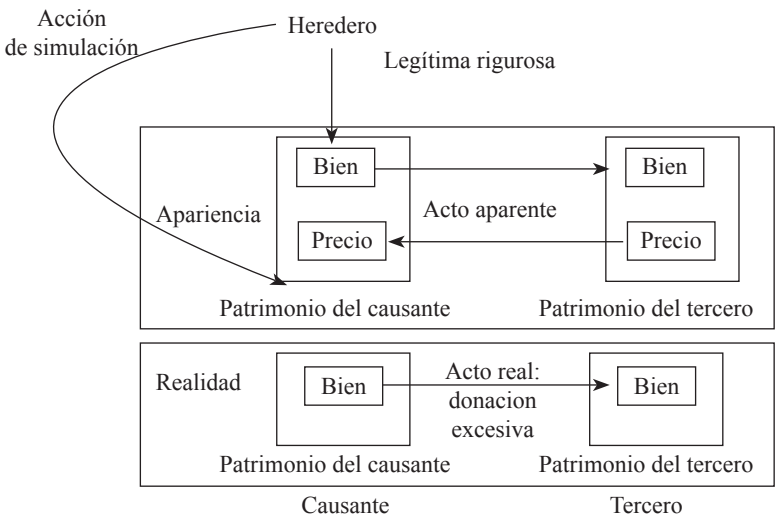


Figura 3. Ejemplo de simulación relativa por cambio de la naturaleza del acto

b') *Simulación en el contenido del contrato.* Aquí las partes celebran un negocio, pero enmascaran algún elemento de su contenido, como el objeto transferido, el precio, la fecha de su celebración o alguna otra cláusula especial, de condición, plazo, modo, exclusividad, permanencia y retroventa, entre otras[112].

Es bastante usual observar este tipo de simulación en los contratos de transferencia de bienes sujetos a registro. Ordinariamente, al momento de extender la escritura pública de compraventa de un inmueble, se consigna como precio el correspondiente al avalúo catastral, para efectos de obtener una reducción en los gastos notariales y de registro[113]. Igualmente, en este tipo de actos se suele declarar que el vendedor ha recibido la totalidad del precio de manos del deudor, cuando en muchos casos ello no corresponde a la realidad (figura 4).

c') *Simulación en las partes del contrato, o por interposición de persona.* En fin, en la simulación por interposición de persona, una de las partes del negocio real deja de aparecer, y en su lugar aparece un tercero (denominado por algunos *testaferro* o *prestanombre*), que celebra el acto sin tener representación de ningún tipo. En esta clase de simula-

[112] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 24 octubre 1936 (M. P. Miguel Moreno Jaramillo), "G. J.", t. XLIV, págs. 163-175.

[113] ANTONIO ROCHA ALVIRA, *De la prueba en derecho*, Bogotá, El Gráfico, 1940, pág. 182.

ción relativa se busca ocultar la identidad de alguna de las partes[114] y poner a firmar en su lugar el nombre de otra persona, sin que importe que esta exista o no.

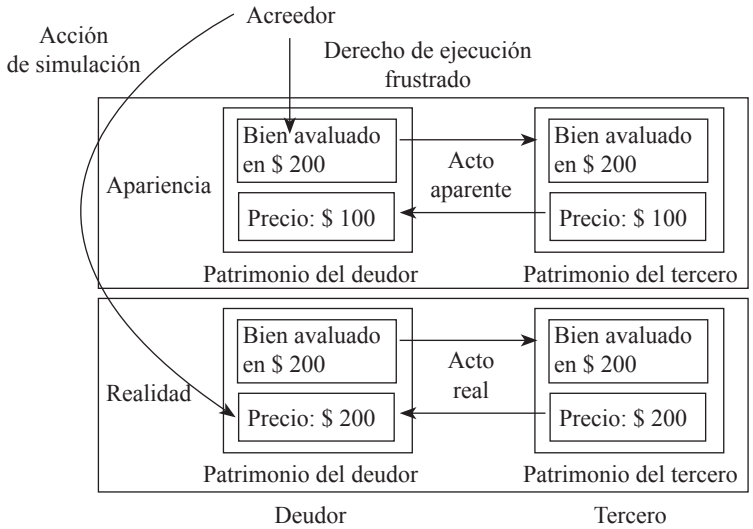


Figura 4. Ejemplo de simulación relativa por cambio en el contenido del contrato.

Un sujeto tiene intenciones de adquirir un inmueble. Sin embargo, dado que se encuentra en apuros para pagar sus deudas, teme que sus acreedores le inicien un proceso ejecutivo en el que puedan llegar a rematarle dicho inmueble. Por tanto, acuerda con el vendedor que en la escritura y en el registro correspondiente aparezca un tercero como comprador.

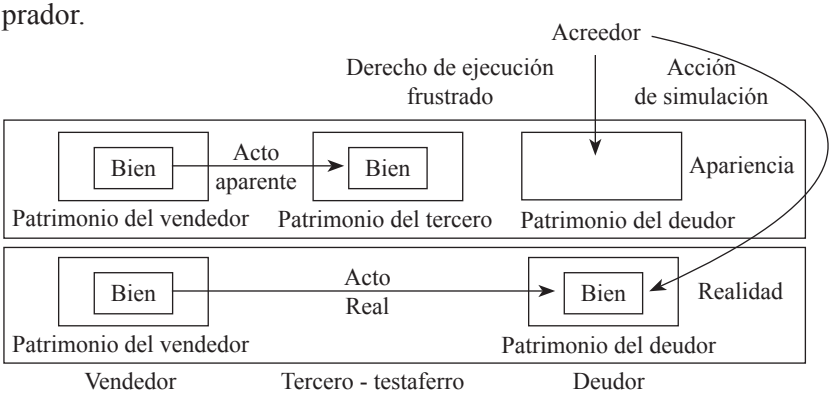


Figura 5. Ejemplo de simulación relativa por interposición de persona.

[114] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 28 agosto 2001 (M. P. Jorge Santos Ballesteros), exp. 6673.

B) *Naturaleza de la acción de simulación*

De los desarrollos que se han dado en la jurisprudencia y la doctrina acerca de la acción de simulación, podemos afirmar:

• La de simulación es una acción *declarativa*. La sentencia que la acoge declara la falta de eficacia jurídica del acto aparente y la prevalencia de la situación real[115].

• Es una acción *patrimonial*, y como tal, es renunciable, transferible, transmisible y prescriptible.

• Busca privar de eficacia al acto aparente, y en su lugar, declarar la *prevalencia de la realidad oculta*. Puede cumplir con una función reconstitutiva del patrimonio del deudor en la medida en que la realidad que se pone al descubierto, su constitución, fuera distinta de la que se veía de acuerdo con el acto aparente[116].

• Es una acción *autónoma*, que no depende de ninguna otra acción, como la pauliana o la de nulidad[117] y no está condicionada a lo que se pruebe o se decida en ningún otro proceso.

• El acreedor ejerce dicha acción de manera *directa*, y no por cuenta del deudor.

• Es una acción *personal*. Con ella, el acreedor busca hacer efectivo un derecho personal accesorio a su derecho de crédito y no un derecho real.

Frente a los efectos que se persiguen con la acción de simulación, la jurisprudencia en la actualidad sostiene de manera uniforme que el objeto de la acción es la *prevalencia* del acto oculto sobre el aparente.

[115] Las declaraciones que se realizan con fundamento en una acción de simulación se limitan a valorar jurídicamente la eficacia del acto aparente y de la realidad oculta. Con fundamento en la declaración de simulación no se consolidan derechos, como el de propiedad. Este solo se seguirá como consecuencia si se demuestra en el proceso quién era el propietario de los bienes en la realidad oculta. "Por tanto si al declarar la simulación y la restitución del bien simuladamente vendido, resultare que el vendedor no era dueño del bien, la declaración de restitución de aquel bien, no le conferiría al simulado vendedor, o a su sucesión, mejor derecho del que hubiere tenido con anterioridad a la venta simulada". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 24 enero 1951 (M. P. Miguel Arteaga H.), "G. J.", t. LXIX, págs. 335-342.

[116] Ibid.

[117] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 agosto 1964 (M. P. Enrique Coral Velasco), "G. J.", t. CVIII, págs. 182-194.

Sin embargo, esta conclusión fue el producto de una larga y variable línea de jurisprudencia a principios de siglo XX[118].

Antes de 1935, la jurisprudencia de la Corte Suprema veía en la simulación un caso de *nulidad absoluta* del acto aparente, por falta de consentimiento real de las partes, por falta de causa o por ilicitud en esta[119]. En principio esta tesis puede tener algo de razón, pues las partes en realidad no quieren acogerse al acto aparente y a menudo persiguen defraudar a terceros con el acto simulado.

Sin embargo, dicha postura no es satisfactoria. La acción de simulación es algo mucho más compleja que la acción de nulidad. Con ella se busca algo más que restarle efectos a un acto jurídico, y es hacer surgir una nueva situación jurídica que se encontraba oculta[120].

De ahí que entre 1935 y 1940 la Corte Suprema haya cambiado esta tesis por una propuesta distinta. La jurisprudencia de este período comenzó a estructurar que el efecto buscado con la acción de simulación era que se declarara la *prevalencia* del acto oculto sobre el acto aparente. Sostiene la Corte que en estos casos existe un consentimiento de las partes, pero lo que el acuerdo busca es encubrir la realidad de las cosas. En este contexto, cuando se ejerce la acción de simulación, no se busca desmentir, sin más, el acto aparente, sino hacer prevalecer el acto oculto sobre aquél[121].

En desarrollo de la mencionada tesis, la Corte Suprema consideró que cuando quiera que en el proceso se hubiere pedido la nulidad del acto aparente, con fundamento en la doctrina sostenida hasta antes de

[118] Véase C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 septiembre 1954 (M. P. José Hernández Arbeláez), "G. J.", t. LXXVIII, págs. 553-557.

[119] Véase, por ejemplo, C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 abril 1923 (M. P. Tancredo Nannetti), "G. J.", t. XXX, págs. 10 y ss.

[120] Rocha Alvira, *op. cit*., pág. 192.

[121] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 27 julio 1935 (M. P. Juan Francisco Mújica), "G. J.", t. XLII, págs. 332-339; 30 septiembre 1936 (M. P. Liborio Escallón), "G. J.", t. XLIV, págs. 438-444; 24 octubre 1936 (M. P. Miguel Moreno Jaramillo), "G. J.", t. XLIV, págs. 163-175; 27 marzo 1939 (M. P. Fulgencio Lequerica Vélez), "G. J.", t. XLVIII, págs. 749-753; 28 marzo 1939 (M. P. Hernán Salamanca), "G. J.", t. XLVII, págs. 719-725; 13 noviembre 1939 (M. P. Arturo Tapias Pilonieta), "G. J.", t. XLVIII, págs. 873-884; 15 febrero 1940 (M. P. Liborio Escallón), "G. J.", t. XLIX, págs. 69-73; 19 agosto 1940 (M. P. Hernán Salamanca), "G. J.", t. XLIX, págs. 823-829; 22 agosto 1940 (M. P. Daniel Anzola), "G. J.", t. XLIX, págs. 842-849; y 27 febrero 1941 (M. P. Liborio Escallón), "G. J.", t. L, págs. 754-757.

1935, el juez debía interpretar la demanda y considerar que lo que en realidad se pretendía era la prevalencia del acto oculto[122].

Pero en 1941 la Corte se apartó de esta jurisprudencia que permitía este tipo de interpretación judicial de las pretensiones de la demanda. En dicha oportunidad sostuvo que cuando en la demanda se había solicitado la declaratoria de nulidad absoluta del acto simulado, el juez debía declararla así en la sentencia, sin que importara que se tratara de un caso de simulación[123]. Algunos autores, e incluso la misma jurisprudencia[124], han considerado que durante este período la Corte Suprema regresó a la tesis según la cual la simulación es una especie de nulidad; en realidad consideramos que las soluciones dadas por ese tribunal buscaron ponerle límites a la interpretación judicial de las demandas de simulación, de acuerdo con el principio de congruencia de la sentencia[125].

[122] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 15 febrero 1940 (M. P. Liborio Escallón), "G. J.", t. XLIX, págs. 69-73; de 19 agosto 1940 (M. P. Hernán Salamanca), "G. J.", t. XLIX, págs. 823-829; y de 22 agosto 1940 (M. P. Daniel Anzola), "G. J.", t. XLIX, págs. 842-849.

[123] "Análogamente, aunque a la inversa, en casos en que la acción efectiva es de nulidad, no porque se hable de simulación cabe dejar de decidirla, a pretexto de que esa doctrina, acogida en época relativamente reciente, haya establecido o reconocido las diferencias que hay entre estas dos acciones". Y con más veras ha de procederse así en un juicio como el presente, aunque, a mayor abundamiento, lo primordialmente solicitado es la declaración de nulidad absoluta, en forma de no haber lugar a duda sobre que se ejercita esta acción". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 octubre 1941, "G. J.", t. LII, págs. 612-616. En el mismo sentido, C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 6 octubre 1942 (M. P. Ricardo Hinestrosa Daza), "G. J.", t. LIV, págs. 147-150; 10 febrero 1943 (M. P. Liborio Escallón), "G. J.", t. LV, págs. 19-22; y 6 noviembre 1943 (M. P. Ricardo Hinestrosa Daza), "G. J.", t. LVI, págs. 243-256.

En otra oportunidad la Corte Suprema decidió un caso en que el demandante había pedido tanto la simulación como la nulidad del acto aparente, y como consecuencia de una u otra declaración, que se cancelaran las escrituras públicas y los registros correspondientes. Este caso no fue resuelto en el fondo por ninguna de las dos instancias por ineptitud sustantiva de la demanda, en una clara aplicación de la teoría de los presupuestos procesales. La Corte no casó la sentencia, por considerar que la nulidad y la simulación son dos acciones irreconciliables. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 9 febrero 1944 (M. P. Hernán Salamanca), "G. J.", t. LVII, págs. 44-47. En el mismo sentido, sent. de 20 noviembre 1947 (M. P. Ricardo Hinestrosa Daza), "G. J.", t. LXIII, págs. 394-396.

[124] Ver C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 septiembre 1954 (M. P. José Hernández Arbeláez), "G. J.", t. LXXVIII, págs. 553-557.

[125] Este criterio se mantuvo en la jurisprudencia posterior de la Corte Suprema: "Si bien la Corte ha dicho que para entender como de simulación una demanda no es indispensable el empleo de esa palabra a manera de término sacramental, ello no puede

Desde 1945 en adelante, la Corte acogió sin reparos la tesis de la simulación como prevalencia, y este ha sido el criterio que ha servido de apoyo a sus fallos desde entonces[126].

C) *Titulares de la acción de simulación*

La acción de simulación puede ser ejercida por quien pretenda hacer valer el negocio oculto por encima del negocio ostensible. En la actualidad, la jurisprudencia admite que la declaración de simulación puede ser solicitada por cualquiera de estos sujetos[127]:

a) *Las partes del negocio simulado.* Las partes de cualquiera de los negocios que intervienen en la simulación pueden tener interés en que se desvirtúe el acto aparente y se revele la realidad de las cosas. A pesar de que en la actualidad la Corte Suprema de Justicia admite sin reparos que las partes tienen la posibilidad de ejercer la acción de simulación, en ocasiones sostuvo tesis contrarias.

Tal como se estudió arriba, la jurisprudencia consideró que en un principio la acción de simulación correspondía a un caso de nulidad absoluta. En este sentido, a la acción de simulación le eran aplicables las reglas sobre nulidades consagradas en los artículos 1746 y 1525 del Código Civil, que prohíben a las partes repetir lo que han dado o pagado por objeto o causa ilícita a sabiendas. Aplicadas estas normas a la simulación, la Corte concluyó que cuando las partes del negocio simulado tenían un propósito contrario a la ley, como defraudar a un acreedor, estas no podían luego solicitar a la jurisdicción que se declarara la simulación del acto[128].

---

significar que al pedir la declaración de nulidad de un contrato haya de estimarse siempre que la acción de nulidad signifique o implique la de simulación". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 octubre 1946 (M. P. José Antonio Montalvo), "G. J.", t. LXI, págs. 369-378.

[126] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 8 marzo 1946 (M. P. Hernán Salamanca), "G. J.", t. LIX, págs. 76-82; 11 febrero 1948 (M. P. Pedro Castillo Pineda), "G. J.", t. LXIII, págs. 656-667; 29 febrero 1952 (M. P. Alfonso Bonilla Gutiérrez), "G. J.", t. LXXI, págs. 133-150; 1º abril 1954 (M. P. Luis Felipe Latorre), "G. J.", t. LXXVII, págs. 352-356; 8 junio 1954 (M. P. Alfonso Márquez Páez), "G. J.", t. LXXVII, págs. 787-805; 2 septiembre 1954 (M. P. José Hernández Arbeláez), "G. J.", t. LXXVIII, págs. 553-557; 15 marzo 1955 (M. P. José Hernández Arbeláez), "G. J.", t. LXXIX, págs. 729-741; 5 septiembre 1957 (M. P. Enrique Giraldo Zuluaga), "G. J.", t. LXXXVI, págs. 40-62, entre otras.

[127] C. S. de J., sent. de 5 septiembre 2001 (M. P. José Fernando Ramírez Gómez), exp. 5868.

[128] C. S. de J., sent. de 4 diciembre 1895 (M. P. Luis M. Isaza), "G. J.", t. XI, págs. 204 y ss.

Posteriormente, la Corte abandonó la tesis según la cual la simulación es un caso de nulidad; sin embargo, se mantuvo reacia a conceder la acción de simulación a las partes del negocio, cuando mediaba causa ilícita, en una clara aplicación del principio según el cual nadie puede alegar su propia culpa (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*)[129].

Sin embargo, dicha posición fue finalmente superada a partir de 1964[130]. Desde entonces se admite la legitimación de las partes del negocio para ejercer la acción de simulación y así evitar el afianzamiento jurídico de situaciones simuladas. Esta postura se mantiene en la actualidad, tal como lo muestran los no pocos fallos de la Corte Suprema que se han pronunciado al respecto[131].

b) *Los terceros*. Además de las partes, la acción de simulación puede también ser ejercida por terceros ajenos al negocio simulado, siempre y cuando cumplan, en términos generales, con dos requisitos[132]:

[129] "Además: no puede perderse de vista que aun en el evento de que la simulación estuviese acreditada por medios idóneos, en este caso lo sería inseparablemente de la *causa simulandi*, reconocida por el actor a lo largo del proceso desde la demanda inicial: que tuvo el propósito de insolventarse a fin de eludir las resultas del juicio en que a la sazón se le perseguía para el pago de perjuicios". Tal *causa simulandi* destruye la acción propuesta con fundamento en la posición antijurídica del traspaso simulado de bienes en perjuicio de terceros. Porque no se trata en este caso de corregir la conducta errónea, de evitar o reparar las consecuencias de la falta, lo cual sería lícito y aun plausible base de la acción. Por el contrario, se pretende obtener que por la justicia, como instrumento, se corone la maniobra proyectada en fraude de los acreedores, cuando se estima que ha cesado el peligro de persecución. Nadie entonces con apoyo en causa reprobada por el derecho puede recabar acción ante los tribunales". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 noviembre 1960, "G. J.", t. XCIV, págs. 18 y ss. En dicha oportunidad salvaron su voto los magistrados Arturo C. Posada y Enrique López de la Pava, que de manera contundente atacaron la aplicación de la máxima nemo auditur en materia de simulación, por considerarla excesiva y jurídicamente inadecuada. Véase también al respecto FELIPE NAVIA ARROYO, "Reflexiones sobre la máxima nemo auditur", en Homenaje a Fernando Hinestrosa 30 años de rectorado, t. II, Liber amicorum, Estudios y temas, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, págs. 326 y ss.

[130] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 diciembre 1964 (M. P. Enrique López de la Pava), "G. J.", t. CIX, pág. 191.

[131] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 24 febrero 1994 (M. P. Alberto Ospina Botero), "G. J.", t. CCXXVIII, págs. 326-347; 23 abril 1998 (M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles), "G. J.", t. CCLV, págs. 817 y ss., y 27 agosto 2002 (M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles), exp. 6368, entre otras.

[132] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 octubre 1998 (M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles), "G. J.", t. CCLV, págs. 857 y ss.

• Que sean titulares de una relación jurídica con alguna de las partes del negocio simulado; y

• Que tengan interés en que el acto oculto sea revelado para proteger los derechos que se deriven en su favor de dicha relación jurídica.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, solo están legitimados para solicitar la simulación de un negocio los denominados "terceros relativos", mas no los "terceros absolutos", que no solo no son partes del contrato, sino que además carecen de relación alguna con quienes fueron partes o causahabientes del negocio simulado[133].

Dentro de este grupo, estudiaremos la posición de tres clases particulares de terceros:

a') *Los acreedores de las partes*. Los acreedores de alguna de las partes del negocio simulado tienen derecho a ejercer esta acción con el propósito de descartar la apariencia del acto falso y revelar la verdadera constitución del patrimonio de su deudor.

La jurisprudencia les ha reconocido a los acreedores el derecho a solicitar la declaración de simulación, desde 1924[134]. Para entonces dicho reconocimiento se hizo con fundamento en las reglas sobre nulidad de actos y contratos, que pueden ser alegadas por todo aquel que tenga interés en ello[135]. Desde entonces la Corte Suprema ha sostenido de manera uniforme que los acreedores de las partes del negocio simulado tienen derecho a demandar que se declare la prevalencia del acto oculto[136].

Sin embargo, no cualquier acreedor se encuentra habilitado para ejercer la acción de simulación, sino que debe cumplir con dos requisitos[137]:

• *Legitimación en la causa*. La acción de simulación únicamente puede ser ejercida por aquellos acreedores que tuvieran dicha condición al momento de la celebración del negocio simulado.

[133] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. SC16669-2016 de 18 de noviembre de 2016 (M. P. Ariel Salazar Ramírez), exp. 11001-31-03-027-2005-00668-01.

[134] C. S. de J., Sala de Casación, sent. de 30 agosto 1924 (M. P. Juan N. Méndez), "G. J.", t. XXXI, págs. 104-105.

[135] Ley 95 de 1890, art. 15.

[136] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 8 marzo 1956 (M. P. Ignacio Gómez Posse), "G. J.", t. LXXXII, págs. 229 y ss.

[137] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 10 agosto 1943 (M. P. Liborio Escallón), "G. J.", t. LVI, págs. 38-41.

• *Interés para obrar*. Corresponde al perjuicio que le ocasiona mantener la apariencia del acto simulado en el ejercicio de sus derechos como acreedor.

Sobre estos dos requisitos valen las mismas consideraciones formuladas arriba frente a la acción pauliana.

b') *El cónyuge o compañero permanente.* A diferencia de la acción pauliana, aquí el cónyuge o compañero permanente de una de las partes del negocio sí tiene derecho a acudir a la jurisdicción para ejercer la acción de simulación.

La jurisprudencia ha admitido dicha posibilidad incluso en los casos en que el cónyuge o compañero permanente había consentido en la celebración del negocio simulado[138], pues el perjuicio que le cause el negocio simulado en muchas ocasiones solo se hace evidente cuando se pretende liquidar la sociedad conyugal.

Antes de demandar la simulación, el cónyuge o compañero permanente demandante haya iniciado un proceso de nulidad de matrimonio, divorcio, separación de cuerpos o bienes, disolución y liquidación de la sociedad conyugal[139] o declaración de sociedad patrimonial derivada de la unión marital de hecho[140]. En cualquiera de tales casos, la Corte exige que el cónyuge demandado ya haya sido notificado de la demanda y se haya trabado la litis[141].

La jurisprudencia ha permitido en algunas ocasiones que en casos muy especiales se permita ejercer la acción de simulación incluso antes de disolverse la sociedad conyugal[142]. Sin embargo, incluso en estos casos excepcionales[143] se exige que inmediatamente se dé inicio a un

[138] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 diciembre 2005 (M. P. Edgardo Villamil Portilla), exp. 19728.

[139] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 5 septiembre 2001 (M. P. José Fernando Ramírez Gómez), exp. 5868; 26 octubre 2004 (M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar), exp. 65, y 15 diciembre 2005 (M. P. Edgardo Villamil Portilla), exp. 19728.

[140] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 agosto 2002 (M. P. Jorge Santos Ballesteros), exp. 6926.

[141] Ibíd.

[142] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 septiembre 1993 (M. P. Héctor Marín Naranjo), exp. 3664.

[143] "Si bien la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido con criterio justo y equitativo que aún antes de disolverse la sociedad conyugal puede traslucirse el interés para que un cónyuge demande de simulados los actos jurídicos celebrados por el otro, no debe olvidarse que esa eventualidad ha recibido un tratamiento eminentemente ex-

proceso paralelo que tenga como efecto la disolución y liquidación de la sociedad conyugal[144].

c') *Los herederos de otro sujeto legitimado.* La simulación es una acción patrimonial y como tal puede transmitirse a los herederos de cualquiera de los sujetos legitimados para solicitarla. Estos pueden ejercer la acción de simulación en dos calidades distintas[145], dependiendo de la situación en la que se encuentren el causante y ellos frente al acto simulado:

En primer lugar, pueden ejercer la acción *iure hereditario*. Esta es la acción que tenía el causante antes de fallecer, y que transfirió a sus herederos como un derecho, dentro de los activos de la masa sucesoral.

En segundo lugar, pueden ejercer la acción *iure proprio*. En este caso cada uno de los herederos está legitimado para demandar los actos del causante que les hayan ocasionado un perjuicio en cuanto al monto o naturaleza de sus asignaciones. Esta acción puede ser ejercida en cualquier momento, incluso en vida del causante, porque a través de esta acción no se busca modificar el patrimonio de este último, sino aclarar cuáles son los bienes que efectivamente lo integran[146].

---

cepcional". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 septiembre 2001 (M. P. José Fernando Ramírez Gómez), exp. 5868.

[144] "Pero, es conveniente ponerlo de presente, si en el curso del proceso se demuestra, por iniciativa de las partes o por la propia del juez, que fue frustránea la demanda de divorcio, de separación de cuerpos, etc., entonces el juez de la causa debe tomar en cuenta ese hecho como extintivo que es del interés del cónyuge demandante y obrar en consecuencia". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 septiembre 1993 (M. P. Héctor Marín Naranjo), exp. 3664.

[145] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 25 julio 2005 (M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez), exp. 246, y 30 octubre 1998 (M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles), "G. J.", t. CCLV, págs. 857 y ss.

[146] Esto representa una diferencia sustancial respecto de la acción pauliana. En esta se exige que los demandantes tengan la condición de acreedores, y dicha condición únicamente se adquiere con la muerte del causante. Este requisito no opera frente a la acción de simulación que, de *iure proprio*, tienen los herederos.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia: "Es verdad que indirectamente los legitimarios disponen de la acción de simulación, con libertad probatoria, contra los actos fingidos de su causante [...] Pero, entonces, según se vio, la acción de simulación encuentra como finalidad propia la de hacer prevalecer la realidad oculta, o sea el hecho de no haber salido del patrimonio del causante y continuar formando parte de él los bienes sobre los cuales versó la simulación y que consecuencialmente han de contribuir a la integración de aquellas asignaciones forzosas [...] Radica en el punto una de las diferencias capitales entre la acción de simulación y la pauliana, porque al paso que la

D) *Elementos de la acción de simulación*

Tal como se explicó más arriba, con la acción de simulación se busca desestimar un acto jurídico aparente para revelar una situación real y evitar que la apariencia cause un daño. Quien la ejerce debe demostrar, en consecuencia, tres elementos fundamentales[147]: en primer lugar, que existe un acto jurídico aparente; en segundo lugar, que existe una realidad distinta, escondida bajo el acto aparente; por último, que mantener la apariencia es perjudicial para el tercero que demanda la simulación.

a) *Existencia de un acto jurídico aparente.* El primer elemento de la acción de simulación está en el plano de lo aparente. Las partes crearon una máscara que tiene la apariencia de ser real, a pesar de ser fingida. En aras de crear esa apariencia, celebraron un acto que formalmente reúne todos los requisitos para su existencia: elementos esenciales y solemnidades legales[148].

En este sentido, debe demostrarse la existencia de un acto aparente, y ello se hará con los distintos medios probatorios que la ley permite, en ejercicio de la sana crítica, y con las limitaciones que le imponen las formalidades sustanciales y probatorias.

Como con la acción de simulación no se discute la licitud del acto, la capacidad de los contratantes, la integridad del consentimiento o el agotamiento de los requisitos de publicidad y oponibilidad, consideramos que no es necesario que el acto esté libre de vicios, como nulidades, anulabilidades o inoponibilidades. Este tipo de irregularidades son:

b) *Existencia de una situación jurídica oculta.* Como segundo elemento de la acción de simulación, debe demostrarse que ese plano de lo aparente en el que está el acto no es sino una cortina que oculta una

---

primera tiene por finalidad la supresión del acto aparente para que subsista en su plenitud la situación patrimonial preexistente, la segunda versa sobre un acto verdadero y serio, por el cual salió realmente del patrimonio del deudor un bien o interés determinado". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 22 agosto 1967 (M. P. Gustavo Fajardo Pinzón), "G. J.", t. CXIX, págs. 191 y ss.

[147] "Y como también lo tiene definido la doctrina jurisprudencial de la Corte, en orden a establecer si sobre un contrato determinado se obró simuladamente, el juzgador debe proceder a investigar, ante todo, la existencia del respectivo acuerdo, para pasar luego a analizar el derecho que asista al actor para promover la respectiva acción, y rematar definiendo, con vista en las pruebas del plenario, si la simulación tuvo lugar o no". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 mayo 2004 (M. P. César Julio Valencia Copete), exp. 7145.

[148] C. de Co., art. 898.

realidad distinta. Esa apariencia debe ser desvirtuada, demostrando cuál es la situación jurídica que en realidad existe y que fue enmascarada por medio de la simulación.

Hemos utilizado la expresión situación jurídica oculta, tratando de ir más allá del viejo debate entre los defensores de las distintas teorías que tratan de explicar la estructura del fenómeno simulatorio, "dualistas" y "monistas"[149].

Entendemos por situación jurídica un "modo de ser de la realidad, en cuanto es valorado por el derecho"[150]. En el caso de la simulación, la situación jurídica oculta es la realidad que se esconde detrás de la máscara del acto simulado, bien sea que en dicha realidad se halle una "estipulación contraria" que desmienta el acto aparente[151]; o que se trate sencillamente de revelar la falta de consentimiento en el acto simulado[152].

Para demostrar la existencia de una situación jurídica oculta se admiten todos los medios de prueba, en aplicación de los principios de libertad probatoria y de sana crítica[153]; sin embargo, dada la naturaleza de este fenómeno, ordinariamente es necesario recurrir a indicios de

[149] Para una explicación sencilla de las distintas teorías sobre la simulación, véase Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1998, págs. 122 y ss.

[150] Fernando Hinestrosa, *Derecho Civil*. Obligaciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1969, pág. 9.

[151] Según los defensores de las teorías dualistas, la única forma de demostrar que el negocio aparente es simulado es probando un acuerdo contrario entre las partes (contrelettre). "Quien pida, pues, declaración de simulación en el primer caso, señalando como contraestipulación la voluntad supresora o destructora entre los contratantes de su venta aparente, vinculando su interés de demandante a la prevalencia de esta real voluntad oculta, debe acreditarlo plenamente. Y si no se prueba la contraestipulación que destruye totalmente el contrato, o si de las pruebas aducidas por el demandado en el curso del juicio resulta una contraestipulación diferente de la que debía probar conforme a su demanda, v. g. una donación que aunque cambia la naturaleza del contrato aparente no destruye sus efectos, la técnica del fallo impone la absolución del demandado, como ocurre siempre que el demandante no cumple satisfactoriamente su obligación de probar los hechos que ha señalado como fuente de sus pretensiones" C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 8 marzo 1946 (M. P. Luis Felipe Hernández), "G. J.", t. lix, págs. 76-82.

[152] Ferrara, *op. cit*., págs. 365 y ss.; C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 20 noviembre 1979 (M. P. Germán Giraldo Zuluaga), "G. J.", t. clix, págs. 325-330.

[153] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 21 junio 1984 (M. P. Humberto Murcia Ballén), "G. J.", t. clxxvi, págs. 211-224; y 11 enero 2005 (M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar), exp. C2158.

variada índole[154], siempre y cuando satisfagan ciertos requisitos de gravedad, concurrencia y concordancia[155].

Los indicios más comunes apuntan a demostrar las razones que tuvieron las partes para celebrar el acto simulado (es decir, la *causa simulandi*): la situación de insolvencia del deudor, la falta de recursos del supuesto comprador para realizar la operación, la edad de las partes, la falta de necesidad de enajenar o gravar, entre otros; aunque también pueden apuntar a situaciones de otro orden, como la existencia de relaciones personales o familiares estrechas entre las partes del acto. En el caso de la simulación relativa, también es conveniente que apunten a la existencia y contenido del acuerdo secreto[156]. De acuerdo con la

[154] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 15 diciembre 2005 (M. P. Edgardo Villamil Portilla), exp. 19728; 23 abril 1998 (M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles), "G. J.", t. CCLV, págs. 817 y ss.; 31 marzo 1992 (M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss), "G. J.", t. CCXVI, págs. 239-256. En sent. de 8 mayo 2001 (M. P. José Fernando Ramírez Gómez), exp. 5692, se enunciaron los indicios más frecuentes así: "En relación con la prueba indiciaria, la doctrina particular (nacional y extranjera), y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, además de reconocer su grado de importancia en este campo, han venido elaborando un detallado catálogo de hechos indicadores de la simulación, entre los cuales se destacan el parentesco, la amistad íntima de los contratantes, la falta de capacidad económica de los compradores, la falta de necesidad de enajenar o gravar, la documentación sospechosa, la ignorancia del cómplice, la falta de contradocumento, el ocultamiento del negocio, el no pago del precio, la ausencia de movimientos bancarios, el pago en dinero efectivo, la no entrega de la cosa, la continuidad en la posesión y explotación por el vendedor, etc.".

[155] Así, por ejemplo, la sent. de 5 diciembre 1975 (M. P. Ernesto Escallón Vargas), no publicada, la Corte Suprema de Justicia enunció que los indicios de simulación deben reunir los siguientes requisitos: "a) La conducencia de la prueba indiciaria respecto del hecho investigado; b) Que esté descartada razonablemente la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el investigado sea aparente; c) Que en igual forma se excluya la posibilidad de la falsificación del hecho indicador por obra de terceros o de las partes; d) Que aparezca clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho indicador o el indicado; e) Que se trate de una pluralidad de indicios, si son contingentes; f) Que varios de los indicios contingentes sean graves, concordantes y convergentes; g) Que no existan contraindicios que no puedan descartarse razonablemente; h) Que se hayan eliminado razonablemente otras posibles hipótesis, así como los argumentos o motivos infirmantes de la conclusión adoptada, pues es frecuente que un hecho indiciario se preste a diferentes inferencias que conduzcan a distintos resultados; i) Que no existan pruebas de otra clase que infirmen los hechos indiciarios o que demuestren un hecho opuesto al indicado por aquellos; y j) Que se pueda llegar a una conclusión final precisa y segura, basada en el pleno convencimiento o la certeza del juez".

[156] C. C., art. 1766 y C. de P. C., art. 267. Sobre la primera de estas normas, la Corte Suprema ha dicho: "Todo lo cual significa, en sana lógica, que entre quienes contratan y contra quienes contratan valen tales escrituras privadas y tales contraescrituras públicas. También han de valer las contraestipulaciones verbales, establecida su existencia conforme a los principios de prueba de que se hablará luego. Nótese que el artículo

jurisprudencia de la Corte Suprema, es irrelevante que los hechos indicadores se sitúen en un momento previo, concurrente o posterior a la celebración del acto simulado, lo cual se explica por el carácter indirecto de este tipo de prueba[157].

c) *Daño al tercero.* Ya vimos que la acción de simulación puede ser ejercida por las partes del contrato, sus causahabientes o terceros con interés. Cuando son las partes o sus causahabientes quienes lo hacen, no es necesario que el acto les represente ningún perjuicio, pues en esos casos se trata de hacer valer la voluntad real de las partes, en aplicación de los artículos 1502 y 1618 del Código Civil[158].

La existencia de un perjuicio solo se exige cuando la simulación es alegada por un tercero ajeno al acto simulado[159], como en el caso de los acreedores, el cónyuge o los herederos, cuando actúan *iure proprio*.

El daño puede corresponder, al igual que en la acción pauliana, el menoscabo patrimonial que tiene el tercero acreedor a causa del acto simulado. Sin embargo, en la acción de simulación la jurisprudencia ha admitido que también hay daño para los terceros cuando, a pesar de no existir una insuficiencia patrimonial, pueda estar en peligro el ejercicio de un derecho[160]. En todo caso, los terceros deben demostrar que el perjuicio causado debe ser actual y cierto[161].

---

1766 dice que las contraescrituras privadas o públicas no producirán efectos «contra terceros», mas no dice que dejarán de producirlos «respecto de terceros». Y está bien la preposición adversativa, porque los terceros tienen derecho a invocar el acto secreto o el acto público". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 24 octubre 1936 (M. P. Miguel Moreno Jaramillo), "G. J.", t. XLIV, págs. 163-175.

[157] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 15 diciembre 2005 (M. P. Edgardo Villamil Portilla), exp. 19728; y 6 abril 2006 (M. P. César Julio Valencia Copete), exp. 1747.

[158] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 21 junio 1984 (M. P. Humberto Murcia Ballén), "G. J.", t. CLXXVI, págs. 211-224.

[159] Ibíd.

[160] "El único requisito necesario para ejercer la acción de simulación es la existencia de interés, determinado a veces por el elemento del daño y cuya naturaleza y extensión son diversas, porque si en la pauliana el perjuicio consiste en la insolvencia del deudor, en la de simulación resulta el perjuicio de la incertidumbre y dificultad de hacer valer un derecho subjetivo y, por consiguiente, de la amenaza de su posible violación. Además, el elemento del daño en la acción de simulación tiene un aspecto más amplio y multiforme, ya que no consiste solamente, en una disminución de la garantía de los acreedores, sino en cierto peligro de perder un derecho o de no poder utilizar una facultad legal". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 8 junio 1954 (M. P. Alfonso Márquez Páez), "G. J.", t. LXXVII, págs. 787-805.

[161] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 10 agosto 1943 (M. P. Liborio Escallón), "G. J.", t. LVI, pág. 38-41, y 27 de agosto 2002 (M. P. Jorge Santos Ballesteros), exp. 6926.

d) *Otros elementos* (*no esenciales*) *de la acción de simulación.* En diversas ocasiones la doctrina o la jurisprudencia se han referido a otras cuestiones, como elementos adicionales de la acción de simulación. Nos referimos de manera sucinta a los más importantes, entre ellos:

— *La ilicitud de la simulación*. Existe opinión uniforme según la cual la ilicitud no es un elemento que deba demostrarse, ya que la simulación no es algo en sí mismo ilícito[162]. De acuerdo con FERRARA, "La simulación es lícita, inocente o incolora —como se la denomina—, cuando no tiene por objeto perjudicar a terceros o defraudar la ley"[163]. Sin embargo, consideramos que no es el propósito de las partes, sino el perjuicio que el acto aparente efectivamente llegue a causar al tercero, lo que funda la acción de simulación.

La ilicitud es un elemento esencial de otro tipo de acciones, como la de nulidad absoluta[164].

• *La mala fe de las partes*. La simulación consiste exclusivamente en la celebración de un acto aparente que encubre una realidad jurídica distinta. La acción que se estudia tiene como propósito sacar a relucir la realidad encubierta por el acto aparente y determinar la verdadera formación del patrimonio de quienes lo celebraron. Nada más.

Todo lo anterior es independiente de la intención que hayan tenido las partes al celebrar el acto simulado: poco importa si estas conocían o debían conocer el mal estado de sus negocios, o que hayan tenido la intención positiva de dañar a un acreedor o a un tercero. La mala fe es un elemento de la acción pauliana y no de la acción de simulación.

• *El acuerdo en la* "*causa simulandi*". Al celebrar el acto aparente, cada parte no tiene por qué conocer ni mucho menos compartir los motivos que tiene la otra parte para crear el acto simulado. Cada una de las partes del negocio puede actuar con fundamento en razones distin-

[162] "El disfraz de un negocio jurídico no puede reprobarse en sí mismo mientras no se ofenda con él la ley o el derecho de los demás. [...] La simulación es, pues, indiferente desde el punto de vista jurídico: lo que importa es el negocio verdadero que las partes quisieron ocultar". FERRARA, *op. cit*., págs. 206-207. Ver también, ROCHA ALVIRA, *op. cit*., pág. 183; RUBÉN COMPAGNUCCI DEL CASO, *El negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1992, págs. 326 y ss.

[163] FERRARA, *op. cit*., pág. 111.

[164] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 24 octubre 1936 (M. P. Miguel Moreno Jaramillo), "G. J.", t. XLIV, págs. 163-175; 9 febrero 1944 (M. P. Hernán Salamanca), "G. J.", t. LVII, págs. 44-47, y 29 febrero 1952 (M. P. Alfonso Bonilla Gutiérrez), "G. J.", t. LXXI, págs. 133-150.

tas[165] e incluso variables con el paso del tiempo[166]. La existencia de una *causa simulandi* común entre las partes del negocio puede ayudar a demostrar que el acto es simulado, pero ello no la convierte en elemento sustancial de la acción de simulación.

• *La intención de engañar a terceros*. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido en distintas oportunidades que es necesario demostrar que las partes, al celebrar el acto aparente, tenían intención de engañar a terceros. De acuerdo con esta postura, no es necesario probar que las partes tuvieron la intención de causar un perjuicio a terceros; tan solo que quisieron convencerlos de una realidad distinta. Así mismo, considera que no es necesario probar que el tercero efectivamente fue engañado por el acto simulado[167].

[165] "Puestas en esta dimensión las cosas, aseverar que la causa de la pretensión de simulación es siempre y en todo caso una e inamovible, es asunto más complejo de lo que parece, pues en los preámbulos de la simulación los hechos contribuyen de distinta manera a la configuración del resultado según la distancia que los separa del suceso final.

"Bajo [*sic*] esa perspectiva, la descripción e identificación de las causas que inducen a la simulación es asunto difícil, por la variedad de los motivos que anteceden al concierto simulatorio. Se refiere la Corte a que en el iter que precede a la simulación se entretejen muchas circunstancias que obran de modo diferente como motor de la voluntad de los simulantes". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 diciembre 2005 (M. P. Edgardo Villamil Portilla), exp. 19728.

[166] "Cuando la simulación está subordinada a permanecer apenas durante algún tiempo, puede suceder que haya un cambio en la intención original de las partes [...] En estos eventos es posible que ambas partes hayan compartido los motivos que llevaron a fraguar la simulación, o que mientras para uno de los artífices la simulación tenga una finalidad, para el otro esta sea bien diferente". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 diciembre 2005 (M. P. Edgardo Villamil Portilla), exp. 19728.

[167] "Requiérese además que ese acuerdo simulatorio tenga como fin deliberado el engaño a los terceros, sea que esa intención de engaño tenga o no como propósito el daño o fraude, que es asunto diferente y que antes se solía confundir. Ahora bien, que se logre el engaño, que se perfeccione, no es punto de la esencia de la simulación, como algunos opinan, sino más bien tema que concierne a los efectos que las partes, habilidosas o no, persiguen y eventualmente logran en los terceros, precisamente al crearles la ilusión de un negocio que no existe o es diferente del que se muestra". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 julio 2000 (M. P. Jorge Santos Ballesteros), exp. 6238.

En el mismo sentido la sent. de 4 agosto 2010 (M. P. Ruth Marina Díaz Rueda), exp. 05001-3103-001-2002-00623-01. Esta última sentencia citada, sin embargo, contiene una importante aclaración de voto del magistrado William Namén Vargas, quien diverge de esta postura: "la simulación, *per se*, es acto verdadero y real, fruto de una conducta deliberada, consciente, homogénea y convergente de las partes. Cuando consista en un acto o declaración de voluntad —a la cual no se reduce su forma de expresión— es cierta y verídica, las partes quieren el acto simulado y sus consecuencias. Tampoco, ante

Diferimos de esta postura, pues consideramos que la simulación consiste en la celebración de un acto jurídico que muestra una apariencia, independientemente del propósito que hayan tenido las partes al celebrar dicho acto; apariencia que, valga la pena reiterar, es una cuestión distinta de la intención de engañar, así en muchos casos la apariencia pueda ir de la mano con el engaño. En esta medida, compartimos la tesis, expuesta en otras sentencias de esa Corte, según la cual la simulación "*per se* no es un negocio jurídico ilícito, fraudulento o engañoso (*animus nocendi*), ni de suyo, comporta su nulidad absoluta"[168].

• *Una divergencia entre lo querido y lo declarado*. En el negocio simulado las partes voluntariamente desean trabajar sobre dos planos: el plano de lo ficticio y el de lo real; o, en otras palabras, las partes quieren tanto la realidad oculta como la declaración aparente[169]. No existe una divergencia entre lo querido y lo declarado, y en el caso en que existiera, ello no sería un problema de simulación, sino de anulabilidad por vicios del consentimiento.

E) *Extinción de la acción de simulación*

No existe en nuestro ordenamiento una norma que prevea un término específico para la extinción de la acción de simulación.

En este sentido, la jurisprudencia ha manifestado que se aplican los términos de prescripción ordinarios[170], que se cuentan a partir del momento en que surge el interés para el tercero o para la parte demandante[171]. Cuando quien demanda es un tercero, su interés surge en el mismo momento de la celebración del negocio simulado; cuando es una parte, su interés surge en el momento en que su contraparte desconozca la

---

sí, de suyo y por sí misma, la simulación se orienta al engaño, ni descarta todo efecto negocial, por cuanto de suyo, lo proyecta a plenitud entre las partes, y en determinadas hipótesis, respecto de terceros".

[168] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 julio 2008 (M. P. William Namén Vargas), exp. 41001-3103-004-1998-00363-01.

[169] LUIS DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, t. I, Madrid, Tecnos, 1979, pág. 146.

[170] La extinción de la acción de simulación se da por vía de prescripción y no de caducidad. Véase C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 junio 2007 (M. P. Pedro Octavio Múnar Cadena), exp. 129.

[171] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 julio 1956 (M. P. José J. Gómez), "G. J.", t. LXXXII, págs. 278-284.

realidad oculta, como cuando el simulado comprador pretende ser dueño de la cosa aparentemente comprada[172].

F) *La acción de simulación concursal*

Las leyes de procedimientos concursales suelen agrupar en una misma disposición las reglas sobre acción revocatoria y de simulación[173].

Sin embargo, además de algunas cuestiones procesales, como la competencia y el procedimiento, las diferencias entre la acción de simulación ordinaria y las reglas que allí se consagran son mínimas:

• El daño se predica de todos los acreedores, al igual que en las acciones revocatorias concursales;

• La acción prevista en dicho artículo solo se aplica para los actos realizados en el período de sospecha;

• La acción está sujeta a las mismas condiciones de legitimación en la causa, caducidad de la acción, perjuicio a los acreedores de las acciones revocatorias concursales; y

• La acción es dependiente y accesoria del proceso concursal al que accede.

## **6**. La acción subrogatoria

La última de las acciones reconstitutivas del patrimonio del deudor que estudiaremos la denominada acción oblicua o subrogatoria. Con este tipo de acciones se pretende remediar los efectos nocivos que surgen para el acreedor cuando su deudor deja de ejercer un derecho y le causa con ello un deterioro en el patrimonio. En estos casos el acreedor, con autorización del juez, puede ejercer en su propio interés el derecho de su deudor, y de este modo evitar las consecuencias negativas que la inactividad tendría para su crédito[174].

[172] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 28 febrero 1955 (M. P. Manuel Barrera Parra), "G. J.", t. LXXIX, pág. 526.

[173] Por ejemplo, en el art. 74 de la ley 1116 de 2006, y en el art. 39 de la ley 550 de 1999.

[174] Al respecto, la doctrina ha expresado: "Esta acción, denominada igualmente indirecta u oblicua, consiste en que el acreedor o los acreedores, como lo establece el art. 1166 del Código Civil francés, pueden ejercer todos los derechos y acciones del deudor, salvo los exclusivamente vinculados a su persona. Aprovecha ella a todos los acreedores y no solo a quien la instaura, y no presupone la insolvencia del deudor sino su incuria en el manejo de los bienes que forman la garantía general de los acreedores [...]

Los países de la tradición jurídica europea continental han regulado la acción oblicua de acuerdo con dos modelos distintos. En algunos ordenamientos, la ley la consagra como una acción genérica que se da a los acreedores para ejercer cualquier clase de derechos patrimoniales que el deudor haya mantenido inactivos en perjuicio de ellos. A esta tradición pertenece el Código Civil francés de 1804, que en el artículo 1166 permite que todos los acreedores ejerzan cualquier acción de su deudor, salvo las que sean inherentes a la persona. En América Latina, esta tradición fue seguida, entre otros, por el Código Civil argentino[175].

Los países que siguieron el Código Civil chileno de ANDRÉS BELLO, como Colombia, no adoptaron este modelo. Por el contrario, prefirieron regular algunos casos excepcionales en los que se permite que los acreedores ejerzan algunos derechos de sus deudores, para proteger sus intereses. Existen, en efecto, normas que regulan algunos casos específicos en los que se permite a los acreedores ejercer algunas facultades que en principio le corresponderían al deudor.

Así, el Código Civil regula esta acción para los acreedores del deudor que repudia la herencia[176], el legado o la donación[177], del deudor que deja de alegar la prescripción adquisitiva o extintiva[178], o del deudor que no haya ejercido los derechos que le correspondan como usufructuario, prendario, arrendador, arrendatario o beneficiario del derecho de retención[179].

Algún sector de la doctrina ha sostenido, con base en ello, que en derecho colombiano no existe una acción oblicua[180]. Sin embargo, la jurisprudencia nacional se ha referido en diversas oportunidades a la mencionada acción, clasificándola dentro de los mecanismos por excelencia para reconstituir el patrimonio del deudor[181].

---

"Se diferencia la acción oblicua de la pauliana en que esta se ejerce por los acreedores en su propio nombre, y aquella se ejerce también por los acreedores pero en sustitución del deudor que por negligencia no la ha utilizado". HERNANDO JARAMILLO, *La acción pauliana*, Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 22.

[175] El art. 1196 del Código argentino consiste básicamente en una traducción del art. 1166 francés.

[176] C. C., art. 1295 y C. de P. C., art. 592.

[177] C. C., art. 1451.

[178] C. C., art. 2513 y C. de P. C., art. 407.

[179] C. C., art. 2489.

[180] GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis, 2005, pág. 197.

[181] C. S. de J., sents. de 18 julio 1977 (M. P. Ricardo Uribe Holguín), "G. J.", t. CLV, pág.198; y 2 julio 1993 (M. P. Eduardo García Sarmiento), "G. J.", t. CCXXV, págs. 25-47.

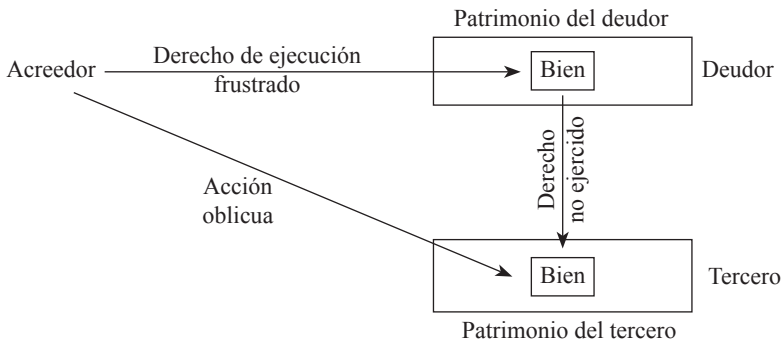


Figura 6. Supuesto de acción oblicua.

A) *Naturaleza de la acción subrogatoria*

• La acción oblicua tiene naturaleza *declarativa*. El acreedor que la ejerce busca que se declare el derecho que el deudor tiene dentro de su patrimonio. Sea que se trate de la aceptación de una herencia, de la aceptación de una donación o un legado, de la pertenencia de un bien adquirido por prescripción, de la extinción de una obligación, entre otros casos, se busca definir un derecho que debería encontrarse al interior del patrimonio del deudor y que por su inactividad no había ingresado a este.

• Es una acción *patrimonial*, pues se trata de hacer efectivo un derecho del deudor para incorporar un derecho en su patrimonio o evitar que salga que este. Al igual que la generalidad de las acciones patrimoniales, la acción oblicua es renunciable, transferible, transmisible y prescriptible.

• Su objeto es el *restablecimiento del patrimonio del deudor*, que por causa de la inactividad de este, había sufrido un menoscabo patrimonial.

• Según el caso, la acción oblicua o subrogatoria puede ser *autónoma* o *dependiente*. Es autónoma cuando el derecho se ejerce independientemente de un escenario particular, como en los casos en que persigue la declaratoria de pertenencia de un bien. Es dependiente cuando se refiere a derechos que deben ser ejercidos dentro de un escenario particular, como los derechos sucesorales.

• El acreedor ejerce dicha acción de manera *indirecta*. No se trata de un derecho que el acreedor ejerce en su propio nombre, sino en el del deudor, aunque en últimas vaya a ser el beneficiario de la actuación.

En palabras de SPOTA, la acción oblicua se ejerce "a nombre del deudor, pero en interés propio"[182].

• Se trata de una acción *personal*; con ella no se busca hacer efectivo un derecho real, sino restablecer la garantía del derecho de crédito que la inactividad del deudor había puesto en riesgo.

• En cuanto a sus efectos, la acción oblicua busca la *eficacia* de un derecho del deudor. A diferencia de las acciones que hemos estudiado a lo largo de este capítulo, aquí no se persigue restarle efectos a un acto del deudor. Por el contrario, se busca ejercer una facultad de este para evitar un perjuicio que su inactividad ocasionaría para su patrimonio.

En algunas ocasiones el ordenamiento dispone que los derechos ejercidos mediante la acción oblicua tienen eficacia plena, *erga omnes*, y por tanto, lo que llegue al patrimonio del deudor que supere el monto del crédito beneficia a terceros. En otros casos, la ley dispone que esta eficacia sea relativa y favorezca únicamente al acreedor que propuso la acción oblicua; los saldos que queden después de pagar al acreedor demandante pueden devolverse en favor del tercero que en un principio se habría beneficiado de la inactividad del deudor[183].

B) *Titulares de la acción subrogatoria*

De acuerdo con las normas citadas, pueden ejercer la acción oblicua los acreedores de quien dejó de ejercer un derecho. Se trata de una medida reconstitutiva del patrimonio del deudor, en la medida en que es la garantía de un derecho de crédito. Al igual que con las acciones anteriormente analizadas, estos acreedores deben reunir los dos requisitos de legitimación en la causa e interés para obrar, a saber:

a) *Legitimación en la causa.* Son titulares de la acción oblicua los acreedores en favor de los cuales exista un derecho de crédito, sin importar que esta sea exigible o no. *Contrario sensu*, no son titulares de esta acción aquellos acreedores que no tengan un derecho consolidado en su favor, como los acreedores de obligaciones sometidas a condición suspensiva pendiente, el cónyuge antes de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal y los herederos antes de la muerte del causante.

b) *Interés para obrar.* La inactividad del deudor debe causar un perjuicio al acreedor que ejerce la acción, porque los bienes restantes son insuficientes para satisfacer su crédito.

[182] ALBERTO SPOTA, *Instituciones de derecho civi*l. Contratos, vol. III, Buenos Aires, Depalma, 1983, pág. 407.

[183] C. C., art. 1451.

C) *Elementos de la acción subrogatoria*

Identificamos tres elementos fundamentales en la acción oblicua o subrogatoria. El primero de ellos es la existencia de un derecho subjetivo en favor del deudor. El segundo, la inactividad del deudor frente a dicho derecho. En fin, el daño que dicha inactividad les ocasiona a los acreedores.

a) *Condición de acreedor del demandante.* Como prueba de la legitimación en la causa, quien demanda en acción oblicua debe demostrar que tiene la condición de acreedor del deudor, acreditando que tiene en su favor una obligación cierta, que deba ser protegía mediante la actuación judicial.

b) *Existencia de un derecho subjetivo en favor del deudor.* El acreedor debe demostrar que su deudor es titular de un derecho subjetivo en su favor. Para ello deberá acreditar, dependiendo del caso, la condición específica que lo legitima para reclamar un activo dentro de su patrimonio, o para evitar que salga.

Así, si se trata de una acción oblicua ejercida en el contexto de una sucesión, el acreedor demandante deberá probar que su deudor tiene la condición de heredero o legatario. Si se busca ejercer los derechos que el deudor tiene como arrendador o arrendatario, deberá probar dicha calidad con el contrato de arrendamiento. Cuando se trate de una prescripción, el acreedor deberá demostrar la calidad de poseedor del deudor, si se trata de una prescripción adquisitiva; o de propietario, cuando un tercero haya demandando la pertenencia de un bien de su patrimonio.

c) *Inactividad del deudor frente a dicho derecho subjetivo.* El siguiente elemento que debe demostrarse es que el deudor no ha ejercido dicha prerrogativa o ha renunciado a ella. La falta de ejercicio es una negación indefinida, que invierte la carga de la prueba al demandado; la renuncia, por su parte, es un hecho positivo que debe ser acreditado mediante alguno de los mecanismos establecidos en el Código de Procedimiento Civil.

d) *Daño al acreedor.* En fin, y al igual que en las demás acciones reconstitutivas del patrimonio del deudor, el acreedor demandante debe demostrar que la inactividad de su deudor o su renuncia a ejercer el derecho le ocasiona un perjuicio. Este consiste en que el patrimonio del deudor sea insuficiente para satisfacer el crédito. Por tanto, frente a este elemento valen las mismas consideraciones hechas frente a las demás acciones reconstitutivas estudiadas.

D) *Extinción de la acción subrogatoria*

La acción oblicua no tiene una regla específica acerca de su extinción. En este sentido, deben aplicársele las reglas generales sobre prescripción, contenidas en los artículos 2512 y siguientes del Código Civil.

Debe tenerse en cuenta al respecto que por medio de esta acción un acreedor ejerce en nombre de su deudor un derecho de este. Por tanto, el término de prescripción de la acción oblicua será el mismo del derecho del deudor que se busca ejercer.

## 7. ALGUNAS REFLEXIONES CON MIRAS A LA MODERNIZACIÓN DE LOS TEMAS AQUÍ TRATADOS

Las cuestiones desarrolladas en el presente capítulo han sido el producto de una evolución que comprende numerosas décadas e incluso siglos enteros. Proponer la modernización de instituciones como las presentadas sucintamente en estas páginas no es tarea sencilla y puede parecer osada o atrevida a ojos de muchos. En todo caso, la modificación de este tipo de instituciones jurídicas debe ser el culmen de un proceso de reflexión muy cuidadoso y meticuloso, de manera que el ímpetu irreflexivo de la renovación no estropee una línea evolutiva por la que han intervenido grandes juristas, y que ha partido en no pocos casos del estudio de complejos casos en la vida real.

Sin perjuicio de lo anterior, a continuación presentamos algunas reflexiones para la modernización de la temática de las acciones reconstitutivas del patrimonio del deudor.

A) *Necesidad de modernizar la acción pauliana*

La acción pauliana ha sido, tradicionalmente, uno de los mecanismos por excelencia para la reconstitución del patrimonio del deudor que de mala fe se insolventa. Sin embargo, su regulación en el Código Civil sigue aún fuertemente atada a las tesis del espiritualismo y del voluntarismo revolucionario, que tal vez no resultan adecuadas para una sociedad globalizada como la actual.

La exigencia de la prueba de la mala fe, o del conocimiento del mal estado de los negocios del deudor, revive constantemente los debates entre las distintas formas de buena fe (subjetiva, objetiva, exenta de culpa), y dificultan enormemente la posibilidad de tener claridad conceptual sobre los elementos axiológicos de la acción.

De igual manera, la exigencia de un "conocimiento" por parte del deudor y el adquirente, supone enormes dificultades desde el ámbito probatorio, en donde se buscarán indicios plurales y convergentes para probar dicho conocimiento. Dicho requisito, además, deja vivos distintos interrogantes en los que es difícil llegar a un concepto pacífico: ¿conocimiento de quién?; ¿se trata, acaso, del conocimiento subjetivo y efectivo de la parte?; o por el contrario, ¿puede probarse que las dificultades del deudor eran un hecho notorio?; ¿o basta, quizás, acreditar el deber de conocimiento?; y en el caso de las personas jurídicas, ¿se trata del conocimiento del representante legal, o de algún otro de los órganos de dirección, administración, representación o fiscalización?[184].

Tampoco parece adecuado condenar, sin más, el simple conocimiento que el tercero pueda tener sobre el mal estado de los negocios del deudor. Tal como se reseñó más arriba, en las acciones revocatorias concursales se ha admitido que un tercero puede obrar de buena fe a pesar de conocer la crisis del deudor, cuando busca, precisamente, ayudarlo a salir de la crisis. Sin embargo, la acción pauliana, lejos de promover este tipo de negocios de apoyo al deudor en dificultades, parece incitar una cultura de darle la espalda, bajo el mismo principio del blues *Nobody Knows You When You're Down and Out*.

### B) *Necesidad de una regulación general y expresa sobre las acciones de simulación y oblicua*

Las distintas especies de simulación y la acción oblicua han sido primordialmente creación jurisprudencial. Una de las desventajas de esta evolución consiste en la eficacia limitada de la cosa juzgada. Las sentencias judiciales, por regla general, producen efectos *inter partes*, y solo pueden obligar a quienes se vincularon al proceso. Excepcio-

[184] Si bien no se trata de una acción pauliana, vale la pena citar la sent. 480-000069 de 17 junio 2015, en el caso de Pablo Muñoz Gómez, liquidador de MNV S. A., en liquidación judicial contra Vergel & Castellanos S. A. y otros (exp. 2011-802-020). En él dichos interrogantes se plantearon a lo largo de la totalidad del período probatorio. El debate sobre cada uno de ellos debió ser estudiado por el juez del concurso: así, buena parte de las pruebas documentales, testimoniales y de confesión se dirigieron a acreditar que la crisis del Grupo Nule era de conocimiento público, que el adquirente estaba en deber de conocerla por sus especiales relaciones con las empresas concursadas, y que además los administradores de la empresa sabían de la crisis. Algunas de las pruebas allí citadas llegaron incluso al detalle de indagar por los hábitos del administrador y los medios de comunicación que seguía para informarse de la realidad del país.

nalmente, algunos fallos producen efectos *erga omnes*, como los que versan sobre la constitucionalidad de las leyes o sobre la legalidad de actos administrativos de carácter general. Y si bien en algunos fallos de la Corte Constitucional se ha sostenido que también los fallos de tutela de dicho tribunal tienen cierto grado de fuerza vinculante frente a terceros, dicha sujeción es limitada y está sujeta a una carga extra de motivación.

Además, en una sociedad como la actual, donde los pronunciamientos jurisprudenciales son frenéticamente más numerosos, resulta difícil que los abogados de todas las subespecialidades tengan acceso a las providencias clave en esta materia.

En muchas ocasiones, el desconocimiento de los pormenores sobre acciones clásicas como la de simulación ha llevado a la formulación de tesis aparentemente autónomas, que en muchos casos resultan una tímida o deficiente aproximación a lo que la doctrina civilista tiene decantado desde hace tiempo. Es el caso, por ejemplo, de algunas tesis del derecho societario sobre el levantamiento del velo corporativo, en las que se ha buscado por una y otra vía decantar una doctrina original al respecto, cuando en su lugar bien se habría podido echar mano de los desarrollos sobre la simulación relativa por interposición de persona.

Del mismo modo, la escasa popularidad de la acción oblicua ha llevado a que sea un mecanismo reconstitutivo de relativo poco uso. Si bien muchos interesados podrían valerse de ella para evitar perjuicios en el patrimonio de su deudor, en muchas ocasiones su propia inactividad ha llevado al deterioro de grandes empresas, grandes escándalos de prensa y crecientes cuestionamientos sobre la responsabilidad en la supervisión gubernamental. Pero todo ello podría evitarse con una actuación mucho más informada y diligente de los propios interesados, en ejercicio de sus derechos auxiliares como acreedores.

La vía legislativa parece ser adecuada para resolver sobre el tema; una adecuada regulación de este tipo de acciones puede simplificar el conocimiento, la difusión y la aplicación de este tipo de figuras, así como dar una consistencia a las decisiones jurisprudenciales sobre ellas en todos los ámbitos.

### C) *Simplificación, unificación o —¿por qué no?— eliminación de regímenes especiales de las acciones revocatorias y de simulación concursales*

Nuestro ordenamiento jurídico ofrece gran cantidad de acciones revocatorias y de simulación concursales. En la práctica, cada regla de

insolvencia o de concursos cuenta con su propio régimen de revocatorias y simulaciones. En un universo normativo tan complejo, conviene preguntarse qué tan conveniente resulta la coexistencia de tantos regímenes especiales. Nuestra respuesta a dicho interrogante es negativa.

No consideramos que la actual regulación de las acciones revocatorias y de simulación concursales sea conveniente en la medida en que el actual abanico de posibilidades ha complicado innecesariamente su puesta en práctica. Actualmente se cuenta con muchas acciones que sirven a un mismo propósito, en las cuales se ofrece un régimen sustancial bastante incompleto sobre cada uno de sus elementos. Peor aún: la mayor parte de las diferencias entre uno y otro régimen consiste en requisitos de forma y no de fondo, lejos de simplificarlas.

Grandes deficiencias se advierten especialmente en la regulación de las distintas acciones de simulación concursales, de las que no se aclara ningún elemento distinto de aquellos que se pide para las revocatorias. Tampoco existe una articulación entre las acciones revocatorias y de simulación concursales y sus acciones equivalentes ante la justicia ordinaria.

De todo lo anterior se evidencia una urgente necesidad de simplificar o —¿por qué no?— eliminar los regímenes que en la actualidad son redundantes, en pro de un régimen mucho más uniforme de protección de los derechos de los acreedores en el concurso.

### D) *Problemas derivados de la insuficiencia en las funciones jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia de Sociedades*

Durante los últimos años la Superintendencia de Sociedades ha desempeñado un enorme papel en la gestión de la crisis. Por varias décadas los distintos regímenes concursales que han sido expedidos por el Congreso de la República se han basado consistentemente en la atribución de funciones jurisdiccionales a esa entidad, que han hecho de ellas uno de los despachos jurisdiccionales especializados más importantes del país.

Sin embargo, según lo ha sostenido sistemáticamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, la atribución de funciones jurisdiccionales a una autoridad administrativa tiene carácter restrictivo, y se limita exclusivamente a aquellos precisos asuntos que el legislador le ha asignado[185].

[185] Corte Const., sent. C-896 de 2012 (M. P. Mauricio González Cuervo), con múltiples referencias jurisprudenciales sobre el tema.

Ello implica que, en materia de acciones revocatorias y de simulación concursales, el legislador únicamente ha asignado al juez del concurso la jurisdicción y la competencia para conocer sobre el negocio atacado; pero carece de facultades para asegurar o ejecutar sus propias decisiones. En efecto, en el actual panorama la Superintendencia de Sociedades, si bien puede disponer la reversión del negocio jurídico demandado, o la prevalencia de la realidad oculta detrás del acto simulado, sus decisiones solo pueden abarcar a quienes fueron partes en el acto; pero bajo ningún aspecto podría llegar a conocer de la reivindicación de los bienes que fueron materia de transferencia en el acto revocado o simulado, cuando con el paso del tiempo estos han pasado a terceros.

Así, ha sostenido la Superintendencia de Sociedades que "Los artículos 74 y 75 de la ley 1116 de 2006 habilitan a la Superintendencia de Sociedades para que declare la revocatoria o la simulación de ciertos 'actos o negocios realizados por el deudor' cuando se cumplen los supuestos allí establecidos. En este contexto, las facultades jurisdiccionales de esta Entidad sólo llegan hasta la decisión de revocar un negocio dañino a los acreedores del concurso; pero en ningún momento pueden extenderse para comprender la reivindicación de los bienes transferidos en el negocio revocado y que estén en manos de un tercero sub-adquirente"[186].

Las restricciones anotadas son un obstáculo enorme para la eficacia de las acciones revocatorias y de simulación concursales, que reducen de manera ostensible las posibilidades prácticas de reconstruir el patrimonio del deudor en beneficio del concurso. Lo anterior se hace más grave en los casos de insolvencia fraudulenta, donde en muchas ocasiones la cadena de transferencias de los bienes abarca un período sumamente corto, de algunos días, haciendo prácticamente imposible la recuperación del patrimonio del concursado. En virtud de las mismas restricciones, actualmente la Superintendencia de Sociedades tampoco puede conocer de la ejecución de sus propias sentencias; ni de las acciones reconstitutivas ordinarias, como la pauliana o la de simulación ordinaria, que podrían resultar de gran utilidad para el concurso en aquellos casos en los que los actos cuestionados se ubiquen por fuera del período de sospecha.

Ahora bien, es cierto que en algún fallo reciente la Corte Suprema de Justicia asignó, *de facto*, a la Superintendencia, el conocimiento de un

[186] Auto 400-006583 de 5 mayo 2015, proferido en el proceso verbal 2011-802-020 de Pablo Muñoz Gómez, liquidador de MNV S. A. contra Vergel & Castellanos S. A. y otros.

proceso de resolución de contrato por incumplimiento, controversia que no se encuentra comprendida expresamente en la ley[187]; sin embargo, resultan bastante cuestionables los fundamentos legales para atribuir dicha competencia, y en todo caso resulta un caso aislado.

Es conveniente, en este contexto, ampliar la órbita de competencias de la Superintendencia de Sociedades para abarcar con ellas otros asuntos necesarios para la cabal eficacia de las acciones reconstitutivas del patrimonio del deudor.

E) *De nuevo sobre la buena fe*

Finalmente, resulta conveniente insistir en la necesidad de dar claridad al concepto de buena fe (y a su contrario, la mala fe), que en las acciones reconstitutivas del patrimonio del deudor desempeñan un papel excepcionalmente importante.

Al respecto, nos remitimos a las reflexiones planteadas en nuestro estudio "El contrato y sus principios orientadores", contenido en el tomo I de esta misma obra.

## **8**. Bibliografía

A) *Doctrina*

Abeliuk, René: *Las obligaciones*, t. ii, Santa Fe de Bogotá-Santiago de Chile, Edit. Temis-Editorial Jurídica de Chile, 1993.

Betti, Emilio: *Teoría general de las obligaciones*, t. ii, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1970.

Bianca, Massimo: *Diritto civile*, vol. 3, Il contratto, Milano, Giuffrè, 1987.

Bigliazzi Geri, Lina; Breccia, Umberto; Busnelli, Francesco y Natoli, Ugo: *Derecho civil*, t. i, vol. 2, Hechos y actos jurídicos, trad. de Fernando Hinestrosa, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992.

Burdese, Alberto: *Manuale di diritto privato romano*, Torino, Utet, 1993.

Cámara, Héctor: *Simulación en los actos jurídicos*, Buenos Aires, Depalma, 1958.

Cervantes Ahumada, Raúl: *Derecho de quiebras*, México, Porrúa, 1978.

Compagnucci del Caso, Rubén: *El negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

[187] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. STC-17540-2015 de 18 diciembre 2015 (M. P. Margarita Cabello Blanco), exp. 11001-22-03-000-2015-02595-01.

CRUZ BAHAMONDE, ARMANDO: *Las acciones del acreedor*, Guayaquil, Edino, 1992.

CUBEROS GÓMEZ, GUSTAVO: "Insolvencia: evolución de un concepto", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 34, vol. XVII, junio de 2005, Bogotá.

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1972.

DÍEZ-PICAZO, LUIS: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, t. I, Madrid, Tecnos, 1979.

ESCOBAR SANÍN, GABRIEL: *Negocios civiles y comerciales*, t. II, Teoría general de los contratos, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1994.

FERRARA, FRANCESCO: *La simulación de los negocios jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1960.

FLOUR, JACQUES; AUBERT, JEAN-LUC: *Les obligations*, vol. 1, L'acte juridique, Paris, Armand Colin, 1990.

FUEYO LANERI, FERNANDO: *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

GALGANO, FRANCESCO: *Trattato di diritto civile*, vol. 1, Padova, Cedam, 2009.

— *Derecho comercial*, t. I, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1999.

GARRIGUES, JOAQUÍN: "El crédito en el derecho", en *Temas de derecho vivo*, Madrid, Tecnos, 1978.

GRILLO, HORACIO AUGUSTO: *Período de sospecha en la legislación concursal*, Buenos Aires, Astrea, 2001.

HINESTROSA, FERNANDO: *Derecho civil*, Obligaciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1969.

IGLESIAS, JUAN: *Derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1957.

ISAZA UPEGUI, ÁLVARO: "Las acciones revocatorias en el nuevo régimen concursal", en *Evolución del derecho comercial*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1997.

JARAMILLO, HERNANDO: *La acción pauliana*, Bogotá, Edit. Temis, 1986.

JOSSERAND, LOUIS: *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*, México, Porrúa, 1946.

LABAURE CASARAVILLA, LUCIANO: *Acción pauliana o revocatoria*, Buenos Aires, B de F, 1997.

LLAMBIAS, JORGE JOAQUÍN; BENEGAS, PATRICIO RAFFO y SASSOT, RAFAEL A.: *Manual de derecho civil*, Obligaciones, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

LONDOÑO RESTREPO, ÁLVARO y ISAZA UPEGUI, ÁLVARO: *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*, Bogotá, Legis Ediciones, 2007.

MONROY CABRA, MARCO GERARDO: *La acción pauliana*, Bogotá, Retina, 1964.

Mosset Iturraspe, Jorge: *Contratos simulados y fraudulentos*, 2 ts., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001.

Muñiz Espada, Esther: *La acción revocatoria concursal como una vicisitud del concurso*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006.

Navia Arroyo, Felipe: "Reflexiones sobre la máxima *nemo auditur*", en *Homenaje a Fernando Hinestrosa, 30 años de rectorado*, t. II, Liber amicorum, Estudios y temas, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993.

Ospina Fernández, Guillermo: *Régimen general de las obligaciones*, 8ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2005.

Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo: *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1998.

Pájaro Moreno, Marta Elena: "Reflexiones sobre los fundamentos y elementos de la acción revocatoria", en *Estudios de derecho civil*, t. III, Obligaciones y contratos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Pesaresi, Guillermo M.: "El «conocimiento» del estado de cesación de pagos en la revocatoria concursal", en *Derecho concursal argentino e iberoamericano*, t. II, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.

Porcelli, Luis Alberto: *Régimen falencial y acción pauliana*, Buenos Aires, La Ley, 2001.

Ramos Pazos, René: *De las obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

Rocha Alvira, Antonio: *De la prueba en derecho*, Bogotá, El Gráfico, 1940.

Rodríguez Espitia, Juan José: "El acuerdo de reestructuración como modalidad de concurso y la revocación de los actos del deudor", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 34, vol. XVII, junio de 2005, Bogotá.

— *Nuevo régimen de insolvencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Spota, Alberto G.: *Instituciones de derecho civil*, vol. III, Contratos, Buenos Aires, Depalma, 1983.

Suescún Melo, Jorge y Suescún De Roa, Felipe: "La simulación", en *Derecho de las obligaciones*, t. I, Bogotá, Edit. Temis-Universidad de los Andes, 2009.

Valencia Zea, Arturo: *Derecho civil*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1986.

Villanueva, Julia: *Privilegios*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004.

Vítolo, Daniel Roque: *Elementos del derecho concursal*, Buenos Aires, AdHoc, 2007.

B) *Jurisprudencia*

Corte Const., sent. C-595 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

C. S. de J., sent. de 4 diciembre 1895, M. P. Luis M. Isaza, "G. J.", t. XI.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 abril 1923, M. P. Tancredo Nannetti, "G. J.", t. XXX.

C. S. de J., Sala de Casación, sent. de 30 agosto 1924, M. P. Juan N. Méndez, "G. J.", t. XXXI.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 28 mayo 1935, M. P. Ricardo Hinestrosa Daza, "G. J.", t. XLII.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 julio 1935, M. P. Juan Francisco Mújica, "G. J.", t. XLII.

C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. de 6 septiembre 1935, M. P. Eleuterio Serna, "G. J.", t. XLII.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 septiembre 1936, M. P. Liborio Escallón, "G. J.", t. XLIV.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 24 octubre 1936, M. P. Miguel Moreno Jaramillo, "G. J.", t. XLIV.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 julio 1938, M. P. Juan Francisco Mújica, "G. J.", t. XLVII.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 agosto 1938, M. P. Liborio Escallón, "G. J.", t. XLVII.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 marzo 1939, M. P. Fulgencio Lequerica Vélez, "G. J.", t., XLVIII.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 28 marzo 1939, M. P. Hernán Salamanca, "G. J.", t. XLVII.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 noviembre 1939, M. P. Arturo Tapias Pilonieta, "G. J.", t. XLVIII.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 febrero 1940, M. P. Liborio Escallón, "G. J.", t. XLIX.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 agosto 1940, M. P. Hernán Salamanca, "G. J.", t. XLIX.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 22 agosto 1940, M. P. Daniel Anzola, "G. J.", t. XLIX.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 febrero 1941, M. P. Liborio Escallón, "G. J.", t. L.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 junio 1941, M. P. Liborio Escallón, "G. J.", t. LI.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 octubre 1941, "G. J.", t. LII.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 octubre 1942, M. P. Ricardo Hinestrosa Daza, "G. J.", t. LIV.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 10 febrero 1943, M. P. Liborio Escallón, "G. J.", t. LV.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 10 agosto 1943, M. P. Liborio Escallón, "G. J.", t. LVI.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 noviembre 1943, M. P. Ricardo Hinetrosa Daza, "G. J.", t. LVI.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 9 febrero 1944, M. P. Hernán Salamanca, "G. J.", t. LVII.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 8 marzo 1946, M. P. Luis Felipe Hernández, "G. J.", t. LIX.

C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. de 1º octubre 1946, M. P. Ramón Miranda, "G. J.", t. LXI.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 octubre 1946, M. P. José Antonio Montalvo, "G. J.", t. LXI.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 20 noviembre 1947, M. P. Ricardo Hinestrosa Daza, "G. J.", t. LXIII.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 11 febrero 1948, M. P. Pedro Castillo Pineda, "G. J.", t. LXIII.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 10 junio 1948, M. P. Álvaro Leal Morales, "G. J.", t. LXIV.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 31 enero 1949, M. P. Hernán Salamanca, "G. J.", t. LXV.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 24 enero 1951, M. P. Miguel Arteaga H., "G. J.", t. LXIX.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 17 abril 1951, M. P. Manuel José Vargas, "G. J.", t. LXIX.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 29 febrero 1952, M. P. Alfonso Bonilla Gutiérrez, "G. J.", t. LXXI.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 1º abril 1954, M. P. Luis Felipe Latorre, "G. J.", t. LXXVII.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 8 junio 1954, M. P. Alfonso Márquez Páez, "G. J.", t. LXXVII.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 septiembre 1954, M. P. José Hernández Arbeláez, "G. J.", t. LXXVIII.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 marzo 1955, M. P. José Hernández Arbeláez, "G. J.", t. LXXIX.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 8 marzo 1956, M. P. Ignacio Gómez Posse, "G. J.", t. LXXXII, págs. 229 y ss.

C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. de 21 marzo 1956, M. P. Camilo Rincón Lara, "G. J.", t. LXXXII.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 septiembre 1957, M. P. Enrique Giraldo Zuluaga, "G. J.", t. LXXXVI.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 noviembre 1960, "G. J.", t. XCIV.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 agosto 1964, M. P. Enrique Coral Velasco, "G. J.", t. CVIII.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 diciembre 1964, M. P. Enrique López de la Pava, "G. J.", t. CIX.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 22 agosto 1967, M. P. Gustavo Fajardo Pinzón, "G. J.", t. CXIX.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 noviembre 1968, M. P. Flavio Cabrera Dussan, "G. J.", t. CXXIV.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 julio 1977, M. P. Ricardo Uribe Holguín, "G. J.", t. CLV.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 20 noviembre 1979, M. P. Germán Giraldo Zuluaga, "G. J.", t. CLIX.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 marzo 1984, M. P. Alberto Ospina Botero, "G. J.", t. CLXXVI.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 21 junio 1984, M. P. Humberto Murcia Ballén, "G. J.", t. CLXXVI.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 31 marzo 1992, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, "G. J.", t. CCXVI.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 julio 1993, M. P. Eduardo García Sarmiento, exp. 3570, "G. J.", t. CCXXV.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 septiembre 1993, M. P. Héctor Marín Naranjo, exp. 3664.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 24 febrero 1994, M. P. Alberto Ospina Botero, "G. J.", t. CCXXVIII.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 abril 1998, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, "G. J.", t. CCLV.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 octubre 1998, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, "G. J.", t. CCLV.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 julio 2000, M. P. Jorge Santos Ballesteros, exp. 6238.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 28 agosto 2001, M. P. Jorge Santos Ballesteros, exp. 6673.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 septiembre 2001, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, exp. 5868

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 agosto 2002, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, exp. 6368.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 agosto 2002, M. P. Jorge Santos Ballesteros, exp. 6926.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 mayo 2004, M. P. César Julio Valencia Copete, exp. 7145.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 octubre 2004, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, exp. 65.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 11 enero 2005, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, exp. C2158.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 21 junio 2005, M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez, exp. 1758.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 julio 2005, M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez, exp. 246

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 diciembre 2005, M. P. Edgardo Villamil Portilla, exp. 19728.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 abril 2006, M. P. César Julio Valencia Copete, exp. 1747.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 julio 2007, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. 58.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 junio 2007, M. P. Pedro Octavio Múnar Cadena, exp. 129.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 marzo 2008, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, exp. 601.

# ÍNDICE DE AUTORES


**— A —**

Abeliuk Manasevick, René: 698, 709, 731, 766, 768, 769
Abril Campoy, Juan Manuel: 711.
Accursius: 102.
Aedo Barrena, Cristián: 53.
Albadalejo, Manuel: 702, 709, 719, 721.
Alciates: 102.
Alessandri Rodríguez, Arturo: 151, 178, 204, 384, 433, 629, 631, 639, 707.
Alexy, Robert: 294, 295, 312.
Alpa, Guido: 423, 429, 433, 444.
Alterini, Atilio Anibal: 181, 199, 216, 219, 224, 231, 244, 245, 248, 249, 259, 313.
Alvarado Reyes, Yesid: 203, 209.
Álvarez-Correa, Eduardo: 88, 93
Álvarez Gómez, Marco Antonio: 550, 557.
Antequera, José María: 53.
Antkowiak, Thomas: 76.
Antolisei, Francesco: 174, 177, 199, 235, 242, 256, 257, 258.
Antonmattei, Paul Henri: 417, 418, 419, 424, 428, 429, 430, 435, 443, 445, 446, 447, 449, 450, 452.
Aragoneses, Pedro: 578.
Aramburo Calle, Maximiliano A.: 36, 59, 369.
Arangio-Ruiz, Vincenzo: 54.
Arean Díaz, Beatriz: 709, 714, 725.
Arendt, Hannah: 43.
Aristóteles: 87.
Atienza, Manuel: 302, 310, 311, 312, 313, 318, 321, 322.
Avezan: 102.

**— B —**

Bacigalupo, Enrique: 230.
Bacon, Francis: 244.
Balestrino, Giuliani: 263.
Baptista Da Silva, Ovidio: 577.
v. Bar, Christian: 61, 221, 222, 227.
v. Bar, Luis: 220.
Barceló Doménech, Javier: 373.
Barón Mendoza, Ana María: 737, 738.
Barros Bourie, Enrique: 378, 384, 388, 407.
Barros Errazuriz, Alfredo: 709, 725, 733.
Bartole, S.: 291.
Battaglini, Giulio: 199, 239, 251.
Battle Vásquez: 483.
Beale, Hugh: 416, 443, 447.
Beaumanoir: 94.
Bejarano Guzmán, Ramiro: 546, 547, 548, 549, 554, 556, 582.
Bello, Andrés: 24, 50, 51, 89, 103, 125, 135, 369, 370, 371, 373, 374, 375, 379, 384, 421, 812.
Belvedere, Andrea: 188, 190, 197.
Benadiba, Aurore: 741.
Benavides Russi, José Luis: 252, 268.
Berlier: 570.
Berlin, Isaiah: 44.
Betti, Emilio: 600.
Bianca, Massimo: 771.
Bigliazzi Geri, Lina: 766.
Binding: 258, 259.
Biner, Denis: 417.
v. Birkmeyer, Karl: 247, 248, 249, 255, 258.
Bonfante, Pietro: 299, 300.
Bonivento Fernández, José Alejandro: 640.
Bonnecase: 712, 726.
Botero Aristizabal, Luis F.: 43.
Boulanger, Jean: 239.
Breccia, Humberto: 305, 337.
Breccia, Umberto: 766.
Bunge, Mario: 174.
Burdese, Alberto: 751, 760.
v. Buri, Maximiliano: 18, 199, 200, 201.
Busnelli, Francesco: 766.
Bustamante Alsina, Jorge: 176, 262, 263, 482, 492.

**— C —**

Cabanellas, Guillermo: 565, 568.
Cadiet, Loïc: 424.
Calamandrei, Piero: 577, 585.
Canosa Suárez, Ulises: 565, 575, 576.
Capecchi, Marco: 175, 190, 194, 199, 209, 219, 226, 228, 230, 231, 236, 240, 241, 244, 252, 254, 255, 258, 260, 261, 263, 265, 266, 285.

Caputi, Luca: 190.
Carbonnier, Jean: 112, 429.
Cárdenas Mejía, Juan Pablo: 415, 721.
Carrier: 198.
Casaregis: 600.
Castro de Cifuentes, Marcela: 1, 30, 33, 35, 36, 59, 375, 381, 390, 505, 544, 658, 697.
Cathrein, Víctor: 253.
Caycedo, arlos: 169.
Cellurale, T.: 381.
Cendon, Paolo: 190, 197.
Cervantes Ahumada, Raúl: 752.
Chabas, François: 99, 107, 112, 122, 125.
Chinchilla, Tulio: 76.
Cian: 309.
Cicerón: 296.
Claro Solar, Luis: 54, 89, 102.
Coleman, Jules: 376.
Compagnucci del Caso, Rubén H.: 175, 177, 244, 808.
Corcione Morales, María Carolina: 173, 187, 191.
Corral Talciani, Hernán: 175, 177, 493.
Cottino, Gastone: 424, 427, 444.
Cousiño Mac-Iver, Luis: 216.
Couture, Eduardo J.: 576, 577.
Cruz Tejada, Horacio: 543, 545. 562.
Cuberos Gómez, Gustavo: 595, 612, 618, 619, 623, 752.
Cubides Camacho, Jorge: 58.
Cuéllar Gutiérrez, Humberto: 178.
Cujacius: 102.
Cunningham: 420.

**— D —**

Darbellay: 96.
David, René: 417.
De Ángel Yágüez, Ricardo: 476, 477, 482.
De Castro y Bravo: 482.
De Cupis, Adriano: 81, 175, 177, 179, 190, 194, 199, 200, 203, 244, 258, 481, 482, 483.
De Gasperi: 712, 717, 718, 726, 733.
De La Batie, Dejean: 261, 263.
De La Plaza, Manuel: 586.
Del Arco Torres, Miguel Ángel: 565.
Deliyannis: 96.
De Malafosse, J.: 87.
Demogue, René: 93, 94, 96, 100, 112.
Demolombe: 199.
De Page, H.: 178.
Deschizeaux, J.: 178.
De Villé: 253.
Devis Echandia, Hernando: 578, 775.
Díez, Antonio: 184.
Díez-Picazo, Luis: 184, 356, 466, 492, 761, 810.
Dobbs, Dan B.: 373.
Domat, Jean: 94, 96, 108, 112.
Domínguez Águila, Ramón: 174, 177, 483.
Duarenus: 102.
Duguit: 100.
Dupla Marín, María Teresa: 417.
Durán Piedrahita, María Paula: 419, 430.
Dürig: 312.
Dworkin: 371.

**— E —**

Ehmann, Horst: 435.
Elorriaga De Bonis, Fabián: 475.
Emiliani, Raimundo: 370, 371.
Engisch: 209, 210, 211, 219, 220, 268.
Enneccerus, Ludwig: 676.
Epstein: 381.
Escriche: 57.
Esmein: 151.
Espin Cánovas, Diego: 712.
Exner: 424.

**— F —**

Faber: 102.
Fairén Guillén, Víctor: 573.
Farnsworth, Allan: 417, 418.
Fauvarque-Cosson, Bénédicte: 416, 443, 447.
Feliú Rey, Manuel Ignacio: 569.
Fernández: 315.
Fernández, Antonio: 179, 212, 235.
Fernández Sessarego, Carlos: 313, 314, 337.
Ferrara, Francisco: 792, 805, 808.
Ferri: 100.
Finkielsztein, Samuel: 328.
Fliniaux: 92.
Floris Margadant, Guillermo: 306.
Forchielli, Paolo: 188, 189, 191, 195.
Forero Silva, Jorge: 549.
Frank, Reinhard: 215, 216, 249.

**— G —**

Gaitán, Jorge Eliécer: 209.
Galgano, Francesco: 566, 620, 752, 766.
García Amado, Juan Antonio: 47.
Garrigues, Joaquín: 596, 598, 600, 613, 749.
Gascón Abellán, Marina: 383.
Gaudemet, Eugene: 602.
Gayo: 296.
Gény: 319.

Geri, V.: 197.
Ghestin, Jacques: 305.
Ghozi: 328.
Gianfelici, Mario César: 423, 424, 434, 451, 452, 457.
Gil Rodríguez: 772.
Gimbernat Ordeig, Enrique: 224.
Giraldo, Alejandro: 169.
Goldenberg, Isidoro: 175, 177, 185, 188, 195, 224, 225, 235.
Gómez Calle, Esther: 727.
Gómez, José J.: 712, 725.
Gómez Orbaneja: 483.
González Briceño, Álvaro: 58, 59.
González de Cancino, Emilssen: 306.
Gonzalez Hernández, Juan Carlos: 50.
Gorla, Gino: 569.
Goubeaux: 305.
Green, Leon: 246.
Grillo, Horacio Augusto: 778.
Grosso, Giuseppe: 297.
Guasp, Jaime: 578.
Guest, A. G.: 417.
Gutiérrez Darwich, María Eugenia: 737.
Gutiérrez, Ernesto: 709.
Gutiérrez y González, Ernesto: 731.

— H —

Hart, H. L. A.: 190, 191, 199, 224, 227, 246, 252, 253, 261.
Heck: 435.
Hegel: 268.
Heineccio, J. Gottlieb: 54.
Heineccius: 102.
Henao Pérez, Juan Carlos: 2, 58, 59.
Hernández Villarreal, Gabriel: 584.
Hinestrosa, Fernando: 113, 173, 180, 192, 193, 291, 292, 334, 369, 370, 507, 517, 535, 566, 805.
v. Hippel, Roberto: 227, 232, 233.
Holguín Holguín, Carlos: 421.
Honoré, Tony: 190, 191, 224, 227, 246, 252, 253, 261, 463.
Huther: 253.

— I —

Iglesias Santos, Juan: 53, 296, 571, 751, 760.
v. Ihering, Rudolph: 299, 300, 506, 568, 569.
Infante Ruiz, Francisco José: 183, 199, 202, 212, 215, 220, 264, 267, 268, 269.
Isaza Upegui, Álvaro: 601, 761, 777.
Iturraspe, Mosset: 778.

— J —

Jaeger: 586.
Jaramillo, Carlos Ignacio: 27.
Jaramillo, Hernando: 812.
Jiménez de Asúa, Luis: 181, 199, 200, 216, 218, 219, 223, 225, 228, 232, 233, 245, 247, 248, 250, 251, 253, 258, 259.
Johns: 45.
Josserand, Louis: 100, 152, 296, 297, 300, 303, 304, 305, 307, 319, 335, 336, 373, 424, 567, 570, 581, 582, 697, 791.
Jourdain, Patrice: 372, 373, 427, 447.
Justiniano: 90, 93, 565.

— K —

Kaser, Max: 306.
Koch, B.: 392.
Kohler: 250, 251.
Kohler, B.: 247.
Kohler, J.: 249.
v. Kries, J.: 222, 223, 224, 225, 226, 227, 229, 237, 238, 239, 242.
Krückmann: 239.

— L —

Labaure Casaravilla, Luciano: 767.
Lacruz Berdejo: 482.
Lalau: 102.
Larenz, Karl: 241, 376.
Larombière: 717.
Larroumet: 113.
Lasarte Álvarez, Carlos: 699, 700, 709, 711, 716.
Laurent: 717.
Le Tourneau, Phillipe: 3, 175, 284, 424, 430, 431, 433, 442, 443, 444, 446, 449, 457, 458, 459, 461, 463.
Levi: 305.
Libman: 151.
Liepmann: 239.
v. Liszt, Franz: 199, 217, 221, 239.
Litten: 239.
Liu, Chengwei: 419.
Livio, Tito: 751.
Llambias, Jorge Joaquín: 702, 722, 725.
Londoño Restrepo, Álvaro: 601, 777.
López Blanco, Hernán Fabio: 544, 585, 595.
López Cabana, Roberto: 313.
López de Oñate, Flavio: 568.
López Díaz, Claudia: 194, 199, 200, 201, 202, 204, 205, 207, 213, 214, 215, 216, 223, 225, 229, 230, 234, 238, 267, 268, 269.

López Jacoiste: 483.
López Medina, Diego Eduardo: 309, 319.
López Mesa, Marcelo J.: 374, 483.
Lorrombière: 199.

— M —

Madriñan, Ramón Eduardo: 169.
Maggiore, Giuseppe: 245.
Magnus, Ulrich: 61.
Malafosse: 89, 91.
Mantilla, Fabricio: 58, 371.
Marcadé: 199.
Marín, Dupla: 428.
Marín Martínez, Óscar: 59.
Martín-Casals, Miquel: 36, 493, 494.
Martínez Rave, Gilberto: 57, 58, 178, 201, 344, 371, 379.
Martínez Tamayo, Catalina: 371, 379.
Maryan Green, Neville: 416.
Mayer, Ernesto: 567.
Mazeaud: 92, 93, 94, 96, 99, 107, 109, 112, 122, 124, 125, 158, 177, 178, 183, 199, 223, 226, 227, 285, 304, 308, 316, 317, 372, 423, 424, 430, 431, 432, 433, 435, 436, 441, 443, 451, 457, 458, 459, 461, 462, 463, 465, 474, 482, 489, 699, 700, 711, 718, 719, 725, 731.
Medina Crespo: 483.
Mendlow, Gabriel: 376.
Messineo, Francesco: 235, 699, 718.
Mezger, Edmundo: 199, 200, 205, 207, 221, 222, 226, 228, 229, 231, 232, 233.
Modestino: 88.
Monier, Manuel: 93.
Monroy Cabra, Marco Gerardo: 772.
Montealegre Lynette: 268.
Montero Aroca, Juan: 572.
Mora G., Nelson: 568, 571.
Morales Benítez, Otto: 55.
Morales Molina, ernando: 590.
Mora, Nelson: 600.
Mosset Iturraspe, Jorge: 180, 306, 485, 762.
Moulines, Carlos Ulises: 184.
Munar Cadena, Pedro Octavio: 4.
Muñiz Espada, Esther: 770, 772.
Myers, James: 416.

— N —

Naizir Sistac, Juan Carlos: 545, 562.
Natoli, Ugo: 766.
Naveira Zarra, Maita María: 483.
Navia Arroyo, Felipe: 800.
Nieva-Fenoll, Jordi: 573.

— O —

O'callaghan Muñoz, Xavier: 714.
Ochoa Carvajal, Raúl Humberto: 718, 725, 726.
Ordóñez Arias, Paola: 629.
Ordoqui Castilla, Gustavo: 338.
Orgaz, Alfredo: 192, 235.
Ortmann: 245.
Ospina: 524.
Ospina Acosta, Eduardo: 805.
Ospina Fernández, Guillermo: 58, 421, 523, 527, 534, 566, 583, 604, 609, 610, 636, 657, 701, 709, 714, 805, 812.
Otero Alvarez, Liliana: 512.
Ots y Capdequi: 50.
Ourliac, Paul: 87, 91.

— P —

Pablo: 212.
Pájaro Moreno, Nicolás: 749.
Paludi C., Osvaldo: 175, 177, 244, 247.
Pantaleón Prieto, Fernando: 220, 269.
Papayannis, Diego: 380, 381.
Parra Quijano, Jairo: 586.
Paul: 89.
Paulo: 318, 760.
Paulus: 760.
Peirano Facio, Jorge: 175, 177, 185, 198, 199, 221, 224, 225, 237, 240, 244, 247, 248, 249, 251, 253, 255, 374, 377.
Pérez Vives, Álvaro: 57, 513, 514, 527, 597, 697, 714, 718, 725.
Perlingieri, Pietro: 294.
Petit, Eugene: 53, 599.
Picasso, Sebastián: 495.
Picó, Joan: 324.
Pintos Ager, Jesús: 373, 407.
Pirson: 253.
Pizarro, Ramón D.: 175, 177.
Placentini: 54.
Planiol, Marcel: 97, 101, 302, 303, 304, 305, 567, 570, 712.
Porcelli, Luis Alberto: 761.
Pothier: 94, 102.
Preciado Agudelo, Darío: 345.
Prieto-Castro Ferrandiz, Leonardo: 572.
Pugsley, David: 417.

— R —

Rabinovich-Berkman, Ricardo D.: 507.
Ramírez Baquero, Édgar: 59, 671.

Ramos Pazos, René: 761.
Ranjard, Yves: 94.
Reglero Campos, Luis Fernando: 495, 570.
Rengifo García, Ernesto: 291.
Rescigno, Pietro: 309, 310.
Restrepo, Vicente: 55.
Reyes Alvarado, Yesid: 199, 208, 268.
Reyes Villamizar, Francisco: 600.
Rey, Feliú: 570.
Ripert, Georges: 100, 101, 151, 239, 302, 303, 306, 372, 567, 570, 607, 712.
Rocha Alvira, Antonio: 808, 794.
Rodríguez, Arturo Alessandri: 50.
Rodríguez del Busto, A.: 50.
Rodríguez Espitia, Juan José: 513, 613, 622, 752, 777, 781, 788, 789.
Rodríguez Grez, Pablo: 174, 179, 181, 239, 249, 259.
Rodríguez Montero, Ramón: 53.
Rodríguez Piñeres, Eduardo: 601.
Rogel Vide: 483.
Rojas Gómez, Miguel Enrique: 549, 558.
Rojas, Sergio: 408.
Rosenkrantz: 374, 381.
Roxin, Claus: 213, 230, 238.
Rudolphi, Hans-Joachim: 199, 210, 215, 268.
Ruiz Manero, Juan: 302.
Rümelin, Max: 227, 228, 229, 230.
Rutgers, Jacobien: 416, 443, 447.

**— S —**

Sainctelette: 373.
Saiz López, Victoriano: 54.
Saleilles: 100, 373.
Salmon-Ricci: 178.
Salvador, Pablo: 179, 235.
Santoro Passarelli: 305.
Santos Ballesteros, Jorge: 371, 388, 390, 402, 403, 490, 491.
Santos Briz, Jaime: 241, 244.
Sauzet: 373.
Savatier Vinier: 96, 100.
Scialoja, Vittorio: 304, 699.
Sessarego, Fernández: 316.
Shapiro, Scott: 44.
Soberanes y Fernández, José Luis: 573, 574.
Solarte Rodríguez, Arturo: 32, 473.
Somarriva, Manuel: 629, 631, 639, 721.
Sourdat: 96, 199.
Spota, Alberto: 336, 814.
Starck, Boris: 304, 305.
Stella, Federico: 195.
Stoppato, Alejandro: 247, 251, 252, 253.
Suescún de Roa, Felipe: 529, 790.
Suescún Melo, Jorge: 18, 114, 115, 362, 529, 790.
Sutschet, Holger: 435.
Sylvestre Martínez, Manuel: 56.

**— T —**

Tallon, Denis: 416, 443, 447.
Tamayo Jaramillo, Javier: 13, 16, 58, 110, 113, 144, 343, 355, 371, 372, 375, 379, 380, 386, 399, 400, 404, 407, 408, 415, 429, 432, 435, 444, 458, 482, 489, 495.
Tamayo Lombana, Alberto: 58.
Tapias Rocha, Hernando: 58.
Tarnoswki: 227, 232.
Taruffo, Michelle: 323, 574.
Tellegen-Couperus: 53.
Ternera Barrios, Francisco: 79.
Terre, Weill: 447.
Tetley, William: 420.
Thon: 227, 228, 229, 230.
v. Thur, Andreas: 428.
Thyrén: 218, 219.
Tobón Arbeláez, Diego: 64.
Toullier: 198.
Trabucchi, Alberto: 309, 709, 726.
Traeger: 227, 230, 231, 233.
Trigo Represas, Félix A.: 483.
Trimarchi: 259.
Troplong: 717.
Tunc, André: 92, 93, 94, 96, 109, 112, 178, 183, 199, 223, 227, 285, 304, 308, 316, 317, 423, 474, 489.

**— U —**

Ulpiano: 296, 298, 318.
Uribe García, Saúl: 378.
Uribe Holguín, Ricardo: 370, 416, 421, 446, 447, 452.

**— V —**

Valcavi, Giovanni: 189.
Valencia Restrepo, Hernán: 586.
Valencia Zea, Arturo: 57, 307, 506, 699, 717, 733, 769.
Vallejo Mejía, Jesús: 721, 725, 726, 731.
Vásquez Ferreyra, Roberto: 177.
Velásquez Gómez, Hernán Darío: 637, 639, 643.
Velásquez Gómez, Juan Guillermo: 579.
Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo: 713.

Velásquez Posada, Obdulio: 58, 371, 373, 379.
Velásquez Velásquez, Fernando: 269.
Vélez, Fernando: 57, 375.
Vélez, Luis Guillermo: 647.
Velez Sarsfield: 49.
Vicente Domingo, Elena: 482.
Villamil Portilla, Edgardo: 559, 560, 571, 586.
Villanueva, Julia: 751.
Villa-Real Molina, Ricardo: 565.
Viney: 448, 449, 452, 454, 455, 458, 459, 462, 463, 464.
Vinnio: 54.
Vinnius, Arnoldus: 55, 102.
Visintini, Giovanna: 175, 190, 199, 381.
Vítolo, Daniel Roque: 749.
Vodanovic, Antonio: 629, 631, 639.
Vogenauer, Stefan: 416, 443, 447.

**— W —**

Weir, Tony: 454, 455, 456.
Willett, Sabin: 753.

**— Y —**

Yzquierdo Tolsada, Mariano: 175, 185, 244, 482, 495.

**— Z —**

Zachariae: 198.
Zannoni, Eduardo A.: 474, 475, 483, 485.
Zimmermann, Reinhard: 53, 435.
Zuleta Ángel, Eduardo: 372, 373, 374.
Zuleta Londoño, Alberto: 4, 343.

# ÍNDICE DE DISPOSICIONES

*Código Civil*


| Art. | Pág. |
|---|---|
| 12 | 509 |
| 15 | 35, 520, 719, 771 |
| 16 | 35 |
| 28 | 52 |
| 63 | 9, 10, 28, 98, 107, 108, 123, 232, 277, 526, 771 |
| 64 | 33, 34 |
| 110 | 51 |
| 148 | 51 |
| 224 | 51 |
| 235 | 51, 119 |
| 250 | 129 |
| 262 | 129 |
| 264 | 129 |
| 315 | 51 |
| 363 | 52 |
| 384 | 51 |
| 418 | 51 |
| 428 | 129 |
| 430 | 129 |
| 441 | 528 |
| 468 | 52 |
| 561 | 51 |
| 609 | 51 |
| 613 | 51 |
| 637 | 51 |
| 665 | 712 |
| 668 | 51 |
| 669 | 379, 394, 404, 754 |
| 705 | 51 |
| 737 | 51 |
| 738 | 788 |
| 739 | 703, 788 |
| 762 | 701 |
| 775 | 701 |
| 777 | 701, 722 |
| 814 | 524 |
| 815 | 704 |
| 820 | 524 |
| 859 | 704 |
| 901 | 51 |
| 947 | 704, 774 |
| 964 | 723 |
| 970 | 704, 736 |
| 984 | 51, 713, 715 |
| 986 | 404 |
| 988 | 51, 138, 139, 405 |
| 990 | 138 |
| 991 | 138 |
| 993 | 51 |
| 994 | 51 |
| 995 | 51 |
| 997 | 51 |
| 1000 | 51 |
| 1002 | 754 |
| 1003 | 51 |
| 1005 | 51 |
| 1007 | 51 |
| 1074 | 27 |
| 1226 | 640 |
| 1238 | 758 |
| 1279 | 522 |
| 1280 | 317 |
| 1289 | 522 |
| 1295 | 527, 812 |
| 1297 | 522 |
| 1303 | 522 |
| 1312 | 523, 523 |
| 1314 | 26 |
| 1384 | 152 |
| 1386 | 51, 145 |
| 1435 | 523, 581 |
| 1442 | 581 |
| 1451 | 527, 812, 814 |
| 1494 | 52, 124, 516 |
| 1497 | 526 |
| 1501 | 6 |
| 1502 | 6, 807 |
| 1507 | 51 |
| 1512 | 51 |
| 1515 | 51, 526 |
| 1516 | 13 |


*Código Civil*

*Código Civil*


| Art. | Pág. |
|---|---|
| 1521 | 510, 585 |
| 1525 | 35, 799 |
| 1527 | 508, 516, 566 |
| 1546 | 105, 518, 567, 685, 686, 687, 688 |
| 1547 | 774 |
| 1548 | 774 |
| 1549 | 524 |
| 1551 | 519 |
| 1578 | 51 |
| 1579 | 455, 456 |
| 1590 | 51 |
| 1591 | 51 |
| 1592 | 17, 684, 695 |
| 1595 | 692 |
| 1599 | 692 |
| 1600 | 685 |
| 1601 | 17 |
| 1602 | 6, 7, 104, 125, 630 |
| 1603 | 7 |
| 1604 | 5, 10, 12, 28, 34, 35, 77, 103, 105, 108 |
| | 109, 111, 112, 115, 116, 117, 124, 126 |
| | 127, 277, 420, 421, 422, 450, 520, 728 |
| 1605 | 51, 105 |
| 1608 | 519 |
| 1609 | 105, 567, 686, 731, 732 |
| 1610 | 51, 105, 509, 510, 517, 545, 687 |
| 1612 | 105, 517 |
| 1613 | 8, 14, 26, 49, 51, 57, 65, 105, 517, 673 |
| | 695 |
| 1614 | 8, 14, 517, 689 |
| 1615 | 51, 519, 694 |
| 1616 | .16, 23, 35, 38, 51, 105, 280, 438, 443 |
| | 517 |
| 1617 | 5, 37, 51, 517, 681, 682, 91, 694 |
| 1618 | 807 |
| 1622 | 364, 365 |
| 1625 | 595 |
| 1626 | 595 |
| 1627 | 517, 587 |
| 1649 | 8, 51, 662, 693 |
| 1668 | 455, 476 |
| 1670 | 662 |
| 1677 | 506, 510, 544, 587, 602, 631, 751, 766 |
| 1694 | 451 |
| 1715 | 734 |
| 1729 | 34, 728 |
| 1730 | 111 |
| 1731 | 51, 545 |
| 1732 | 35 |
| 1738 | 31 |
| 1739 | 34 |
| 1742 | 781 |
| 1746 | 763, 799 |
| 1757 | 72, 111, 123 |
| 1766 | 529, 530, 531, 536, 790, 806, 807 |
| 1784 | 51 |
| 1804 | 51 |
| 1821 | 523 |
| 1822 | 51 |
| 1849 | 6 |
| 1870 | 51 |
| 1878 | 51 |
| 1882 | 51, 705 |
| 1883 | 466 |
| 1888 | 51 |
| 1912 | 51 |
| 1958 | 705 |
| 1984 | 705 |
| 1986 | 705 |
| 1987 | 705 |
| 1988 | 51 |
| 1989 | 51 |
| 1990 | 446 |
| 1991 | 705 |
| 1992 | 51 |
| 1993 | 705 |
| 1994 | 705 |
| 1995 | 658, 705, 707 |
| 2000 | 705, 736 |
| 2005 | 52, 423 |
| 2007 | 51, 519 |
| 2017 | 51 |
| 2018 | 51 |
| 2021 | 51 |
| 2026 | 51 |
| 2041 | 141 |
| 2043 | 387 |
| 2050 | 387 |
| 2053 | 706 |
| 2060 | 141, 272, 405, 536 |
| 2072 | 52 |
| 2075 | 51 |
| 2077 | 498 |
| 2109 | 51 |
| 2115 | 51 |
| 2119 | 51 |
| 2157 | 130 |
| 2160 | 130 |
| 2164 | 536 |
| 2178 | 450 |

*Código Civil*


| Art. | Pág. |
|---|---|
| 2188 | 706 |
| 2193 | 51 |
| 2207 | 706 |
| 2208 | 51 |
| 2213 | 51 |
| 2217 | 51 |
| 2218 | 706 |
| 2219 | 658 |
| 2228 | 51 |
| 2232 | 548 |
| 2245 | 720 |
| 2253 | 722 |
| 2254 | 728 |
| 2258 | 706, 732 |
| 2259 | 5, 51, 706, 732 |
| 2266 | 51 |
| 2267 | 51 |
| 2268 | 51 |
| 2270 | 466 |
| 2273 | 585 |
| 2276 | 585 |
| 2326 | 51 |
| 2333 | 722 |
| 2341 | 19, 25, 28, 30, 49, 51, 65, 91, 101, 103 |
| | 118, 119, 121, 125, 147, 149, 151, 160 |
| | 271, 280, 323, 344, 345, 351, 357, 358 |
| | 359, 370, 383, 384, 481, 619 |
| 2342 | 32, 51, 344, 476 |
| 2343 | 49, 51, 120, 272, 344 |
| 2344 | 18, 21, 22, 28, 49, 104, 121, 271, 344 |
| | 347, 348, 453 |
| 2345 | 49, 51, 101, 118, 119, 272, 344 |
| 2346 | 101, 118, 119, 126, 126, 128, 272, 344 |
| | 402, 460 |
| 2347 | 20, 27, 30, 49, 51, 101, 118, 119, 120 |
| | 126, 127, 128, 131, 132, 133, 145, 345 |
| | 348, 349, 350, 352, 358, 360, 361, 395 |
| | 404, 429 |
| 2348 | 20, 28, 49, 118, 272, 345 |
| 2349 | 20, 27, 30, 49, 51, 101, 118, 119, 120 |
| | 128, 131, 132, 133, 272, 345, 348, 360 |
| | 429 |
| 2350 | 20, 49, 101, 118, 119, 137, 138, 139 |
| | 140, 142, 174, 193, 271, 272, 345, 347 |
| | 388, 389, 394, 405 |
| 2351 | 49, 51, 101, 118, 119, 137, 141, 141 |
| | 193, 272, 405 |
| 2352 | 28, 101, 118, 193, 272 |
| 2353 | 21, 49, 51, 118, 142, 143, 174, 193, 272 |
| | 389, 405 |
| 2354 | 9, 49, 101, 118, 119, 144, 193, 243 |
| | 272, 405, 449 |
| 2355 | 20, 49, 51, 101, 118, 119, 137, 193 |
| | 271, 273, 345, 347, 405 |
| 2356 | 9, 21, 22, 49, 101, 118, 119, 120, 121 |
| | 133, 136, 137, 145, 146, 147, 148, 149 |
| | 150, 151, 152, 154, 155, 157, 159, 160 |
| | 161, 164, 166, 174, 193, 273, 278, 345 |
| | 357, 370, 373, 374, 375, 378, 379, 380 |
| | 381, 383, 384, 386, 387, 388, 390, 400 |
| | 402, 403, 481 |
| 2357 | 18, 51, 121, 143, 163, 399, 401, 459 |
| | 460, 465, 466 |
| 2358 | 351, 353 |
| 2359 | 51, 77, 78 |
| 2360 | 271 |
| 2409 | 649 |
| 2410 | 649, 716, 723 |
| 2411 | 649 |
| 2412 | 649 |
| 2413 | 649 |
| 2414 | 649 |
| 2415 | 649 |
| 2416 | 649, 723 |
| 2417 | 649, 698, 709, 723 |
| 2418 | 649, 712, 723 |
| 2419 | 649, 723, 727, 729 |
| 2420 | 649, 720, 722, 723 |
| 2421 | 51, 649, 706 |
| 2422 | 649 |
| 2423 | 649 |
| 2424 | 649 |
| 2425 | 649 |
| 2426 | 649, 706 |
| 2427 | 649 |
| 2428 | 649, 722, 723 |
| 2429 | 649, 723 |
| 2430 | 649, 716, 723 |
| 2431 | 649, 723, 735 |
| 2438 | 651 |
| 2443 | 650 |
| 2445 | 651 |
| 2446 | 651 |
| 2449 | 651 |
| 2451 | 326 |
| 2458 | 707 |
| 2463 | 51 707 |
| 2488 | 506, 509, 513, 536, 544, 582, 595, 608 |
| | 616, 631 751 |
| 2489 | 528, 534, 724, 812 |

*Código Civil*


| Art. | Pág. |
|---|---|
| 2490 | 533, 763 |
| 2491 | 525, 526, 527, 761, 763, 766, 768, 772 |
| | 773, 774, 775, 780, 786 |
| 2492 | 582, 602, 603, 631 |
| 2493 | 583, 603, 632 |
| 2494 | 632 |
| 2495 | 604, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 645 |
| 2496 | 638 |
| 2497 | 51, 52, 623, 638, 639, 640, 641, 646 |
| | 707 |
| 2498 | 643 |
| 2499 | 623, 641, 650, 651 |
| 2502 | 653, 656, 664 |
| 2503 | 656 |
| 2507 | 638, 656 |
| 2509 | 656 |
| 2511 | 513, 662 |
| 2512 | 816 |
| 2513 | 534, 812 |
| 2536 | 37, 353 |
| 2538 | 37 |
| 2559 | 51 |
| 2620 | 51 |
| 2640 | 51 |


*Código de Comercio*


| | |
|---|---|
| 187 | 332 |
| 188 | 330 |
| 218 | 513 |
| 222 | 51 |
| 259 | 513 |
| 358 | 51 |
| 429 | 328 |
| 522 | 5 |
| 707 | 51 |
| 749 | 51 |
| 784 | 580 |
| 830 | 727, 728, 754 |
| 863 | 4, 25, 65 |
| 870 | 65, 518, 685, 686 |
| 871 | 7 |
| 872 | 782 |
| 884 | 37, 439, 517 |
| 898 | 6 |
| 899 | 6 |
| 900 | 6 |
| 945 | 51 |
| 988 | 707 |
| 1003 | 425, 466 |


*Código de Comercio*


| Art. | Pág. |
|---|---|
| 1006 | 32, 65, 496, 497, 499, 501 |
| 1007 | 707 |
| 1031 | 5 |
| 1032 | 51 |
| 1033 | 708 |
| 1074 | 463 |
| 1096 | 476 |
| 1105 | 51 |
| 1115 | 51 |
| 1132 | 638 |
| 1133 | 536 |
| 1154 | 638 |
| 1177 | 708 |
| 1188 | 643, 708 |
| 1192 | 639 |
| 1196 | 466 |
| 1199 | 707, 721 |
| 1200 | 649 |
| 1201 | 649 |
| 1202 | 649 |
| 1203 | 649 |
| 1204 | 649 |
| 1205 | 649, 708 |
| 1206 | 649 |
| 1207 | 640, 649 |
| 1208 | 649 |
| 1209 | 649 |
| 1210 | 640, 649 |
| 1211 | 640, 649 |
| 1212 | 649 |
| 1213 | 649 |
| 1214 | 649 |
| 1215 | 649 |
| 1216 | 649 |
| 1217 | 649 |
| 1218 | 649 |
| 1219 | 649 |
| 1220 | 649 |
| 1238 | 758 |
| 1273 | 729 |
| 1277 | 635, 664, 734 |
| 1290 | 729 |
| 1302 | 708 |
| 1308 | 635 |
| 1317 | 708 |
| 1324 | 5, 708, 709 |
| 1326 | 708, 709 |
| 1330 | 635 |
| 1332 | 635 |
| 1391 | 9 |

*Código de Comercio*


| Art. | Pág. |
|---|---|
| 1481 | 51 |
| 1519 | 51 |
| 1526 | 51 |
| 1529 | 51 |
| 1543 | 51 |
| 1544 | 51 |
| 1545 | 51 |
| 1555 | 643 |
| 1556 | 643 |
| 1558 | 643 |
| 1570 | 650 |
| 1609 | 51 |
| 1611 | 51 |
| 1623 | 51 |
| 1627 | 9 |
| 1632 | 51 |
| 1643 | 51 |
| 1827 | 9, 403 |
| 1842 | 51 |
| 1843 | 51 |
| 1899 | 51 |
| 1904 | 650 |
| 1971 | 754 |


*Código de Minas*


| | |
|---|---|
| 237 | 650 |


*Código General del Proceso*


| | |
|---|---|
| 2 | 79 |
| 11 | 586 |
| 12 | 586 |
| 24 | 326 |
| 25 | 51 |
| 26 | 51 |
| 35 | 51 |
| 48 | 51 |
| 57 | 51 |
| 67 | 51 |
| 80 | 51 |
| 82 | 548 |
| 85 | 51 |
| 86 | 51 |
| 88 | 501, 552 |
| 92 | 51 |
| 94 | 520, 549, 559 |
| 96 | 700 |
| 117 | 550, 554 |
| 132 | 546 |


*Código General del Proceso*


| Art. | Pág. |
|---|---|
| 167 | 5, 72, 423, 548, 775 |
| 180 | 548 |
| 184 | 579, 583 |
| 189 | 583 |
| 206 | .51, 6, 72, 79, 550, 552, 553, 554, 555 |
| | 556, 558, 690, 691, 551 |
| 228 | 551 |
| 278 | 51 |
| 280 | 52 |
| 283 | 51, 52, 70, 71 |
| 284 | 52 |
| 298 | 587 |
| 302 | 549 |
| 306 | 561 |
| 308 | 52 |
| 309 | 52, 724, 726 |
| 310 | 700 |
| 316 | 52 |
| 317 | 52, 548 |
| 318 | 549 |
| 341 | 52 |
| 355 | 52 |
| 359 | 52 |
| 384 | 52 |
| 389 | 52 |
| 392 | 562 |
| 394 | 52 |
| 399 | 52 |
| 419 | 511, 580 |
| 420 | 580 |
| 421 | 580 |
| 422 | 509, 558, 578, 591 |
| 423 | 520, 549, 559 |
| 426 | 52, 550, 554, 555, 690, 691 |
| 427 | 52, 557, 578 |
| 428 | .52, 517, 552, 554, 555, 557, 578, 687 |
| | 689, 690, 691 |
| 430 | 52, 546, 548, 558, 579 |
| 431 | 549, 579 |
| 432 | 52, 550, 551, 579 |
| 433 | 52, 554, 555, 557, 579 |
| 434 | 52, 555, 579 |
| 435 | 52, 556, 579, 690 |
| 437 | .52, 517, 547, 552, 555, 557, 689, 690 |
| 438 | 545, 549 |
| 439 | 52, 550, 552, 558, 689, 690 |
| 440 | 579, 589 |
| 442 | 52, 549, 552, 561, 580, 588 |
| 443 | 52, 552, 580 |
| 444 | 580 |

*Código General del Proceso*


| Art. | Pág. |
|---|---|
| 446 | 580 |
| 448 | 580 |
| 459 | 580 |
| 460 | 52, 554, 580 |
| 461 | 580 |
| 462 | 512, 590, 591 |
| 463 | 512, 590 |
| 464 | 512, 590 |
| 465 | 512, 590 |
| 466 | 590 |
| 467 | 511, 737 |
| 468 | 511, 546, 726, 737 |
| 476 | 522 |
| 477 | 522 |
| 478 | 522 |
| 480 | 585 |
| 482 | 522 |
| 492 | 522, 547 |
| 495 | 547 |
| 501 | 523 |
| 506 | 523 |
| 523 | 523 |
| 531 | 516, 605, 778 |
| 538 | 515 |
| 565 | 516 |
| 571 | 516 |
| 572 | 778, 789 |
| 576 | 605, 778 |
| 586 | 51, 583 |
| 588 | 587 |
| 590 | 51, 52, 77, 560, 584 |
| 593 | 510, 585 |
| 594 | 506, 510, 587, 591 |
| 595 | 510 |
| 596 | 590, 724, 726 |
| 597 | 52, 560, 585, 590 |
| 598 | 583 |
| 599 | 52, 584, 587, 589 |
| 602 | 589 |
| 626 | 32, 501 |
| 638 | 530 |
| 2488 | 589 |


*Código Penal*


| | |
|---|---|
| 6 | 1 |
| 10 | 2 |
| 11 | 2 |
| 12 | 2 |
| 16 | 52 |
| 32 | 420 |


*Código Penal*


| Art. | Pág. |
|---|---|
| 38 B | 52 |
| 39 | 52 |
| 55 | 52 |
| 58 | 52 |
| 61 | 52 |
| 65 | 52 |
| 92 | 52 |
| 94 | 52 |
| 95 | 26 |
| 96 | 52 |
| 97 | 52 |
| 100 | 52 |
| 103 | 2 |
| 111 | 52 |
| 112 | 52 |
| 113 | 52 |
| 114 | 52 |
| 115 | 52 |
| 116 | 52 |
| 125 | 52 |
| 134 B | 52 |
| 136 | 52 |
| 157 | 52 |
| 164 | 52 |
| 166 | 52 |
| 170 | 52 |
| 188 B | 52 |
| 192 | 52 |
| 194 | 52 |
| 200 | 52 |
| 203 | 52 |
| 242 | 52 |
| 246 | 52 |
| 249 | 52, 728 |
| 250 A | 52 |
| 250 B | 52 |
| 250 | 728 |
| 251 | 52 |
| 254 | 52 |
| 255 | 52 |
| 256 | 52 |
| 262 | 52 |
| 265 | 52 |
| 267 | 52 |
| 268 | 52 |
| 269 D | 52 |
| 269 | 52 |
| 269 H | 52 |
| 269 J | 52 |
| 296 | 52 |
| 299 | 52 |

*Código Penal*


| Art. | Pág. |
|---|---|
| 304 | 52 |
| 331 | 52 |
| 338 | 52 |
| 351 | 52 |
| 354 | 52 |
| 357 | 52 |
| 399 | 52 |
| 418 | 52 |
| 456 | 52 |
| 457 | 52 |


*Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*


| | |
|---|---|
| 103 | 80 |
| 140 | 51 |
| 230 | 77 |
| 231 | 82 |
| 234 | 77 |


*Código Sustantivo del Trabajo*


| | |
|---|---|
| 23 | 130 |
| 65 | 17 |
| 154 | 588 |
| 155 | 588 |


*Constitución Política*


| | |
|---|---|
| 1 | 82, 591, 625 |
| 23 | 80 |
| 44 | 633, 646 |
| 53 | 646 |
| 58 | 76, 80, 82, 771 |
| 59 | 76 |
| 78 | 104 |
| 80 | 76, 409 |
| 82 | 80 |
| 83 | 13 |
| 88 | 9, 36, 80 |
| 90 | 64, 76 |
| 94 | 76, 81 |
| 95 | 82, 321, 591, 754 |
| 114 | 637 |
| 150 | 73, 637 |
| 179 | 80 |
| 230 | 273, 292, 586 |
| 333 | 771 |
| 336 | 76 |
| 360 | 637 |


*Decretos*


| Núm. | Año | Pág. |
|---|---|---|
| 750 | 1940 | 601 |
| 2264 | 1969 | 601 |
| 960 | 1970 | 6 |
| 1260 | 1970 | 52 |
| 2820 | 1974 | 349, 653, 654 |
| 56 | 1975 | 776 |
| 2610 | 1979 | 642 |
| 350 | 1989 | 601, 627 |
| 2282 | 1989 | 354, 547 |
| 2737 | 1989 | 633, 634 |
| 663 | 1993 | 602, 627, 776, 777 |
| 1298 | 1994 | 776 |
| 1922 | 1994 | 776 |
| 2785 | 2008 | 641 |
| 4334 | 2008 | 777 |
| 1038 | 2009 | 661 |
| 1910 | 2009 | 778 |
| 2555 | 2010 | 602 |
| 1749 | 2011 | 657 |
| 40 | 2014 | 735 |
| 400 | 2014 | 617, 625, 627, 640, 737 |
| 1219 | 2014 | 640 |
| 1069 | 2015 | 69 |
| 1074 | 2015 | 627, 640, 735, 778 |
| 1835 | 2015 | 617, 624, 625, 627, 640, 644 |
| | | 652, 653, 735 |


*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*


| Art. | Pág. |
|---|---|
| 76 | 708 |
| 176 | 643 |
| 293 | 663 |
| 301 | 789 |


*Estatuto Tributario*


| | |
|---|---|
| 634 | 65 |


*Leyes*


| Núm. | Año | Pág. |
|---|---|---|
| 1 | 1823 | 56 |
| 8 | 1824 | 56 |
| 127 | 1867 | 57 |
| 57 | 1887 | 370 |

*Leyes*


| Núm. | Año | Pág. |
|---|---|---|
| 153 | 1887 | 292 |
| 9 | 1889 | 373 |
| 95 | 1890 | 425, 801 |
| 45 | 1923 | 602 |
| 70 | 1931 | 506, 631 |
| 770 | 1931 | 757 |
| 50 | 1936 | 781 |
| 165 | 1941 | 634 |
| 54 | 1962 | 758 |
| 74 | 1968 | 633 |
| 16 | 1972 | 633 |
| 23 | 1973 | 409 |
| 23 | 1982 | 635 |
| 45 | 1990 | 691, 694 |
| 50 | 1990 | 604, 634, 758 |
| 12 | 1991 | 633 |
| 60 | 1993 | 776 |
| 81 | 1993 | 432 |
| 100 | 1993 | 634, 758 |
| 142 | 1994 | 776 |
| 222 | 1995 | 9, 332, 601, 606, 607, 610, 619, 624, 627 |
| 258 | 1996 | 631, 757 |
| 270 | 1996 | 561 |
| 300 | 1996 | 604 |
| 336 | 1996 | 396 |
| 528 | 1996 | 506 |
| 388 | 1997 | 642 |
| 428 | 1998 | 579 |
| 430 | 1998 | 406, 407 |
| 446 | 1998 | 70, 71, 781 |
| 454 | 1998 | 776 |
| 472 | 1998 | 65, 77, 78, 80 |
| 495 | 1999 | 506 |
| 510 | 1999 | 561, 602, 789 |
| 518 | 1999 | 52 |
| 546 | 1999 | 561, 591 |
| 550 | 1999 | 601, 610, 611, 612, 614, 615, 624, 627, 776, 788, 811 |
| 610 | 2000 | 60 |
| 685 | 2001 | 650 |
| 791 | 2001 | 531 |
| 734 | 2002 | 420 |
| 791 | 2002 | 353, 534 |
| 820 | 2003 | 705 |
| 854 | 2003 | 506, 757 |
| 122 | 2005 | 26 |
| 945 | 2005 | 60 |
| 962 | 2005 | 776 |
| 986 | 2005 | 437, 591 |
| 1098 | 2006 | 604, 634, 758 |
| 1116 | 2006 | 513, 514, 515, 523, 531, 533, 596, 600, 601, 605, 612, 613, 614, 615, 616, 620, 622, 623, 625, 627, 630, 631, 634, 641, 642, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 665, 759, 776, 777, 779, 780, 781, 782, 783, 785, 787, 788, 789, 790, 811, 820 |
| 1252 | 2008 | 406, 338 |
| 1480 | 2008 | 168 |
| 1285 | 2009 | 561 |
| 1306 | 2009 | 38, 654 |
| 1309 | 2009 | 664 |
| 1380 | 2010 | 776 |
| 1425 | 2010 | 780 |
| 1429 | 2010 | 614, 615, 627, 641 |
| 1448 | 2011 | 62 |
| 1480 | 2011 | 407, 536 |
| 1564 | 2011 | 501 |
| 1563 | 2012 | 561 |
| 1564 | 2012 | 575, 596, 630, 632, 634, 658, 660, 664, 665 |
| 1591 | 2012 | 61 |
| 1676 | 2013 | 511, 515, 565, 571, 575, 576, 579, 580, 589, 617, 624, 625, 627, 630, 640, 641, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 651, 652, 653, 659, 661, 665, 666, 698, 716, 719, 724, 727, 735, 736, 737, 739, 744 |
| 122 | 2015 | 69 |

# ÍNDICE DE MATERIAS


— A —

**Abuso**
corporativo: 328;
de las mayorías: 329;
del derecho: 291;
(antecedentes históricos del): 295;
(doctrina del): 302;
(elementos del): 306;
(en el ámbito procesal): 324;
en el ejercicio de los derechos fundamentales: 321;
(jurisprudencia sobre el): 306, 317, 322;
(primera sentencia francesa sobre el): 301;
(teoría del): 319, 754;
(tesis objetivas de): 335;
y fraude de la ley: 318;
de posición dominante: 320;
en la concesión del crédito: 320.

**Acarreador**
(créditos del): 639.

**Acción (es)**
de prevalencia: 528;
de reembolso: 455;
de repetición: 455;
de simulación: 528, 790;
concursal: 811;
directa: 535;
ejecutiva: 353, 509;
(elementos de la): 804;
(especies de): 791;
(extinción de la): 810;
(naturaleza de la): 796;
(titulares de la): 799;
derivadas del fallecimiento del pasajero: 496;
*ex iure hereditatis*
(ejercicio de la): 480;
*in iure hereditati*: 32;
*in iure proprio*: 32;
*iure hereditatis*
en la responsabilidad civil: 473;
oblicua: 527, 534;
pauliana: 525, 582, 760;
(elementos de la): 768;
(naturaleza de la): 761;
(situación del tercero de la): 773;
penal: 94;
personal: 778;
(prescripción de): 37, 352;
pretoriana: 93;
reconstitutivas del patrimonio del deudor: 749;
revocatoria (s)
concursal (es): 532, 776, 777, 779, 782, 788;
de la ley 116 de 2006: 777;
de la ley 550 de 1999: 788;
del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF-: 789;
en el C. G. P.: 789;
subrogatoria: 455, 711;
(elementos de la): 815, 816;
(titulares de la): 814.

**Aceptación del riesgo**: 461.

**Acreedor (es)**
(daño al): 769;
del deudor en concurso: 779;
(derechos de los): 505;
(derechos principales de los): 543;
prendario
(créditos del): 640;
quirografarios: 513;
retinente
(obligaciones del): 727;
(subrogación de los): 527, 534;
vinculados: 657.

**Actividad (es)**
anormalmente peligrosas: 36;
peligrosa (s): 378, 379;
(colisión de): 165, 399;
en la legislación italiana: 387;
(guarda de la): 153;
inertes: 398;
quién responde: 390;
(responsabilidad en): 21, 145;
relacionadas con energía eléctrica: 390.

**Activo**
(actos que afectan el): 755;
**Acto (s)**
de Dios: 416;
de emulación
(teoría de los): 298;
del deudor que comprometen su solvencia: 755;
ilícito: 315;
jurídico (s): 766;
aparente: 804;
personalísimos: 768;
que afectan el activo: 755;
que afectan el pasivo: 755;
revocables: 766, 781;
voluntario: 3.
**Acuerdo (s)**
de adjudicación: 616;
de modificación de prelación de créditos: 661;
de reestructuración: 609;
de voluntades: 5;
en la causa simulada: 808.
**Acumulación**
de las acciones *ex iure proprio* y *ex iure hereditatis*: 487;
de responsabilidades: 31.
**Adjudicación**
(acuerdo de): 616;
(providencia de): 616.
**Administración de justicia**: 80.
***Affaire Francic***: 153.
**Agencia comercial**: 708.
**Almacenes**
generales
(créditos de los): 643.
(depósito en): 708.
**Alteración**: 78.
**Ámbitos de libertad difusos**: 79.
**Amenaza**: 77.
**Amos**: 272.
**Animal (es)**
(daños causados por): 37;
domésticos: 142;
fiero
(hecho del): 144;
(responsabilidad por los): 136, 142.
***Animus nocendi***: 302.
**Anteproyecto Catalá**: 493.
**Anticresis**: 706.
**Apreciación de la culpa**
contractual: 106;
*in abstracto*: 106;
*in concreto*: 107.
**Arrendador**
(derecho de retención del): 705.
**Arrendatario**
(derecho de retención del): 705.
**Artículos de subsistencia**: 633, 636.
**Ausencia de culpa**: 420.

**— B —**

**Baja Edad Media**: 572.
**Bien (es)**
consumibles
(retención de): 729;
(entrega del): 550;
(exclusión de): 622.
**Bonorum**
*distractio*: 571;
*venditio*: 571.
**Buena fe**: 4, 88, 330.
**Bula Clementina Saepe Contingit**: 573.

**— C —**

**Capacidad legal**: 7.
**Capitalización abusiva**: 326.
***Capitis deminutio maxima***: 599.
**Características**
de la teoría de la equivalencia de las condiciones: 204;
del derecho de retención: 716.
**Carga**
de la prueba
de la culpa: 111, 123;
en la responsabilidad por actividades peligrosas: 397;
(jurisprudencia sobre la): 124;
dinámica de la prueba
(principio de la): 5.
**Caso (s)**
aceite de colza: 211;
Cárdenas Lalinde: 501;
del club del Nogal: 164;
de responsabilidad extracontractual objetiva: 36;
de responsabilidad sin culpa: 376;
de retención en el C. de Co.: 707;
en los que procede el derecho de retención: 702;

erupción del Nevado del Ruiz: 445;
fortuito: 33;
(ruina por): 141;
Henningsen vs. Markowitz: 246;
liquidación de Interbolsa S. A.: 660.

**Causa**
(conducta humana como): 192;
eficiente: 252;
(teoría de la): 247;
extraña: 23, 146;
como eximente de responsabilidad: 415;
humana
(teoría de la): 256;
ignorada: 420;
impeditiva
(teoría de la): 263;
(indivisibilidad de la): 453;
(legitimación en la): 779;
lícita: 7;
*petendi*: 355;
próxima
(teoría de la): 244;
relevante: 194;
*simulandi*
(acuerdo en la): 808;
y culpa: 179.

**Causales de exoneración**: 352;
de la responsabilidad civil: 23.

**Causalidad**
adecuada
(teoría de la): 220;
adelantada: 212, 217;
concurrente
(supuestos de): 183;
confesión con culpabilidad: 238;
cumulativa: 214;
de hecho: 190;
(doctrina de la): 174;
en responsabilidad civil extracontractual: 173;
(estadios de la): 190;
jurídica: 187, 283;
(carencia de legislación sobre la): 285;
en la legislación colombiana: 271;
(rasgos de la): 191;
natural: 187;
(perfil jurídico de la): 188;
superadora
(supuestos de): 183.

**Causas**
(concurrencia de): 182;
de preferencia en la ley colombiana: 632;
(pluralidad de): 182.

***Cause in fact***: 190.

**Cesación de pagos**: 607.

**Cesantía comercial**: 708.

**Cesión de créditos**: 662.

**Clases de créditos en Colombia**: 632.

**Cláusula (s)**
abusivas: 320;
aceleratoria: 439;
de exoneración de responsabilidad: 35;
penal: 684;
compensatoria: 688;
moratoria: 688;

**Código**
Civil alemán (BGB): 675;
de Comercio
(casos de retención en el): 707;
de Manú: 568;
General del Proceso
(acciones revocatorias en el): 789.

**Colaboración**
(contratos de): 330.

**Colombia**
(régimen de la culpa en): 102.

**Comisión**: 708.

***Common law***: 416.

**Comodato**: 706.

**Concepto**
de culpa: 95;
de daño: 43;
de principio: 291;
de responsabilidad civil: 25;
del derecho de retención: 698;
objetivizado de culpa: 97.

**Concordato**: 609;
preventivo de la quiebra: 601.

**Concurrencia**
de causas: 182;
con el hecho de un tercero: 453;
de culpas: 164.

**Concurso (s)**
de acreedores: 606;
(juez del): 781;
liquidatorios: 605;
preventivos: 605;
recuperatorios: 605.

**Condición**
ajustada a las leyes de la experiencia científica: 220;
humana más eficaz: 258;
preponderante
(teoría de la): 258;
resolutoria: 518.

***Conditio sine qua non***: 199.
**Conducción de vehículos automotores**: 136.
**Conducta**
culposa: 19;
dolosa: 19;
humana
como causa: 192;
como condición: 242.
**Confianza**
(ventas de): 792.
**Configuración de la mora**: 519.
**Conflicto armado interno**: 62.
**Congreso de la República**: 73.
**Congruencia**
(principio procesal de): 354.
**Conocimiento**
gnomológico: 224;
ontológico: 224.
**Consentimiento libre de vicios**: 7.
**Consilio fraudulento**: 526.
**Construcción**
(vicio de la): 141.
**Consumidores**
(intereses de los): 104.
**Contenido**
de la obligación: 505;
de la prestación indemnizatoria: 684;
de la prestación moratoria: 684;
del contrato
(simulación en el): 794.
**Contraescrituras públicas**: 529.
**Contratación internacional**: 419.
**Contrato (s)**
bilaterales: 105, 518;
de colaboración: 330;
de hospedaje: 604, 707;
de prestaciones recíprocas
(indemnización en los): 685;
de seguro: 325;
de trabajo: 130;
de transporte: 496;
(ecuación económica del): 433;
(incumplimiento del): 7;
*intuitu personae*: 107;
(requisitos de existencia del): 7;
(requisitos de validez del): 7;
válido: 5.
**Convención (es)**
Americana sobre Derechos Humanos: 76;
sobre fuerza mayor: 450.
***Corpus Iuris Civilis***: 53.
**Corrección**
monetaria de la indemnización: 692;
(regla de la): 310.
**Corte Constitucional**
(daño según la): 62.
**Cosa (s)**
animada: 134, 345;
(cuidado de la): 727;
custodia en doctrina italiana: 391;
inanimada: 134, 345;
juzgada: 455;
peligrosas: 389;
que se arrojan de un edificio
(responsabilidad por las): 405;
retenida
(facultades sobre la): 721.
**Costas judiciales**: 632, 636.
**Crédito (s)**
(cesión de): 662;
de establecimientos de caridad: 654;
de hijos de familia: 654;
de la cuarta clase: 653;
de la primera clase: 632;
de la quinta clase: 656;
de la segunda clase: 638;
de la tercera clase: 650;
de promitentes compradores: 642;
de proveedores de materias primas: 655;
de pupilos ante guardadores: 654;
del acarreador: 639;
del acreedor prendario: 640;
del beneficiario contra el asegurador: 638;
del damnificado contra el asegurado: 638;
del fisco: 636;
contra administradores y rematadores: 654;
de los almacenes generales de depósito: 643;
del posadero: 639;
derivados de negocios fiduciarios de garantía: 640;
exigibles: 524;
laborales y pensionales: 634;
navales: 643;
(prelación de): 513, 602;
(ruptura inopinada del): 320;
(violación positiva del): 676.
**Criados**: 272.
**Criterio (s)**
de dirección intelectual: 134;
de imputación objetiva: 269.

**Críticas**
a la teoría de Kohler: 250;
a la teoría de causa eficiente propiamente dicha: 254;
a la teoría de la causalidad adecuada, en general: 236;
a la teoría de la equivalencia de las condiciones: 207;
a la teoría de von Birkmeyer: 248.

**Cuasidelito**: 86, 93.

**Cuidado de la cosa**: 727.

**Culpa (s)**: 2, 8, 85, 269;
(ausencia de): 420;
(carga de la prueba de la): 123;
civil: 95;
(concepto de): 95;
(concepto objetivizado de): 97;
(concurrencia de): 164;
contractual
(apreciación de la): 106;
(carga de la prueba de la): 111;
(evolución de la): 87;
(exoneración de la): 116;
(graduación de la): 108;
en materia contractual: 28;
en responsabilidad civil contractual: 104, 117;
en responsabilidad por actividades peligrosas: 160;
en sentido estricto: 98;
exclusiva de la víctima: 164;
(graduación de): 10, 108;
grave: 10, 108;
*in eligendo*: 20;
*in vigilando*: 20;
*lata*: 10;
leve: 10, 108;
levísima: 10, 108;
(necesidad de la): 121;
objetiva: 371;
(presunción de): 111;
presunta
(tesis de la): 22.

**Cumplimiento**
imperfecto: 517;
retardado: 8;
tardío: 517.

**Curatela**: 129.

**Cursos**
causales hipotéticos
(supuestos de): 184, 214;
causales irregulares
(supuestos de): 184;
causales no verificables
(supuestos de): 184.

**— D —**

**Damnificado indirecto**: 475.

***Damnum iniura datum***: 86.

**Daño (s)**
a la salud: 67;
al acreedor: 769;
al patrimonio: 2;
al tercero: 807;
causados
por animales: 37;
por objetos espaciales: 61;
colaterales: 46;
colectivo: 65;
(concepto de): 43;
consecuencia: 59;
contingente: 77;
(deber de mitigar los): 27;
difuso: 65;
emergente: 8, 68;
en el derecho austríaco: 61;
evento: 59;
extrapatrimoniales: 79;
(imputabilidad del): 190;
inminente: 77;
masivo: 65;
materiales: 68;
para el derecho procesal: 74;
patrimonial al Estado: 60;
posibilidad de causarlo: 524;
(prueba del): 770;
según la C. C.: 62;
y perjuicios: 51, 52.

**Debida diligencia y prudencia**: 23.

***De cujus***: 481.

**Delito**
de homicidio: 2;
privado. 91.

**Demanda ejecutiva**: 548.

**Demandado**
(alternativas del): 579.

**Demente**: 128, 458.

**Dependientes**
(salarios de los): 633.

**Depósito**: 706;
en almacenes generales: 708;
mercantil: 708.

**Derecho (s)**: 187;
(abuso del): 291;
alemán: 416;
(inejecución del crédito en el): 675;
anglosajón: 416;
austríaco
(daño en el): 61;
auxiliares: 520, 581;
bizantino: 89;
de daños en Colombia
(diagnóstico del): 48;
de dirección: 134;
de ejecución: 543;
de propiedad: 299;
de retención: 524, 657, 697;
(alcance del): 720;
(características del): 716;
casos en que procede: 702;
como garantía mobiliaria: 735;
(concepto del): 698;
del arrendador: 705;
del arrendatario: 705;
(extinción del): 734;
(naturaleza jurídica del). 710;
presupuestos: 700;
(propósito del): 698;
(y compensación): 733;
y excepción de contrato no cumplido: 731;
de los acreedores: 505;
español: 50;
europeo: 418;
(exceso del): 305;
flexible: 292;
formulario: 571;
francés: 297;
(función del): 309;
fundamental (es): 75, 295;
(abuso del derecho en el ejercicio de los): 322;
indiano: 574;
intermedio: 299;
internacional
humanitario: 62;
público: 64;
italiano: 427;
moderno: 297;
penal: 2;
postclásico: 54;
(presunción de): 383;
pretoriano: 297;
principales: 598;
de los acreedores: 543;
privado: 3, 65;
(constitucionalización del): 294;
procesal: 65;
(daño para el): 74;
público: 64;
reales accesorios: 511;
(relatividad de los): 300;
(responsabilidad de): 192;
romano: 77, 298;
(sujeto de): 81;
tributario: 65.

**Desplazamiento forzado**: 438.

**Desviación de poder**: 311.

**Determinación de la cuota de cada corresponsable**: 456.

**Deudor**: 3, 509;
en concurso
(acreedores del): 779;
(enfermedad del): 431;
(mala fe del): 526;
secuestrado: 437.

**Dictamen pericial**: 551.

***Digesto***: 318.

***Diligentia***: 88.

**Dios**
(acto de): 416.

**Dirección**
(derecho de): 134;
intelectual
(criterio de): 134.

**Doce Tablas**: 53, 568, 598.

**Doctrina**
constitucional: 293;
de la causalidad: 174;
del abuso del derecho: 302;
francesa de la responsabilidad por el hecho de las cosas: 134;
italiana
(custodia de cosas en la): 391.

**Dolo**: 2, 7, 8, 85, 98, 158, 269.

***Draft Common Frame of Reference***: 739.

**— E —**

**Ebrio**: 272.

**Ecuación económica del contrato**: 433.

**Edad Media**: 89, 298.

**Edificación (es)**
en terreno ajeno: 703;
(responsabilidad por las): 136, 137.

**Edificio**
(dueño del): 141;
(ruina de): 137.
**Efecto (s)**
de irradiación de las normas iusfundamentales: 295;
de la fuerza mayor: 446;
de las obligaciones: 507.
**Ejecución**
coactiva
de la indemnización compensatoria de perjuicios: 689;
de la indemnización moratoria de perjuicios: 690;
colectiva: 512;
defectuosa: 8;
del hecho debido más perjuicios moratorios: 554;
(derecho de): 543;
especial de la garantía: 511;
forzosa: 508, 544;
(aspectos procesales de la): 546;
imperfecta: 673;
individual: 509, 565;
(evolución de la): 568;
por perjuicios: 557;
singular frente a ejecución colectiva: 597;
tardía: 674.
**Ejecutivo**
hipotecario: 511;
prendario: 511.
**Ejercicio**
de la retención: 742;
de la acción
*ex iure hereditatis*: 480;
*ex iure proprio*: 485.
**Elemento (s)**
del abuso del derecho: 306;
de la acción de simulación: 804;
de la acción pauliana: 768;
de la acción revocatoria concursal: 782;
de la acción subrogatoria: 815;
de la fuerza mayor: 425;
de la responsabilidad
directa: 351;
indirecta: 349;
por actividad peligrosa: 148;
por el hecho de otros: 128;
subjetivo en la responsabilidad civil: 85.
**Embargo**: 510, 585.
**Emisión de sustancias tóxicas**: 37.
**Empleador**: 130.
**Energía eléctrica**
(actividades relacionadas con): 390.
**Entrega del bien**: 550.
**Equidad**
(principio de): 71.
**Enseñas y marcas comerciales**
(visibilidad de): 396.
**EOSF**
(acciones revocatorias del): 789.
**Equivalencia**
de las causas
(teoría de la): 201;
de las condiciones
(teoría de la): 18, 199.
**Equivalente**
(pago por): 680.
**Error**: 7.
**Escritura (s)**
matriz: 529;
privadas: 529.
**Especies**
de acción de simulación: 791;
muebles
(obligación de dar): 550.
**Establecimientos de caridad**
(créditos de): 654.
**Estadios de la causalidad**: 190.
**Estado**: 64;
(daño patrimonial al): 60.
**Estatuto del consumidor**: 168.
***European Group on Tort Law***: 83.
**Evasor**: 65.
**Evento (s)**
irresistible pero previsible: 443;
atípicos: 257.
**Evolución**
de la culpa
contractual: 87;
en la responsabilidad extracontractual: 90;
de la ejecución individual: 568.
**Excepción**
de contrato no cumplido: 567;
personal
(tesis de la): 711.
**Exceso del derecho**: 305.
**Exclusión de bienes**: 622.
**Eximente de responsabilidad**
(causa extraña como): 415.

***Existence of liability***: 190.

**Exoneración**
(causales de): 352;
de la culpa contractual: 116;
de la responsabilidad civil
(causales de): 23;
por el hecho de la víctima
(requisitos de la): 456;
por el hecho de un tercero
(requisitos para la): 452.

**Expansión global del poder judicial**: 308.

**Expensas**
en el fideicomiso civil: 704;
funerales: 632, 636.

**Extensión de las consecuencias**
(limitación de la): 190.

***Extent of liability***: 190.

**Extinción**
de la acción
de simulación: 810;
pauliana: 775;
revocatoria concursal: 788;
subrogatoria: 816;
de la retención: 743;
del derecho de retención: 734.

**— F —**

**Facultades**
del retentor sobre los frutos de la cosa: 722;
sobre la cosa retenida: 721.

**Fallecimiento del pasajero**
(acciones derivadas del): 496.

**Fideicomiso civil**
(expensas en el): 704.

***Fides***: 749.

**Fisco**
(créditos del): 636.

**Fogafin**: 663.

**Formalismo**
legal: 301;
romano: 87.

**Formas de evaluar los perjuicios**: 16.

**Fraude**
de la ley: 311;
pauliano: 526, 772.

**Frustración del contrato**
(teoría de la): 418.

**Frutos de la cosa**
(facultades del retentor sobre los): 722.

**Fuente (s)**
de la guarda: 392;
de obligaciones
(hecho ilícito como): 3;
de las obligaciones: 508.

**Fuerza**: 7;
mayor: 33, 143, 168, 416;
(carácter externo de la): 427;
(convenciones sobre): 450;
(efectos de la): 446;
(elementos de la): 425;
(jurisprudencia sobre la): 426;
(mora por): 438.

**Funciones**
del nexo de causalidad en la responsabilidad civil extracontractual: 176;
de los principios generales del derecho: 291.

**— G —**

**Garantía (s)**
(ejecución especial de la): 511;
mobiliarias: 515, 623;
personal: 511;
real: 511.

**Gastos**
de administración en procesos de reorganización: 658;
de la enfermedad de que falleció el deudor: 633, 636.

**Glosadores**: 54.

**Graduación**
de culpas: 10, 108;
de la culpa contractual: 108.

**Guarda**
acumulativa
(teoría de la): 156;
compartida: 393;
concurrente: 393;
de la actividad peligrosa: 153;
de la estructura de la cosa: 135;
de la utilización de la cosa: 135;
(fuente de la): 392.

**Guardián**: 127;
(hecho culposos del): 131;
(noción de): 390.

**— H —**

**Habilitación de las partes**
(principio de): 561.

**Hecho**
(causalidad de): 190;
de la cosa al cuidado
(responsabilidad por el): 133;
del acreedor
(responsabilidad por el): 465;
del animal fiero: 144;
de las cosas
(jurisprudencia sobre el): 375;
de la víctima
(jurisprudencia sobre el): 457;
(requisitos de la exoneración por el): 456;
de personas a cargo
(responsabilidad por el): 126;
de un tercero: 168;
extraño: 117;
físico: 81;
ilícito: 1, 516;
como fuente de obligaciones: 3;
(responsabilidad por el): 122;
jurídico: 81;
notorio: 548;
positivo: 87;
(presunción de): 383;
propio: 117;
(responsabilidad por el): 119.

**Herederos**: 480.

**Hijo (s)**: 129;
de familia
(créditos de): 654.

**Hipoteca**: 632;
sobre minas: 650.

**Homicidio**
(delito de): 2.

**Hostelero**
(responsabilidad del): 466.

**Humo del buen derecho**: 584.

**— I —**

**ICBF**: 636.

**Ilícitos**
atípicos: 310;
típicos: 311.

**Ilicitud de la simulación**: 808.

**Iliquidez**: 752.

**Impericia**: 158.

**Imposibilidad**
absoluta: 434;
física: 433;
moral: 433;
relativa: 434.

**Imprevisibilidad**: 440.

**Imprevisión**
(teoría de la): 439.

**Imprudencia**: 158;
de la víctima: 460.

**Imputabilidad del daño**: 190.

**Imputación**
fáctica: 182;
objetiva: 376;
(criterios de): 269;
(teoría de la): 266;
(teoría de la): 241.

**Incapaces aquilianos**
y actividades peligrosas: 402.

**Incapacidad de pago inminente**: 514.

**Incumplimiento**
de las obligaciones
adquiridas durante ejecución del contrato: 363;
pactadas en el contrato: 362;
del contrato: 7;
parcial: 8, 517;
total: 8, 517.

**Indemnización**
compensatoria: 16, 517, 671, 678;
(corrección monetaria de la): 692;
de perjuicios: 516;
en contratos de prestaciones recíprocas: 685;
moratoria: 16, 517;
de perjuicios: 671, 680, 681;
(régimen probatorio de la): 690.

**Indivisibilidad de la causa**: 453.

**Inejecución**
absoluta: 673;
del crédito en el derecho alemán: 675;
imperfecta por defectos de identidad: 674;
obligacional
e indemnizaciones: 677;
(modalidades de la): 672.

**Infamia**
(pena de): 571.

**Infantes**: 458.

**Injuria**: 92.

**Inmisiones**
directas: 299;
indirectas: 299;
(teoría de las): 299.

**Insolvencia**: 752;
de personas naturales no comerciantes: 515;
(régimen de): 514, 611.

**Insolvente**: 613.
**Insuficiencia patrimonial**: 602.
**Intención de perjudicar**: 302.
**Interés (es)**
bancario corriente: 548;
de los consumidores: 104;
de mora
(régimen de): 37;
protegidos: 63;
social: 328.
**Interversión de la posesión**: 704.
**Irresistibilidad**: 433.

— J —

**Juez del concurso**: 781.
**Juicio *ex ante* de experiencia**: 225.
**Juramento estimatorio**: 65.
**Jurisprudencia**
en materia extracontractual
(historia en Colombia de la): 358;
sobre abuso del derecho: 306, 317, 322;
sobre hecho de las cosas: 375;
sobre hecho de la víctima: 457;
sobre carga de la prueba: 124;
sobre fuerza mayor: 426;
sobre guarda de la actividad peligrosa: 153;
sobre prelación de créditos: 646;
sobre responsabilidad
civil médica: 478, 488;
del transportador: 498;
directa de la persona jurídica: 351, 353, 354;
en actividades peligrosas: 22, 147, 385;
extracontractual de personas jurídicas: 120;
objetiva: 161;
solidaria: 348, 453;
sobre teoría de la equivalencia: 274;
sobre obligaciones de medio: 112.
**Justicia**
(administración de): 80;
distributiva: 603.

— L —

***Leasing***: 396.
**Legalidad**
(principio de): 1.
***Legally relevant damage***: 63.
***Legis actiones***: 568.
**Legislación**
colombiana
(causalidad jurídica en la): 7, 271;
italiana
(actividad peligrosa en la): 387.
**Legitimación**
en la causa: 779;
para demandar la reparación de los daños: 474.
**Lesión corporal**: 63.
**Lex**
*aebutia*: 569.
*Aquilia*: 51, 373;
*commissoria*: 569;
*Poetelia papiria*: 569, 600, 751;
*toletana*: 573.
**Ley (es)**: 3;
de la naturaleza en Engisch: 219;
(fraude de la): 311.
**Liquidación**
judicial: 513;
(proceso de): 619;
obligatoria: 606.
**Lucro cesante**: 8, 68, 480, 689.

— M —

**Mala fe**: 90, 324, 770;
de las partes: 808;
del deudor: 526;
(prueba de la): 775.
**Mandamiento de pago**: 509, 548.
**Mandato**: 706.
***Manus injectio***: 569, 599.
**Mayorías**
(abuso de las): 329.
**Medidas**
cautelares: 581;
(requisitos para las): 584;
conservatorias: 697;
del patrimonio del deudor: 520;
reconstitutivas del patrimonio del deudor: 525.
**Medio**
(obligaciones de): 11, 421.
**Menor**: 128.
**Mercaderías**
(transporte de): 707.
**Misión Kemmerer**: 602.
***Missio in possessionem bonorum***: 571.

**Modalidades**
concursales: 605;
de la inejecución obligacional: 672.
**Mora**
(configuración de la): 519;
*creditoris*: 459;
por fuerza mayor: 438.
**Muerte**
de la víctima: 476;
instantánea: 482.

**— N —**

**Naturaleza**
de la acción
de simulación: 796;
pauliana: 761;
revocatoria concursal: 777;
subrogatoria: 813;
de la responsabilidad por abuso del derecho: 316;
del contrato
(simulación en la): 793;
jurídica del derecho de retención: 710.
**Negligencia**: 88, 158.
**Negocio (s)**
fiduciarios de garantía
(créditos derivados de): 640;
jurídico: 5;
simulado
(partes del): 799.
**Nexo causal**: 284.
**Noción de guardián**: 390.
**Norma (s)**
constitucional: 293;
iusfundamentales
(efecto de irradiación de las): 295.
**Núcleo de protección**: 74, 79.
**Nuevo derecho**: 312.

**— O —**

***Obiter dictum***: 385.
**Objeto lícito**: 7.
**Obligación (es)**
alimentarias a favor de menores: 633;
(contenido de la): 505;
del acreedor-retinente: 727;
del retenedor: 743;
de medio: 11, 421;
(jurisprudencia sobre las): 112;
de dar
especies muebles: 550;
(pretensión ejecutiva por): 547;
de hacer
(pretensión ejecutiva por): 553;
de mitigar el daño: 462;
de no hacer
(pretensión ejecutiva por): 556;
de pagar sumas de dinero: 548;
de resultado: 11, 117, 421;
de suscribir documentos: 555;
distintas de pagar sumas de dinero: 547;
(efectos de las): 507;
(fuentes de las): 508;
modernización de los efectos: 536;
naturales: 508;
negativa: 672;
pactadas en el contrato
(incumplimiento de las): 362;
positiva: 672.
**Obrar humano como causa**: 219.
**Omisiones**: 196.
***Onus probando***: 397.
**Opción**
(prohibición de): 4;
(teoría de la): 492.
**Oportunidad**
(pérdida de): 16, 68;
(preclusión de): 519.
**Orden moral**: 96.

**— P —**

**Pacto**
comisorio: 569
(ex intervalo): 570;
de *Wadiatio*: 572;
Marciano: 571.
**Padres**: 272.
**Pago (s)**
(cesación de): 607;
de perjuicios compensatorios: 552;
(mandamiento de): 509;
parcial: 674;
por equivalente: 680.
**Partes**
del contrato
(simulación en las): 794;
del negocio simulado: 799.
**Pasajero (s)**
fallecido

**Pasajero (s) (cont.)**
(sucesor del): 497;
(transporte terrestre de): 395.
**Pasivo**
(actos que afectan el): 755.
***Pater familias***: 95.
**Patria potestad**: 129.
**Patrimonialidad de la prestación**
(requisito de): 679.
**Patrimonio**: 505, 582;
(daño al): 2;
del deudor
(acciones reconstitutivas del): 749;
(medidas conservatorias del): 520;
(medidas reconstitutivas del): 525;
público: 60.
**Peligrosidad en la estructura y en el comportamiento**: 389.
**Pena**: 1, 94;
de infamia: 571.
**Pérdida de oportunidad**: 16, 68.
**Perfil jurídico de la causalidad**: 188.
**Período**
de sospecha: 785;
sospechoso: 533.
**Perjuicio (s)**: 3;
cierto: 13;
compensatorios: 552, 555;
directo: 14;
(ejecución por): 557;
extrapatrimonial: 14;
(formas de evaluar los): 16;
futuro: 14;
imprevisible: 16;
indemnizable: 13, 23;
(indemnización de): 516;
(indemnización moratoria de): 671;
material: 14;
moral: 67;
presente: 14;
previsible: 16.
**Persona (s)**
jurídica
(responsabilidad civil de la): 3, 27, 343;
(responsabilidad contractual de la): 362;
(responsabilidad directa de la): 347, 361;
(responsabilidad extracontractual de la): 344;
(responsabilidad indirecta de la): 347, 359;
(responsabilidad precontractual de la): 366;
moral: 346;
natural: 605;
no comerciante: 515;
responsable: 347;
(transporte de): 707.
**Perturbaciones de vecindario**
(responsabilidad por): 404.
***Pignoris capio***: 569.
**Pluralidad de causas**: 182;
(teoría de la): 355.
**Poder**
(desviación de): 311;
judicial
(expansión global del): 308.
**Posadero**
(créditos del): 639.
**Poseedor**
(responsabilidad del): 140.
**Posesión**
(intervención de la): 704.
**Posición dominante**
(abuso de): 320.
**Postglosadores**: 54.
**Precedente**
(violación del): 309.
**Preclusión de oportunidad**: 519.
**Predisposición (es)**: 464;
de la persona que sufre el daño: 204.
**Preferencias**
especiales: 604;
generales: 604.
**Prelación de créditos**: 513, 602, 629;
(acuerdos de modificación de): 661;
en liquidación forzosa de instituciones financieras: 663;
especial: 632;
general: 632;
(jurisprudencia sobre la): 646;
(principios de la): 630.
**Prenda**: 706;
con tenencia del acreedor: 708;
general: 507.
**Prescripción de acciones**: 37, 352.
**Prestación (es)**
indemnizatoria
(contenido de la): 684;
moratoria
(contenido de la): 684;
periódicas: 365.

**Prestanombre**: 794.
**Presunción**
de culpa: 111;
(cancelación de la): 165;
de derecho: 383;
de hecho: 383;
legal: 383.
**Pretensión de resarcimiento**: 672;
ejecutiva
por obligación de dar: 547;
por obligación de hacer: 553;
por obligación de no hacer: 556;
por obligación de suscribir documentos: 555.
**Prevalencia**
(acción de): 528.
**Primera**
causa incausada: 208;
sentencia francesa sobre el abuso del derecho: 301.
**Principales modalidades concursales**: 605.
**Principio (s)**
(concepto de): 291;
de equidad: 71;
de habilitación de las partes: 561;
de la carga dinámica de la prueba: 5;
de la prelación de créditos: 630;
de la satisfacción máxima de la pretensión del acreedor: 586;
de legalidad: 1;
del proceso ejecutivo: 586;
del respeto
de intereses públicos: 590;
de los derechos del deudor: 587;
de los derechos de terceros: 589;
de solidaridad: 440;
de Unidroit: 446;
*favor libertatis*: 82;
*favor victimae*: 491;
garantizador de los derechos de acreedores: 590;
generales del derecho
(funciones de los): 291;
indemnizatorio: 25;
*iura novit curia*: 356;
procesal de congruencia: 354;
sobre contratos comerciales internacionales: 419.
**Prioridades temporales**: 603.
**Privación**: 78.
**Privilegio**: 632.
**Probabilidad y posibilidad**
(criterios de): 237.
**Proceso (s)**
arbitral: 561;
concursales
(antecedentes de): 600;
Contergan: 210;
de escogencia de la causa: 193;
de liquidación judicial: 619;
de reorganización: 612;
(gastos de administración en): 658;
ejecutivo (s): 576;
(clasificación de los): 578;
(principios del): 586;
y proceso declarativo: 558;
judicial de responsabilidad civil extracontractual: 178;
monitorio: 511, 580.
**Producto defectuoso**
(responsabilidad por): 168.
**Prohibición (es)**
de opción: 4, 358;
de regreso: 215, 257;
respecto de la causa retenida: 721.
**Promitentes compradores**
(créditos de): 642.
**Propiedad**
(derecho de): 299.
**Protección**
de un interés
(alcance de la): 83;
(núcleo de): 74, 79.
**Protocolo de Basilea sobre responsabilidad**: 60.
**Proveedores de materias primas**
(créditos de): 655.
**Providencia de adjudicación**: 616.
**Provocación**
(teoría de la): 265.
**Prueba (s)**
anticipadas: 583;
de la mala fe: 775;
del daño: 770.
**Pupilo (s)**: 129;
ante guardadores
(créditos de): 654.

**— Q —**

**Quiebra**: 513, 606;
(concordato preventivo de la): 601.

— R —

**Rasgos de la causalidad jurídica**: 191.
**Rebote**
(víctimas por): 464.
**Reembolso**
(acción de): 455.
**Reestructuración**
(acuerdos de): 609;
**Régimen**
aplicable
a los créditos de cuarta clase: 656;
a los créditos de primera clase: 638;
a los créditos de segunda clase: 643;
a los créditos de tercera clase: 651;
de insolvencia: 514, 611;
de intereses
de mora: 37;
en relación con la ley 1116 de 2006: 662;
de la cláusula penal
(unificación del): 37;
de la culpa
en Colombia: 102;
en responsabilidad por actividad peligrosa: 157;
de recompensas: 787;
probatorio de la indemnización: 690.
**Registro de Garantías Mobiliarias (RGM)**: 736.
**Regla de la corrección**: 310.
**Regreso**
(prohibición de): 215.
***Regressus ad infinitum***: 208.
**Reivindicación**: 704.
**Relación (es)**
de guarda: 129;
entre prestación penal e indemnizaciones: 688.
**Relatividad de los derechos**: 300.
**Reorganización**
(proceso de): 612.
**Reparación**
de los daños
(legitimación para demandar la): 474;
integral: 73.
**Repetición**
(acción de): 455.
**República romana**: 92.
**Requisito (s)**
de existencia del contrato: 7;
de la exoneración por el hecho de la víctima: 456;
de la responsabilidad civil
contractual: 105;
extracontractual: 19;
del título ejecutivo: 545;
de patrimonialidad de la prestación: 679;
de validez del contrato: 7;
para la exoneración por el hecho de un tercero: 452;
para las medidas cautelares: 584.
**Residuos peligrosos**: 406.
**Respeto**
de los intereses públicos
(principio del): 590;
de los derechos del deudor
(principio del): 587;
de los derechos de terceros
(principio del): 589.
**Responsabilidad (es)**
(acumulación de): 31;
ambiental: 408
aquiliana: 4, 91, 122;
civil
basada en culpa: 369;
(concepto de): 25;
contractual
(culpa en la): 104;
(requisitos de la): 105;
de las personas jurídicas: 3, 343;
(elemento subjetivo en la): 85;
extracontractual: 19, 117, 173, 178;
médica: 478, 488;
(sistema de): 1;
(unificación de la): 493;
y culpa: 86;
contractual: 4, 5;
de la persona jurídica: 362;
de derecho: 192;
de las personas jurídicas: 27;
del dependiente frente a la víctima: 128;
del hostelero: 466;
del poseedor: 140;
del tenedor: 141;
del transportador
(jurisprudencia sobre la): 498;
directa: 19, 344, 346;
de la persona jurídica: 347, 351, 353, 354, 361;
(elementos de la): 351,
en actividades peligrosas: 21;
(jurisprudencia sobre la): 22;
estricta: 377;

extracontractual: 4;
de la persona jurídica: 344;
historia de la jurisprudencia: 358;
indirecta: 127;
objetiva: 36;
indirecta: 20, 192, 346, 347;
de las personas jurídicas: 347, 359;
(elementos de la): 349;
objetiva: 144;
extracontractual: 369;
(jurisprudencia sobre la): 161,
patrimonial: 48, 751;
penal: 1;
por actividad peligrosa: 145, 379;
(carga de la prueba en la): 397;
(elementos de la): 148;
(jurisprudencia sobre la): 385;
(régimen de la culpa en la): 157;
por daños causados por las cosas: 20;
por el hecho de la cosa: 133, 345, 404;
por el hecho del acreedor: 465;
por el hecho del animal fiero: 144;
por el hecho de los animales: 405;
por el hecho de personas a cargo: 126;
por el hecho ilícito: 122;
por el hecho propio: 119;
por hechos de otros en materia contractual: 30, 345, 403;
por las cosas que se arrojan de un edificio: 405;
por las edificaciones: 136, 137;
por los animales: 136, 142;
por perturbaciones de vecindario: 404;
por producto defectuoso: 168;
precontractual: 4;
de la persona jurídica: 366;
sin culpa
(casos de): 376;
solidaria
del funcionario con la persona jurídica: 348;
(jurisprudencia sobre la): 454;
subjetiva: 85.

**Resultado**
(obligaciones de): 11, 117.

**Retención**
como derecho *sui generis*: 714;
convencional: 709;
de bienes consumibles: 729;
de origen legal: 703;
(derecho de): 524, 697;
de sumas de dinero: 729;
(ejercicio de la): 742;
(extinción de la): 743;
voluntaria: 703.

**Retenedor**: 699;
(obligaciones del): 743.

***Retention of ownership devices***: 741.

**Riesgo**
(aceptación del): 461;
general de la vida
(teoría del): 264;
(teoría del): 99.

***Right of retention of possession***: 741.

**Ruina**
de edificio: 137;
por caso fortuito: 141.

**— S —**

**Salarios de dependientes y criados**: 633.

**Salud**
(daño a la): 67.

**Secuestre**: 510.

**Secuestro**: 437, 510, 585.

**Seguimiento**
(teoría del): 261.

**Seguro**
(contrato de): 325.

**SENA**: 636.

**Siete Partidas**: 50.

**Simulación**
absoluta: 792;
(acción de): 528, 790;
concursal
(acción de): 811;
en el contenido del contrato: 794;
en la naturaleza del contrato: 793;
en las partes del contrato: 794;
(licitud de la): 808;
relativa: 793;
(teoría dualista de la): 529;
(teoría monista de la): 529.

**Sinalagma**
funcional: 686;
genético: 686.

**Sistema**
de prestación de culpas en responsabilidad contractual: 109;
de responsabilidad civil: 1.

**Situación**
del tercero en la acción pauliana: 773;
jurídica oculta: 804.

**Solidaridad**
(principio de): 440.
**Sospecha**
(período de): 785.
***Strong causes***: 253.
**Subrogación**: 662;
de los acreedores: 527, 534.
**Subsistencia**
(artículos de): 633, 636.
**Sucesor del pasajero fallecido**: 497.
**Suelo**
(vicio del): 141.
**Sujeto de derecho**: 81.
**Sumas de dinero**
obligación de pagar: 548;
obligaciones distintas de pagar: 547;
(retención de): 729.
**Superintendencia**
Bancaria: 637;
de Economía Solidaria: 514;
de Sociedades: 326, 612, 779;
(funciones jurisdiccionales de la): 319;
Financiera: 514, 637.
**Supuestos**
de causalidad concurrente: 183;
de causalidad superadora: 183;
de cursos causales hipotéticos: 184, 214;
de cursos causales irregulares: 184;
de cursos causales no verificables: 184.
**Sustancias tóxicas**
(emisión de): 37.

**— T —**

**Temeridad**: 324, 460;
**Tenedor**
(responsabilidad del): 141;
**Teoría**
de imputación: 241;
de la causa eficiente: 247, 250;
de la causa humana: 256;
de la causa impeditiva: 263;
de la causa inmediata y de la valoración: 265;
de la causa próxima: 244;
de la causación: 228;
de la causalidad adecuada: 220;
circunstancia favorecedora: 230;
propiamente dicha: 222;
ventajas: 234;
de la condición preponderante: 258;
de la culpa tripartita: 28;
de la equivalencia: 232;
de las causas: 201;
de las condiciones: 18, 199, 207, 215, 274;
de la frustración del contrato: 418;
de la guarda acumulativa: 156;
de la imprevisión: 439;
de la imputación objetiva: 266;
de la limitación de la responsabilidad: 259;
de la opción: 492;
de la pluralidad de causas: 355;
de la provocación: 265;
de la unidad de causa: 355;
de las inmisiones: 299;
de *lege ferenda*: 101;
del abuso del derecho: 754;
(aplicaciones prácticas de la): 319;
del *non cumul*: 490;
de los actos de emulación: 298;
del riesgo: 99;
general de la vida: 264;
del seguimiento: 261;
del uso normal: 299;
de von Birkmeyer
(críticas a la): 248;
dualista de la simulación: 529;
monista de la simulación: 529;
subjetiva de la causación adecuada: 226;
correctivas
de la teoría de la causalidad adecuada: 227;
de la teoría de la equivalencia: 215.
**Tercero**
de buena fe: 773.
(hecho de un): 168.
**Terreno ajeno**
(edificación en): 703.
**Tesis**
de la culpa presunta: 22;
de la excepción personal: 711;
objetivas de abuso del derecho: 335,
organicista: 360;
subjetivas de abuso del derecho: 335.
**Testaferrato**: 794.
**Titulares**
de la acción de simulación: 799;
de la acción pauliana: 763;
de la acción revocatoria concursal: 779;
de la acción subrogatoria: 814.
**Título ejecutivo**: 509, 545, 576;
(requisitos del): 545.

***Tort law***: 376.

**Trabajo**
(contrato de): 130.

**Transporte**
de mercaderías: 707;
de personas: 707;
terrestre de pasajeros: 395.

**Tutela**: 129.

**— U —**

**Unidad de causa**
(teoría de la): 355.

**Unidroit**
(principios de): 446.

**Unificación**
de la responsabilidad civil: 493;
del régimen de la cláusula penal: 37.

**Universalidad**
objetiva: 513;
subjetiva: 513.

**Uso normal**
(teoría del): 299.

**Usufructo**: 704.

**— V —**

**Valores y principios constitucionales**: 336.

**Vecinos**: 139.

**Vehículos automotores**
(conducción de): 136.

**Ventas de confianza**: 792.

**Vicio (s)**
(consentimiento libre de): 7;
de la construcción: 141;
del suelo: 141.

**Víctima (s)**: 2, 62;
(culpa exclusiva de la): 164;
directa: 32, 475;
indirecta: 32;
inicial: 464;
inmediata: 475;
(muerte de la): 476;
por rebote: 464.

**Vínculo causal**: 17.

***Vindex***: 599.

**Violación**
del precedente: 309;
positiva del crédito: 676.

**Visibilidad de enseñas y marcas comerciales**: 396.

**Vivienda familiar**
(inmueble afectado a): 631.

**Voluntad (es)**: 259;
(acuerdo de): 5.

**— W —**

***Weak causes***: 253.

ANOTACIONES

ANOTACIONES

ANOTACIONES

ANOTACIONES

ANOTACIONES

Este libro se terminó de imprimir en los talleres de Editorial Nomos, el día veintiocho de julio de dos mil dieciocho, aniversario del fallecimiento de
HERNÁN SALAMANCA MEDINA
(n. 26, XI, 1896 y m. 28, VII, 1967)

LABORE ET CONSTANTIA