

LA RESPONSABILIDAD CIVIL SIN PERJUICIO

UN ESTUDIO SOBRE LA REIVINDICACIÓN DEL DERECHO EN COLOMBIA

Monografía para la obtención del título de abogado

Estudiantes: Federico Moreno Giraldo y Maria Clara Londoño Acosta

Asesor: Maximiliano Alberto Aramburo Calle

Universidad Eafit

2019-1

Medellín

TABLA DE CONTENIDO

SECCIÓN I. ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN COLOMBIA.....	11
1.1.Estructura general.....	11
1.2.Concepto de daño.....	14
1.3.Concepto de perjuicio.....	20
1.4.Dualidad entre daño y perjuicio	25
1.5.Casos de aparente responsabilidad civil sin perjuicio.....	28
1.5.1. Presunción de perjuicio.....	28
1.5.1.1 Los intereses moratorios.....	29
1.5.1.2 La cláusula penal indemnizatoria.....	30
1.5.1.3. Los perjuicios morales.....	31
1.5.1.3.1 Pretium affectionis.....	31
1.5.1.3.2. Pretium doloris.....	32
1.5.2. Falta de necesidad de prueba del monto de los perjuicios.....	33
1.5.2.1. Perjuicios extrapatrimoniales.....	34
1.5.2.2. Otros casos de presunción del monto de perjuicios.....	35
1.6.Las funciones de la responsabilidad civil.....	37
1.6.1.Función indemnizatoria.....	37
1.6.2.Función compensatoria	38
1.6.3.Función preventiva.....	39
1.6.4.Función reivindicatoria.....	41
SECCIÓN II. EL HECHO ILÍCITO EN LA RESPONSABILIDAD ANGLOSAJONA.....	43
2.1. Torts carentes de perjuicio (Torts actionable per se).....	45
2.1.1. Asalto (Assault).....	45
2.1.2. Privación injustificada de la libertad (False Imprisonment).....	46
2.1.3. Invasión de propiedad ajena (Trespass to land/airspace/ground beneath the surface)....	47
2.2. Formas de cuantificar los daños en el derecho anglosajón. Diferencia entre law of restitution (gains-based) y law of compensation (loss-based).....	48
2.2.1. Law of restitution (gains-based).....	48
2.2.2. Law of compensation (loss-based).....	50
2.3. Conclusiones de la segunda sección.....	52
SECCIÓN III. PROPUESTA: LA RESPONSABILIDAD CIVIL SIN PERJUICIO EN COLOMBIA	53
3.1. El estado actual de las cosas.....	53
3.1.1. La propiedad intelectual.....	53
3.1.2. El “perjuicio” moral	55
3.1.3. La pérdida del uso o del disfrute.....	57

3.1.4. La anticoncepción fallida o “wrongful conception”	58
3.1.5. Derechos de especial protección constitucional.....	59
3.2. El daño indemnizable.....	66
3.2.1. El derecho como fundamento de la reivindicación.....	68
3.2.2. El problema del interés jurídico y el derecho subjetivo.....	69
3.2.3. La expectativa normativa.....	74
3.3. El rol del perjuicio.....	76
3.4. La reivindicación del daño indemnizable.....	77
3.4.1. Medidas de reivindicación pecuniarias (el caso del mal llamado “perjuicio” moral).....	77
3.4.2. Medidas de reivindicación no pecuniarias.....	78
SECCIÓN IV. CONCLUSIONES.....	81
SECCIÓN V. BIBLIOGRAFÍA.....	83

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil es la institución del derecho privado encargada de la protección de los particulares contra los atentados injustificados a su esfera jurídica. Entre sus distintos objetivos, la responsabilidad pretende la prevención de daños o la reparación de los mismos, cuando su prevención no haya sido posible. Esta institución ha cambiado constantemente a lo largo de la historia en un intento por mantenerse a la par de los avances de la tecnología, las sociedades y la forma que tiene el hombre de ver el mundo¹.

En efecto, aún hoy encontramos discusiones, inclusive a nivel nacional², sobre la concepción de los diferentes elementos de la responsabilidad. La noción contemporánea que se tiene de cada concepto es el producto de constantes discusiones y aportes doctrinales, legislativos y judiciales. En cuanto al *daño*, su definición ha evolucionado de “la privación o la disminución del patrimonio”³ a conceptos modernos como “la afectación del derecho o interés lesionado” (Aramburo, 2018) o “toda situación desfavorable jurídicamente relevante” (Corte Constitucional, 2012).

En materia de perjuicios, el perjuicio moral, la pérdida de la oportunidad, el daño a la vida en relación y, en general, los perjuicios extrapatrimoniales fueron encontrando cabida en la jurisprudencia nacional⁴, que mantuvo durante años al daño emergente y al lucro cesante como los únicos perjuicios indemnizables. La causalidad tampoco se ha mantenido estática,

1 Para la evolución histórica de la responsabilidad civil véase el libro de Geneviève Viney, en su capítulo “Evolución general de la responsabilidad civil”.

2 Véase, por ejemplo, artículo de Saúl Uribe García “Caos dogmático en la responsabilidad civil, propuestas” en Revista IARCE No. 20 del año 2006.

3 Digesto, Libro XXXIX, Título II, Ley 3ª: “*Damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonio dicta sunt*”

4 Véase, por ejemplo, la sentencia del 21 de julio de 1992 de la Corte Suprema de Justicia. [MP. Tancredo Nannetti], que reconoció por primera vez el perjuicio moral y la sentencia del 6 de mayo de 1993 del Consejo de Estado [CP. Julio César Uribe Acosta] que reconoce como un nuevo tipo de perjuicio extrapatrimonial el perjuicio fisiológico o a la vida en relación.

la teoría de la equivalencia de condiciones se enfrentó con múltiples rivales y su vencedor, la causalidad adecuada, no deja de encontrar retadores⁵.

El siglo XXI ha traído diferentes fenómenos que nos exigen plantear nuevas discusiones en las que se cuestione la idoneidad del régimen de responsabilidad civil extracontractual actual. Entre estos, el gran valor de los derechos constitucionales ha marcado la dirección de los avances doctrinales y jurisprudenciales, tal y como en su momento lo hizo la injusticia a la que se enfrentaron las víctimas de la revolución industrial.

Una de esas discusiones fue inconscientemente planteada por Philippe Le Tourneau que, en su libro “Droit de la Responsabilité et des Contrats: Régimes D’Indemnisation”, se encargó de definir y diferenciar los conceptos daño y perjuicio. Prosiguió explicando que, si bien la regla general era la necesidad de perjuicio, era posible hacer una recopilación significativa de supuestos normativos y decisiones judiciales excepcionales que parecían prescindir del perjuicio y centrarse en el valor del daño, como elemento suficiente para conceder la indemnización (Le Tourneau, 2000).

El capítulo sobre “Excepciones a la regla general sobre perjuicios” del libro de Le Tourneau trata casos importantes en los que la Corte de Casación francesa reconoció reparaciones en verdadera ausencia de perjuicio. En efecto, en sentencias sobre la violación a la propiedad, atentados contra los derechos de la personalidad, de la propiedad literaria y artística y, sobretodo, casos de consentimiento de pacientes médicos y de competencia desleal⁶, los jueces franceses concedieron indemnizaciones en ausencia de perjuicio.

5 Sobre las discusiones de la causalidad en Colombia véase el artículo “De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana” de Sergio Rojas Quiñones y Juan Diego Mojica Restrepo publicado en la revista de la Universidad Javeriana el 30 julio de 2014.

6 Para referencias sobre estos fallos, véase la obra de Philippe Le Tourneau “Droit de la Responsabilité et des Contrats : Régimes D’indemnisation”.

Años más tarde, el profesor australiano Kit Barker identificó un fenómeno similar en varias decisiones de las cortes de Reino Unido. El fenómeno fue descrito como casos en los que las cortes otorgan cuantiosas indemnizaciones a los demandantes cuyos derechos fueron infringidos, pero que no han sufrido pérdidas como resultado de esta infracción (Barker, 2014).

Barker analizó en su texto “*Damages ‘Without Loss’: Can Hohfeld Help?*” el caso de *Watson, Laidlaw & Co. v Pott, Cassels and Williamson* de 1914, que trató la violación de una patente de maquinaria centrífuga. En el caso, Lord Ordinary⁷ condenó a los demandados al pago de £1500 sin que los demandantes probaran la existencia de sus perjuicios, pero sí la violación de la patente. Aun a sabiendas de que estaba ligado por la regla general que ordenaba que el titular de la patente probase los perjuicios que sufrió por las ventas ilícitas, consecuencia natural y directa de sus daños⁸, el juez no justificó la indemnización ordenada, mucho menos su monto. Parecía entonces que la mera violación a la patente, daño sufrido por el demandado, había sido suficiente para condenar al pago de una indemnización “razonable”.

La conclusión inicial del Barker es que resultan múltiples ejemplos que representan este mismo, básico paradigma (Barker, 2014), casos en los que la vulneración de los derechos del demandante (daño o *damage*), eran la razón y “medida” de la indemnización, sin que hubiese necesidad de secuelas patrimoniales o extrapatrimoniales (perjuicio o *loss*). Para examinar estas decisiones planteó su propio caso hipotético en el que un sujeto B monta el caballo de un sujeto A sin su consentimiento.

⁷ *Scots Law. A judge of the Court of Session, sitting alone at first instance the Outer House.* Entiéndase juez de primera instancia.

⁸ [1914] UKHL 238, 51 SLR 238, [1914] SC (HL) 18, SC (HL) 18. Traducción del texto original: “[...] *the patentee must prove the loss that he has sustained by unlawful sales, as the natural and direct consequence of the wrong done to him*”

En el ejemplo, el caballo de A no sufrió deterioros, siempre regresó a su establo sin que su dueño se enterase y se benefició del ejercicio de los paseos con B. Para Barker era evidente que B debía indemnizar a A, toda vez que había atentado injustificadamente contra su derecho real de dominio, pero ¿y el perjuicio? ¿dónde estaba el daño emergente? ¿el lucro cesante? ¿el perjuicio moral? Las normas de la responsabilidad civil exigían más que el daño, por lo que B no afrontaría consecuencias por usurpar los *legal rights* que el derecho de propiedad otorgaba a A.

En nuestro contexto jurídico el problema no pasó desapercibido. El abogado Fernando Moreno Quijano reemprendió la tarea de Barker y Le Tourneau, buscando con los mismos criterios esos casos de “responsabilidad civil imperfecta” en nuestro ordenamiento. En el décimo Encuentro Internacional de Responsabilidad Civil de 2015, Moreno expuso diferentes escenarios del derecho colombiano en los que el legislador y los jueces agotaron el análisis en el daño y no se preocuparon por encontrar el perjuicio.

La ponencia de Moreno tenía diferentes causas. Por un lado, el Proyecto de Ley impulsado por Sergio Rojas Quiñones, que pretendía reformar el derecho de daños colombiano (i) defendía una fuerte distinción entre los conceptos de daño y perjuicio y (ii) exigía el perjuicio como elemento necesario para la configuración de la responsabilidad civil.

Por otro lado, la entonces reciente sentencia de casación del 5 de agosto del 2014⁹ que decidió sobre la reclamación indemnizatoria de Fernando Augusto García y Claudia Marcela Ortega en contra del Banco Granahorrar S.A. En el fallo, el Tribunal Supremo respaldó la ponencia de Ariel Salazar, quien planteó aquello que, sospechamos, motivó la decisión del *Lord Ordinary* en el caso *Watson v Pott*: la violación a un derecho de relevancia es un daño que amerita ser reparado en sí mismo, sin que genere perjuicios adicionales. Para el alto

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC 10297-2014. [MP. Ariel Salazar Ramírez].

Tribunal, el Banco Granahorrar había atentado contra el derecho al buen nombre de los demandantes al reportarlos injustificadamente a centrales de riesgo. La afectación a ese derecho, dada su especial relevancia constitucional, debía ser distinguida del perjuicio moral e indemnizada por separado.

Fue con esta sentencia que se consolidó en Colombia una nueva noción del daño indemnizable, del rol del perjuicio y de las funciones de la responsabilidad civil en Colombia.

En su exposición, Moreno criticó las propuestas del proyecto de ley y argumentó que este chocaba con la sentencia del Banco Granahorrar y que, si bien la postura del ponente tenía aciertos importantes, había asuntos de fondo que quedaban por resolver.

En resumen, la Corporación parecía dotar de protección especial a un conjunto de derechos cuyo abstracto criterio de identificación, la *protección constitucional*, trae complicaciones considerables. No solo eso, el trato diferencial a esos otros derechos de supuesta “menor relevancia” los deja expuestos al tratamiento drástico del proyecto de Rojas sin una razón clara.

Este nuevo terreno de la responsabilidad trae consigo preguntas fundamentales para la doctrina y jurisprudencia colombiana ¿Cuándo pasa un derecho a ser “constitucionalmente protegido”? ¿Pueden los derechos patrimoniales, como la propiedad, tener el mismo tratamiento? ¿Cuál es la consecuencia de la violación de estos derechos? ¿Sigue siendo la reparación pecuniaria la única respuesta posible ante la causación injusta de daños y perjuicios?

El régimen creado por la sentencia de 2014, así como los desarrollos e interrogantes que de esta surgen, hacen fundamental la tarea de analizar la función reivindicatoria de la responsabilidad civil por múltiples razones:

En primer lugar, porque la vaguedad de la protección constitucional ha sido la vía de los jueces para manipular fuertemente el derecho. En efecto, el criterio de conexidad de Ciro Angarita¹⁰ y el test de Eduardo Montealegre¹¹ han aportado poco a la seguridad jurídica cuando se trata de determinar la relevancia constitucional de los distintos derechos e intereses del tráfico jurídico. La sentencia T-760 de 2008, reciente recopilación de la doctrina constitucional, utiliza criterios de extrema amplitud y vaguedad para determinar si un derecho es fundamental o no como, por ejemplo, el “consenso sobre su naturaleza fundamental”, que este “esté dirigido a lograr la dignidad humana”, o que su titular tenga protecciones constitucionales. Lo anterior conlleva a que sea la mera discrecionalidad de los jueces el criterio de fondo.

En segundo lugar, porque es imperativo evitar que la nueva concepción sobre la indemnización de daños recree el conflicto que hay entre los perjuicios extrapatrimoniales y el principio de reparación integral. La ampliación desmedida del catálogo de daños y perjuicios indemnizables puede generar consecuencias nocivas para la vida en sociedad y hacer de la responsabilidad civil un conjunto normativo sancionatorio.

Y, en tercer lugar, porque los derechos patrimoniales son tutelados directamente por la Constitución Política¹², pero parecen excluidos de la regla de reivindicación de la sentencia, hecho que nos obliga a preguntarnos cuál debe ser su protección en este nuevo sistema de reivindicación de derechos.

Por todo lo anterior, el presente trabajo intentará:

10 Sobre este test de conexidad de los derechos constitucionales sirven de ejemplo las sentencias T-494 de 1992, y T-406 de 1992 de la Corte Constitucional de Colombia, ambas con ponencia del magistrado Ciro Angarita Barón.

11 Sobre el test de derechos fundamentales sirven de ejemplo la sentencias T-227 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre) y T-760 de 2008 (MP. Maria Victoria Calle Correa).

12 Véase el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia.

(i) Describir el estado actual de la responsabilidad civil extracontractual colombiana: sus principales funciones, los conceptos de daño y perjuicio y los casos de aparente responsabilidad sin perjuicio.

(ii) Exponer la forma en la que el derecho anglosajón ha tratado el problema de la falta de perjuicio en la responsabilidad civil extracontractual, fenómeno conocido como *tort actionable per se*.

(iii) Explicar el estado actual de la función reivindicatoria de la responsabilidad civil desarrollada por la Corte Suprema de Justicia en el fallo del Banco Granahorrar de 2014, así como sus falencias.

(iv) Plantear reglas y criterios generales que, corrigiendo los yerros señalados de la sentencia de 2014, ayuden a entender la aplicación de la función reivindicatoria de la responsabilidad civil y a delimitar nuevamente el concepto de daño.

(v) Analizar el nuevo rol del perjuicio como elemento prescindible para la responsabilidad civil en Colombia.

(vi) Identificar las principales alternativas para reivindicar los derechos afectados, incluyendo las vías tradicionales de reparación pecuniaria, así como las medidas de reparación simbólica.

Finalmente, es necesario un comentario final: los cambios que la marcha ha traído a nuestra investigación y a lo que aquí planteamos nos obligan a modificar la estructura y los objetivos establecidos en el anteproyecto, según lo muestra el índice anterior.

SECCIÓN I. ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN COLOMBIA

1.1. Estructura general

Explorar el nuevo rol del daño en la responsabilidad civil nos obliga primero a explicar en qué consiste esta institución del derecho privado. Esta fue definida por Philippe Malaurie como la obligación de reparar el daño que una persona causa a otra (1985), mientras que Javier Tamayo Jaramillo, en el derecho colombiano, la define como “la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado de forma ilícita debe indemnizar los daños producidos a terceros” (2005).

Ahora bien, existen dos grandes tipos de responsabilidad civil: la contractual y la extracontractual. Si bien estas comparten el mismo propósito general de reparación, se diferencian fundamentalmente en los supuestos normativos que dan lugar a la indemnización y en las condiciones en las que el responsable debe indemnizar. En cuanto a los supuestos, la responsabilidad contractual es el régimen correspondiente a los daños sufridos por un acreedor como consecuencia del incumplimiento de obligaciones contractuales por parte de su deudor. Luego, la responsabilidad extracontractual corresponde a los casos en que un sujeto sufre daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento de deberes jurídicos generales o particulares o de obligaciones no contractuales.¹³

En cuanto a las condiciones de la indemnización, la responsabilidad extracontractual encuentra su único límite en la causalidad, por lo que el responsable extracontractual deberá indemnizar todo daño y perjuicio que cause¹⁴. En contraste, el régimen de la responsabilidad contractual incluye normas especiales como el artículo 1616 del Código Civil, que obliga al

¹³ Sobre las diferencias entre los dos regímenes de responsabilidad, contractual y extracontractual, véase la obra de Hernán Darío Velásquez “Estudio sobre obligaciones”, capítulo tercero.

deudor incumplido a la indemnización de los perjuicios estrictamente previsibles, salvo que se pruebe que su incumplimiento se debe a dolo o culpa grave, caso en el que pagará también los imprevisibles. Además, es posible el pacto de cláusulas contractuales que regulen directa o indirectamente la responsabilidad del deudor, de lo cual son ejemplos claves las cláusulas limitativas y de exoneración de responsabilidad o las cláusulas de garantía¹⁵.

El análisis sobre el daño que adelantaremos se hará en el marco de la responsabilidad civil extracontractual por diferentes razones. En primer lugar, porque la simpleza del régimen extracontractual facilita el estudio de conceptos fundamentales como el daño, el perjuicio, el interés, los derechos y demás. En segundo lugar, porque este es el régimen general de la responsabilidad civil, que por consecuencia es aplicable a todo escenario diferente al incumplimiento contractual.

Por último, se descarta la responsabilidad contractual porque las discusiones sobre la naturaleza de la ejecución por equivalente de la prestación contractual requerirían especial atención y exceden el propósito de este proyecto. En efecto, determinar si el pago por equivalente es el cobro de un perjuicio patrimonial, como argumentan algunos¹⁶, o un daño inmaterial puro, como dicen otros¹⁷, o la mera ejecución de esa norma jurídica *sui generis* llamada contrato requiere ser tomado como el tema central de la propuesta académica, y este no es el caso con nuestro trabajo.

14 Véase el artículo 2341 del Código Civil colombiano (“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.”) y, para una explicación doctrinal, véase la obra de Hernán Darío Velásquez “Estudio sobre obligaciones”, capítulo tercero.

15 Véase, por ejemplo, los artículos 1592, 1616 y 1732 del Código Civil colombiano.

16 La jurisprudencia colombiana ha sostenido que el acreedor puede recibir la prestación en su subrogado pecuniario cuando reclama que la indemnización del perjuicio compensatorio (que se compone del precio y otros perjuicios del interés positivo del acreedor). Sobre esto, referirse a la sentencia del 3 de noviembre de 1977 de la Corte Suprema de Justicia, MP. Ricardo Uribe Holguín.

17 La doctrina francesa minoritaria ha defendido la posición contraria. Sobre esta posición, referirse a Malaurie, Philippe. (1985). Cours de Droit Civil – Les Obligations.

Retomando la definición aportada por Tamayo Jaramillo, es importante resaltar las críticas recientes que se hacen a la ilicitud como elemento necesario para la configuración de la obligación indemnizatoria. Autores como Cyril Bloch argumentan que el hecho generador no tiene que ser ilícito, dado que la objetivación de la responsabilidad ha llevado a que los daños causados por diferentes hechos lícitos deban ser indemnizados¹⁸ (Bloch, 2008). Son casos típicos de estos hechos generadores lícitos los hechos de las cosas y las actividades peligrosas.

Para resolver temporalmente el asunto, nos permitimos aportar una definición propia: la responsabilidad civil es la obligación que nace en cabeza de un sujeto cuando su conducta imputable - sea por culpa, dolo o riesgo - haya sido causa jurídica de daños a otro, y que esos daños generen a su vez consecuencias negativas patrimoniales o extrapatrimoniales.

De la definición de Tamayo y de la que ahora proponemos pueden deducirse los presupuestos de la responsabilidad civil aquiliana: (i) el hecho imputable, (ii) el daño, (iii) el perjuicio y (iv) el nexo causal entre el hecho imputable y el daño y entre el daño y el perjuicio. Dado que la doctrina y jurisprudencia actual entienden que se trata de elementos necesarios, debe entenderse que en ausencia de cualquiera de estos no surgirá la obligación indemnizatoria.

Dado que el hecho imputable y el nexo de causalidad carecen de relevancia para la materia que trata el presente trabajo, solo será necesario detenerse en los conceptos de daño y perjuicio.

18 Bloch, Cyril. (2008) *La Cessation de L'illicite*. Paris. Editorial: Dalloz. Traducción del texto original : *Sous l'effet du vaste mouvement d'objectivation qui l'a pénétré à partir de la fin du XIX siècle, la responsabilité civile ne naît plus forcément d'un fait générateur illicite. [...] Ce sont les hypothèses, assez rares au demeurant, de responsabilités civiles dites objectives dans lesquelles le fait générateur de responsabilité est conçu comme un simple fait matériel plus ou moins déterminé, directement causal du dommage à réparer.*

1.2. Concepto de daño

El daño constituye el elemento base de la responsabilidad civil extracontractual. Sin el daño, la obligación de indemnizar a favor de la víctima, en cabeza del responsable, no podría surgir. En este sentido, los criterios, nociones y conceptos que se utilicen para definir al daño, no pueden ser escogidos por mera casualidad, pues a partir del entendimiento que se tenga sobre el daño es que se define el alcance y la esfera de protección de la responsabilidad civil en su función resarcitoria.

Debido a su importancia, el daño es el primer elemento a analizar si se pretende la declaratoria de responsabilidad civil. El Tribunal Supremo, sostiene “de ahí que no se dé responsabilidad civil sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia [...] sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquel, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria” (Corte Suprema de Justicia, 1968)¹⁹. Así, se pone en evidencia el carácter de necesario e indispensable que se reconoce al daño.

A continuación, presentaremos una especie de catálogo sobre distintas nociones de daño, con el fin de poner en evidencia que, el uso indiscriminado de palabras como interés, derecho y facultades, da pie para que surjan distintas interpretaciones acerca de un mismo concepto y como consecuencia, que no haya certeza sobre la existencia del elemento del daño a la hora de pedir la declaratoria de responsabilidad civil.

Para la Corte Constitucional “daño es toda situación desfavorable jurídicamente relevante.” (Corte Constitucional, 2012)²⁰. No hay una explicación clara de qué es lo “jurídicamente relevante”, pero parece ser, como en derecho civil, aquellas conductas,

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 1968. [MP. Fernando Hinestrosa Forero].

²⁰ Corte Constitucional Sentencia C-052 de 2012. [MP. Nilson Pinilla Pinilla].

situaciones o condiciones que tienen contacto constante con el tráfico jurídico o con el ordenamiento vigente.

La Corte Constitucional percibe el daño como toda situación desfavorable y jurídicamente relevante. Pero, ¿cómo se determina lo jurídicamente relevante? O ¿quién define qué tan desfavorable tiene que ser una situación para que sea indemnizable? A pesar de que la definición de la Corte Constitucional muestra de manera general lo que es el daño, resulta evidente lo vaga y confusa que puede llegar a ser, haciendo difusos los límites de la responsabilidad civil.

Javier Tamayo Jaramillo entiende que “daño civil indemnizable es el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima” (2007).

Así, en la literalidad de su definición, Tamayo deja por fuera aquellas posiciones jurídicas favorables que, sin estar prohibidas, no pueden ser calificadas como derecho subjetivo, pero que de igual forma pueden resultar afectados por la conducta ilícita de un tercero (lo que llamaremos más adelante simples intereses jurídicos).

Arturo Valencia Zea, define el daño así:

Nosotros, pues, construimos la noción de derecho subjetivo partiendo de la base de que se identifica con los intereses o bienes de las personas, protegidos jurídicamente contra lesiones de los demás, o, lo que es lo mismo, contra los daños provenientes de los actos ilícitos. Por esa circunstancia, el concepto de daño es congruente con esta noción, y, en consecuencia, daño es cualquier lesión causada a los derechos subjetivos. (1978).

Este autor, al igual que Tamayo, se centra en los derechos subjetivos, pero ¿qué pasa con aquellos intereses que no alcanzan a tener la calidad de derechos subjetivos que de igual forma son objeto de protección? ¿Quedarían entonces por fuera de la órbita de protección de la responsabilidad civil?

Juan Carlos Henao, expone:

Daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como 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 (2015).

Luis Botero Aristizábal, señala sobre el daño que:

El impacto no deseado sobre un derecho, un *interés legítimo* o, al menos, por una situación jurídica que no es rechazada por el ordenamiento jurídico. (2018)

Gilberto Martínez Rave, por su parte sostiene que:

Para nosotros el 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 para que exista daño. (2003).

González Briseño en el libro de Marcela Castro de Cifuentes, expone que:

El daño es la alteración negativa e ilícita de los bienes o intereses patrimoniales y extrapatrimoniales de la víctima como consecuencia del hecho dañoso. (2018).

Asimismo, Eduardo Zannoni indica:

Desde una perspectiva objetiva, el daño se define como el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio, dejando por fuera el aspecto moral y espiritual. (2005)

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, prescribe:

Artículo 1737. Concepto de daño. 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.

A partir de lo anterior, es claro que no es posible encontrar un consenso acerca de cuál es la definición que debe tener el daño para que sea indemnizable. Esta situación que trae grandes consecuencias para la responsabilidad civil a la hora de ejercer su función reparadora.

Ahora bien, es posible entender el daño como la sede material, inmaterial y corporal de la afectación, perjudicando así todas las dimensiones del hombre, desde el ámbito más interno (los sentimientos y emociones), hasta el ámbito más externo (forma de relacionarse con su entorno). Sin importar de la definición que se acoja del daño, para que esa afectación sea indemnizable debe cumplir con ciertos presupuestos, tal y como se muestra a continuación:

En primer lugar, para que el daño sea resarcible debe ser cierto y real, contrario a todo daño meramente hipotético o eventual. La certeza del daño, afirma el profesor Tamayo, puede ser tanto absoluta como virtual, pues la certeza no solo se deriva de aquel daño que ya ocurrió o que está ocurriendo, sino que también es posible hablar sobre la certeza de un daño futuro. Lo que importa es que, a partir de un análisis global del caso (teniendo en cuenta

pruebas, indicios, peritazgos, testimonios, entre otros) el juez logre quedar con la convicción de que el daño existió, existe o existirá (Velásquez, 2009).

Como ya se mencionó, el daño cierto puede ser: (i) pasado, (ii) presente o (iii) futuro, y en cualquiera de los tres casos, la víctima debería tener a su favor acciones de responsabilidad civil que sirvan de herramienta para obtener la indemnización de los daños ya sufridos o de las futuras (pero ciertas) afectaciones a sus derechos e intereses legítimos.

En este punto, vale la pena profundizar en el tema de daños que son futuros, ciertos y por ende, indemnizables. La Corte Suprema de Justicia ha sido constante en sostener que:

Lo que autoriza a decir que lo *cierto del daño futuro* está en que, dentro de un devenir sin sobresaltos mayúsculos, se presentará; o, lo que es lo mismo, que, traslada hacia adelante la causa (hecho ilícito), casi es seguro que se producirá el efecto que hoy por hoy se está percibiendo (el perjuicio). No necesariamente, porque no es el derecho una ciencia natural; pero sí un harto *probable*. (1998)

Es claro entonces que, si bien el daño futuro implica cierto grado de incertidumbre, lo que se debe evaluar es que el rumbo causal y natural de las cosas sea apto para generar afectaciones en el futuro. La idea es que a partir de las leyes de la probabilidad se llegue a la certeza de la “futuridad del daño” como dice Martínez Rave (2003).

No obstante, vamos a ver más adelante que, el daño contingente o el riesgo de que se genere un daño, puede ser considerado en sí mismo como daño.

En segundo lugar, el daño debe ser personal, es decir, en principio la afectación al derecho subjetivo o al interés legítimo debe ser propia, el titular del bien jurídico lesionado debe ser la única persona habilitada para reclamar la indemnización. No obstante, este no ha sido tratado como un requisito del daño, sino más bien como un problema de la legitimación en la causa (Velásquez, 2009). En efecto, no puede reclamarse indemnización por daños

ajenos, de tal forma que solo quien lo sufre está llamado a pedir su indemnización. Ahora bien, se ha permitido a aquellos cercanos a un fallecido reclamar una suma de dinero por las afectaciones *personales* que tuvieron que soportar por la muerte de ese ser querido.

En tercer lugar, el daño debe ser ilícito o antijurídico. Se debe tratar de lesiones que la víctima no está obligada a soportar. Es necesario que se trate de un bien jurídico que en principio debió permanecer incólume. Al respecto, Santos Ballesteros y Barrera Tapias afirman lo siguiente:

Si se hace un estudio integrado de las facetas de la responsabilidad civil, se comprende que las expresiones daño justificado o daño jurídico, envuelven una contradicción en sí. La primera, porque habiendo justificación, no hay daño y habiendo daño no hay justificación. La segunda, corolario de la primera, porque daño, en derecho, es una categoría de valoración necesariamente antijurídica. En este orden de ideas, resulta impropio hablar de causales de justificación del daño, al referirse a las causales de exoneración del deber de no dañar a otro. (1994)

En los términos anteriores, existen varios hechos que justifican la causación de daños a terceros, entre los cuales resaltan (i) la legítima defensa, (ii) el estado de necesidad y (iii) la orden de autoridad competente.

Finalmente, algunos autores sostienen, como cuarto requisito, la subsistencia del perjuicio al momento de ejercer la acción de responsabilidad civil. Por su mera denominación, como lo afirma Martínez Rave, es un requisito que puede prestarse para interpretaciones erróneas, pues parece ir en contravía de lo que ya se mencionaba anteriormente, que es la posibilidad de que un perjuicio sea pasado, presente o futuro. Sin embargo, la subsistencia del perjuicio debe entenderse, según Martínez Rave, así:

Como pendiente de indemnización, de pago, en el momento del fallo y no como existencia física o material. La pérdida de un brazo, como daño, puede existir en el momento de proferirse el fallo, pero si ya fue indemnizado, pagado, entendemos que no está subsistente para los efectos indemnizatorios. (2003)

Como se verá más adelante, estos requisitos también son atribuibles al perjuicio, pues el mismo también tiene que ser directo, personal y cierto para que sea indemnizable.

1.3. Concepto de perjuicio

El perjuicio es toda disminución en el patrimonio o en la calidad de vida que tenga una persona que se produce como consecuencia de un daño imputable a un tercero. Es la proyección económica del daño como hecho fáctico (Aramburo, 2018).

En cuanto a la tipología de perjuicios, se puede afirmar que hay dos grandes grupos: (i) perjuicios patrimoniales y (ii) perjuicios no patrimoniales²¹.

Por un lado, los perjuicios patrimoniales son aquellos que se presentan frente a bienes apreciables económicamente, es decir, bienes cuya afectación es susceptible de ser valorada en dinero. Tradicionalmente se ha entendido que los perjuicios patrimoniales se dividen en daño emergente y lucro cesante, dependiendo de si se trata de una pérdida o disminución en el patrimonio o de un provecho que debía ingresar al patrimonio de una persona, pero que no se ingresará debido a la ocurrencia del daño. El artículo 1614 del Código Civil, define estos dos conceptos así:

²¹ Sobre la distinción entre perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, clasificación unánime para la doctrina actual, véase la obra de Boris Stark “*Obligations I. Responsabilité Délictuelle*”

Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

Si como producto de la conducta negligente de un sujeto A, se genera un incendio en la casa de un sujeto B, y este sufre pérdidas no solo en sus bienes, sino también en su integridad física, entonces el primero tendrá que indemnizar al segundo para que regrese al estado en que se encontraba antes de la ocurrencia del hecho generador del daño.

El daño emergente no solo se circunscribe a las pérdidas patrimoniales que resulten del deterioro o destrucción de bienes materiales. En efecto, este concepto incluye las disminuciones patrimoniales provenientes de afectaciones a la integridad, tanto física como psíquica (piénsese, por ejemplo, en los gastos médicos en los que va a tener que incurrir un sujeto que fue atropellado por otro).

Ahora bien, el lucro cesante, según el Consejo de Estado, “corresponde a la ganancia frustrada a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado o lo haría en el futuro al patrimonio de la víctima” (Consejo de Estado, 2013). Así, por ejemplo, si un sujeto B deja de percibir su salario por una lesión sufrida como consecuencia de un hecho dañoso imputable a un sujeto A (responsable), entonces este último tendrá que indemnizar todo rubro que el sujeto B esperaba recibir por concepto de salario. De la misma forma, si el sujeto A ocasiona un daño en la fábrica de chocolates propiedad del sujeto B, el primero de tendrá que resarcir todo el lucro cesante que el sujeto B va a dejar de percibir por el funcionamiento de su fábrica.

Por otro lado, los perjuicios no patrimoniales “no tienen una naturaleza económica, en el sentido que, por definición, no se les puede medir en dinero” (Henaó, 1998). En Colombia, es posible encontrar dentro de esta segunda categoría el perjuicio moral y el perjuicio fisiológico.

El daño moral, por su parte, es aquel que surge por la afectación a la órbita de los sentimientos y emociones que una persona. La Corte Suprema de Justicia lo ha definido así:

El daño moral comporta el menoscabo a la dimensión afectiva, los sentimientos, el amor en la familia, la parte social, los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales. (Corte Suprema de Justicia, 2017).

El perjuicio fisiológico, ahora llamado perjuicio a la vida en relación, en un principio estaba circunscrito a las lesiones que pudiera sufrir una persona en su esfera física. Tamayo, por ejemplo, entiende como perjuicio fisiológico la imposibilidad de poder disfrutar de aquellas “actividades vitales que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia” (2005).

Sin embargo, a partir del 2000 el Consejo de Estado introdujo el concepto de “perjuicio a la vida en relación”²², un concepto más amplio que no se limita únicamente a las afectaciones físicas, sino que incluye cualquier tipo de afectación que pueda generar consecuencias importantes en la forma en que una persona lleva a cabo tanto las actividades que resultan placenteras, como aquellas que se hacen necesarias para el “normal” desarrollo del día a día. Dado que el perjuicio a la vida en relación puede incluir tantas cosas, resulta relevante la siguiente anotación que hace Álvaro González Briseño:

22 Véase, por ejemplo, el texto de Felipe Navia Arroyo “Del daño moral al daño fisiológico. ¿Una evolución real?”

En efecto, es bien sabido que cualquier hecho dañoso altera de alguna forma las relaciones que el perjudicado tiene con su entorno; no se trata de indemnizar las simples incomodidades o molestias que el afectado tenga que sobrellevar a raíz del daño, sino aquellas alteraciones que dificultan en extremo o imposibilitan realizar aquellas actividades que normalmente sus semejantes llevan a cabo. (2010)

A partir de lo anterior, lo que parece diferenciar al perjuicio moral del perjuicio a la vida en relación, es que el segundo a diferencia del primero “adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo”. (Corte Suprema de Justicia, 2008).

Ahora bien, en materia de responsabilidad del Estado, la jurisprudencia ha creado una nueva categoría de perjuicio extrapatrimonial, el daño a la salud, que fue incorporado por el Consejo de Estado con el fin de integrar varios conceptos de perjuicios extrapatrimoniales así:

De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos. (Consejo de Estado, 2011).

De cara a la indemnización que se busca a partir de una acción de responsabilidad civil, no se puede perder de vista el principio de reparación integral del daño consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, según el cual a la responsabilidad civil únicamente le interesa indemnizar el daño, solo el daño, todo el daño y nada más que el daño. Esto, con el

fin de evitar el enriquecimiento sin causa por parte de la víctima. Si bien la literalidad de la norma se refiere al daño, no se puede perder de vista que tradicionalmente se ha entendido²³ que lo que se repara o indemniza es el perjuicio, es decir, la consecuencia patrimonial o extrapatrimonial del daño.

Por regla general, “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (Código General del Proceso, 2012). No basta con afirmar la existencia de los perjuicios, pues si el demandante no le demuestra al juez la ocurrencia del daño y el perjuicio ocasionado, entonces no habrá declaratoria de responsabilidad civil.

No obstante, esta regla general ha tenido en la jurisprudencia algunas excepciones²⁴, como, por ejemplo, la presunción del lucro cesante de los familiares una persona fallecida. El juez utiliza la figura de la presunción y aminora la exigencia de la carga de la prueba que trae el ordenamiento jurídico. Lo anterior, tal y como dice Juan Carlos Henao, no afecta ni choca con el principio básico según el cual el perjuicio debe existir.

Ahora bien, resulta de gran importancia distinguir entre la carga de probar la existencia de los perjuicios y la prueba de la cuantía de los mismos. Mientras que la prueba de la existencia de los perjuicios constituye un requisito de la responsabilidad, la segunda no es más que un tema de tasación que muchas veces se dificulta (y en algunos casos se hace imposible) dependiendo del perjuicio de que se trate. La ausencia de prueba sobre la cuantía de los perjuicios no impide una declaratoria de responsabilidad civil, “es un problema secundario que en últimas puede suplirse por presunciones que tendrían por objeto expresar

23 Sobre esta postura véase, por ejemplo, a lo dicho por Juan Carlos Henao en “El Daño” (1998).

24 Sobre la presunción de los perjuicios, véase, por ejemplo, sentencia SC11149 del 21 de agosto de 2015 [MP. Jesús Vall de Rutén Ruiz].

los estándares mínimos [del daño]” (Henao, 1998) a través de incidentes de liquidación de perjuicios.

1.4. Dualidad entre daño y perjuicio

No existe consenso sobre la definición del concepto de daño, pero sí lo hay en cuanto a su necesidad para que se configure la responsabilidad civil. No obstante, en relación con el perjuicio no es posible encontrar en la doctrina o en la jurisprudencia una misma línea de pensamiento sobre la necesidad de su existencia para que nazca la obligación indemnizatoria.

En este orden de ideas, es posible encontrar una primera corriente de pensamiento que sostiene que la distinción entre daño y perjuicio es completamente inoficiosa, pues el daño implica en sí mismo la afectación de la esfera patrimonial o extrapatrimonial de una persona (que es lo que se ha entendido por perjuicio), motivo por el cual basta con que se pruebe el daño imputable a un tercero para que se concrete la responsabilidad civil. En contraste, una segunda corriente de pensamiento insiste en que la diferencia entre los conceptos de daño y perjuicio es útil y necesaria dentro del esquema de la responsabilidad civil, por lo que el primero no es suficiente sin el segundo.

Javier Tamayo Jaramillo, en la segunda edición del Tomo II del Tratado de Responsabilidad Civil, cambia de opinión frente a la distinción entre los conceptos daño y perjuicio y sostiene que existen afectaciones a bienes jurídicos que, por sí solas, no producen disminución patrimonial o extrapatrimonial en la persona, y “[...] si se aceptara la distinción entre daño y perjuicio (o entre bien lesionado y daño), llegaríamos al absurdo de que hay bienes jurídicos cuya protección no está al alcance del orden jurídico civil.” (Tamayo, 2007).

En otras palabras, Tamayo argumenta que aceptar la distinción entre daño y perjuicio implicaría una desprotección dentro del ordenamiento jurídico, ya que la falta de consecuencias negativas en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de una persona frente a la ocurrencia de un daño, daría pie para la inexistencia de responsabilidad civil e imposibilidad de indemnizar el daño que se causó de forma ilícita. Por esta razón, según Tamayo, es preferible dejar a un lado la distinción y enfocarse en reparar todo derecho subjetivo que resulte vulnerado como consecuencia de la conducta ilícita y antijurídica de un tercero.

En contraposición, Juan Carlos Henao en su obra “El Daño” insiste que éste es un elemento necesario, pero no suficiente para que surja la obligación indemnizatoria. Según el autor “[...] la existencia del perjuicio es de tal trascendencia que su ausencia implica la imposibilidad de pretender la declaratoria de responsabilidad” (1998). Para Henao el daño son las afectaciones que sufren los bienes, y el perjuicio es toda disminución patrimonial que se genera como consecuencia del daño (1998).

Philippe Le Tourneau, en la misma línea que Henao, expone que: “en responsabilidad no hay acción sin perjuicio, por el contrario, puede existir una acción preventiva para evitar su nacimiento. En este sentido, el perjuicio constituye el fundamento de toda responsabilidad.” (2003).

Para esta segunda corriente de pensamiento, es decir, para quienes insisten en la relevancia de diferenciar entre daño y perjuicio, lo que se indemniza es el perjuicio proveniente del daño. Así, “[Los romanos] comprendieron que lo que importaba no era la comprobación de un atentado material contra una cosa (*damnum*), sino el perjuicio sufrido a causa de ese hecho por el propietario; por eso decidieron que el simple *damnum* que no causaba perjuicio no daba lugar a reparación.” (1977).

Sin embargo, no se trata únicamente de que el perjuicio guarde relación con la conducta del presunto responsable (nexo de imputación), “sino de establecer que el perjuicio, entendido como la secuela del daño, sólo se repara si proviene de este” (Henaó, 1998). En otras palabras, el perjuicio indemnizable debe ser consecuencia directa del daño imputable al tercero responsable.

A favor de lo que sostienen doctrinantes como Barker y Moreno, pensamos que exigir el desdoblamiento entre el daño y perjuicio para todos los casos en que se pretenda la declaratoria de la responsabilidad civil, provocaría la desprotección jurídica para casos como los siguientes:

- a. La pérdida de un órgano corporal de una persona por mal praxis, sin que esto le genere consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales a la persona. Ejemplos de este caso son las operaciones fallidas que resultan en la pérdida del apéndice o de un riñón, sin que esto reduzca la calidad de vida de paciente.
- b. El médico que, sin permiso del paciente, toma una muestra de tejido para un estudio determinado o el investigador que roba pelo para hacer pruebas de ADN.
- c. La violación a la confidencialidad de la historia clínica y al disentimiento informado. Para el segundo caso, es ejemplo típico el del testigo de Jehová que rechaza una transfusión sanguínea, pierde el conocimiento y recibe sangre por orden de su médico tratante, transfusión que salva su vida. En este supuesto el paciente sufre daño (atentado contra su libertad de decisión) pero este no acarrea perjuicios.
- d. La infracción al debido proceso de una persona en la privación de su libertad, aun cuando de una forma u otra hubiera terminado en prisión.

Nada obsta, claro está, que como consecuencia de los daños mencionados se generen perjuicios extrapatrimoniales para la víctima. Sin embargo, en ausencia de este tipo de secuelas, no habría lugar al surgimiento de la obligación indemnizatoria a cargo del demandado, toda vez que la doctrina contemporánea exige la presencia de perjuicios para sustentarla ya que “[...] la existencia del perjuicio es de tal trascendencia que su ausencia implica la imposibilidad de pretender la declaratoria de responsabilidad” (Henaó, 1998). En nuestra opinión, esta respuesta es insatisfactoria, ya que la severidad de este tipo de afectaciones debería tratarse de daños por sí solos²⁵.

1.5. Casos de aparente responsabilidad civil sin perjuicio

Como bien lo percibieron Le Tourneau, Barker y Moreno en sus diferentes aportes, existen varios casos en los que el perjuicio se hace prescindible en la responsabilidad civil. Sin embargo, hay que distinguir entre los diferentes escenarios en los que la víctima no tiene que *probar* la existencia de perjuicios y aquellos casos en los que hay verdadera responsabilidad civil sin perjuicio. Por tanto, es necesario que para discriminar el objeto de estudio se identifiquen, primero, esos casos en los que la víctima se exime de probar sus perjuicios, de aquellos en los que no hay una verdadera ausencia de perjuicio.

1.5.1. Presunción de perjuicio

El artículo 167 del Código General del Proceso ordena “[...] a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (Código General del Proceso, 2012). Por esto, la regla general en nuestro ordenamiento es

²⁵ Esto se explicará con mayor detalle en la sección III.

que la víctima demandante deba probar los elementos de la responsabilidad, entre los cuales se incluyen el daño y los perjuicios. No obstante, esta no es una regla absoluta, dado que existen normas que *presumen* la existencia del daño y del perjuicio en supuestos determinados.

Las presunciones son las conclusiones que se dan sobre la ocurrencia de un hecho desconocido a partir de la prueba de un hecho conocido, sea porque así los prescribe una norma o porque el juez lo infiere a partir de su valoración probatoria. Para las normas que crean este tipo especial de presunción, el hecho desconocido que se considera probado a partir de la prueba de otro hecho es el daño, en unos casos, y el perjuicio, en otros. Ahora bien, hay que encontrar cuáles son los hechos conocidos que exigen estos supuestos de hecho para que se produzca la presunción. Los ejemplos más representativos de nuestro ordenamiento son:

1.5.1.1 Los intereses moratorios

Dado que la legislación no ha dado una definición del concepto de interés más allá de clasificarlos como unos de los “frutos civiles” del dinero, como lo hace el Código Civil en su artículo 717, la doctrina y los jueces²⁶ lo han hecho en múltiples ocasiones. La Superintendencia Bancaria los ha definido como “el provecho que se reconoce sobre un capital, o la suma de dinero que produce un capital durante cierto tiempo” (Superintendencia Bancaria, 1990) y Fernando Hinestrosa los describe como “los frutos del dinero, lo que él está llamado a producirle al acreedor de obligación pecuniaria [...] durante el tiempo que perdure la deuda [...]” (2002).

²⁶ Véase, por ejemplo, la sentencia del 11 de julio de 2018 de la Corte Suprema de Justicia [MP. Luis Alfonso Rico Puerta] que indica que “[...] la indexación de una suma de dinero no comporta un beneficio ni puede confundirse con los frutos civiles que ella produce [...]”.

Estos frutos pueden causarse durante el plazo, llamados intereses remuneratorios, y durante la mora, llamados intereses moratorios. Es en este segundo tipo de intereses donde, según Jorge Suescún Melo y Fernando Hinestrosa, se configura un importante caso de presunción de perjuicio. En palabras de Hinestrosa, los intereses moratorios “[...] cumplen la función de resarcimiento tarifado o indemnización de los perjuicios que se presume padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida [...]” (2002), presunción que opera con el hecho conocido de la mora del deudor. Para Melo, este tipo de interés es el efecto de las normas civiles y comerciales, que “presumen la generación de un perjuicio por el mero hecho del incumplimiento y determinan la forma de repararlo. Esta presunción se basa en el carácter fructuario que la ley reconoce al dinero.” (2003)

Puede concluirse, por tanto, que el régimen de intereses de mora hace presumir los perjuicios que sufre el acreedor de una obligación de dinero por el incumplimiento de la misma, así como su monto. Pero, además, que al ser esta una mera presunción de perjuicio, el régimen de intereses no le impide al acreedor probar la totalidad de sus perjuicios, de ser estos diferentes a los frutos del dinero.

1.5.1.2 La cláusula penal indemnizatoria

En línea con el concepto de interés moratorio, la cláusula penal de tipo indemnizatorio ha sido llamada por un amplio sector de la doctrina como una “[...] estimación anticipada que hacen los contratantes de los perjuicios que el incumplimiento o la mora de cualquiera de ellos ha de ocasionar al otro [...]” (Hinestrosa, 2015). En este sentido, las partes “han contemplado la posibilidad del incumplimiento y regulado de antemano el monto de la indemnización; este monto [...] constituye para el deudor una presunción de derecho, pues se considera que estos fueron realmente los perjuicios acaecidos” (Hinestrosa, 2015). Este es

otro caso de presunción de la existencia y monto del perjuicio, presunción que opera con la prueba del acreedor del incumplimiento imputable de su deudor.

1.5.1.3. Los perjuicios morales²⁷

El perjuicio moral es el perjuicio extrapatrimonial más importante y puede ser definido como el detrimento de la integridad psicológica de una persona. En palabras de Suescún Melo, se da cuando se “vulnera bienes que integran el patrimonio moral y se afecta principalmente en lesiones a la órbita afectiva o a los sentimientos [...]” (2003).

Existen por lo menos dos grandes tipos de perjuicio moral: el *pretium doloris* y el *pretium affectionis*. Es en este tipo de afectaciones que encontramos nuevos supuestos de presunción jurisprudencial de perjuicio.

1.5.1.3.1 Pretium affectionis

El precio del afecto es el perjuicio que sufren aquellos cercanos a la víctima de un daño, normalmente corporal, por el dolor que sienten por su ser querido. Se ha llamado víctimas indirectas a aquellos que sufren este tipo de perjuicio y víctima directa a quien sufre el daño corporal.

Si al *pretium affectionis* se tratase como a cualquier otro perjuicio, las víctimas indirectas tendrían que probar la tristeza que sufrieron como consecuencia de los daños sufridos por sus ascendientes o su cónyuge. Sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido

²⁷ En esta sección se describirá la forma en la que la doctrina mayoritaria actual entiende el llamado perjuicio moral. Las definiciones aportadas en esta sección *no* reflejan la opinión de los autores, se trata de una descripción del estado del arte jurídico en Colombia. Para los autores, tal y como se explica en la tercera sección, la necesidad de perjuicio en el esquema de la responsabilidad ha forzado a la doctrina y a los jueces a camuflar un verdadero daño en una secuela o perjuicio.

durante décadas que, para este tipo específico de víctimas indirectas, habría una excepción a la regla: la presunción de su perjuicio moral.

Un ejemplo de esta regla de derecho se encuentra en la sentencia con radicado 11001-3103-006-2002-00101-01 del año 2012. En esta, la Corte dijo que se presumiría el perjuicio moral del cónyuge de la víctima directa ya que era evidente que con “un buen criterio de razonabilidad, el fallecimiento de un ser querido [...] generó en su esposa dolor, aflicción y desasosiego en grado sumo, que debe ser reparado [...]”. Además, se refirió también a los hijos menores, afirmando que era evidente que “[...] la ausencia de su padre, a tan corta edad, tuvo que producirle cierto grado de dolor y aflicción al faltarle el cuidado y amor que, de no haber sido por el prematuro deceso, aquél le habría prodigado”²⁸.

1.5.1.3.2. Pretium doloris

Retomando la dualidad de los daños y los perjuicios, la víctima directa de un daño corporal puede sufrir, además, perjuicios de todo tipo. Entre estos, los perjuicios patrimoniales tienen un papel protagónico dado que el lucro cesante de una persona que deja de poder trabajar tiene una cuantía potencial importante. Sin embargo, las últimas décadas han mostrado como los perjuicios extrapatrimoniales adquieren relevancia. La víctima directa de un daño corporal sufre normalmente dos clases de este tipo de perjuicios: el perjuicio moral y el llamado daño a la vida en relación. El precio del dolor es, entonces, el nombre que se le da al perjuicio moral que sufre la víctima directa de un daño corporal, por la aflicción, angustia y dolor que sufre como consecuencia de su daño.

En cuanto al *pretium doloris* el asunto no es tan claro como para el precio del afecto. Para un sector de la doctrina, el daño corporal hace presumir el perjuicio moral de la víctima,

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de julio del 2012. [MP. Ariel Salazar Ramírez].

por razones empíricas: quien sufre una afectación a su integridad física normalmente sufre emocional o físicamente, ya sea porque siente dolor o porque verse mutilado/cortado/golpeado le genera angustia.

Existen otras posiciones que explican el fenómeno del *pretium doloris*, pero la conclusión termina siendo la misma: la víctima directa no tiene que probar su perjuicio moral cuando el daño es de tipo corporal, porque este se entiende probado.

1.5.2. Falta de necesidad de prueba del monto de los perjuicios

Existen diferentes escenarios de la responsabilidad civil en los que el demandante no tiene que probar el monto de sus perjuicios, tarea que en principio le correspondía por la carga de la prueba. Estos no son casos de responsabilidad civil sin perjuicio ya que la responsabilidad se sigue configurando alrededor de las secuelas del daño. La particularidad de estos supuestos se encuentra en el régimen de la prueba del monto del perjuicio, dado que la ley, los jueces o las partes ordenan/acuerdan tasaciones anticipadas, que eximen al demandante de su carga probatoria.

Los intereses del dinero y la cláusula penal son los primeros ejemplos del perjuicio sin monto a probar. Ahora bien, la razón por la que estas normas jurídicas producen esta excepción particular en el régimen general del artículo 167 del Código General del Proceso en cuanto al monto es la misma que lo exime de la prueba de la existencia, por lo que no hay razón para retomar lo que ya se dijo.

1.5.2.1. Perjuicios extrapatrimoniales

La reparación de los perjuicios extrapatrimoniales encuentra cabida en la función compensatoria de la responsabilidad civil (sección 6.2.). Sin embargo, la cuestión del *cuánto* dar para compensar una afectación que excede lo patrimonial sigue siendo un problema actual para la doctrina.

En Francia, el problema se resolvió, en parte, por vía legislativa. Las leyes del 29 de julio de 1881, del 12 de julio de 1905 y en el artículo 626 del Código de Procedimiento Penal instauraron mecanismos de tasación de perjuicios, que sirvieron de base para la construcción del modelo de indemnización.

En Colombia, la solución se dio inicialmente por la vía judicial²⁹. En 1922, la Corte Suprema de Justicia falló el recurso de casación presentado por León Villaveces, quien demandó al municipio de Bogotá por la exhumación de su esposa, a quien habían trasladado a una fosa común sin su permiso. En la sentencia, la Corte entendió que si bien “[...] en muchos casos es difícil determinar el quantum de la reparación, esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo, aunque sea aproximadamente [...]” (Corte Suprema de Justicia, 1922)³⁰.

En el caso, los magistrados permitieron que el demandante probara el monto del perjuicio mediante prueba pericial. Sin embargo, esto no hizo carrera en la corporación, ya que para los jueces el dolor humano no podía (ni debía) ser medido, mucho menos comparado entre las víctimas. La alternativa que adaptó la jurisprudencia para determinar el valor de la afectación a la psique humana fue el criterio de equidad. Cuenta González Briceño³¹ cómo la jurisdicción ordinaria pasó de ordenar sumas de dinero a gramos de oro,

²⁹ Véase, por ejemplo, artículo de Obdulio Velásquez Posada “Itinerario jurisprudencial del daño moral en Colombia” en Revista IARCE No. 26 del año 2009.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 21 de julio de 1992. [MP. Tancredo Nannetti].

³¹ Tomado del libro “Modernización de las obligaciones y los contratos. Seis estudios” de Marcela Castro de Cifuentes, Tomo III.

para llegar al sistema actual, que consiste en tablas con un sistema de salarios mínimos legales vigentes.

No obstante, en el Código Penal colombiano es posible encontrar un límite a la regla de la tasa judicial. En su artículo 97, la normatividad penal permitió al juez “señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales” para cuando el daño fuera causado por un delito penal. Esta excepción sigue eximiendo al demandante de la prueba del monto de su perjuicio.

1.5.2.2. Otros casos de presunción del monto de perjuicios

En la regulación de contratos específicos pueden encontrarse casos adicionales de presunción del monto de los perjuicios. Estos tienen una menor importancia para la responsabilidad extracontractual y, como su ámbito de aplicación es menor, será suficiente con mencionados. Estos son:

- (i) *Artículo 1031, Código de Comercio.* En el contrato de transporte la pérdida de la mercancía hace presumir el valor del daño emergente a partir de la declaración del valor de la mercancía que hace el remitente. *En cuanto al lucro cesante*, la norma indica que “el transportador pagará adicionalmente un veinticinco por ciento (25%) del valor de la indemnización determinada conforme a los incisos anteriores. Si la pérdida o avería es ocasionada por dolo o culpa grave del transportador éste estará obligado a la indemnización plena sin que valga estipulación en contrario o renuncia.”
- (ii) *Artículo 397, Código de Comercio.* En los contratos de venta de acciones, el comprador que no cumpla con su obligación de pagar el precio, la sociedad podrá: “[...] vender de cuenta y riesgo del moroso y por conducto de un

comisionista, las acciones que hubiere suscrito, o a imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas, previa deducción de un veinte por ciento a título de indemnización de perjuicios, que se presumirán causados.”

Así, la norma presume no solo la existencia de los perjuicios, sino también su cuantía.

- (iii) *Lucro cesante por la pérdida de capacidad laboral.* La jurisprudencia³² ha sostenido a través de los años que las víctimas que pierden su capacidad laboral y no tienen cómo probar ingresos que sustenten la indemnización de su lucro cesante pueden pedir que este se liquide con base en la vida probable y el salario mínimo a partir de un criterio de equidad. Así, la víctima no tiene que probar *cuánto* vale su lucro cesante, porque el juez lo calcula a partir de lo desarrollado por la jurisprudencia.
- (iv) *Artículo 731, Código de Comercio.* A modo de sanción para el librador de un cheque no pagado por su culpa, la norma consagra que este debe pagar “[...] el 20% del importe del cheque, sin perjuicio de que dicho tenedor persiga por las vías comunes la indemnización de los daños que le ocasione.” Este caso, también se ha estudiado como un claro ejemplo de daño punitivo.

32 Véase, por ejemplo, Sentencia SC2498-2018 de la Corte Suprema de Justicia [MP. Margarita Cabello Blanco], en la que la Corporación tasa el lucro cesante teniendo como base el salario mínimo a favor de una pasajera de transporte público que pierde por completo su capacidad laboral.

1.6. Las funciones de la responsabilidad civil

La responsabilidad extracontractual protege los derechos y los intereses de los agentes ante las actividades de terceros; buscando mantener un justo y frágil equilibrio entre dos elementos que parecen contradictorios, la seguridad de las personas y su libertad para actuar. (Le Tourneau, 2000)³³.

En términos generales, la responsabilidad civil, como fuente de obligaciones, busca reparar los daños y las afectaciones injustos que sufre un sujeto con ocasión a la conducta ilícita de un tercero. Para lograr este fin, es posible encontrar varias formas en las que el responsable puede restablecer una especie de equilibrio en el estado de cosas de la víctima, tal y como se muestra a continuación:

1.6.1. Función indemnizatoria

Indemnizar consiste en la acción de resarcir a otro, en dinero o en especie, por los daños y perjuicios ocasionados de manera injusta. A partir de esta definición, resulta claro que la indemnización implica siempre un componente económico o patrimonial. Así pues, en aplicación de esta función de la responsabilidad civil la víctima siempre recibirá un rubro o un bien valorable en dinero a modo de reparación por la afectación que se vio forzado a soportar.

Con la indemnización, se busca que la víctima recupere el equilibrio en su patrimonio, el cual se vio afectado a causa del daño.

³³ Le Tourneau “Droit de la Responsabilité et des contrats : Régimes D’indemnisation”. Traducción del texto original: “*La responsabilité extracontractuelle protège les droits et les intérêts des agents face à l’activité des tiers; elle s’efforce de maintenir un juste et fragile équilibre entre deux éléments contradictoires, la sécurité des personnes et leur liberté d’agir.*”

Esta es la función por excelencia de la responsabilidad civil, con la cual se busca que la persona afectada por la conducta ilícita de un tercero pueda reemplazar aquel bien que resultó dañado o comprarse uno similar, por ejemplo. Lo que se pretende con esta función es que la persona recupere lo que perdió con ocasión de la afectación sufrida y que regrese a un estado de cosas al menos similar al que se encontraba antes de que ocurriera el hecho dañoso.

1.6.2. Función compensatoria

Una de las discusiones más antiguas en materia de responsabilidad civil es la que debate sobre la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales. En la antigua Grecia, Demóstenes fue criticado por recibir dinero como indemnización por recibir un guantazo y en Roma, Gayo se negó a reconocer que una cicatriz pudiese ser reparada con oro porque “el cuerpo del hombre nunca tendrá precio” (Le Tourneau, 2000).

La doctrina y la jurisprudencia mundial aceptaron después de mucho tiempo que el perjuicio extrapatrimonial debe ser reparado como cualquier otro perjuicio. Ahora, a esto no se le podía llamar reparación, ya que, en palabras de Le Tourneau, el dinero no puede eliminar una desgracia física irremediable, borrar el dolor o restaurar el honor destruido. Así, llegamos a la función compensatoria de la responsabilidad civil, ya que la condena del juez al pago de perjuicios pretende contrarrestar o equilibrar los efectos del perjuicio extrapatrimonial, sin que el dinero “haga las veces” del hijo perdido en el accidente o del dolor sufrido por la operación negligente. En Colombia³⁴ se ha entendido que la compensación es, por excelencia, la forma idónea para reparar el daño extrapatrimonial.

34 Véase por ejemplo “El Daño” de Juan Carlos Henao. Este autor sostiene que, es importante distinguir y tener presente que cuando se trata de daños extrapatrimoniales, la responsabilidad civil cumple una función compensatoria, es decir, la reparación se da a través de una compensación de las pérdidas sufridas por la víctima.

1.6.3. Función preventiva

La función preventiva de la responsabilidad civil se puede materializar en dos aspectos distintos: el primero de ellos más general y el segundo, más específico y un poco más factible. De un lado, encontramos un escenario que surge como una consecuencia secundaria de la función normativa del derecho y que no es propia ni exclusiva de la responsabilidad civil. Esta función normativa, busca regular la conducta de los seres humanos mediante la implementación de márgenes de acción contemplados en las disposiciones normativas de un ordenamiento jurídico en específico.

Ahora, en materia de responsabilidad civil, el derecho se ha encargado de fijar unas consecuencias jurídicas para quien le cause un daño injusto a otro a partir de una conducta ilícita. El Código Civil contempla lo siguiente:

Artículo 2341. Responsabilidad Extracontractual. 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.

A partir del miedo a la imposición de una “sanción” (pecuniaria o no pecuniaria), las personas se abstienen de incurrir en conductas negligentes o riesgosas que los puedan llevar a ocasionar un daño a un sujeto. Como bien lo afirma Peter Cane en “*Key ideas in Tort Law*”, es común escuchar que las víctimas acuden a la acción de responsabilidad civil con el fin de evitar que las afectaciones que les tocó soportar a ellas, deban soportarlas alguien más; la indemnización pecuniaria pasa muchas veces a un segundo plano.

De otro lado, es posible encontrar acciones preventivas, como por ejemplo la cesación del ilícito o las acciones a las que puede acudir una persona ante un daño contingente. Este segundo escenario es mucho más discutido que el primero.

Una parte de la doctrina afirma que, si se entiende que el daño es requisito necesario y fundamental para la existencia de la responsabilidad civil, entonces sin este elemento, no es posible hablar de acciones de responsabilidad civil.

Otra parte de la doctrina³⁵, por el contrario, sostiene que la responsabilidad civil no se puede limitar únicamente a reparar los daños ya ocasionados, sino que debe servir como herramienta para que se no se generen los mismos. Philippe Le Tourneau defiende la idea según la cual la responsabilidad civil debe ser usada como instrumento para poner fin a los actos contrarios a derecho, “previniendo o haciendo cesar una situación ilícita determinada”.

Javier Tamayo Jaramillo, en una línea muy parecida a la de Le Tourneau, señala que la acción de daño contingente consagrada en el artículo 2359 del Código Civil, es una acción propia de la responsabilidad civil, con la que se busca que ese daño futuro e incierto, no ocurra.

Es más, autores como Tomás Restrepo Rodríguez, conciben la mera amenaza de daño, como generadora en sí misma de perjuicios (sin necesidad de que se concrete el daño futuro). Este autor sostiene que “la amenaza puede ser la causa de perjuicios actuales y ciertos, no solo del “miedo razonable” del que habla el autor, sino también, de otros, incluyendo, por supuesto, los patrimoniales.” (Restrepo, 2008).

Juan Carlos Henao, por su parte, parece sostener que el riesgo constituye en sí mismo un daño actual y una afectación al derecho. Esto es así, porque la amenaza de daño, muchas

35 Véase por ejemplo Javier Tamayo Jaramillo en “Tratado de la Responsabilidad Civil”. Tomo I y Philippe Le Tourneau en “Droit de la Responsabilité et des Contrats: Régimes D’Indemnisation”

veces impide que el titular del derecho pueda disponer y disfrutar de las prerrogativas que le concede el derecho de manera tranquila.

1.6.4. Función reivindicatoria

La prosperidad de la acción de responsabilidad civil podría proporcionar un sentido de reivindicación y restablecimiento del derecho vulnerado a través de una indemnización o compensación (Cane, 2017).

Kit Barker, en su estudio sobre los daños sin pérdidas, llama la atención al hecho que, cuando se trata de casos en los que se infringe un derecho subjetivo (sin que sea necesaria la ocurrencia de una consecuencia negativa), las funciones indemnizatoria y compensatoria de la responsabilidad civil se quedan cortas. En estos casos, la responsabilidad parece adquirir una nueva función, que consiste en reivindicar y reafirmar los derechos vulnerados.

En Colombia, esta función de la responsabilidad civil ha sido reconocida por la jurisprudencia, en especial, por el la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de agosto del 2014. En esta sentencia, la Corporación explica que en aquellos casos en que las afectaciones son inestimables en dinero y versan sobre en el desconocimiento de las prerrogativas que concede un derecho de especial protección constitucional, es razonable pensar que lo que se busca con la acción de responsabilidad civil es el restablecimiento de esos derechos vulnerados.

Para estas situaciones específicas, es posible afirmar que al centrarse en el daño como requisito suficiente para que se configure una infracción al derecho, la pretensión principal del demandante muchas veces va orientada más al restablecimiento del derecho afectado,

antes que la misma indemnización monetaria por perjuicios sufridos. Ahora, nada obsta para que esta función concorra con cualquiera de las demás funciones de la responsabilidad civil.

Si bien esta función no es aceptada de manera unitaria por la doctrina y la jurisprudencia, sí vale la pena tener en cuenta que, tanto en Colombia, como en el derecho comparado (v.gr. el caso de los *torts actionable per se*) la función reivindicatoria de la responsabilidad civil ha ganado reconocimiento en los últimos años, sobre todo, para los derechos de gran protección constitucional, independientemente de que estos sean patrimoniales (libre desarrollo de la personalidad) o extrapatrimoniales (la propiedad).

Tanto es así, que el Consejo de Estado³⁶ en diversas ocasiones, al hablar del derecho a la verdad, la garantía de no repetición, los actos simbólicos como las disculpas públicas, entre otros, permite inferir una reivindicación del derecho vulnerado. A partir de las formas de reparación, esta entidad parece entender que el restablecimiento del derecho es tan importante como la compensación a partir de un monto específico.

En síntesis, la función reivindicatoria lo que busca es que, la reparación entendida como fin último de la responsabilidad, se logre con la reafirmación y reconocimiento de un derecho que fue vulnerado; reafirmación que puede ir acompañada de un rubro a modo de compensación (tal y como funciona en el caso de los perjuicios extrapatrimoniales).

³⁶ Véase, por ejemplo, Consejo de Estado en sentencia del 7 de mayo del 2018. [MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

SECCIÓN II. EL HECHO ILÍCITO EN LA RESPONSABILIDAD ANGLOSAJONA

Esta segunda sección pretende buscar herramientas en el derecho comparado que permitan plantear respuestas a los diferentes interrogantes de la responsabilidad civil sin perjuicio (o a plantear las preguntas adecuadas): ¿Debería ser la responsabilidad civil sin perjuicio un escenario jurídico excepcional? ¿Cuál debería ser la protección a los derechos? ¿Cuándo debería reivindicarse un derecho? ¿De qué forma debería reivindicarse un derecho?

Para esto, se tratarán los siguientes temas: (i) la definición del concepto y los requisitos de los *torts*, (ii) los *torts* sin “perjuicio” del derecho anglosajón y (iii) la forma de reivindicar los *torts* sin perjuicio.

Junto con el modelo francés, el derecho anglosajón ha sido uno de los principales puntos de comparación para el derecho colombiano³⁷. En materia de responsabilidad civil y,

³⁷ Véase como ejemplo el segundo capítulo de la obra de Obdulio Velásquez Posada “Responsabilidad Civil Extracontractual”, denominado “*la responsabilidad civil en el common law*”, entre otros .

sobretudo, para el tema que ahora nos ocupa, el paralelo se vuelve especialmente importante dadas las características y naturaleza del sistema de *torts*, tan diferente en unas cosas (y tan similar en otras) con nuestro sistema.

El propósito de este trabajo no consiste en estudiar la estructura del sistema anglosajón en su totalidad. Sin embargo, la constante aproximación que el sistema francés (y el colombiano, por rebote) hace al sistema del *common law*, obligan a referenciar los puntos y diferencias más importantes entre las familias jurídicas en materia de responsabilidad civil.

La principal diferencia entre la familia del *civil law* y el *common law* en la responsabilidad civil se encuentra en el sistema de delimitación de los hechos imputables. Nuestra cláusula abierta del hombre razonable no existe en el sistema de *torts*, que prefirió listar los comportamientos indebidos (*wrongs*) que hacen de su causante el deudor de la reparación a la víctima. Así, los *Restatements* agruparon y clasificaron los distintos ilícitos civiles, construyendo a su alrededor la teoría de la responsabilidad civil anglosajona.

El *tort* es entonces, “la violación de una norma que ordena el trato que debe dársele a otros, dado el interés relevante que tiene ese otro en una situación determinada” (Goldberg & Zipursky, 1961). Ahora, no toda conducta indebida será siempre *tort*, ya que es necesario que esta sea (i) ilícita (*legal wrong*), (ii) que afecte a sujetos determinados o determinables (*relational wrong*) y (iii) lesiva para la víctima (*injurious wrong*).

El listado de los *tort* varía con los años. Hoy, en el tercer *Restatement* de la ley de daños, el inventario de conductas lesivas se construye a partir de los intereses y derechos protegidos. Así, se encuentran las diferentes categorías de prohibiciones que, según el interés que pretenden proteger, clasifican los distintos ilícitos específicos. Los intereses protegidos que sirven de criterio organizador son: la *integridad corporal*, el *espacio personal*, los

*intereses posesorios y la propiedad, la libertad contractual y libertad de escogencia, y, finalmente, la reputación y la privacidad.*³⁸

Un examen riguroso del *common law* en materia de *torts*, excede el propósito de este trabajo. Sin embargo, a simple vista es más o menos claro que en cada categoría pueden encontrarse *torts* que parecen desinteresarse de la existencia de *injury* (entendida como perjuicio). Estos son los llamados *torts actionable per se* (o TAPS)³⁹: casos en los que la comisión del ilícito y la afectación a un derecho es suficiente para el surgimiento de la obligación indemnizatoria, dada la importancia de los intereses y derechos en juego en cada supuesto. Ejemplos simples de los TAPS pueden encontrarse en varios de los supuestos más importantes de la ley de daños americana y británica:

2.1. *Torts* carentes de perjuicio (*Torts actionable per se*)

2.1.1. Asalto (*Assault*)

El primer *tort* orientado a la protección de la integridad corporal es el asalto. Dicen los *restatements*⁴⁰ que una persona será responsable por asalto cuando intente generar contacto ofensivo o dañino a otro, sin que este se concrete. Son casos clásicos de asalto las amenazas de golpe, los golpes errados y los demás casos en los que la víctima “anticipa” el contacto físico del actor. Sus elementos son (i) el acto voluntario que pretende generar contacto físico ofensivo/lesivo y (ii) que el acto cause en la víctima la conciencia de la amenaza del contacto.

³⁸ La doctrina americana y británica ha propuesto nuevas categorías de ilícitos civiles, tales como el espionaje (*Intrusion Upon Seclusion*), la divulgación de información privada (*Private Disclosure of Private Facts*), y demás. Sin embargo, estas nuevas categorías no parecen haberse adherido a las decisiones judiciales, por lo que se mantienen en la “etapa” de doctrina.

³⁹ Sobre el concepto de *torts actionable per se*, véase *Kimathi & Ors v The Foreign and Commonwealth Office*, sentencia del 24 de mayo de 2018 de la *High Court of Justice, Queen’s Bench Division*.

⁴⁰ Véase el segundo capítulo de la segunda sección de la tercera recopilación de *torts*: “*Intentional Harm to Persons or Property*”.

Según John C.P. Glodberg y Benjamin C. Zipursky, el segundo elemento del *tort* (“*apprehension*”) ha creado la conciencia errónea de que este es un ilícito fundamentado en el detrimento emocional. Los doctrinantes corrigen, afirmando que la ilicitud de estos casos se fundamenta en la invasión de la libertad e interés básico que tiene la gente de no verse físicamente amenazado por otro.⁴¹

Por esto, en caso de que un sujeto A intente golpear a un sujeto B, y falle, este solo tendría que demostrar (además de la acción ofensiva de A) que fue consciente de la amenaza de contacto. Para el *tort*, es irrelevante si B sufrió por la amenaza, si su psique fue vulnerada, dado que el requisito de la *aprehensión* se cumple con la conciencia que tuvo de la amenaza.

En conclusión, la afectación al derecho de mantenerse indemne de amenazas (daño) es suficiente para ordenar una indemnización. Por esto, si importamos el caso a la normatividad colombiana, las secuelas de esta afectación (perjuicios), como lo sería la aflicción de sentirse amenazado o los gastos en psicólogos por el miedo, son innecesarios para la configuración del *tort*. Ahora, volviendo al modelo anglosajón, esto no quiere decir que los perjuicios sean irrelevantes para el derecho, solo que se protegen mediante un *tort* diferente: el *outrage*, que protege la tranquilidad mental.

2.1.2. Privación injustificada de la libertad (*False Imprisonment*)

Otro *tort* fundamental, este orientado a la protección de la libertad de locomoción, es la prohibición a la privación injustificada de la libertad. Ha explicado la doctrina que esto puede darse en dos escenarios típicos: el primero, los casos en los que el demandado dice

⁴¹ Desde la tradición jurídica colombiana se puede incluso plantear que este es un caso de responsabilidad civil sin daño, ya que parece complicado afirmar que exista un derecho a no ser amenazado, diferente al derecho a nuestra integridad psicológica. Si la víctima del asalto no fuera afectada en su psique o en su patrimonio no resulta claro si habría lugar a condena.

tener un poder para retener al demandante; el segundo, los casos en los que no hay presencia de esa pretensión de autoridad.

Los *Restatements* han definido que habrá obligación indemnizatoria cuando (i) el agente realiza una acción tendiente al encarcelamiento de la víctima, (ii) la acción logra privar a la víctima de su libertad y (iii) la consciencia de la víctima sobre su encarcelamiento.

Este es un *tort* que prescinde del perjuicio por la misma razón que el asalto: el objeto de la protección normativa no es la integridad psicológica (o el derecho a no ser tocado, que se protege por medio de *torts* como el *battery*), sino el derecho a la libre locomoción. Así, la simple vulneración de este derecho no cabe dentro de ninguno de los perjuicios listados por la jurisprudencia colombiana, pero se trata indiscutiblemente de un daño inmaterial por ser la vulneración a un derecho.

2.1.3. Invasión de propiedad ajena (*Trespass to land/airspace/ground beneath the surface*)

La propiedad ha sido un tema de absoluta seriedad para el derecho. Para su protección, los *Restatements*, junto con la unanimidad de la doctrina, han defendido la invasión de propiedad ajena como uno de los ilícitos civiles más importantes. Goldberg & Zipursky sostienen que la ilicitud de estos supuestos está fundamentada en el exceso en que incurre el demandado, que intenta ocupar o “hacer contacto” con un inmueble ajeno, vulnerando la exclusividad del derecho real de otro. (Goldberg & Zipursky, 1960)⁴²

La configuración del hecho dañoso en el *tort* de invasión es plenamente objetivo. Esto quiere decir que el demandante no tiene que probar la intención de invadir o la negligencia en

42 Traducción del texto original: “[...] the wrongfulness of the tort of trespass resides in the fact that the defendant has set out to make contact with or occupy a particular piece of land and, in so doing, has succeeded in crossing the boundary of the plaintiff’s property”.

el comportamiento del demandado para que prospere su pretensión. Para la doctrina, aun el demandado diligente deberá indemnizar al propietario si con su conducta voluntaria transgredió la propiedad ajena.

Este es un caso similar al utilizado por Barker para explicar por qué la necesidad del perjuicio podía ser innecesaria. Así como ocurrió con el caballo del sujeto A, la víctima de la invasión no debe demostrar detrimentos en su propiedad, su sufrimiento por la invasión o ningún otro tipo de secuelas, el atentado contra su derecho exclusivo es suficiente.

2.2. Formas de cuantificar los daños en el derecho anglosajón. Diferencia entre *law of restitution (gains-based)* y *law of compensation (loss-based)*

En el *common law* se han planteado las siguientes teorías para cuantificar aquellos daños que no generan perjuicios y que resultan indemnizables en sí mismos. Es importante tener en cuenta que, si bien existen ambas posiciones, el derecho de los *torts* es exclusivamente basado en el modelo de *law of compensation* (Magnus, 2001)⁴³ Estos dos modelos son los siguientes:

2.2.1. *Law of restitution (gains-based)*

Esta fórmula de cuantificación tiene como fundamento las ganancias que obtuvo el responsable con ocasión a conducta generadora del hecho dañoso y que se encuentra obligado a *restituir* a favor de la víctima, pues se presume que, de no haberse vulnerado el derecho, estas ganancias se hubieran generado a favor del titular del derecho.

⁴³ Salvo casos específicos como, por ejemplo, el de la propiedad intelectual, en los que se puede acudir al modelo basado en las ganancias del responsable o *law of restitution*.

Así las cosas, cuando, por ejemplo, se desconocen los derechos de propiedad intelectual de un sujeto, el juez se puede valer de las ganancias obtenidas por el responsable a partir de la explotación de obra ajena para calcular el monto que el responsable se encuentra obligado a indemnizar a favor del titular del derecho de propiedad intelectual que resultó vulnerado. La razón de lo anterior radica en que la mayoría de los casos en que resultan vulnerados bienes intangibles, el valor de lo afectado resulta casi imposible de calcular. Así mismo, es posible determinar el monto a indemnizar a partir de lo que al responsable le hubiere correspondido pagar por la explotación del derecho vulnerado, es decir, lo que el sujeto generador del daño se “ahorró” al no tener que pagar por los beneficios del bien intangible vulnerado a expensas del titular del mismo.

Diversas críticas se han formulado en contra del modelo “*gains-based*”. Una de ellas reprocha el hecho que, a la luz de esta teoría, el responsable puede verse obligado a pagar a favor de la víctima sumas excesivamente cuantiosas, incluso en los casos en que se demuestra que el titular del derecho vulnerado no sufrió ninguna afectación patrimonial real que diera lugar a la restitución de un monto tan alto. Lo anterior, puede incluso llegar a ocasionar un perjuicio patrimonial para el responsable inicial por la indemnización tan alta que se ve obligado a pagar.

Tal y como afirma Barker, la restitución basada en las ganancias obtenidas por parte del responsable, puede confundirse con un instrumento policivo y sancionatorio del derecho, pues el ordenamiento jurídico siempre va a abogar por que la indemnización que tenga que pagar el responsable sea mayor de lo que obtuvo como ganancia, debido al reproche que imparte la sociedad a los hechos dañosos desplegados de manera injustificada por un sujeto.

En definitiva, la aplicación del modelo “*gains-based*” turba el principio de la reparación integral del daño según el cual se indemniza el daño, solo el daño y nada más que

el daño. Además, ¿cómo se va a restituir algo que nunca ha pertenecido a la víctima? Se encuentra también un desacierto en la terminología que, para esta teoría, se usa.

Otra de las críticas que hace Barker a este método de cuantificación, es que no es del todo cierto que por el solo hecho de que el responsable hubiera usado o sacado provecho de un bien o derecho de la víctima, éste haya logrado un efectivo ahorro o ganancia, pues puede pasar que un tercero distinto le hubiera permitido usar el mismo bien o sacar provecho del mismo derecho de forma gratuita. A saber, no puede presumirse que quien infringe un derecho ajeno siempre está consiguiendo un ahorro al no tener que pagar por el uso y goce del derecho vulnerado.

2.2.2. *Law of compensation (loss-based)*

En contraste con el modelo anterior, el llamado “*loss-based*” parte de las pérdidas efectivas que sufre la víctima derivadas de la infracción injustificada de su derecho por el hecho dañoso desplegado por el responsable para determinar el monto al que el infractor está llamado a compensar.

El ejemplo que utiliza Barker para analizar este método consiste en que un sujeto B usa el caballo de un sujeto A sin autorización. Esta conducta no genera ningún tipo de perjuicio patrimonial o consecuencia económica negativa para el sujeto A (dueño del caballo). El autor identifica seis posibles formas de argumentar las pérdidas cuando se desconocen las prerrogativas del derecho del sujeto A, así:

- (a) la pérdida de la posibilidad de cobrarle a B una suma por usar su caballo (“pérdida para negociar”);
- (b) la pérdida de la posibilidad que tiene A para obtener una medida cautelar para evitar que se genere la infracción;
- (c) la pérdida de los “deseos

subjetivos” de A relacionados con las acciones de B; (d) la pérdida del “derecho de dominio” (control) sobre el caballo; (e) la pérdida “normativa”; y (f) la pérdida objetiva del uso del caballo. (Barker, 2014).

Barker establece que las tres primeras son muy difíciles de sostener y muy limitadas en su explicación y argumentación.

En relación con la cuarta forma mencionada (pérdida del derecho de dominio), Barker reconoce que “la característica atractiva de la solución [...] es que ve los derechos como activos valiosos en sí mismos que pueden perderse (o ganarse)”⁴⁴ (Barker, 2014).

Sin embargo, es contundente en exponer que, el desconocimiento de las prerrogativas que otorga un derecho subjetivo, no puede entenderse como la pérdida de este para la víctima y la ganancia del mismo para el responsable. El derecho vulnerado continúa en cabeza de su titular y es precisamente ese derecho aún existente que le concede a la víctima la facultad de reclamar y exigir que se abstengan de intervenir en el estado de cosas le otorga la ley al ser titular de un derecho en particular.

Respecto a la quinta estrategia de cuantificación planteada, sobre la “pérdida normativa”, Barker plantea que se trata de una óptica que no sugiere nada nuevo en cuanto a la cuantificación de los daños, pues se limita únicamente a exponer que la víctima pierde el derecho, mientras que el responsable es quien lo gana (normativamente hablando).

Finalmente, la sexta posición (pérdida objetiva del uso del caballo) sostiene que sin importar si A, como titular del derecho sobre el animal, hubiera decidido usar o no su caballo, B le quita esa posibilidad pues, desde una mirada objetiva, se espera que una persona en el curso ordinario de las cosas, hubiera decidido usar el caballo. No obstante, dice Barker, la

⁴⁴ Barker, Kit. *Damages Without Loss: Can Hohfeld Help?* Traducción del texto original: “The attractive feature of McInnes’ solution is that it sees rights as valuable assets in themselves that can be lost (or gained)”.

obligación compensatoria en cabeza del responsable no puede surgir por lo que un tercero hubiera hecho en la posición de la víctima.

2.3. Conclusiones de la segunda sección

El análisis sobre la forma en la que el *common law* trata la responsabilidad extracontractual sin perjuicio, *torts actionable per se*, ofrece conclusiones interesantes:

(i) Para el derecho anglosajón, la responsabilidad sin perjuicio no es excepcional, ya que varios de sus *torts* más importantes⁴⁵ son “*actionable per se*”, por lo que no exigen un perjuicio (“*injury*”) para configurarse.

(ii) Lo anterior se explica a partir del valor que el *common law* otorga a los derechos, toda vez que el fundamento de la responsabilidad es, en casos como el asalto, el simple atentado contra estos. Esta es una primordial diferencia con el derecho colombiano, ya que la protección que reciben los derechos es sustancialmente diferente: en Colombia se necesita el desdoblamiento de la afectación al derecho llamado perjuicio, por lo que la importancia del derecho queda supeditada a las consecuencias *adicionales* que de esta se deriven. Con la visión anglosajona sobre la protección a los derechos, son menos los casos en los que un daño estaría sin protección.

(iii) La forma de reparar un daño no debe enmarcarse necesariamente en la tradicional cuantificación monetaria de una pérdida (sistema “*loss based*”), sino que existen diferentes alternativas para concretar la forma de reparación, tal y como lo hace el sistema *gain based*.

⁴⁵ Según John C.P. Glodberg y Benjamin C. Zipursky, el asalto y la invasión a la propiedad se encuentran entre los *torts* más litigados en Estados Unidos, por ejemplo.

SECCIÓN III. PROPUESTA: LA RESPONSABILIDAD CIVIL SIN PERJUICIO EN COLOMBIA

3.1. El estado actual de las cosas

Habiendo descartado los casos en los que no hay verdadera responsabilidad sin perjuicio, ya porque se presume su existencia o su cuantía, será necesario señalar los casos en los que puede decirse que el ordenamiento jurídico no exige de perjuicio. Estos supuestos se encuentran dispersos en el derecho colombiano, son exigentes en cuanto a la existencia de la afectación al derecho o interés jurídico y acuden a distintas formas para cuantificar y ordenar la indemnización. Los casos son:

3.1.1. La propiedad intelectual

En Colombia, había operado hasta hace muy poco un sistema *sui generis* para la indemnización de perjuicios por la violación de los derechos de propiedad intelectual. Este sistema, se aparta un poco de la teoría general de la responsabilidad civil, pues “una vez afectado un derecho de propiedad intelectual, se presume un daño que debe ser indemnizado.” (Rengifo, 2015). Según esta posición, los conceptos de daño y perjuicio parecen confundirse en uno solo.

Si bien el profesor Ernesto Rengifo habla de una presunción del daño, lo que realmente ocurría en materia de propiedad intelectual es que, con la mera violación a las prerrogativas que otorga un determinado derecho, se materializa el daño y el perjuicio que

debe ser reparado económicamente. En otras palabras, “El deber de indemnizar surge de la infracción del derecho, pues el derecho del titular a reclamar indemnización de los daños y perjuicios resulta del solo hecho de la violación de su derecho exclusivo.” (Rengifo, 2015).

En la misma línea, los numerales contemplados en el artículo 57 de la Ley 44 de 1993, se entendían como simples criterios a favor del juez para facilitarle la tarea de determinar el monto de la indemnización a favor del titular de los derechos vulnerado. Así, el juez podía basarse en cualquiera de los siguientes criterios para determinar el valor de los perjuicios resarcir:

1. La suspensión de la actividad infractora.
2. La incautación de los ejemplares ilícitos, de los moldes, planchas, matrices, negativos, soportes, cintas, carátulas, diskettes, equipos de telecomunicaciones, maquinaria, y demás elementos destinados a la producción o reproducción de ejemplares ilícitos o a su comercialización.
3. El cierre inmediato del establecimiento, si se trata de local abierto al público y la suspensión o cancelación de la licencia de funcionamiento. (Ley 44, 1993).

No obstante, en diciembre de 2018, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) reveló una nueva postura frente al tema de los perjuicios en materia de propiedad industrial y se apartó por completo del sistema en el que daño y perjuicio parecían ser lo mismo.

En Sentencia 1600 del 27 de diciembre de 2018, la SIC haciendo un análisis de fondo, hizo énfasis en la diferencia existente entre el concepto entre daño y perjuicio en materia de propiedad industrial. Ahora, el daño es “la infracción al derecho de propiedad industrial, esto es, [...] la vulneración a las prerrogativas exclusivas que ostenta el titular” (SIC, 2018) y el perjuicio se concreta con las consecuencias generadas con ocasión a la afectación del

derecho. Para que haya declaratoria de responsabilidad, afirma la SIC, es necesario que ambos elementos sean probados durante el proceso (en cumplimiento del artículo 167 del Código General del Proceso), pues en materia de derechos intelectuales “ninguna norma establece una presunción que avale la posibilidad de relevarse de tal prueba.” (SIC, 2018)

Además, en la mencionada sentencia, la SIC es enfática en aclarar que es un error de interpretación ceñirse a la literalidad de la norma y pensar que el listado del artículo 243 contempla unos “criterios” para calcular la indemnización de las infracciones, pues si se hace un análisis más detallado del artículo, es claro que se trata categorías correspondientes a tipologías de perjuicio. Los literales de este artículo son en sí mismos tipos de perjuicios indemnizables que debe probar el demandante para obtener la indemnización.

Por último, en lo relacionado con la cuantificación de los perjuicios, la sentencia ya citada establece que el demandante puede optar por el mecanismo del juramento estimatorio (contemplado en el artículo 206 del Código General de Proceso) o por el sistema de cuantificaciones preestablecidas.

3.1.2. El “perjuicio” moral

El perjuicio moral es uno de los ejemplos más evidentes de la responsabilidad civil sin perjuicio en Colombia, ya que este no es un perjuicio, sino un daño. En efecto, la definición del daño corporal coincide con la definición misma del denominado perjuicio moral. Así, “la afectación negativa a los sentimientos y estado psíquico de la persona” (Castro, 2010), perjuicio moral, es lo mismo que a la afectación a la integridad psicológica de un sujeto, daño corporal.

Piénsese en un accidente de tránsito que hace que una persona X pierda su brazo y su cónyuge Y se deprima. Según la forma actual de entender el “perjuicio” moral, se tendría a X como la víctima de un daño corporal y a Y como una víctima indirecta que sufre perjuicios *derivados* del daño de X. Ahora, si tanto X como Y sufren afectaciones en su integridad, X en su brazo y Y en su mente, ¿por qué se toma una afectación como daño y otra como perjuicio cuando su naturaleza es fundamentalmente igual?

La doctrina y la jurisprudencia han desdoblado erróneamente al *daño moral* como perjuicio para construir alrededor de la exigencia del régimen de responsabilidad, que concluye que en ausencia de perjuicio el demandado no debería indemnizar. Si se fuera estricto con el concepto de la afectación al cuerpo y a la mente como daño corporal habría tenido que concluirse que estas afectaciones, tanto la pérdida de un riñón que resulta de una mal praxis médica como la depresión que resulta de la muerte del cónyuge, no son el desdoblamiento de un daño (que en muchos casos no existiría, de mantenerse la lógica actual), sino el daño mismo.

Como este no es un perjuicio entonces la concepción actual de la doctrina sobre el *pretium doloris* y el *pretium affectionis* (secciones 1.5.2.1. y 1.5.1.3.) parten de la premisa equivocada. Por todo esto, no puede entenderse que hay presunción de perjuicios morales o que la víctima se exime de probar el valor de su *pretium doloris* o *pretium affectionis*. La realidad jurídica es que se trata de presunciones de daño (sección 1.5.2.1.) y de formas judiciales de reivindicación (sección 1.5.1.3.).

El caso del perjuicio moral es la muestra de que la reivindicación de los derechos no es, en realidad, un asunto excepcional en el derecho de daños colombiano, ya que se trata del daño más común en la responsabilidad extracontractual. No solo eso, también evidencia que

durante décadas se ha aceptado sin problemas que las sumas de dinero son una vía apta para lograr la reivindicación, tal y como lo hizo el *Lord Ordinary* en Inglaterra.

3.1.3. La pérdida del uso o del disfrute

Curiosamente, el caso del caballo planteado por Barker ha sido tratado por la jurisprudencia colombiana. En efecto, los jueces han protegido a los titulares de derechos reales que, como consecuencia de un hecho ilícito, han sufrido la pérdida del uso o del disfrute de sus bienes. Como con el caballo del sujeto A, los jueces colombianos⁴⁶ entendieron que la afectación de las libertades propias del ejercicio del derecho real merecía la atención de la responsabilidad civil. Sobre este tipo especial de daño hay dos sentencias a señalar:

Felisa Baena Aramburo analizó un caso⁴⁷ en el que el daño a un vehículo obligó a la víctima a utilizar otro automotor de repuesto *que no producía utilidades* por estar inutilizado. La sentencia condenó al pago de perjuicios el tiempo en el que el demandante había tenido que destinar ese vehículo de reemplazo a una actividad específica; por *haber tenido que usarlo para algo*. Baena señaló que una posible interpretación del fallo era entender que se ordenaba la indemnización por “la pérdida de uso de vehículo de reserva, que tuvo que ser destinado a cubrir el bien dañado y que bien podría haber sido usado con otro fin o arrendado.” (Baena, 2019).

Otro caso similar se dio en la sentencia del 11 de mayo de 2006 del Consejo de Estado, en el que la víctima no tuvo su vehículo a disposición por haber sido dañado por otro.

⁴⁶ Como se señala más adelante, esta no es una regla general de la responsabilidad civil colombiana. La expresión no pretende mostrar la pérdida del disfrute como una discusión resuelta en la jurisprudencia actual.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de noviembre de 2008, [MP. Pedro Octavio Munar Cadena]. Rad. No.70001 3103 004 1999 00403 01 116.

En el caso, el vehículo tampoco era productivo, pero no haberlo tenido a disposición fue suficiente para ordenar la indemnización, que fue cuantificada a partir de la fórmula de “capital inmovilizado”. Esto lleva a concluir que el daño inmaterial puro sufrido por la víctima, que no tuvo a disposición las facultades que su derecho real le otorga, fue la razón y medida de la condena.

El reconocimiento de la pérdida del disfrute no es una regla general, sino excepcional, en el derecho colombiano. Este ha sido reconocido en fallos aislados y carece de líneas jurisprudenciales sólidas que lo respalden, por lo que no puede tomarse como un “perjuicio” consolidado en nuestra doctrina jurídica. Sin embargo, estos casos son suficientes para evidenciar que la noción de reivindicación no es ajena a la tradición jurídica en Colombia.

3.1.4. La anticoncepción fallida o “*wrongful conception*”

La anticoncepción fallida constituye en Colombia otro ejemplo de, como lo que parece ser tan alarmante (prescindir del perjuicio en materia de derechos constitucionales para que se configure la responsabilidad civil), es mucho más común y aplicable de lo que se cree.

Este caso llegó al Consejo de Estado en el año 2016. Se trataba de un embarazo no deseado, como consecuencia de un error en la administración de un anticonceptivo. El Consejo se concentró en analizar si la vida no deseada de una persona, puede llegar a ser considerada como daño indemnizable.

La Constitución Política de Colombia, reconoce la libertad reproductiva, propia del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Según esta garantía constitucional cada persona, sin importar su género, tiene derecho las personas son libres de decidir de manera

responsable el número de hijos que quieren tener, atendiendo a la autodeterminación reproductiva. Según esta entidad, no hubo un verdadero consentimiento informado por parte de la paciente.

En este sentido, la Sala considera que el daño se materializa en la afectación del “querer legítimo”. No obstante, afirma el Consejo de Estado, ese daño no se exime de tener que ser cierto, determinado o determinable y probable. Para el magistrado ponente:

No basta, se insiste, con afirmar que se había adoptado una determinada decisión respecto del número de hijos, sino que se debe acreditar con cualquier medio probatorio que, en efecto, la concepción vulneró la libertad reproductiva y, por ende, el libre desarrollo de la personalidad y el proyecto de vida. (Consejo de Estado, 2016).

El Consejo de Estado reconoce finalmente, solo el perjuicio moral que, como ya se mencionó, en realidad es una afectación al ámbito espiritual, sentimental y emocional de los seres humanos.

En últimas, lo que hizo el Consejo de Estado fue reconocer una indemnización a favor de la demandante, por la sola vulneración de sus derechos y libertades, sin tener en cuenta consecuencias o repercusiones adicionales.

3.1.5. Derechos de especial protección constitucional

El último gran cambio que la Corte Suprema de Justicia hizo al régimen de la responsabilidad civil se dio, como mencionamos al inicio de este trabajo, con la sentencia SC10297-2014 del magistrado ponente Ariel Salazar Ramírez. En esta, la Corporación revolucionó la forma de entender la dualidad entre el daño y el perjuicio. Es importante, para entender la lógica de la Corte, que se analice en detalle la totalidad del caso:

El proceso decidió sobre la reclamación de Fernando Augusto García Matamoros y Claudia Marcela Ortega Rueda al banco Granahorrar S.A., cesionario del Banco Central Hipotecario. En la demanda, el señor García y la señora Ortega relataron cómo celebraron en junio de 1994 un contrato de mutuo con el Banco Central Hipotecario, garantizado con hipoteca, con pacto de intereses y con un desembolso de \$8.300.000.

Los mutuarios cumplieron a cabalidad con las cuotas acordadas, pero como la obligación estaba referida al UPAC en la época de crisis, el capital debido ascendía con el paso de las cuotas. Por mandato legal, el BCH aplicó a sus deudores un alivio económico y procedió a ceder el crédito al Banco Granahorrar S.A. Los reclamantes cumplieron con el pago del capital restante, pero fueron sorprendidos con un extracto en el que figuraba un saldo final de \$4'721.250, equivalente al alivio que ya habían recibido del BCH meses antes.

El banco cesionario “solo ofreció respuestas evasivas, alejadas de la realidad y sin ninguna justificación legal” (Corte Suprema de Justicia, 2014), hizo caso omiso de las reclamaciones de sus supuestos deudores, a quienes asedió con una “molesta ola de cobros de una deuda inexistente que los sumió en un constante estado de zozobra, intranquilidad, angustia, tormento y desasosiego” (Corte Suprema de Justicia, 2014). Además, reportó a los reclamantes a centrales de riesgo por considerarlos deudores morosos, afectando gravemente su buen nombre e historial crediticio.

Por orden de la Superintendencia Bancaria, la entidad aplicó nuevamente (después de meses de cobro abusivo) el alivio que había removido unilateral e injustificadamente. Sin embargo, los perjudicados demandaron al banco para que sus perjuicios fueran indemnizados.

En primera instancia el juez falló a favor del demandado por supuesta ausencia de incumplimiento. En segunda instancia, el tribunal consideró que sí había incumplimiento, pero que los demandantes no habían probado perjuicios, dado que el daño emergente había

sido insignificante y no había razón para considerar que se había causado un perjuicio moral. Por esto, los demandantes presentaron un recurso extraordinario de casación con cuatro cargos diferentes.

Los primeros dos cargos son irrelevantes para el tema que nos ocupa. En cuanto a los últimos dos, la Corte unificó el análisis dado que compartían similares acusaciones y argumentos. En efecto, el tercer cargo solicitó la revisión de la decisión en cuanto a la supuesta ausencia de daño (afectación al buen nombre), causado por el reporte injustificado a centrales de riesgo. El cuarto cargo reclamó el reconocimiento de los perjuicios morales no reconocidos por el tribunal, causado por los constantes reclamos y amenazas del banco.

En cuanto a los perjuicios morales, el Tribunal Supremo analizó primero el material probatorio que daba cuenta del acoso de la entidad bancaria a los demandantes, que calificó de desmedido, temerario y abusivo. Basado en las reglas de la sana crítica, argumentó que las reglas de la experiencia evidenciaban que la persona promedio sufre con los cobros abusivos, sobre todo en las condiciones en las que lo hizo el demandado. Así, dio por probada la angustia y aflicción de los demandantes.

Pasó la Corte al cargo tercero. En el proceso se había probado que el reporte a centrales de riesgo no había producido perjuicios a los deudores, quienes no dejaron de recibir sus ingresos, no se les negaron trabajos o préstamos, no sufrieron menoscabos patrimoniales y cuyo perjuicio moral fue atribuido al acoso del banco, no al reporte. Parecía entonces que en el caso había un daño sin perjuicios.

En este punto se encuentran interesantes particularidades porque, como se ha entendido siempre, se indemniza el perjuicio y no el daño. Por esto, la Corte podía culminar su análisis en el cargo tercero, ya que, si no se encontraba el perjuicio proveniente de la afectación al buen nombre, esta era irrelevante para la indemnización.

Sin embargo, la Corte continuó examinando los diferentes tipos de perjuicios extrapatrimoniales y el concepto de daño, al que definió como “la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal [...] que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal” (Corte Suprema de Justicia, 2014).

Acto seguido, se refirió al daño al buen nombre de los demandados, concluyendo que “el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales, no encaja dentro de las categorías tradicionales en que se subdivide el daño extrapatrimonial [...]” (Corte Suprema de Justicia, 2014). El magistrado utilizó el término daño refiriéndose a los perjuicios, pero es claro que para él la afectación al buen nombre no podía tratarse como perjuicio, por no estar en el catálogo de perjuicios extrapatrimoniales y por ser la afectación a un derecho y no una secuela de la misma.

Pero, como para *Lord Ordinary* en el caso *Watson v Pott*, para la Corte Suprema era extraño que el daño no fuera indemnizado. La irrelevancia del daño no podía ser, menos aun cuando el derecho afectado fuese *relevante* desde el punto de vista *constitucional*, casos en los que la “necesidad de reparación no se pone en duda” (Corte Suprema de Justicia, 2014), aunque para nuestra tradición jurídica fuera en extremo dudoso.

Habiendo planteado las bases de nuevo modelo indemnizatorio, en el que el daño dejaría su rol de “sede” y pasaría a ser indemnizado en sí mismo, el ponente procedió a delimitar su ámbito de aplicación.

Había que distinguir, primero, cuáles serían los derechos a *reivindicar*. Los derechos constitucionales son un género amplísimo que agrupa diversas subespecies: derechos patrimoniales, extrapatrimoniales, fundamentales, personalísimos, colectivos, etc., ¿Cuáles merecían la aplicación de la nueva regla? Tal y como hemos señalado, este punto de partida estaba claro para el magistrado, quien ofreció esta nueva protección exclusivamente a los

“bienes jurídicos de especial protección constitucional tales como la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales.” (Corte Suprema de Justicia, 2014). Parecía entonces que solo los derechos extrapatrimoniales estrechamente ligados a la dignidad humana serían reivindicados mediante condenas. Así, “la vulneración a un interés jurídico constitucionalmente resguardado no deja de ser resarcible por el hecho de no tener consecuencias en la afectación de otros bienes como el patrimonio, la vida de relación, o la esfera psíquica” (Corte Suprema de Justicia, 2014).

En segundo lugar, la afectación debía ser “de grave entidad o trascendencia, lo que significa que no debe ser insustancial o fútil” (Corte Suprema de Justicia, 2014), porque reivindicar una simple molestia haría “incurrir en una peligrosa anarquía conceptual que banalice las conquistas de la responsabilidad civil y borre los límites entre lo que es jurídicamente relevante y lo que constituye simples bagatelas” (Corte Suprema de Justicia, 2014). Por esto, no solo se hizo importante evaluar el derecho afectado, determinar la gravedad de su afectación se integró a la matriz del análisis, no toda afectación era indemnizable, aún si se tratase de los derechos de mayor valor.

En cuanto a las implicaciones que el sistema de derechos relevantes traía para el principio de reparación integral, la Corte se limitó a señalar que era importante “precisar en qué casos resulta viable su concesión, con el fin de evitar un pago doble o exagerado de una misma consecuencia nociva que tiene su causa adecuada en un único evento.” (Corte Suprema de Justicia, 2014). La razón era evidente: los detrimentos extrapatrimoniales usualmente burlaban la reparación integral enriqueciendo a las víctimas, por lo que todo cambio a su régimen debía ser examinado con detenimiento.

Así, impuso al juez la tarea de “examinar si el resarcimiento que se reclama por concepto de daño a un bien esencial de la personalidad, se halla comprendido en otro rubro

susceptible de indemnización, [...] a fin de evitar en todo caso un doble resarcimiento” (Corte Suprema de Justicia, 2014).

Fue así como la jurisprudencia amplió con esta sentencia el listado de los daños no patrimoniales, que pueden presentarse de las siguientes formas:

(i) mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo (daño moral); (ii) como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc., (daño a la vida de relación); o, (iii) como vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional. (Corte Suprema de Justicia, 2014).

La regla de reivindicación creada por la sentencia hito de 2014 ha tenido poca aplicación. No obstante, la sentencia del 19 de diciembre de 2018 que decidió el proceso entre la población afectada de Machuca y la empresa petrolera OCENSA reivindicó los derechos constitucionales de las víctimas. En la demanda, se pretendía la declaratoria de responsabilidad de la petrolera por ser la propietaria de un oleoducto dinamitado por el ELN, explosión que provocó un incendio de tal magnitud que lesionó gravemente a 120 personas y la acabó con la vida de otras 80.

Para los demandantes, los errores y actuaciones despreocupadas y negligentes en que incurrió la empresa durante la construcción y montaje del oleoducto fueron determinantes para que el atentado causase tal cantidad de daños. Afirman los demandantes que los administradores de OCENSA no intentaron evitar que el oleoducto se construyera cerca de la población de Machuca, pues no lo “instalaron fuera del corredor de riesgo de terreno de 850 metros de distancia del tubo, sino a 150 metros del caserío” (Corte Suprema de Justicia,

2018). Tampoco se tuvo en cuenta la situación de orden público por la que estaba pasando el país en 1998, ni los antecedentes de atentados anteriores al mismo oleoducto. Finalmente, la parte demandante sugería que se trataba de una actividad peligrosa, por lo que era necesario que la petrolera probase una causa extraña para exonerarse de responsabilidad, toda vez que la prueba de diligencia y cuidado era insuficiente.

Por su parte, la compañía OCENSA afirmaba que desde el comienzo del proyecto habían tomado todas las precauciones necesarias para construir el oleoducto en cumplimiento de todas las exigencias legales correspondientes, mostrando además constancia de que se habían acatado todos los parámetros contemplados por empresas en Estados Unidos. De igual forma, afirmaban que no se trataba de una actividad peligrosa, pues las operaciones desarrolladas por parte de la empresa “*en sí misma no representa un peligro para terceros o para el ambiente*” (Corte Suprema de Justicia, 2018). Finalmente, sostenían que, en relación con la situación de orden público por la que atravesaba Colombia en ese entonces, no era posible pretender que se hiciera a OCENSA titular de una obligación que se encuentra en cabeza del Estado como garante. Por todo esto, no era posible culpar a un privado por los hechos exclusivos de un tercero que atentaba sistemáticamente contra el orden público como el ELN.

El tribunal consideró que el atentado del ELN no era causa extraña para la compañía, a la que condenó al pago de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales de los afectados. Ahora bien, en la parte motiva de la sentencia, la Corte hizo alusión al rol de los daños indemnizables. Así, dijo la Corte:

[...] hoy en día el daño extrapatrimonial comprende, en la jurisprudencia de esta Sala, el daño a la vida de relación, así como –en forma *eminente* residual- cualquier perjuicio relevante no susceptible de valoración económica y que sufra una persona en

sus derechos fundamentales, teniendo cuidado de no incurrir en doble indemnización y de no equiparar el daño resarcible con la mera violación de aquellos derechos, pues no es la transgresión (hecho dañoso) en sí misma lo que se indemniza o sanciona a modo de daños punitivos, sino la lesión antijurídica acreditada y derivada de esa vulneración (lo que propiamente se ha dado en llamar perjuicio).

3.2. El daño indemnizable

Los anteriores numerales muestran como la responsabilidad civil sin perjuicio es una realidad actual en el ordenamiento jurídicos colombiano. Ahora, salvo lo planteado por la Corte Suprema de Justicia⁴⁸ en los bienes de especial relevancia constitucional, no ha habido en Colombia una propuesta, doctrinal o jurisprudencial, que pretenda dar un tratamiento integral al fenómeno. Es por esto que, con el objetivo de que empiecen nuevas discusiones, nos atrevemos a proponer una fórmula simple que permite encontrar el daño indemnizable en sí mismo (o, en palabras del magistrado, reivindicable) en todo caso de responsabilidad civil.

Para esto es solo lógico que se parta de lo dicho por aquellos a quienes interesó el problema en un principio. Por consiguiente, integrar los comentarios de Moreno, las anotaciones de Le Tourneau y las observaciones de Barker al punto de derecho tratado por esta sentencia hito es el claro punto cero. ¿Qué le hizo falta a la regla del fallo del banco Granahorrar?

En primer lugar, el criterio de selección de los derechos a reivindicar de la sentencia es, como mínimo, cuestionable. El problema del juicio se da por su extrema amplitud: si las cortes, los jueces de tutela y los juristas han tenido como prioridad dogmática la protección

⁴⁸ Referirse a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. (2014). Sala de Casación Civil. Sentencia SC10297-2014 del 5 de agosto de 2014 [MP. Ariel Salazar Ramírez].

constitucional y este sigue siendo un concepto vago, más aún lo es la *especial* protección constitucional, que solo encuentra un concepto similar en los desarrollos sobre derechos fundamentales de la Corte Constitucional. Para dar solución a la complicación, la Corporación intenta ilustrar su criterio con expresiones como “el rango de derechos humanos fundamentales” y “los bienes de la personalidad”, expresiones igualmente abiertas que dejan a la discrecionalidad judicial como criterio de fondo.

Esto es aún más problemático ya que el mismo examen sobre derechos fundamentales utilizado por la Corte Constitucional de Colombia es igualmente amplio y hace que un mismo derecho pueda ser o no fundamental, dependiendo del caso. La sentencia T-760 de 2008, hito en materia de derechos fundamentales, prescribe que pueden ser calificados como tales “(i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”. (Corte Constitucional, 2008)

La Corte también ha sostenido que la especial protección constitucional del *sujeto* del derecho debe tenerse en cuenta para considerar si este amerita una especial protección por parte de la Carta Política, ya que en 2008 se refirió al derecho a la salud, “reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección” (Corte Constitucional, 2008) ¿Por qué depende del titular la relevancia constitucional de un derecho? ¿Qué es y dónde consta el consenso sobre la “fundamentalidad” de los derechos? ¿Qué permite “lograr” la “dignidad humana”?

En segundo lugar, de la argumentación del Tribunal Supremo en el fallo de 2014 puede concluirse que los derechos de especial protección constitucional pertenecen estrictamente a los derechos extrapatrimoniales, tales como la dignidad humana, el buen nombre o la honra. ¿Por qué se excluyen los derechos patrimoniales si la propiedad privada y

el mínimo vital cuentan con protección expresa en la carta política y estos, generalmente, tienen una relación directa con la dignidad humana? ¿Por qué se menosprecian las afectaciones al derecho real si los jueces ya han defendido la pérdida del disfrute como daño indemnizable? En efecto, el artículo 58 dice que en Colombia “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles [...]” (Constitución Política, 1991). ¿No es “garantizar” una especial protección constitucional?

3.2.1. El derecho como fundamento de la reivindicación

Plantear un criterio que permita distinguir entre derechos de mucha, escasa, media, mínima, especial o nula protección constitucional no hace parte de los objetivos de este trabajo. Pese a esto, creemos que existen fórmulas que, priorizando la búsqueda de la reparación integral, dan claridad a partir del valor de los derechos: si la reivindicación versa sobre derechos; la Constitución protege de forma directa o indirecta casi todos los derechos; si el examen de la sentencia T-760 hace de cualquier derecho potencialmente fundamental y si en el derecho comparado parece estar claro que el valor del derecho subjetivo, patrimonial o no, justifica una defensa adicional ¿por qué no extender la protección de la Corte Suprema de Justicia a todo aquello que califique como derecho?

Con el concepto de derecho subjetivo como criterio para orientar la reivindicación se logran múltiples ventajas dogmáticas y prácticas, así: (i) se busca la verdadera reparación integral de todos los daños para todas las víctimas, acorde con lo prescrito por el artículo 2341 del Código Civil, el artículo 16 de la ley 446 de 1998 y con lo sostenido por la doctrina⁴⁹ en materia de responsabilidad civil; (ii) se concretan los casos dispersos de la responsabilidad sin perjuicio del ordenamiento colombiano en una verdadera regla general

⁴⁹ Véase como ejemplo lo dicho por Juan Carlos Henao en su libro “El Daño” y por Hernán Darío Velásquez en su libro “Estudio sobre obligaciones”.

aplicable a la totalidad de los casos del derecho de daños; (iii) se dispone del abstracto, inseguro y a veces injusto criterio de la “especial protección constitucional”, encontrando respaldo en uno de los pilares más sólido del derecho; (iv) se concreta la sanción (en sentido amplio) de la violación al deber que sustenta el derecho, cosa que no ocurre con la sola indemnización del perjuicio, ya que se protegería a la víctima de las secuelas de la afectación, y no de la afectación a su derecho.

Por todo lo anterior, la *regla de la reivindicación* del derecho colombiano podría plantearse en los siguientes términos: cuando el daño de la víctima consista en la afectación de uno de sus derechos subjetivos, el juez deberá, además de ordenar la indemnización de los *perjuicios*, reivindicar el derecho afectado. Esto, siempre que la reivindicación no se confunda con los perjuicios indemnizados, como ocurriría si se ordena la reivindicación del derecho real y la indemnización del daño emergente cuando hay destrucción del bien, o con medidas de reivindicación expresas en el ordenamiento, como es la acción reivindicatoria o las acciones posesorias especiales de los derechos reales.

Ahora bien, si el derecho subjetivo va a ser la piedra angular de la función reivindicatoria del derecho, hay que distinguir cuáles daños son la afectación a derechos. Esto obliga a abordar un tema adicional, ya que no todo daño es la afectación de un derecho y, por tanto, no todo daño amerita reivindicación.

3.2.2. El problema del interés jurídico y el derecho subjetivo

La doctrina se ha referido a los conceptos “derecho” e “interés” para construir la noción de daño, ya que este es “el impacto no deseado sobre un *derecho*, un *interés legítimo* o, al menos, por una situación jurídica que no es rechazada por el ordenamiento jurídico.”

(Botero, 2018)⁵⁰. La definición de Botero Aristizábal da a entender que las afectaciones de los intereses constituyen daños distinguibles de aquellos resultantes de la afectación de derechos subjetivos. Sin embargo, la doctrina reciente ha pasado por alto la tarea de diferenciar los derechos de los intereses. ¿Se trata de sinónimos que hacen de las definiciones, en su mayoría, reiterativas? ¿o puede acaso encontrarse linderos que permitan distinguirlos?

Las categorías fundamentales de la teoría jurídica son siempre problemáticas, ya que obligan a remontarse a la esencia del derecho. Además, son pocos los autores que revisan estos temas con profundidad, salvo contadas excepciones. Francesco Carnelutti es uno de esos juristas que intentó tratar los primeros conceptos con la atención que merecen. En su obra “Sistema de Derecho Procesal Civil” (1944), el italiano argumentó que el *interés* era la piedra angular y razón de ser del sistema de derecho, ya que las normas jurídicas fueron creadas con el propósito de proteger intereses y de dar prevalencia a unos sobre otros cuando estos entrasen en conflicto.

Para Carnelutti, el interés es “la posición favorable a la satisfacción de una necesidad”. Estas posiciones se componen de (i) un sujeto titular, (ii) un objeto y (iii) una necesidad insatisfecha. Además, dependiendo de la necesidad que el titular pretenda satisfacer, los intereses pueden ser inmediatos o mediatos. Los primeros son aquellos que permiten eliminar la necesidad directamente, los segundos son la antesala a ese interés inmediato, que hace las veces de necesidad para el interés mediato.

La primera función que asignó al derecho era la de calificar si el interés era o no aceptable (lícito) o desaprobado (ilícito), para lo que se apoyó tácitamente en el principio general de libertad. Por esto, si la posición del sujeto no estaba prohibida (como lo es el interés en recibir remuneración por trabajar), se estaría en frente de un interés aprobado por el

50 En libro “Modernización de las obligaciones y los contratos. Seis estudios” de Marcela Castro de Cifuentes.

derecho. En segundo lugar, las normas jurídicas decidirían si el interés lícito debía ser tutelado. Habría tutela del interés en los casos en los que este fuera preferido sobre otro por una orden normativa que llamó “regla”; como cuando el propietario demanda al poseedor la reivindicación de su bien, caso en el que ambos cuentan con un interés lícito, pero solo uno es tutelable.

Finalmente, el interés tutelado podría ser disponible, cuando su titular pudiese renunciar a la posición favorable y a la tutela que el mandato le asigna. En otras palabras, la tutela del interés disponible depende plenamente de la libre voluntad de su titular; como cuando el propietario decide no demandar la reivindicación y permite que el poseedor de su bien lo adquiera por prescripción. Para el autor, solo los intereses lícitos, tutelados y disponibles pueden ser llamados derechos subjetivos.

La propuesta del italiano tiene un problema fundamental, ya que la tutela de un interés solo se conoce cuando se le enfrenta con otro en el contexto del proceso, porque es solo cuando se constata que la regla prefiere a un interés jurídico sobre otro se confirma su prevalencia. Por esto, el proceso es necesario para saber cuándo un interés es derecho. Con todo esto, la *fórmula carneltuttiana* no es aplicable al interés que se analiza por fuera del conflicto dado que solo se concluiría si este es lícito o ilícito. ¿Por qué es esto un problema? La teoría del daño en la responsabilidad identifica los derechos e intereses afectados sin necesidad de comparaciones o cotejos. Con esto, el examen del daño tiene que ser agotable, por lo menos por regla general, con la esfera jurídica de la víctima.

Además, el elemento de la disponibilidad de los derechos subjetivos no es una constante en el derecho actual. Para encontrar verdaderos derechos no disponibles no hay que ir muy lejos: los sujetos no pueden renunciar a la protección que el ordenamiento asigna a sus

vidas, como tampoco pueden renunciar a aquellas situaciones ciertas y líquidas que provengan de contratos de trabajo, etc.

A pesar de que la perspectiva procesalista de Carnelutti parece incompatible con la teoría de la responsabilidad civil y con el “estado del arte jurídico”, esta ofrece varias conclusiones de particular utilidad. En primer lugar, que el interés es un concepto propio del mundo del ser que sirve como antesala y fundamento del derecho. En efecto, las normas jurídicas no son necesarias para conocer qué son los intereses, cuándo es favorable una situación a un sujeto o cómo puede este satisfacer sus necesidades. Es por las infinitas necesidades del hombre y los finitos recursos que permiten satisfacerlas que fueron creadas las normas jurídicas; para asignar bienes, proteger a sus titulares y permitir la supervivencia civilizada.

Segundo, si el derecho es el interés lícito, tutelable y disponible, este es un tipo especial de interés favorecido por el ordenamiento jurídico. El elemento jurídico se vuelve relevante, entonces, cuando se califican los distintos intereses y se reconoce valor en determinadas posiciones favorables, a las que se les asigna una protección adicional. Por tanto, entre estos hay una relación de género especie, ya que todo derecho parte de un interés, pero no todo interés deviene en un derecho.

Ahora bien, el siguiente paso es encontrar la fuente y desarrollar el criterio que provean las valoraciones jurídicas de los intereses. Para esto, puede partirse de los lineamientos ya planteados por la Corte Suprema en su sentencia de 2014, quien fundamentó su distinción entre derechos a partir de la relevancia que una norma jurídica determinada les otorgaba, solo que a la inversa. Efectivamente, el magistrado empezó su análisis por los derechos de mayor relevancia para el ordenamiento y, como solo ahí decidió aplicar su regla de reivindicación, no estudió las protecciones normativas de “menor jerarquía”.

Si el criterio es la protección que brinda una norma y de la jerarquía de la norma se deriva el valor del derecho, es lógico señalar, primero, cual es el nivel mínimo de protección. Este se encuentra, tal y como lo dijo Carnelutti, en la *licitud* que provee la permisión tácita del principio de libertad. Así, si lo que no está expresamente prohibido está permitido, todo interés es, por regla general, un interés lícito. Esta aprobación silenciosa de la norma marca el lindero de la responsabilidad civil, porque para esta, daño es todo “impacto no deseado sobre un derecho, un interés legítimo o, al menos, por una situación jurídica que no es rechazada por el ordenamiento jurídico.” (Castro, 2018). El jurista italiano es claro al explicar que solo las situaciones lícitas merecen de protección, civil o de cualquier índole, por parte del ordenamiento, haciendo de la licitud un presupuesto necesario de la tutela de un interés. Esta conclusión es solo lógica, toda vez que una situación desaprobada por las normas jurídicas no debería ser incentivada, mucho menos tutelada.

Ahora bien, si este estándar mínimo de aprobación jurídica es la única protección normativa del interés, este será de aquellos intereses jurídicos que, a pesar de merecer la intervención de la responsabilidad, no son derechos subjetivos. Por tanto, el derecho subjetivo reivindicable será todo interés jurídico cuya protección normativa exceda la simple ausencia de prohibición. Con esta lógica, el razonamiento de Carnelutti se conjuga con la noción de daño construida por la doctrina colombiana y con los cánones de protección normativa de la Corte Suprema de Justicia: el terreno de la responsabilidad empieza con los daños a los simples intereses lícitos, pero solo aplica su función reivindicatoria con la protección normativa de los derechos.

Cuando se está en el terreno del derecho subjetivo, según el criterio que se expuso, intervienen normas de diversas jerarquías. Así, el derecho personal se ve protegido por el contrato y por las leyes civiles, el derecho real por la carta política y por los planes de ordenamiento territorial, el derecho a la vida y a la libertad de locomoción por los tratados

internacionales y la Constitución, etc. Estructurar todos los niveles de jerarquía de protección normativa excede con creces el objetivo de este trabajo, pero estas bases pueden servir como nuevo punto de partida para la construcción de una jerarquización de las normas del ordenamiento jurídico que traiga, por consecuencia necesaria, una jerarquización de los derechos subjetivos.

Para ilustrar un poco, proponemos unos ejemplos sencillos de simples intereses jurídicos susceptibles de ser protegidos:

- a. El interés que tiene el comerciante en que su mejor cliente no muera de viejo.
- b. El interés que tiene el empleador en que su empleado estrella no decida retirarse.
- c. El interés que tiene el sujeto medio de que alguien le amenace verbalmente con pegarle.⁵¹
- d. El interés que tiene un sujeto en que su vecino mantenga en su patio el caballo blanco que mira todas las mañanas.

Ninguno de las anteriores posiciones parece estar protegida por una norma que consagre verdaderos derechos subjetivos a favor de sus sujetos titulares. Estos se encuentran en una situación favorable a la satisfacción de sus diferentes necesidades que no son desvaloradas por el ordenamiento. Son, por tanto, titulares de intereses lícitos, no de derechos subjetivos.

3.2.3. La expectativa normativa

Un tipo particular de casos que llama la atención son aquellos en los que hay afectación al derecho sin que este pierda su vigencia. Este es el caso planteado por Kit

⁵¹ En este supuesto el sujeto no sufre perjuicio moral por la amenaza. Solo es consciente de que es amenazado, sin que esto le importe. Se trata del supuesto del *assault* del derecho anglosajón, solo que en el sistema colombiano no parece haber un derecho subjetivo a *no ser amenazado* a menos que esto genere perjuicios.

Barker, ya que el derecho real sobre el caballo sigue existiendo en el patrimonio del sujeto A y el bien objeto del derecho retiene sus cualidades esenciales. Este caso se da en las violaciones a patentes en las que el titular retiene su derecho a pesar de la violación, en el incumplimiento contractual, ya que el acreedor no pierde su derecho de crédito por la ausencia de pago y en todos los casos de daños inmateriales puros. ¿Se puede reivindicar el derecho si este sigue vigente?

Nuestra respuesta a esta pregunta gira en torno a la idea de la reivindicación. Lo que pretende la responsabilidad civil con la reivindicación de los derechos es necesariamente el reemplazo del derecho extinto de forma injusta, sino reafirmar la existencia del derecho que sufre de atentados, pero sigue vigente. Ratificar la existencia del ordenamiento y su protección a los derechos es el objetivo último.

Este propósito es ya antiguo en el derecho penal, ya que las teorías de la justificación de la pena plantean en la prevención general positiva la defensa a la vigencia de las normas (y, en consecuencia, de los derechos). La doctrina penal, representada por Jakobs⁵² y Ferrajoli⁵³, sostiene que al imponerse una pena se reivindicán los valores defendidos por la norma que quebranta el infractor, ya que así se envía un mensaje positivo a la comunidad: el ordenamiento jurídico sigue vigente. En otras palabras, la confianza en la estabilidad y vigencia del ordenamiento de la comunidad, que fue disminuida por el hecho ilícito, se restaura a partir de la aplicación de la pena; se contrarresta el mensaje negativo del ilícito penal con la reacción positiva de la pena.

La sustentación ofrecida por la dogmática penal es perfectamente aplicable, en sus justas proporciones, a los hechos dañosos de la responsabilidad civil. Así, con la

52 Günther Jakobs analiza el valor de las expectativas normativas cuando trata la prevención general positiva como fundamento de la pena en su libro *“Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal”*.

53 De la misma forma que Jakobs, Luigi Ferrajoli dedica una buena porción de su libro *“Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”* a la prevención general positiva como fundamento primordial de la pena.

reivindicación de los derechos vulnerados, pero no extintos, se reafirma la vigencia de las normas que los respaldan. Por tanto, el valor de la reivindicación se encuentra también en la defensa que se da a las expectativas normativas de la sociedad, que mantienen vigente el orden jurídico.

3.3. El rol del perjuicio

La regla de reivindicación que aquí se propone no pretende el descarte del perjuicio como categoría jurídica relevante para la responsabilidad. Este sigue siendo importante para la teoría, ya que mantiene su utilidad fundamental, consistente en desglosar la totalidad de las afectaciones sufridas por la víctima para que, con ese catálogo, el juez liquide la obligación resarcitoria a cargo del responsable.

Sin embargo, sí hay cambios en cuanto al rol que juega el perjuicio en la responsabilidad. En efecto, este ya no es necesario para que haya condena⁵⁴ en responsabilidad, porque si el daño de la víctima consiste en la afectación a un derecho subjetivo, el juez podría aplicar la regla de la reivindicación. En estos casos el daño pasaría a ser necesario y suficiente para la condena.

¿Qué ocurre con la víctima de la afectación a un simple interés? Este podría obtener igualmente una reparación, pero tendría que acudir al perjuicio, ya que su daño no es indemnizable en sí mismo. Por lo anterior, los casos de daños a intereses jurídicos retienen el régimen de la necesidad del daño-perjuicio, como se ha hecho siempre.

54 Excluyendo casos de medidas de cesación del ilícito, en el que nunca ha sido necesario.

3.4. La reivindicación del daño indemnizable

Si bien el objeto de estudio de este trabajo gira en torno al *qué* debería ser reivindicado, la pregunta del *cómo* reivindicar merece, por lo menos, breves anotaciones. La doctrina del derecho de daños ha sostenido siempre que la reparación debería darse a través de sumas de dinero, ya que este es la herramienta humana de intercambio más eficiente que da la mayor cantidad de alternativas a la víctima. Sin embargo, en los últimos años varios juristas han sugerido que se abandone la idea de que la reparación debe estar ligada al dinero, ya que este no es garantía de reparación. Con esto, cabe plantearse si la reivindicación puede darse a través de las vías tradicionales de reparación o si, por el contrario, debería ser la sede de las condenas no pecuniarias. Las alternativas son, entonces:

3.4.1. Medidas de reivindicación pecuniarias (el caso del mal llamado “perjuicio” moral)

Si bien es cierto que la tradición jurídica ha ligado la liquidación de la obligación resarcitoria de la responsabilidad civil a las sumas de dinero⁵⁵, no puede discutirse que esto tiene una sólida justificación práctica. El dinero puede traducirse virtualmente en cualquier bien material, cualquier actividad, trae prosperidad, calidad de vida y muchas veces termina siendo la clave del bienestar humano.

La primera y principal alternativa de reivindicación de derechos es la condena en dinero a favor de la víctima. La razón, además de la utilidad práctica de la moneda, es mantener el tratamiento que durante décadas hemos dado a la reivindicación en el sistema

55 Sobre las sumas de dinero como forma de indemnización véase como ejemplo la postura de Hernán Darío Velásquez en su libro “Estudio sobre obligaciones”: “No existe una norma específica en el Código Civil que hable exactamente de dinero, pero es claro que así debe ser, no sólo porque no hay ninguna disposición que prescriba el pago de los perjuicios en especie, sino porque además de existir normas que indican que la indemnización debe ser en dinero [...] la clasificación que se hace de la indemnización en daño emergente y lucro cesante (arts. 1613 y 1614), lo indica naturalmente” (2010).

jurídico colombiano (sección 3.1.), sobretodo el “perjuicio” moral. Si el daño corporal, concretamente de la integridad psicológica, ha sido compensado con sumas de dinero a título de perjuicio moral cuando en realidad se trata de una pura y llana reivindicación del derecho, no parece haber una razón que excluya la misma consecuencia a favor de los otros casos de reivindicación.

Ahora bien, esta solución trae consigo los problemas de tasación comunes a los perjuicios extrapatrimoniales y a los supuestos actuales de responsabilidad sin perjuicio. Por esto, será necesaria la participación de la jurisprudencia, para que produzca un nuevo sistema de tablas de tasación anticipada y de así seguridad jurídica al *con cuanto* reivindicar. El monto de la reivindicación debería atender a criterios como (i) la jerarquía del derecho afectado y (ii) la gravedad de su afectación. De ahí que la afectación a la libertad de locomoción por un secuestro de 5 años merezca una reivindicación pecuniaria mayor a la afectación a la integridad psicológica por un insulto común.

3.4.2. Medidas de reivindicación no pecuniarias

Dependiendo del momento en que se encuentre una persona frente al daño, es posible acudir a una serie de medidas no pecuniarias para la reivindicación de los derechos vulnerados.

- (i) *Antes de la ocurrencia del daño:* como ya se había mencionado antes (sección 1.6.3.), el riesgo de un daño futuro, como daño contingente, puede considerarse en sí mismo como daño actual, siempre y cuando cumpla con las características propias de este concepto. Bajo esta óptica, surgen en cabeza de la víctima una serie de facultades que le permiten demandar a quien esté efectuando la conducta generadora de ese daño virtual, con el fin de evitar la

materialización de ese daño y recuperar el goce pacífico y tranquilo de ese derecho afectado.

Estas medidas se ejecutan en aplicación al principio de precaución. A modo de ejemplo, véase las acciones populares “evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.” (Ley 472, 1998).

Las acciones desplegadas con anterioridad a la ocurrencia del daño que se pretende evitar, constituyen típicas acciones preventivas que no implican por parte del responsable una erogación en dinero a favor de la víctima, sino más bien el desempeño de una conducta ordenada por la autoridad para evitar el daño contingente.

(ii) *Durante la ocurrencia del daño: el daño ya comenzó, no ha cesado y se encuentra en curso.* Para estos casos, sería absurdo pensar que la víctima está llamada a soportar las afectaciones hasta que el hecho dañoso finalice. Por esta razón, el titular del derecho que está siendo vulnerado, tiene a su favor la acción de cesación del ilícito.

Tal y como lo sugiere su denominación, lo que se busca con la cesación del ilícito es que el juez le ordena a toda persona que pueda estar ocasionando la conducta dañosa en contra de la víctima que suspenda esa actividad y que se abstenga de incurrir en ella. De este modo, la cesación del ilícito cumple a su vez la función de prevenir que se vuelan a ocasionar los mismos daños en un futuro. Es por lo anterior, que autores como Le Tourneau incluyen esta medida dentro de la función preventiva de la responsabilidad civil.

Por supuesto que, habiéndose suspendido la conducta contraria al ordenamiento jurídico y generadora del daño, la víctima puede además reclamar una indemnización o compensación para reparar los daños que en efecto se ocasionaron. Es importante tener claro que, la posibilidad de reclamar indemnizaciones, no le quita la naturaleza de no pecuniaria a la cesación del ilícito.

(iii) *Después de la ocurrencia del daño:* el daño existe hasta tanto éste no sea reparado, aun cuando el hecho generador ya hubiere cesado. Partiendo entonces de que el daño no se ha reparado, se abre un universo de posibles maneras de reivindicar o reafirmar el derecho afectado.

Así como sostiene Henao, no toda reparación se da en dinero, muchas veces la forma más idónea para reivindicar el derecho son acciones como las disculpas públicas, la promesa de no repetición, las retribuciones a la comunidad a través de labores sociales, entre otras. Es este el momento de mayor importancia, ya que el demandante debería poder escoger en su pretensión la forma de reivindicar el daño ya sufrido, sea esto mediante dinero o mediante medidas no patrimoniales, tales como las medidas simbólicas antes mencionadas.

SECCIÓN IV. CONCLUSIONES

4.1. Como regla general, el régimen de responsabilidad civil en Colombia ha exigido la existencia de perjuicios para que se configure la obligación resarcitoria. Según la doctrina clásica del derecho de daños colombiano, el daño es necesario, pero no suficiente para la responsabilidad civil. Sin embargo, esto cambió con la sentencia SC10297-2014, que creó el régimen de los bienes de especial protección constitucional. En estos supuestos, el daño podría ser suficiente para que el demandado fuera condenado, siempre que consistiera de la afectación a derechos personalísimos como el buen nombre, la honra o la dignidad. A esto se le llamó la función reivindicatoria del derecho de la responsabilidad civil.

4.2. De la misma forma que en el derecho anglosajón y francés, el derecho colombiano tiene, además del régimen novedoso de los derechos de especial protección constitucional, múltiples casos aislados en los que el daño siempre ha sido suficiente para condenar en responsabilidad civil. Entre estos casos resalta el “perjuicio” moral, que es en

realidad un daño ficticiamente desdoblado en perjuicio, por coincidir su definición con la del daño corporal.

4.3. La única regla general de reivindicación en Colombia utiliza un criterio ambiguo para determinar el valor de los derechos subjetivos: la especial protección constitucional. Este tiene profundos problemas que, al conjugarse con el examen de la Corte Constitucional para derechos fundamentales, hace de la discrecionalidad judicial el verdadero criterio de reivindicación.

4.4. Una alternativa simple a la doctrina de la relevancia constitucional es la regla de reivindicación de los derechos subjetivos. Así, solo se reivindicarán derechos subjetivos, pero se reivindicarán todos los derechos subjetivos. Para esto, habrá que distinguir entre las afectaciones a derechos subjetivos y a simples intereses lícitos, para lo que se acudirá a un criterio de protección normativa: toda situación jurídica que tenga una protección normativa diferente al principio de libertad será considerada derecho subjetivo.

4.5. Para reivindicar un derecho se plantean dos formas: (i) pecuniarias y (ii) no pecuniarias. Para las primeras se debe remitir a las reglas de indemnización para el mal llamado “perjuicio” moral, es decir, una suma de dinero que se tasar con variables como el valor del derecho afectado y la gravedad de la afectación. Para las segundas, es posible ejercer acciones jurídicas para evitar la concreción o prolongación la conducta dañosa o actos simbólicos a favor de la víctima, como compromisos de no repetición o disculpas públicas. La forma de reivindicación debería ser elección del demandante.

SECCIÓN V. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Ámbito Jurídico. (11 de junio de 2015). *Los perjuicios en la infracción de los derechos de propiedad intelectual*. Obtenido de Ámbito Jurídico: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/los-perjuicios-en-la-infraccion-de-los-derechos-de-propiedad>.

Ámbito Jurídico. (31 de agosto de 2017). *La responsabilidad por la anticoncepción fallida o 'wrongful conception'*. Obtenido de Ámbito Jurídico: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/civil-y-familia/la-responsabilidad-por-la-anticoncepcion-fallida>.

Ámbito Jurídico. (29 de octubre de 2018). *Debate al proyecto de unificación del régimen civil y comercial*. Obtenido de Ámbito Jurídico:

<https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil-y-familia/debate-al-proyecto-de-unificacion-del-regimen-civil-y-comercial>.

Baena Aramburo, Felisa (2019). Borrador de capítulo en proceso de publicación. *Libro Estudios de Responsabilidad Civil*, Tomo II. Editorial Eafit.

Barker, Kit. (2014). *Damages Without Loss: Can Hohfeld Help?* Oxford Journal of Legal Studies, Volúmen 1, Número 4.

Barrera Tapias, Carlos Darío y Santos Ballesteros, Jorge. (1994). *El Daño Justificado*. Bogotá. Editorial: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.

Bloch, Cyril. (2008). *La Cessation de L'illicite*. Paris. Editorial: Dalloz.

Cane, Peter. (2017). *Key ideas in Tort Law*. Primera edición. Oxford, Inglaterra: Hart Publishing, 2017. p. 1948. ISBN: 9781509909438.

Castro de Cifuentes, Marcela (Coord.). (2018). *Modernización de las obligaciones y los contratos. Seis estudios*. Tomo III. Bogotá, Universidad de los Andes. Editorial Temis.

Castro de Cifuentes, Marcela (Coord.) (2017). *Gaceta judicial: 130 años de historia jurisprudencial colombiana*. Capítulo V *El guardián de la actividad peligrosa: una solución jurisprudencial diseñada por la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia*. Universidad Los Andes, Bogotá, Colombia.

Castro de Cifuentes, Marcela (Coord.). (2010). *Modernización de las obligaciones y los contratos. Seis estudios*. Tomo II. Bogotá, Universidad de los Andes. Editorial Temis.

Carnelutti, Francesco. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Editorial Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (UTEHA).

- Ferrajoli, Luigi. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta, Madrid.
- Goldberg, John; Zipursky, Benjamin (1960) *The Oxford Introductions to U.S. Law - TORTS*.
- Henao, Juan Carlos. *Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado*. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, enero-junio de 2015, pp. 277-366.
- Henao, Juan Carlos. (1998). El Daño. Análisis Comparativo de la Responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá, Colombia.
- Hinestrosa, Fernando. (2002). *Tratado de las Obligaciones*. Bogotá: Primera edición. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, Fernando. (2015). *Tratado de las Obligaciones II*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, Günther. (2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Primera Edición. Editorial Civitas, Madrid
- Le Tourneau, Philippe. (2000). *Droit de la Responsabilité et des Contrats: Régimes D'Indemnisation*. Editeur : Dalloz.
- Le Tourneau, Philippe. (2003). *La Responsabilidad Civil*. [Traducido al idioma español de La responsabilité civile por Javier Tamayo Jaramillo]. Primera edición. Editorial Legis.
- Le Tourneau, Philippe. (2012/2013). *Derecho de la Responsabilidad y de los Contratos*. No. 2441-1, Dalloz, Edición 2012/2013.

- Magnus, Ulrich. (2001). *Unification of Tort Law: Damages. Principles of European Tort Law. Comparative Report on the Law of Damages*. vol. 5. Londres.
- Martínez Rave, Gilberto. (2003). *La Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: 11ª. Ed. Editorial Temis.
- Mazeaud, Henri. (1936). *Essai de classification des obligations*. Traducción del texto original: «*la faute est une erreur de conduite que n'aurait pas commise une personne avisé*».
- Mazeaud, Henri; Mazeaud Leon; André Tunc; Henri Capitant; Luis Alcalá Zamora y Castillo (1977). *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Publicado por Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina.
- Malaurie, Philippe. (1985). *Cours de Droit Civil – Les Obligations*. Éditions Cujas, Paris.
- Navia Arroyo, Felipe. (2000). *Del daño moral al daño fisiológico. ¿Una evolución real?* Editorial: U. Externado de Colombia, Bogotá.
- Pérez Vives, Álvaro. (2011). *Teoría General de las Obligaciones*. Volumen II, Primera Parte, Cuarta edición. Bogotá, Colombia. Editorial: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Rengifo García, Ernesto. (2015). *Los perjuicios en la infracción de los derechos de propiedad intelectual*. *Ámbito Jurídico*, 11 de junio de 2015. Memoriales.
- Restrepo Rodríguez, Tomás. (2008). *El remedio preventivo en la responsabilidad civil*. *Revista de derecho privado Universidad Externado de Colombia*, No 14, 2008.
- Solarte Rodríguez, Arturo. (2005). *La reparación in inatura del daño*. *Vniversitas*, 54(109), 187-238. Recuperado a partir de: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14704>

Stark, Boris; Roland, Henri y Boyer, Laurent. *Obligations I. Responsabilité délictuelle*.
Quatrième édition. Libraire de la Cour de cassation 27, place Dauphine, 75001,
Paris.

Suescún, Jorge. (2003). *Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo I*. Bogotá: Editorial Legis.

Tamayo Jaramillo, Javier. (2005). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I. Segunda Edición. Colombia: Editorial Legis.

Uribe, Saúl. (2006). *Caos dogmático en la responsabilidad civil, propuestas*. Revista IARCE No. 20. Edición digital. Instituto Antioqueño de la Responsabilidad Civil y del Estado.

Velásquez Gómez, Hernán Darío. (2010). *Estudio sobre obligaciones*. Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS.

Velásquez Posada, Obdulio. (2009). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Velásquez Posada, Obdulio. (2009). *Itinerario jurisprudencial del daño moral en Colombia*. Revista IARCE No. 26. Edición digital. Instituto Antioqueño de la Responsabilidad Civil y del Estado.

Valencia Zea, Arturo. (1978). *Derecho Civil. Tomo III. De las Obligaciones*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Zannoni, Eduardo. (2005). *El daño en la responsabilidad civil*. 3ra ed. Editorial Astrea.

Normas

Decisión 486 de 2000. (2000). Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Comunidad Andina de Naciones.

Decreto 1074 de 2015. (2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo

Constitución Política de 1991. (1991).

Ley 44 de 1993. (1993). Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944.

Ley 57 de 1887. (1887) Código Civil.

Ley 1564 de 2012. (2012). Código General del Proceso.

Ley 599 del 2000. (2000). Código Penal.

Ley 446 de 1998. (1998). Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia

Ley 1648 de 2013. (2013). Por medio de la cual se establecen medidas de observancia a los derechos de propiedad industrial.

Ley 472 de 1998. (1998). Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.

Jurisprudencia

Consejo de Estado. (2013). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 29 de julio de 2013. [CP. Ramiro de Jesús Pazos Guerra].

Consejo de Estado. (2011). Sección 3, sentencia del 14 de septiembre de 2011. [CP. Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado. (2016). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 5 de diciembre de 2016. [CP. Ramiro Pazos Guerrero]. Expediente: 41262.

Consejo de Estado. (2006). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 14694, sentencia del 11 de mayo de 2006. [CP. Ramiro Saavedra].

Corte Constitucional. (2012). Sentencia C – 052 de 2012. [MP. Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional. (2008). Sentencia T – 760 de 2008. [MP. María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional. (2012). Sentencia T – 454 de 2012. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional. (2003). Sentencia T - 227 de 2003. [MP. Eduardo Montealegre]

Corte Constitucional. (1992). Sentencia T - 406 de 1992. [MP. Ciro Angarita Barón]

Corte Constitucional. (1992). Sentencia T - 494 de 1992. [MP. Ciro Angarita Barón]

Corte Suprema de Justicia. (2012). Sala de Casación Civil, sentencia del 9 de julio de 2012. Rad. Exp. 11001-3103-006-2002-00101-01.

Corte Suprema de Justicia. (2014). Sala de Casación Civil. Sentencia SC10297-2014 del 5 de agosto de 2014 [MP. Ariel Salazar Ramírez].

Corte Suprema de Justicia. (1968). Sala de Casación Civil. 4 de abril de 1968. Tomo CXXIV, No. 2297 a 2299, pág. 58 a 65. [MP. Fernando Hinestrosa Forero].

Corte Suprema de Justicia. (1922). Sentencia del 21 de julio de 1922. [MP. Tancredo Nannetti].

Corte Suprema de Justicia. (2008). Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de noviembre de 2008. [MP. Pedro Octavio Munar Cadena]. Rad. No.70001 3103 004 1999 00403 01

Corte Suprema de Justicia. (2017). Sala de Casación Penal. Sentencia SP6029-2017 del 3 de mayo de 2017. [MP. Fernando Alberto Castro Caballero].

Corte Suprema de Justicia. (2008). Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de mayo de 2008. [MP. César Julio Valencia Copete]. Expediente 09327 – 01.

Superintendencia de Industria y Comercio. (2018). Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Sentencia No. 1600 del 27 de diciembre de 2018. [Delegado José Fernando Sandoval Gutiérrez].

Conceptos

Superintendencia Bancaria de Colombia. (1990). Concepto 90075816-1 del 5 de diciembre de 1990.