

REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD EN EL SIGLO XXI

BILLY ESCOBAR PÉREZ
MÓNICA LUCÍA FERNÁNDEZ MUÑOZ
DIRECTORES

Reflexiones sobre la responsabilidad
en el siglo XXI





INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA
POLITÉCNICO GRANCOLOMBIANO

BILLY ESCOBAR PÉREZ
MÓNICA LUCÍA FERNÁNDEZ MUÑOZ
Directores

Reflexiones sobre la responsabilidad en el siglo XXI

Cristina Amato. Samuel Yong Hernández. María Edna Castro Nieto. Esperanza Valencia López. Gustavo Barbour Díaz. Diana Rodríguez Ramos. Billy Escobar Pérez. Mónica Lucía Fernández Muñoz. Mauro Paladini. Fernanda Ivo Pires. Mauricio Tapia. Juan Carlos Villalba Cuéllar. Daniel Ricardo Sarmiento Cristancho. Jaime Alberto Sandoval Mesa. Carolina Blanco Alvarado.

© Institución Universitaria Politécnico Gran Colombiano

Reflexiones sobre la responsabilidad en el Siglo XXI

Directores

Billy Escobar Pérez, Mónica Lucía Fernández Muñoz

Autores

Cristina Amato, Samuel Yong Hernández, María Edna Castro Nieto, Esperanza Valencia López, Gustavo Barbour Díaz, Diana Rodríguez Ramos, Billy Escobar Pérez, Mónica Lucía Fernández Muñoz, Mauro Paladini, Fernanda Ivo Pires, Mauricio Tapia, Juan Carlos Villalba Cuéllar, Daniel Ricardo Sarmiento Crisanchó, Jaime Alberto Sandoval Mesa, Carolina Blanco Alvarado.

ISBN: 978-958-8721-37-8

EISBN: 978-958-8721-38-5

Editorial Politécnico Gran Colombiano

Calle 57 No. 3 – 00 Este Bloque A Primer piso

PEX: 7455555 ext. 1170

<http://www.poligran.edu.co/editorial>

Septiembre de 2014

Bogotá, Colombia

Institución Universitaria Politécnico Gran Colombiano

Fernando Dávila Ladrón de Guevara

Presidente

Jurgen Chiari Escovar

Rector

Facultad de Ciencias Sociales

Billy Escobar Pérez

Decano

Eduardo Norman Acevedo

Director editorial

David Ricciulli Duarte

Coordinador editorial

María del Pilar Osorio Vélez

Corrección de estilo

Santiago Arciniegas

Diagramación

La imprenta editores

Impresión y encuadernación

Impreso y hecho en Colombia

Printed in Colombia

La Editorial del Politécnico Gran Colombiano pertenece a la Asociación de Editoriales Universitarias de Colombia, ASEUC.

Reflexiones sobre la responsabilidad en el siglo XXI por Institución Universitaria Politécnico Gran Colombiano se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional. El contenido de esta publicación se puede citar, copiar y redistribuir en cualquier medio o formato o reproducir con propósitos académicos siempre y cuando se dé cuenta de la fuente o procedencia. Las opiniones expresadas son responsabilidad exclusiva de los autores.

La Editorial Politécnico Gran Colombiano provee acceso libre inmediato este material bajo el principio de hacer disponible gratuitamente la investigación al público, lo cual fomenta un mayor intercambio de conocimiento global.

Para citar este libro:

Amato, C.; Yong, S.; Castro, M.; Valencia, E.; Barbour, D. [y otros]. (2014). Reflexiones sobre la responsabilidad en el Siglo XXI. Bogotá: Editorial Politécnico Gran Colombiano

Amato, Cristina

Reflexiones sobre la responsabilidad en el Siglo XXI / Autores, Cristina Amato... [et al.]; directores, Billy Escobar Pérez y Mónica Lucía Fernández; editor Eduardo Norman Acevedo. -- Bogotá D.C.: Editorial Politécnico Gran Colombiano, 2014.

459 p.; 17x24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 978-958-8721-37-8

EISBN: 978-958-8721-38-5

RESPONSABILIDAD PENAL -- COLOMBIA.

-- 2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

-- COLOMBIA. -- 3. RESPONSABILIDAD

CONTRACTUAL -- DAÑOS Y PERJUICIOS --

COLOMBIA. -- 4. RESPONSABILIDAD CIVIL

-- COLOMBIA. I. Tit. II. Amato, Cristina. III.

Hernández, Samuel Yong. IV. Castro Nieto, María

Edna. V. Valencia López, Esperanza. VI. Barbour

Díaz, Gustavo. VII. Rodríguez Ramos, Diana. VIII.

Escobar Pérez, Billy. IX. Fernández Muñoz, Mónica

Lucía. X. Paladini, Mauro. XI. Ivo Pires, Fernanda.

XII. Tapia, Mauricio. XIII. Villalba Cuellar, Juan

Carlos. XIV. Sarmiento Crisanchó, Daniel Ricardo.

XV. Sandoval Mesa, Jaime Alberto. XVI. Blanco

Alvarado, Carolina. XVII. Norman Acevedo,

Eduardo, ed.

346.022 21 ed.

Sistema Nacional de Bibliotecas - SISNAB
Institución Universitaria Politécnico
Gran Colombiano.



COMITÉ CIENTÍFICO

A, - INTERNACIONAL

Françoise Chabas (q.e.p.d.) (Tratadista y Prof. emérito de la Universidad de París Est.)

Aida Kemelmajer de Carlucci (Tratadista, miembro de la Comisión de Reforma del Código Civil argentino – Prof. Universidad de Cuyo- Argentina)

Ángel Guillermo Ruiz Moreno (Prof. Universidad de Guadalajara – México)

Eugenio Llamas Pombo (Tratadista y Prof. Universidad de Salamanca - España).

Luciana Cabella Pisu (Tratadista y Prof. Universidad de Génova- Italia)

B, - NACIONAL

Javier Tamayo Jaramillo (Tratadista, Docente universitario, Ex Magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, Arbitro, Especialista en Economía y derecho de los Seguros Universidad Católica de Lovaina – Bélgica, Doctor Honoris Causa Universidades de San Pedro y De Ayacucho – Perú).

German Silva Garcia (Tratadista, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, Ex director general del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios - ILAE y Ex jefe de la Oficina Jurídica y Ex Contralor Auxiliar en la Contraloría General de la Republica, Ex Viceministro (e) del MEN. Magister y Doctor de la Universidad de Barcelona).

Martha Elisa Monsalve Cuellar (Tratadista, Conferencista, Consultora y miembro de varias organizaciones internacionales y nacionales en derecho del trabajo).

TABLA DE CONTENIDO

PRÓLOGO	11
PARTE I - REVISIÓN DE CONCEPTOS CLÁSICOS	19
CAPÍTULO I - BUENA FE Y CONFIANZA	
POR CRISTINA AMATO (ITALIA)	21
CAPÍTULO II - EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PÚBLICA EN COLOMBIA	
POR SAMUEL YONG HERNÁNDEZ	75
CAPÍTULO III - INIMPUTABILIDAD POR CONDICIONAMIENTOS SOCIOCULTURALES EN LOS MENORES DE EDAD INFRACTORES DE LA LEY PENAL	
POR MARÍA EDNA CASTRO NIETO	123
CAPÍTULO IV - SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD: LA AUTONOMÍA COMO MANIFESTACIÓN DE LA LIBERTAD	
POR ESPERANZA VALENCIA LÓPEZ	139
CAPÍTULO V - ASPECTOS POLÉMICOS DE LA "CLÁUSULA PENAL"	
POR GUSTAVO BARBOUR DÍAZ Y DIANA RODRÍGUEZ RAMOS	159
PARTE II - NUEVAS HIPÓTESIS DE DAÑO	205
CAPÍTULO VI - DAÑOS Y RESPONSABILIDAD GENERADOS POR MOBBING	
POR BILLY ESCOBAR PÉREZ Y MÓNICA L. FERNÁNDEZ M.	207
CAPÍTULO VII - EL RESARCIMIENTO POR DAÑOS INTRAFAMILIARES	
POR: MAURO PALADINI	241
CAPÍTULO VIII - LA AMENAZA A UN DERECHO COMPORTA UN DAÑO	
POR FERNANDA IVO PIRES	271
CAPÍTULO IX - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN.	
POR MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ	303

PARTE III - LA RESPONSABILIDAD FRENTE A SECTORES ECONÓMICOS . . .	321
CAPÍTULO X - LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR POR GARANTÍA. ASPECTOS SUSTANCIALES Y PROCESALES	
POR JUAN CARLOS VILLALBA CUÉLLAR	323
CAPÍTULO XI - LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LAS ACTIVIDADES MINERAS	
POR DANIEL RICARDO SARMIENTO CRISTANCHO	379
 PARTE IV - PERSPECTIVAS INTERNACIONALES DE LA RESPONSABILIDAD . . .	407
CAPÍTULO XII - RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL Y ELEMENTOS DE LEGALIDAD E INTERÉS DE JUSTICIA DE LA CPI EN EL DERECHO INTERNO DE COLOMBIA	
POR JAIME ALBERTO SANDOVAL MESA	409
CAPÍTULO XIII - LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO FRENTE AL SILENCIO Y LA AMBIGÜEDAD DE LA CONSTITUCIÓN EN LO REFERENTE AL CONTENIDO ESENCIAL DEL PROCESO ANDINO DE INTEGRACIÓN	
POR CAROLINA BLANCO ALVARADO	439

PRÓLOGO

Mucha razón le asistía al maestro Louis Josserand cuando tiempo atrás, afirmaba que la responsabilidad civil era “la gran estrella” del derecho civil universal. Su visión perfilaba cómo este instituto sufriría innumerables cambios, lo cual en efecto ha sucedido, siendo hoy un tema jurídico muy especializado y en continuo desarrollo. De esa misma forma, lo vaticinó el tratadista italiano Francesco Donato Busnelli, cuando aludió a la “parábola” de la responsabilidad, para hacer mención a los grandes cambios y nuevos espacios de debate que genera esta institución.

La responsabilidad es y continuará siendo tema de estudio y debate permanente, por su complejidad expansiva, a consecuencia de los avances derivados no solo del desarrollo de la cultura, sino también, de los adelantos industriales, la técnica y las nuevas exigencias sociales, todo lo cual impone repensarla constantemente.

Por ello, es un honor presentar esta obra dirigida por los profesores Billy Escobar Pérez y Mónica Lucía Fernández Muñoz, quienes cuentan con una amplia trayectoria académica y han preparado publicaciones de la más alta calidad en temas especializados sobre responsabilidad, lo cual garantiza el destacado nivel de los escritos que conforman el presente texto.

Los directores han unido sus experiencias para la realización de esta obra, que integra en un conjunto coherente el aporte no solo de prestigiosos expertos nacionales y extranjeros en el área de la responsabilidad, sino además, las reflexiones de jóvenes docentes quienes continúan su proceso de formación.

Contribuyen igualmente a la importancia del libro que hoy se presenta, la profundidad de sus reflexiones, el amplio soporte investigativo de sus capítulos, y la visión comparativa de otras realidades de la responsabilidad, aspectos que con seguridad ayudarán al lector a encontrar interesantes puntos de análisis y aproximaciones alternativas al moderno derecho de la responsabilidad

La obra ha sido dividida en cuatro partes: La **primera**, dedicada a hacer una revisión de conceptos clásicos, a partir de reflexiones significativas que se suscitan alrededor de ciertos postulados tradicionales. La **segunda**, orientada a analizar algunas novedosas hipótesis de daños, desde la amenaza del derecho, hasta aquellos que pueden derivar de especiales relaciones laborales

y familiares. La **tercera**, dirigida a examinar supuestos de la responsabilidad relacionados de manera directa con la economía, específicamente con la circulación de productos defectuosos y con las actividades mineras. La **cuarta**, presenta desde una perspectiva internacional, reflexiones relacionadas con la responsabilidad del Estado Colombiano en dos ámbitos específicos: la Corte Penal Internacional (CPI) y el Proceso Andino de Integración.

De este modo, la reconocida escritora italiana **Cristina Amato**, en el capítulo sobre **la buena fe y la confianza**, muestra cómo este último principio ha desbordado sus propios límites como criterio interpretativo, proyectándose, como fuente autónoma de responsabilidad, con respaldo en la aplicación de las reglas sobre buena fe prescritas en materia de responsabilidad precontractual.

A su turno, el doctor **Samuel Yong Hernández**, en el sección titulada “**El concepto de responsabilidad pública**”, a partir de una revisión de los presupuestos sobre los cuales se ha venido construyendo aquella en Colombia, analiza no solo la autoridad generadora de la acción u omisión, sino además, el contenido y alcance del daño y la forma cómo la jurisdicción de lo contencioso administrativo, imputa el efecto nocivo a su autor.

A su vez la docente **María Edna Castro Nieto**, en el aparte la “**Inimputabilidad y condicionamientos socioculturales en los menores de edad infractores de la ley penal**”, realiza una reflexión desde la dogmática jurídico-penal, criticando que el concepto de inimputabilidad en el caso de los menores sea tratado exclusivamente desde la perspectiva de una línea cronológica que fija un término a partir del cual se adquiere la madurez mental que permite pregonar en ellos la comprensión de sus actos criminales, y plantea la necesidad de examinar otras causas de inimputabilidad fundadas en referentes socio-culturales diversos.

Por su parte, la doctora **Esperanza Valencia López** en su escrito denominado “**Sobre el fundamento de la responsabilidad: la autonomía como manifestación de la libertad**”, analiza la autonomía desde la perspectiva de la acción humana transitando hacia el terreno de lo moral, donde encuentra el fundamento de la responsabilidad, por entender que es en aquel estadio interior donde el hombre se autodetermina. Así, desde la filosofía muestra que la responsabilidad no se agota en la norma legal, sino que corresponde a un concepto más amplio de justicia, perteneciente a los dominios de la autodeterminación para la acción.

A continuación, los profesores **Billy Escobar Pérez** y **Mónica Lucía Fernández Muñoz**, en el capítulo titulado “**Daños y responsabilidad generados por mobbing**”, analizan el impacto que el acoso psicológico tiene a nivel de la responsabilidad, en atención a los daños y graves secuelas que genera en las víctimas.

El profesor italiano **Mauro Paladini**, en “**El resarcimiento del daño intrafamiliar**”, plantea cómo desde hace largo tiempo la doctrina y la jurisprudencia italianas, excluyeron que al interior de la familia pudiera encontrar actuación la responsabilidad civil; sin embargo, luego del desarrollo del “daño no patrimonial” consagrado en el art. 2059 Código Civil italiano y en particular, de la relectura de las normas de la citada codificación a la luz de los principios constitucionales, la jurisprudencia reconoció en una sentencia del año 2005, que el incumplimiento de las obligaciones existentes frente al cónyuge y a los hijos generaba el derecho al resarcimiento de acuerdo con las normas comunes de aquella, en razón a la lesión de los derechos fundamentales de la persona. Sin embargo, como lo expone el autor, esta posición ha generado un sinnúmero de respuestas a las nuevas problemáticas que se plantean con relación a la naturaleza de esta clase de responsabilidad, a sus presupuestos y a sus límites.

A su vez **Fernanda Ivo Pires**, profesora de la Universidad Jorge Amado de Brasil, en el trabajo titulado “**La amenaza a un derecho comporta un daño**”, intenta demostrar cómo la simple amenaza de un derecho puede generar un daño indemnizable. Tesis que soporta principalmente en la denominada función preventiva de la responsabilidad civil.

A continuación, el profesor chileno **Mauricio Tapia Rodríguez**, en su capítulo titulado “**Indemnización de Daños y Principio de Precaución**”, examina la aplicación de este moderno principio en el derecho de la responsabilidad civil en Chile, tanto desde la perspectiva de la indemnización de los daños como de la prevención de los mismos. El autor concluye que no se observa una influencia en materia de indemnización, por efecto de la jurisprudencia y de una ley en materia sanitaria pública, salvo lo que se pueda resolver en definitiva sobre el caso “asbesto”, que también se analiza; y, que es perceptible una cierta función preventiva, que, no obstante, es incipiente producto de ciertas falencias procedimentales, pero también de las incertidumbres científicas consustanciales a estos riesgos.

El profesor **Juan Carlos Villalba Cuéllar**, al ocuparse de la garantía de bienes y servicios, con su aporte denominado “**La responsabilidad del productor por garantía. Aspectos sustanciales y procesales**”, muestra con base en un

rastreo de decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio, las virtudes y falencias de esta autoridad frente a la protección de los derechos del consumidor.

Por su parte, el doctor **Jaime Alberto Sandoval Mesa**, con el capítulo titulado: **“Responsabilidad internacional y elementos de legalidad e interés de justicia de la CPI en el derecho interno de Colombia”**, a partir de una integración de los aspectos sustanciales y procesales, analiza las incidencias en nuestro sistema de derecho del principio de legalidad y del denominado interés de justicia.

La docente **Carolina Blanco Alvarado**, en **“La responsabilidad del Estado Colombiano frente al silencio y la ambigüedad de la Constitución en lo referente al contenido esencial del Proceso Andino de Integración”**, aborda la problemática relativa a la probable responsabilidad del Estado por el incumplimiento del Derecho subregional de Integración.

De otro lado, **Daniel Ricardo Sarmiento Cristancho**, en su **análisis sobre la responsabilidad civil derivada de las operaciones mineras**, efectúa un acercamiento en detalle a las situaciones que en la actividad extractiva podrían generar responsabilidad.

Finalmente **Gustavo Barbour Díaz y Diana Rodríguez Ramos**, a través del trabajo denominado **“Aspectos polémicos de la cláusula penal”**, hacen una detallada revisión de la figura realizando un acercamiento comparativo de ella en los sistemas *civil law* y *common law*, para poner de presente algunas de las controversias más recientes que se suscitan a su alrededor, especialmente las relativas a sus funciones, modificación, exigibilidad y concurrencia con otras figuras cercanas.

Con esta breve presentación, me gustaría haber despertado el interés de los estudiosos de las responsabilidades civil, penal y laboral, ante la importancia de los temas tratados y en especial, brindar un reconocimiento a los directores y autores de cada uno de los capítulos de la obra, por compartir sus conocimientos y generar inquietudes, que invitan a nuevas profundizaciones en estas áreas especializadas del conocimiento jurídico.

Jesús Vall de Rutén Ruiz

Magistrado H. Corte Suprema de Justicia

Agosto de 2014

DEDICATORIA DE LOS AUTORES

A FRANÇOIS CHABAS IN MEMORIAM (1940-2014)

El 20 de julio de 2014 murió en París, a la edad de 74 años, el ilustre y querido civilista François Chabas, profesor emérito de la Universidad de París Est, caballero de la orden del Mérito de Francia, ex director del programa de doctorado en derecho privado (*Diplôme d'études approfondies de droit privé*), ex presidente de la sección de derecho privado de la Universidad de París Est, ex director del Centro de Derecho Médico de la Universidad de París Est, *Doctor honoris causa* de la Universidad de Chile, de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad de Mendoza y de la Universidad de Lima.

El maestro François Chabas, quien también visitó al Politécnico Gran colombiano, fue profesor invitado por numerosas Universidades de Europa, América y Asia (entre ellas, Universidad de Chile, Universidad de Buenos Aires, Universidad Externado de Colombia, Université de Genève, Universidad de Roma, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad de Lima, Universidad de Mendoza, Universidad de Padova, etc.), y participó como conferencista en decenas de congresos en Francia, Italia, España, Suiza, México, Colombia, Argentina, Chile, Perú, Brasil, Japón, Egipto, etc.

Igualmente fue conocido en los medios académicos de todo el mundo por sus célebres publicaciones en derecho privado, que lo inscriben en la línea de los grandes civilistas franceses del siglo XX (tal como Henri Capitant, y Henri y Léon Mazeaud, que fueron sus maestros).

El profesor Chabas fue particularmente reconocido en los medios jurídicos latinoamericanos. En efecto, su notable dominio de la lengua española y su interés por el derecho de estos países, lo convirtieron en promotor desde la década del 80 de la renovación de los lazos entre Francia y los medios jurídicos latinoamericanos. Así, incentivó los intercambios académicos entre estos países, organizando congresos internacionales, invitando a estudiantes y a profesores a su programa de doctorado y publicando estudios en español. De esta forma, se le identifica como el impulsor de un acercamiento entre la tradición jurídica francesa y la latinoamericana, cuyas relaciones habían estado descuidadas durante muchos años.

Sin lugar a dudas una de las contribuciones más importantes a la ciencia del derecho del maestro François Chabas fue su trabajo junto a los hermanos Mazeaud en la redacción del monumental y más importante tratado de responsabilidad civil del siglo XX: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*¹, que ha sido traducido a varios idiomas (entre ellos, al español) y que sirvió para elaborar el cuadro metodológico de esta disciplina en el mundo.

Entre sus numerosas obras monográficas publicadas, se destacan su tesis de doctorado *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, dirigida por Henri Mazeaud y publicada en 1967²; el libro sobre las relaciones entre la responsabilidad civil y penal: *La responsabilité civile et la responsabilité pénale*³; el estudio sobre los accidentes del tránsito: *Les accidents de la circulation*⁴; el libro sobre la evolución de la responsabilidad civil, publicado recientemente en español con el título *Cien años de responsabilidad civil en Francia*⁵, cuya traducción fue revisada y autorizada por él mismo.

El profesor François Chabas publicó numerosos artículos, comentarios y notas de jurisprudencia en las principales revistas jurídicas francesas: *Recueil Dalloz*, *Gazette du Palais*, *Revue trimestrielle de droit civil*, *La semaine Juridique (J.C.P.)*, *Droit et patrimoine*, *Personnes et famille*, etc. (éstos se cuentan por centenas). Asimismo, escribió estudios y artículos en español, italiano e inglés, que fueron publicados en diversas revistas extranjeras.

El maestro fue miembro de un sinnúmero de consejos científicos de revistas de derecho francesas y extranjeras: *Droit et patrimoine* (Francia), *Personnes et famille* (Francia), *Gazette du Palais* (Francia), *Revista de Derecho de Familia* (Argentina), *Revista de Derecho Comparado* (Argentina), etc.

Asimismo, debe mencionarse el notable trabajo que realizó durante décadas en la formación de generaciones de estudiantes por intermedio de sus clases

1 Mazeaud, Henri, Léon y Jean, y Chabas François, *Traité théorique et pratique de la Responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. III, París, Montchrestien, 1978-1983, 6ª ed., París, Montchrestien, 1983, 6ª éd. Traducción al español de este tratado: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, traducción de la quinta edición por LUÍS ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América.

2 París, L.G.D.J.

3 París, Ed. Montchrestien, 1975.

4 París, Dalloz, *Connaissance du droit*, 1995.

5 *Colección derecho francés contemporáneo*, París, Van Dieren, 2004.

y conferencias y, sobre todo, mediante su obra *Leçons de droit civil*⁶, iniciada junto a los hermanos Mazeaud, que luego pasó a dirigir, y que también fue traducida a varios idiomas (entre ellos, al español).

El notable trabajo del profesor François Chabas en la formación de nuevos juristas, resulta patente al comprobar que una parte importante de los actuales profesores de derecho civil de la Universidad de París fueron sus discípulos o asistentes, así como lo fueron también numerosos profesores latinoamericanos.

La partida del ilustre civilista François Chabas ha dejado un vacío y una tristeza infinita en quienes tuvieron el privilegio de ser sus discípulos y amigos. Fue sin duda uno de los más lúcidos civilistas franceses del siglo XX, de esos que marcarán para siempre el derecho de nuestro tiempo. Su fina comprensión crítica del derecho, su pasión por la enseñanza, su cultura enciclopédica, su certera escritura, su generosidad y su preciso sentido del humor, son algunas de sus cualidades inolvidables.

Era un hombre justo el que se fue, era un hombre que luchó con honestidad por un derecho racional. Somos muchos quienes recordaremos siempre su voz pausada, elegante, ilustrada, enseñando con erudición, generosidad y afecto.

La ciencia del derecho ha perdido a un notable jurista, a un hombre erudito y generoso, que contribuyó notablemente al cultivo de la disciplina y que dedicó gran parte de su vida a formar a nuevas generaciones de juristas.

Honramos su memoria y agradecemos su invaluable contribución.

6 - *Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit*, t. I, vol. 1, París, Montchrestien, 2000, 12ª ed.

- *Leçons de droit civil, Personnes : La personnalité – incapacités*, t. I, vol. 2, París, Montchrestien, 1997, 8ª ed.

- *Leçons de droit civil, Famille: Mariage, filiation, autorité parentale, divorce et séparation de corps*, t. I, vol. 3, París, Montchrestien, 1995, 7ª ed.

- *Leçons de droit civil, Biens: Droit de propriété et ses démembrements*, t. II, vol. 2, París, Montchrestien, 1994, 8ª ed.

- *Leçons de droit civil, Obligations: Théorie générale*, t. II, vol. 1, París, Montchrestien, 1998, 9ª ed.

- *Leçons de droit civil, Sûretés - Publicité foncière*, t. III, vol. 1, París, Montchrestien, 1999, 7ª ed.

- *Leçons de droit civil, Successions-Libéralités*, t. IV, vol. 2, París, Montchrestien, 1999, 5ª ed.

PARTE I

REVISIÓN DE CONCEPTOS CLÁSICOS



CAPÍTULO I

BUENA FE Y CONFIANZA

Sumario I. Del antiguo nemo potest venire contra factum proprium al actual principio de apariencia. 1. Custodia y apariencia culposa: hacia una aplicación general del principio de la no contradicción. II. Del principio a la regla: la buena fe como presupuesto de la confianza legítima. 1. Los arts. 1337 y 1338 del C.C. italiano, paradigma de una obligación de buena fe para lax tutela de la confianza legítima. 2. Buena fe, responsabilidad precontractual y tutela de la confianza en Francia. 3. Estoppel y tutela de la confianza en el common law. 4. Más allá de la responsabilidad precontractual: las posibles aplicaciones de la cláusula general de buena fe en la tutela de la confianza. 5. El problema de la reparación de los daños

POR CRISTINA AMATO (ITALIA)

INTRODUCCIÓN

Es cierto que el principio de la tutela de la confianza ha vuelto recientemente a ser centro de atención de los abogados y la jurisprudencia; y no solo en Italia. Y es igualmente innegable que este principio sufre de una vaguedad inherente, que se deriva del hecho de que se trata esencialmente de un principio interpretativo, con valor organizador.

Sin embargo, volviendo a los orígenes históricos de la institución, y a la luz de las modernas instancias de protección planteadas por la nueva “sociedad de la información”, surge una capacidad aplicativa mucho más amplia del principio en cuestión, capaz de llevarlo fuera de sus límites interpretativos y proyectarlo al terreno más concreto de las normas.

La ruta propuesta en las páginas siguientes se inicia con una breve explicación de los principios de los cuales se genera la tutela de la confianza legítima, o sea el principio de apariencia y de no contradicción (I). Habiendo determinado el alcance generalizado del principio de apariencia culposa, la tesis que se sostiene en el presente escrito es que la tutela de la confianza está en capacidad de convertirse en fuente autónoma de obligaciones indemnizatorias, de conformidad con las reglas de buena fe establecidas en materia de responsabilidad precontractual, pero también en capacidad de ascender a paradigma autónomo de responsabilidad, incluso por fuera del modelo de las negociaciones y de la formación del contrato (II).

I. DEL ANTIGUO NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM AL ACTUAL PRINCIPIO DE APARIENCIA.

Confianza y apariencia pura.

La confianza legítima es un efecto jurídico de la apariencia. Las situaciones de apariencia que prevalecen excepcionalmente sobre la verdad encuentran su

fuente en el derecho común a la tradición jurídica occidental, es decir, al Derecho romano, el cual resumió esta posibilidad en la conocida máxima: *nemo potest venire contra factum proprium* (Digesto). Principio nunca olvidado en Europa, que perpetúa la tradición romanista a través del paciente trabajo de los glosadores y humanistas de los siglos XII - XV, y del *usus modernus pandectarum* de la Alemania del siglo XIX.

Doctrina y jurisprudencia, en Italia, Francia, Alemania y el Reino Unido han asociado la interpretación de algunas disposiciones de las codificaciones decimonónicas a la antigua prohibición de la no contradicción.

La doctrina italiana, en particular, ha contribuido a la resurrección de la teoría de la apariencia, poniendo de relieve una serie de soluciones, descritas por el legislador, resultantes del *hecho objetivo* de la apariencia creada en casos específicos. En tales circunstancias, la posición jurídica formal, por una parte, es que no podría hacerla prevalecer sobre la situación de apariencia creada, sino a costa de causar un daño a la contraparte. Las soluciones adoptadas por el legislador para impedir el ejercicio del derecho, no obstante la apariencia creada, corresponden a las reglas del “heredero aparente” (art. 534 C.C. italiano); del “acreedor aparente” (art. 1189 C.C. italiano); de la validez de los actos jurídicos asumidos por el mandatario antes de que el mandate hubiere notificado la terminación del mandato (art. 1729 C.C. italiano); del pago al acreedor cedente por parte del deudor, antes de la notificación al deudor de la cesión del crédito (art. 1264 C.C. italiano); de los derechos del titular simulado (arts. 1415 a.1 y 1416 a.1, C.C. italiano); de la empresa aparente (Galgano, 2004, pp. 453 y ss.).

En estas situaciones, denominadas de ‘*apariencia pura*’, u objetiva, la culpa de cualquiera de las partes no juega ningún papel, y la protección de la confianza de la contraparte sigue siendo un principio cuya ‘*función política*’ no añade nada a la decisión del legislador de garantizar soluciones equitativas en casos específicos. Desde esta perspectiva, el principio de tutela de la confianza no puede aplicarse a otras situaciones cuyo criterio organizador tenga aplicación general. A lo sumo, se puede reconocer a la confianza y a su tutela solo una función interpretativa, o descriptivo/pedagógica (Genicon, 2013, pp. 339 y ss.). Por lo tanto, no se admite la aplicación por analogía de los casos descritos.

Por otro lado, mucho tiempo atrás, ni siquiera el Código napoleónico había codificado el principio de tutela de la confianza; sin embargo, sí previó una serie de situaciones heterogéneas que lo aplican. A modo de ejemplo: pago a acreedor aparente (art. 1240 cod. Nap.); revocatoria del mandato notificado

al único mandatario (art. 2005 cod. Nap.), muerte del mandante (art. 2008 cod. Nap.); compromiso del mandatario frente a terceros (art. 2009 cod. Nap.); vicios aparentes de la cosa vendida (art. 1642 cod. Nap.); la admisibilidad en el Derecho procesal civil (art. 123 y ss. C.P.C. fr.).

En Alemania, en un primer momento, doctrina (Riezler, 1912) y jurisprudencia habían asimilado el *Verwirkung* (*venire contra factum proprium*) al principio de no infringir los derechos de otros, contrariando las buenas costumbres, introducida por el par. 826 del BGB. Desde los años veinte del siglo pasado, la jurisprudencia alemana ha aproximado el *Verwirkung* al principio de abuso de derecho, que a su vez, no es más que una aplicación del principio de buena fe (*Treu und Glauben*: § 242 del BGB) (Ranieri, 2001, pp. 27 y ss.).

También en el Reino Unido el interés por la prevalencia de la apariencia sobre la realidad jurídica en algunas situaciones se ha traducido en muchas ocasiones en regulación legislativa de sector: es el caso del socio aparente (s. 14, *Partnership Act*, 1890), o del librador de una letra de cambio (s. 54, *Bill of Exchange Act*, 1882). En la primera hipótesis el socio aparente es responsable frente a los acreedores, aun si la representación de su calidad de socio no se haya hecho directamente al acreedor de buena fe, e incluso, sin el conocimiento del socio aparente¹. En el segundo, el girador de la letra de cambio es responsable frente al prestatario en cuanto a la legitimidad del documento, la capacidad del contratante y la existencia de fondos². Asimismo, ya en el siglo XVII³ aparece en la corte de *Equity* el *proprietary estoppel*⁴ (Burn & Cartwright,

1 S. 14 *Partnership Act*, 1890 “Persons liable by ‘holding out’(1) Every one who by words spoken or written or by conduct represents himself, or who knowingly suffers himself to be represented, as a partner in a particular firm, is liable as a partner to any one who has on the faith of any such representation given credit to the firm, whether the representation has or has not been made or communicated to the person so giving credit by or with the knowledge of the apparent partner making the representation or suffering it to be made”.

2 S. 54 *Bill of Exchange Act*, 1882 “Liability of acceptor: The acceptor of a bill, by accepting it -

(1) Engages that he will pay it according to the tenor of his acceptance;

(2) Is precluded from denying to a holder in due course: (a) The existence of the drawer, the genuineness of his signature, and his capacity and authority to draw the bill; (b) In the case of a bill payable to drawer’s order, the then capacity of the drawer to indorse, but not the genuineness or validity of his indorsement; (c) In the case of a bill payable to the order of a third person, the existence of the payee and his then capacity to indorse, but not the genuineness or validity of his indorsement”.

3 *V. ex plurimis*: *Edlin v. Battaly* (1668) 2 Lev 152; *Huning v. Ferrers* (1710) Gilb. Ch., 85.

4 *Crabb v. Arun District Council* [1976] Ch 179 C.A., [1975] 3 All ER 865, CA. *Ex plurimis*: E.H. BURN, J. CARTWRIGHT, *Cheshire and Burn’s Modern Law of Real Property*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 908 y ss.; M. PAWLOWSKI, *The Doctrine of Proprietary Estoppel*, Sweet & Maxwell, Londres, 1996, pp. 1-4.

2011, pp. 911 y ss.; Pawlowski, 1996, pp. 1-4) destinado a permanecer hasta el presente - por lo menos en la jurisdicción inglesa - el único caso de *estoppel* gracias al cual se pueden constituir derechos reales menores, o transferirse derechos propietarios exclusivos, aun en sustitución de obligaciones de forma (Getzler, 2003, pp. 42-46; Cheshire & Burn, 1982, p. 569)⁵.

La conclusión que se puede inferir puede enunciarse como sigue: al ser un principio interpretativo, la confianza legítima sirve para explicar ciertas hipótesis especiales de responsabilidades a cargo del autor de las situaciones de apariencia de las que se origine una confianza perjudicial. El principio conserva, en este caso, su función descriptiva, cuya única utilidad es explicar el fundamento de las reglas enunciadas que, de otra manera, parecerían contradecir las normas generales del régimen contractual (o de la circulación de los bienes inmuebles, en el derecho inglés).

Ya a principios del siglo xx, la jurisprudencia italiana habría reconocido una prohibición más general de la invocación de una posición jurídica formal, de manera contraria a las (falsas) representaciones creadas al interior de relaciones privilegiadas basadas en la confianza mutua (D'amelio, 1937, p. 550)⁶. En tales situaciones, definidas como "apariencia culposa", la prohibición de contradecirse sanciona la conducta *culposa* de quien quisiera que la verdad formal prevaleciera en las relaciones interpersonales, aunque de naturaleza no contractual. En resumen: la apariencia "pura" es un hecho ob-

5 *Re Basham* [1986] 1 WLR 1498, 1503 a 1504; Véase también J. CARTWRIGHT, *Formality and Informality in Property and Contract*, in J. GETZLER, *Rationalizing Property, Equity and Trusts. Essays in Honour of Edward Burn*, LexisNexis, Londres, 2003, pp. 42-46. Originalmente, se trataba casi exclusivamente de situaciones en las cuales el arrendatario hacía valer un derecho real sobre el bien inmueble, como resultado del "estímulo o aquiescencia" demostrado por el propietario pleno. Incluso en la edición de 1982 del manual de Cheshire "Modern Law of Real Property" el curador Edward Burn no dedicó al *proprietary estoppel* una discusión separada, si no que citó la institución dentro de las *licences* (exactamente: "*licences by estoppel*"), limitándose a reconocer el nacimiento de un nuevo "*right in alieno solo*" (así: GC CHESHIRE, EH. BURN, *Cheshire y Burn's Modern Law of Real Property*, Butterworths, Londres, 1982, p. 569). De hecho, el *proprietary estoppel* consiste en reconocer al demandante la legitimación para demandar, pero no crea por sí mismo derechos de propiedad: estos descenderán de la sentencia (constitutiva) del juez asignado, en caso que este decida reconocer el *equitable interest*; y solo desde entonces adquirirán aquellas características típicas de la realidad. Esta lectura del *proprietary estoppel* permite evitar el evidente contraste entre la doctrina del *proprietary estoppel* y la Sec. 53 del *Law of Property Act* de 1925, conforme al cual se aplica la forma escrita a la constitución y cesión de derechos reales. Ver: E.H. BURN, J. CARTWRIGHT, *Cheshire and Burn's Modern Law or Real Property*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 1015-1017.

6 Casación civ., 8 de junio de 1942, n. 1586, en *Foro it. Máximas*, 1942, p. 379; Casación civ., 04/07/1964, n. 780, en *Foro pad.*, 1965 II, p. 58, con nota de A. MONTEL; en *Justicia Civil.*, 1965 I, p. 189, con nota de FERRERO. D'Amelio, Presidente de la Corte de Casación italiana en los años 30, describía así el principio de la "apariencia culpable": "quien ha confiado razonablemente en una determinada manifestación jurídica y ha actuado de acuerdo con dicha manifestación, tiene derecho a contar con ella, incluso si la manifestación no coincide con la realidad" (M. D'AMELIO, "Apariencia del derecho" en *Nuevo Digesto Italiano*, 1937, I, p. 550).

jetivo, que opera *erga omnes*; el deber de coherencia, en cambio, surge solo al interior de una relación privilegiada. En tales casos, y como argumentaremos más adelante, la tutela de la confianza legítima de la contraparte se presenta como un principio rector con una función técnica (Sacco, p. 243)⁷, lo cual se deduce de una interpretación amplia de la regla de la buena fe (arts. 1175, 1337 y 1338 C.C. italiano), lo que permite al juez italiano garantizar la equidad de las soluciones dadas. Se está en presencia, entonces, de una doctrina general, susceptible de aplicación analógica donde concurren los elementos constitutivos del caso, es decir: la existencia de una relación privilegiada, la conducta culposa de una parte, una confianza legítima (es decir, no culposa) y contraprestación a cargo de la contraparte.

Es en estas situaciones que la tutela de la confianza se convierte en fuente autónoma de obligaciones, en virtud de las reglas de la buena fe establecidas por el Código Civil italiano en relación con la responsabilidad precontractual. Como precisaremos más adelante, en estos casos, la confianza legítima en el acto (o la conducta, o la omisión) se convierte en elemento esencial de la situación jurídica creada, en cuya tutela el ordenamiento jurídico renuncia a los indicadores externos de publicidad para reconocer la importancia de los hechos internos (o más bien, no visibles) que condujeron a un sujeto hacia una dirección desfavorable a sí mismo.

Al modelo de apariencia culposa y a su inverso, la tutela de la confianza legítima, están dedicadas las páginas siguientes, con el fin de profundizar las relaciones privilegiadas dentro de los cuales surge el deber de no contradicción y nace la necesidad de tutelar la confianza. Como se mencionará, tal exigencia puede resultar en una fuente autónoma de obligaciones cuando el *hecho* de la confianza onerosa y no culpable se produzca como consecuencia de una conducta incorrecta, y se limita a las hipótesis en las cuales el ordenamiento jurídico seleccione intereses relevantes imponiendo contextualmente una obligación de buena fe en cabeza de la contraparte, con el fin de proteger dichos intereses.

7 R. SACCO, *el hecho, el acto, el negocio*, en ID. (Dir.), *Tratado de Derecho Civil, La Parte General del Derecho Civil.*, p. 243.

II. DEL PRINCIPIO A LA REGLA: LA BUENA FE COMO PRESUPUESTO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

1. LOS ARTS. 1337 Y 1338 DEL C.C. ITALIANO, PARADIGMA DE UNA OBLIGACIÓN DE BUENA FE PARA LA TUTELA DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.

El argumento según el cual el principio de tutela de la confianza se encarna en una norma de conducta, fuente autónoma de obligaciones, parte de la observación de la presencia constante, en el Código Civil italiano, de la cláusula general de buena fe. En el Libro IV “De las Obligaciones” se encuentran numerosas disposiciones inspiradas en esta regla de conducta, sobre todo en materia de obligaciones contractuales: desde el momento del nacimiento de la obligación (art. 1175 C.C.), pasando por la interpretación del contrato (art. 1366 C.C.), hasta su ejecución (art. 1375 C.C.), la buena fe condiciona toda la vida del contrato. Tanto como para poder afirmar que, en el sistema italiano, la regla de la buena fe marca las directrices de un derecho contractual moderno inspirado en el “*civisme contractuel*” (Mazeaud, [s.f.], pp. 603-609)⁸. Sin embargo, si bien esta afirmación puede ser cierta, no añadiría nada a lo que se ha dicho acerca de la función puramente interpretativa del principio de tutela de la confianza legítima. De hecho, una conducta correcta y leal implica la prohibición de solicitar culposamente la confianza ajena, induciendo al interlocutor a modificar negativamente su situación jurídica.

De hecho, el potencial contenido normativo de la cláusula de la buena fe se manifiesta en todas sus posibles aplicaciones en los arts. 1337 y 1338 del Código Civil italiano. Únicas en la escena europea desde los años 40 del siglo pasado, las normas mencionadas pueden presentarse como verdaderas disposiciones revolucionarias. La primera (art. 1337 C.C.)⁹ corresponde a un

8 D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?*, en *Mélanges Terré*, Dalloz, PUF, Ed. Juriclasseur, pp. 603, 609.

9 Art. 1337: NEGOCIACIONES Y RESPONSABILIDADES PRECONTRACTUALES - Las partes en el desarrollo de las negociaciones y durante la celebración del contrato, deben actuar de buena fe.

caso general, en virtud del cual las partes deben actuar de buena fe, incluso en la fase de prenegociación, y con independencia de la estipulación efectiva del contrato; la segunda (art. 1338 C.C.)¹⁰ corresponde a un caso especial que, por el contrario, presupone la existencia de un contrato ya suscrito, en el cual los intereses de una parte en la ejecución efectiva del contrato resulta traicionado por la reticencia de la contraparte, que omitió dar a conocer una causa de nulidad del negocio.

No hay duda de que los arts. 1337 y 1338 citados se inspiran en el debate desarrollado en Alemania a finales del siglo XIX: la conocida teoría de Von Jhering relativa a la *culpa in contrayendo* (Von Jhering, 1861) suscitó un apasionado debate tanto en Alemania como en Italia¹¹. El pensamiento de Von Jhering se centraba en la idea que se requiere la debida diligencia contractual de ambas partes en la relación contractual que ya se ha verificado, verificado, como en el momento de la formación del contrato. En ambos casos, el incumplimiento de dicha obligación daría a la parte inocente la titularidad de una acción contractual. Según el pensamiento de Von Jhering, la culpa sigue siendo el punto central en torno al cual se puede asumir la responsabilidad por el incumplimiento del deber de cuidado. Solo más tarde, la doctrina alemana (Windscheid, 1906)¹² desarrollaría tal teoría, transformando el deber de cuidado en obligación de buena fe, reconociendo una acción (contractual) a favor de quien hubiera alterado, en perjuicio propio, su situación jurídica, basándose en su confianza en las declaraciones o la conducta de la contraparte.

10 Art. 1338: CONOCIMIENTO DE LAS CAUSAS DE NULIDAD - La parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de nulidad del contrato, no ha dado aviso a la otra parte, tiene la obligación de indemnizar el daño sufrido por haber confiado, sin culpa de su parte, en la validez del contrato.

11 La evolución del pensamiento jurídico alemán ha sido estudiado por la doctrina italiana ya a principios del siglo XX: G. FAGGELLA, *Los periodos precontractuales y la responsabilidad precontractual*, Roma, 1918; ID., *De los periodos contractuales y de su construcción científica verdadera y exacta*, en *Estudios Jurídicos en honor a FADDA por su vigésimo quinto año de enseñanza*, III, Nápoles, 1906, p. 271; ID., *Fundamento jurídico de la responsabilidad en cuanto a las negociaciones contractuales*, en *Arch Serafini*, 1909, pp. 128 y ss. ID., *La responsabilidad precontractual, con especial atención en sus elementos constitutivos*, en *Jur. it.*, 1917, IV, p. 1. La tesis de M. FAGGELLA, favorable al “contrato implícito” de actuar de buena fe había sido criticada por la doctrina francesa, que ya se inclinaba por la naturaleza extracontractual de la responsabilidad precontractual: R. SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle*, en *Rev. trim. dr. civ.*, 1907, p. 705 y ss. El interés en las teorías alemanas sigue vivo en la doctrina italiana. V. recientemente: C. CASTRONOVO, *La nueva responsabilidad civil*, Milán, 2006, p. 464 y ss. ID., “*Vaga culpa in contrahendo*: nulidad, responsabilidad y la búsqueda de la oportunidad perdida” en *Europa y der. priv.*, 2010, p. 7 y ss.

12 B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt a. M., 1906.

El pensamiento alemán ha dejado en claro durante mucho tiempo un punto fundamental: no se trata (solo) de moralizar las relaciones contractuales; sino más bien, de proteger a la persona que ha modificado su posición de manera perjudicial e irreversible como consecuencia de la conducta impropia de otro. Esta reconstrucción se vería hoy confirmada por la reforma al BGB del 01 de enero de 2002 (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*), tras de la cual el nuevo § 311, c. 2 reconoce una acción (contractual)¹³ en caso de incumplimiento de los deberes de protección de la confianza (mencionados en el § 241 BGB) depositada por una de las partes involucradas en una relación privilegiada.

En este contexto, de acuerdo con una reconstrucción más moderna y compatible propuesta por una refinada doctrina italiana (Mengoni, 1956, p. 360; Castronovo, 2006, p. 464 y ss.)¹⁴, el art. 1337 C.C. it. sería la expresión de un deber más general de actuar correctamente, ya introducido por el art. 1175 C.C. it.¹⁵; mientras que el art. 1338¹⁶ tutelaría la confianza depositada por una de las partes en la promesa de cumplir el contrato, sin con ello atar el precepto ni a los vicios del consentimiento ni al llamado “contrato de hecho”.¹⁷ En ambas normas, el perjuicio sufrido por la persona que hubiere depositado su confianza inocente y onerosa se convierte en una situación de hecho que, en la valoración del legislador italiano, merece ser protegida mediante el reconocimiento de una responsabilidad, de conformidad con los arts. 1337 y 1338, en cabeza de la contraparte, cuya conducta objetivamente desleal considerada en el contexto de una relación privilegiada causó el perjuicio.

13 El nuevo § 282 BGB establece específicamente la aplicabilidad del § 280, parágrafo 1 (que regula los efectos de la responsabilidad contractual), a la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones de protección del § 241, c. 2 y, en virtud de la relación con el § 311, c. 2, a la responsabilidad precontractual.

14 MENGONI L., *Sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual*, en *Rev. der. com.*, 1956, II, p. 360; C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: nulidad, responsabilidad y la búsqueda de la oportunidad perdida*, cit, pp. 7 y siguientes. ID., *La nueva responsabilidad civil*, Milán, 2006, p. 464 s.

15 ART. 1175: COMPORTAMIENTO DE ACUERDO CON LA RECTITUD - El deudor y el acreedor deben comportarse de acuerdo con las reglas de la rectitud.

16 El art. 1338 parece inspirado en uno de los *Fallgruppen* analizados por Von Ihering. En particular, el relativo a la responsabilidad indemnizatoria a cargo de la persona que hubiera inducido al contratante en error, provocando así la nulidad del contrato.

17 En la literatura italiana el “contrato de hecho” se refiere a aquellas situaciones en las que ciertos contratos declarados nulos producen, no obstante, sus efectos, por razones de equidad social (que es el caso del contrato laboral nulo, de conformidad con el art. 2126 C.C. it.), o para obtener una ventaja económica (como en el caso de una sociedad nula), en los casos previstos por la ley.

Este “hecho jurídico” pertenece a aquellas situaciones que, de conformidad con el art. 1173 C.C. it¹⁸, pueden ser fuente de obligaciones distintas de las obligaciones contractuales o delictuales, de conformidad con la ley (véanse los arts. 1.337 1.338 C.C.), o más en general con el ordenamiento jurídico. El interés en una conducta correcta durante la fase de prenegociación (art. 1337 cc), así como el interés en la celebración de un contrato válido y eficaz (art. 1338 cc), ya habrían sido evaluados por el legislador italiano como dignos de tutela, tanto que del incumplimiento de las obligaciones de actuar correctamente impuestas por las normas citadas –cuyo contenido concreto solo puede ser determinado por el juez– proviene la responsabilidad del autor del incumplimiento. La naturaleza contractual de dicha responsabilidad se puede deducir de la peculiaridad de las situaciones descritas en el art. 1337 C.C., a saber, la existencia de una relación privilegiada, a semejanza de un contrato, en cuyo interior se presume la legitimidad de la confianza depositada por ambas partes en la lealtad mutua.

La propuesta de reconstrucción fue recientemente confirmada por la Corte de Casación italiana (Scognamiglio, 2012, pp. 1949; Dellanegra, 2012, p. 235)¹⁹ que al asumir la responsabilidad de la Administración Pública para la revocación de un encargo profesional de un arquitecto, no solo reconoció al art. 1337 C.C. el contenido de un caso sustancial “constituido por la particular relación que se establece con la negociación entre las partes, a las cuales la normatividad les impone una obligación de conducta de buena fe” sino que también admitió que tal obligación constituye un “caso de responsabilidad comprendido entre aquellos indicados en el art. 1173 C.C.” y, al final, determinó la naturaleza contractual.

18 ART. 1173 - FUENTES DE LAS OBLIGACIONES-. Las obligaciones se originan en el contrato, el hecho ilícito, o cualquier otro acto o hecho idóneo para producir las de conformidad con el ordenamiento jurídico.

19 Casación 20 de diciembre de 2011, n. 27648, en *Europa y der. priv.*, 2012, pp. 1227 y siguientes, con nota de C. CASTRONOVO, *La Corte de Casación se supera a sí misma y revisa la responsabilidad precontractual*; y C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela de la confianza, incumplimiento del deber de buena fe y naturaleza de la responsabilidad precontractual*, en Resp. Civ. prev., 2012, 1949 y siguientes. En un sentido crítico: F. DELLA NEGRA., *Culpa in contrabando, contacto social y modelos de responsabilidad*, en *Contratos*, 2012, pp. 235 y ss.

Sin embargo, después de la sentencia citada, la Corte de Casación regresa sobre sus pasos, confirmando el carácter extracontractual de la responsabilidad precontractual: Casación, 16 de enero de 2013, n. 1000; Casación, Sec. Un., Ord., 19 de octubre de 2012, n. 18092; Casación, 20 de marzo de 2012, n. 4382, en *Daño y responsabilidad*, 2012, 1103 y siguientes, con nota de V. MONTANI, *Responsabilidad precontractual y abandono injustificado de las negociaciones: una relación del género a la especie*; Casación, Sec. A., Ord. 27 de febrero 2012, n. 2926 Guía der, 2012, 45.; Casación 10 de enero 2013, n. 477, en *Daño y resp.*, 2013, pp. 754 y siguientes, con nota adhesiva de F. DELLA NEGRA, *La naturaleza de la responsabilidad precontractual: ¿La calma después de la tormenta?*

El citado pronunciamiento no sigue la ruta interpretativa tradicionalmente preferida por la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias, según la cual la responsabilidad, en virtud de los arts. 1337 y 1338 del Código Civil no sería más que una aplicación (normativa) de la prohibición de *neminem laedere* (Bianca, 2000, p. 158; Sacco, 2004, p. 235; Pignataro, 1999, pp. 185 ss.)²⁰. Desde esta perspectiva, el perjuicio sufrido por quien ha puesto su confianza inocentemente en la lealtad de la conducta y/o las declaraciones de la contraparte constituiría un daño injustificado según el art. 2043 C.C. it.

La reconstrucción propuesta, sin embargo, no puede generar temor en que recurrir a una regla expresada por una cláusula general de buena fe pueda crear inseguridad jurídica: se trata de reconocer al juez –intérprete de las costumbres de su tiempo– el poder de equilibrar los intereses contrapuestos de las partes. En consecuencia, los intereses protegidos por las normas citadas (interés en no sufrir un perjuicio como consecuencia de una mala conducta, interés en una libre formación del consentimiento) no serán, por tanto, “absolutos”. Corresponde al juez equilibrarlos con los intereses de la contraparte para *no* celebrar un contrato, o para *no* revelar cierta información confidencial, aunque puedan evitar el error de la contraparte.

Esto explica, entonces, por qué la jurisprudencia italiana –que desde hace setenta años aplica la cláusula general de buena fe en materia precontractual– no condena la ruptura de las negociaciones, si acaso la ruptura *culposa* o *intempestiva* de las negociaciones²¹. Recurriendo a la casuística, por ejemplo, la etapa avanzada de las negociaciones no puede considerarse en sí misma razón suficiente para sancionar la retirada de las negociaciones: lo que hace relevante el hecho jurídico de haber sufrido un perjuicio irreparable por haber confiado en la conducta o en las declaraciones de los demás es la conciencia (culposa o incluso dolosa) de no poder o no querer celebrar el

20 *Ex plurimis*: Casación 28 de enero de 1972, n. 199, en *Foro it.*, 1972 I, 2088; Casación 29 de abril de 1999, n. 4299, *ibid.*, 1999, I, 972; Casación 14 de junio de 1999, n. 5830, *ibid.* 1999 I, 1357; Casación sec. un., 16 de julio de 2001, n. 9645, *ibid.*, I, 2002, 806. En doctrina, *ex plurimis*:. C.M. BIANCA, *El contrato. Derecho civil*, III, Milán, 2000, 158; R. SACCO-G. DE NOVA, *El contrato*, en *Tratado de Derecho Civil*, dirigido por R. SACCO, II, Turín, 2004, 235; G. PIGNATARO, *Buena fe objetiva y relación jurídica precontractual en los ordenamientos italiano y francés*, Nápoles, 1999, 185 y ss.

21 Casación 25. Febrero de 1992, n. 2335, en *Foro it.*, 1992 I, c. 1766; Casación 06 de marzo de 1992, n. 2704 en *Jur. it.*, 1993 I, p. 1560 Casación, 30 de agosto de 1995, n. 9157, en *Jur. Civil. Máximas*, 1995, p. 1568; Casación 13 de marzo de 1996, n. 2057, en *Foro it.*, 1996 I, c. 2065; Casación, 27 de octubre de 2006, n. 23289, en *Contratos*, 2007, p. 313 y ss. con nota de C. CAVAJONI; Casación, 14 de febrero de 2000, n. 1632 en *Jur. it.*, 2000, p. 2250, con nota de A. MUSY.

acuerdo (Pardolesi & Meruzzi, 2002, pp. 266 y ss.)²² o el hecho de sostener negociaciones paralelas, o la interrupción de las negociaciones tras el inicio de la ejecución de la prestación, o, en fin, la existencia de minutas de contrato o cartas de intención (Draetta, 1991, pp. 49 y ss.; Alpa & Saccomanni, 2007, pp. 267 y ss.; Capecchi, 2001, p. 383)²³. Es bueno precisar que, dado que se trata de culpa contractual, tiene un contenido objetivo, ligado a la noción de cuidado ajustado al contenido de la relación privilegiada, la calidad de las partes y la naturaleza de las circunstancias. En cuanto a la sanción, en la hipótesis *sub* art. 1337 C.C., no puede hablarse de ejecución forzada del contrato, ya que el interés protegido no es la obtención de la ejecución de la prestación, sino el interés en no ser engañado (interés negativo)²⁴, o –dicho en positivo– el interés en confiar en la lealtad del otro²⁵.

22 Casación, 10 de junio de 2005, n. 12313, en *NJCC*, 2006 I, p. 349, con nota de R. MORESE; Casación, 5 de agosto de 2004, n. 15040, en *Daño y resp.*, 2005, pp. 599 y ss., con nota de P. PARDOLESI. V.G. MERUZZI, *La negociación maliciosa*, Padua, 2002, pp. 266 y ss.

23 V.U. DRAETTA, *Los usos del comercio internacional en la formación de contratos internacionales*, en Autores Varios, *Fuentes y tipos de contrato internacional*, Milán, 1991, pp. 49 y ss. G. ALPA, A. SACCOMANNI, *Procedimientos de negociación, la diligencia debida y memorandos informativos*, en *Contratos*, 2007, p. 267 y ss. G. CAPECCHI, *El valor jurídico de las cartas de intención*, en *Der Com. int.*, 2001, p. 383 y ss. Ver el caso “SME”, Casación, 11 de julio de 1988, n. 4570, en *Courier legal*, 1988, p. 829; Casación, 11 de julio de 1988, n. 4570, en *Courier Jurídico*, 1988, p. 829. U. DRAETTA *Criterios de redacción de cartas de intención a la luz de los casos Pennzoil y SME*, en *Der Com. int.*, 1987, p. 240 y ss.

24 Interés negativo que consiste en la menor ventaja sufrida, o en mayor agravio económico causado por la mala conducta de la parte demandada. V. *Ex plurimis*: Casación, Sec. A., 19 de diciembre de 2007, n. 26725, en *Daño y resp.*, 2008, p. 525, con nota de V. ROPPO; Casación 29 de septiembre de 2005, n. 19024 en *Rev.der. com.*, 2008, II, p. 17; en *Daño y resp.* 2008, p. 525, con nota de V. ROPPO; Casación 29 de septiembre 2005, n. 19024, de los daños y resp., 2006, p. 25, con nota de V. ROPPO, G. AFFERNI; en *Jur. com.*, 2006, 4, p. 626, con nota de C.E. SALODINI; en *Resp. Civ. prev.*, 2006, p. 1080, con nota de F. GRECO.

25 Después de haber indemnizado por varios años incluso la pérdida de oportunidades, la jurisprudencia francesa renunció: Casación 3ª Ch.com., 26 de noviembre de 2003, en *Rev. trim. der. com.*, 2004, pp. 187 y siguientes, con nota de O. DESHAYES, *Le dommage précontractuel*; en *Rev. dr. civ.*, 2004, p. 257, con nota de D. MAZEAUD; Casación, 3ª civ., 28 de junio de 2006, en *Bol. civ.*, III, n. 164; en *Contrats, conc. consom.* 2006, no. 223, con nota de L. LEVENEUR; en *Defrénois*, 2006, p. 1858, con nota de R. LIBCHABER; en *Juris – Classeur pér.* G, 2006, I, p. 166, n. 6, con nota de P. STOFFEL -MUNCK; en *Rev. des contrats*, 2006, p. 1069, con nota de D. MAZEAUD; en *Rev. des contrats*, 2006, p. 1069, con nota O. DESHAYES, *Rupture fautive des pourparlers*; en *Rev. Trim. dr. civ.*, 2006, p. 754, con nota de J. MESTRE, B. FAGES; *ibíd.*, p. 770, con nota de P. JOURDAIN.

1.1. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Las consideraciones anteriores se confirman también en la hipótesis en la que uno de los sujetos que asume una conducta incorrecta en la fase de negociaciones es la Administración Pública (Castronovo, 2009, pp. 702-704)²⁶. Principalmente como resultado de la Ley 241/1990, así como sobre la base de la jurisprudencia que con el tiempo ha reconocido cada vez más la responsabilidad indemnizatoria de la administración pública frente al ciudadano²⁷, queda excluido que los órganos administrativos puedan atrincherarse detrás de su pretendida soberanía, como era el caso hasta los años 50 del siglo pasado. Descubierta el velo de la vulnerabilidad de la administración, hoy ya no queda duda de que pueda ser considerada responsable, incluso a título de responsabilidad precontractual: solo es cuestión de definir los límites (Faillace, 2004, pp. 69 y ss.). De la crítica a la conducta en el transcurso de la sola negociación privada²⁸ hoy se ha llegado a considerar que la hipótesis de una responsabilidad precontractual es viable siempre y cuando la administración infrinja normas de conducta correcta de derecho común que no tengan nada que ver con la legitimidad del acto. Mientras que el incumplimiento de las normas dictadas en el interés público implica la nulidad del acto, o la revocación de la actividad de autoridad de acuerdo a normas de Derecho público; el incumplimiento de normas de derecho común –que es precisamente la buena fe precontractual– implica inevitablemente la responsabilidad de derecho co-

26 Cons. Estado, secc. VI, 15 de abril de 2003, n. 1945 en Jur. it., 2004, p. 419; F. MERUSI, Buena fe y confianza en el derecho público. De los años “treinta” a la alternación, Milán, 2001, pp. 271 y ss. C. CASTRONOVO, Regreso a la obligación sin prestación, en *Europa der. priv.*, 2009, pp. 702-704; ID., *Responsabilidad civil de la Administración Pública*, en *Jus*, 1998, p. 647. De opinión diferente: E. NAVARRETTA, *La tutela indemnizatoria de los intereses legítimos*, en *Actuación y tutela de los derechos*. La responsabilidad y el daño, vol. IV. T. III, en N. LIPARI, P. REXCIGNO (dirigido por), A. ZOPPINI (coordinado por), *Derecho Civil*, Milán, 2009, pp. 224-226; ID., *Reflexiones al margen de la injusticia del daño*, en *Liber amicorum por F.D. Busnelli*, I, Milán, 2008, p. 630.

27 Véase la conocida sentencia de 1999 n. 500, con la cual se admitió la indemnización de los daños y perjuicios debidos por la Administración Pública, que hubiera lesionado un interés legítimo del ciudadano. Casación, Secc. Un., 22 de julio de 1999, n. 500, en *Foro it.*, 1999 I, c. 3201, con nota de R. CARANTA, *La administración pública en la era de la responsabilidad* y F. FRACCHIA, *De la negación de la compensabilidad de los intereses legítimos a la afirmación de compensabilidad de aquellos jurídicamente relevantes: el desarrollo de la Corte Suprema deja abiertos algunos interrogantes*; y en un sentido análogo, cf. también Casación, Secc. Un., 21 de mayo de 2002, n. 7420, en *Der y just.*, 2002, p. 57.

28 V. Casación 12 de julio 1961, n. 1675, en el *Foro it.*, 1962 I, c. 1165, con notas de L. BIGLIAZZI GERI, *Culpa in contrahendo, administración pública y terceros*, en la que por primera vez se condenó a la administración a una indemnización de conformidad con el art. 1337 C.C., con base en el principio por el cual se puede permitir al juez ordinario el juicio sobre la conducta leal y correcta de la A.P., no un juicio sobre la buena administración.

mún, o sea la indemnización del daño²⁹. El hecho de que la conducta correcta que se puede esperar de la administración pública sea diferente y más rica en contenidos, ya que debe perseguir en cualquier situación intereses públicos de economía y eficiencia, no justifica una responsabilidad precontractual “atípica”, o en absoluto comparable a la del derecho común (Altieri, 2009, pp. 666 y ss.)³⁰. En todo caso, se confirma aún más la potencialidad de aplicación de la cláusula de la buena fe, capaz de expresar –gracias a su elasticidad inherente– valores sociales no limitados a los intereses privados.

De la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte de Casación surge, en otros términos, una responsabilidad más general de confianza³¹ como “responsabilidad contractual en el sentido amplio” (Mazzamuto, 2011, pp. 121 y ss.)³², consecuencia del incumplimiento de una obligación de buena fe, de acuerdo con el art. 1337 C.C. (y no *neminem laedere*, de conformidad con el art. 2043 como lo sostiene la jurisprudencia civil³³ y de conformidad con lo dispuesto en el art. 30 del Código de la Administración Pública).

29 Cons. Estado 16 de enero de 2005, n. 86, en *Foro adm.*, 2006, p. 1981 y ss., con nota de A. LUPO, *La Responsabilidad de la Administración Pública en el ámbito de los procedimientos públicos.*; Cons. Estado, 5 de noviembre de 2005, n. 6, en *Los contratos del Estado y de los organismos públicos*, 2006, p. 116 y ss. con nota adhesiva con A. VACCA, La responsabilidad precontractual de la A.P. en el ámbito de los procedimientos públicos de elección del contratista: un caso oscilante entre el ejercicio ilegal del poder público y la violación ilegal de los cánones de la buena fe y diligencia: “subsiste la responsabilidad de la a.p. por vía de responsabilidad precontractual de conformidad con el art. 1337 C.C. en el caso que la administración, después de haber cursado una invitación a licitación y pronunciado la adjudicación, disponga la revocatoria de la propia adjudicación y de los actos de los procedimientos relativos por carencia de los recursos financieros necesarios, pero al mismo tiempo, tiene una conducta incorrecta y no diligente, en particular omitiendo cualquier supervisión y coordinación sobre los compromisos económicos que la administración había asumido cuando se inició el procedimiento público, terminando así por sacrificar injustamente la confianza suscitada en la empresa por los actos de procedimiento público luego eliminados.”

Casación, 10 de junio de 2005, n. 12313, en *Jur. it.*, 2006, p. 1390 y ss., con nota de F. SALERNO, *En el tema de la responsabilidad contractual de la Administración Pública.*

30 A. ALTIERI, *La actividad contractual de la administración pública*, en M. Mirabella (ed.), *Curso de Derecho Administrativo*, Milán, 2009, p. 666 y ss.

31 Casación, Sec. Un., 23 de marzo de 2011, n.º. 6594, 6595, 6596, en *Resp. Civ. prev.*, 2011, pp. 1749 y ss., con nota de C. SCOGNAMIGLIO, *Lesión de la confianza y responsabilidad civil de la Administración Pública*: el A. es crítico con las sentencias comentadas en la parte en la que califican la responsabilidad de confianza como aquiliana, cuando en realidad sería una responsabilidad por incumplimiento de una obligación preexistente. Ver en el mismo sentido: A.M. DE LUCA, *Culpa in contrahendo y procedimiento administrativo*, *Corr. Jur.*, 2006, p. 72 y ss. Casación 20 de diciembre 2011, n. 27648, en *Europa y der. privado*, 2012, p. 1227 y ss., con nota (crítica) de C. CASTRONOVO, La Corte de Casación se supera a sí misma y revisa la responsabilidad precontractual, *cit.*

32 S. MAZZAMUTO, *La responsabilidad contractual en el sentido amplio*, en *Europa der. priv.*, 2011, p. 121 y ss.

33 Ver *supra* notas anteriores.

Un límite a la responsabilidad precontractual de la administración pública, aún no superado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, radica en subordinar el nacimiento de la obligación de actuar correctamente a la fase de la adjudicación³⁴, porque dicen —es con su revocación— a través de medidas de autotutela consecutivamente consideradas legítimas por la jurisdicción administrativa — que la disposición en favor del ciudadano se anula (legítimamente), invalidando también la situación de ventaja, defraudando la confianza legítima y creando el daño. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia actual, el procedimiento administrativo se asimila a la fase de formación del contrato, y la administración pública está sujeta a responsabilidad precontractual, siempre que ya se haya producido la adjudicación.

De tal manera, sin embargo, se delimita el surgimiento de la situación relacional privilegiada a una etapa claramente identificable del procedimiento administrativo, la de la adjudicación; delimitación que, sin embargo, no tiene lugar en las relaciones entre sujetos privados, en los que se deja a la discreción del juez la ponderación de las situaciones de hecho que hubieren dado lugar a la ruptura de las negociaciones, a fin de considerar eventualmente la terminación injustificada.

Según la óptica escogida, es decir, la que ve en la buena fe la aplicación del principio de tutela de la confianza legítima y onerosa, lo que debería ser protegido no es la confianza depositada por un sujeto privado en el acto de la adjudicación, si no de otro pronunciamiento favorable (Navarreta, pp. 224 y ss.)³⁵; si acaso, la confianza en la conducta correcta observada por la administración (Castronovo, 1999, p. 1263)³⁶. Esta perspectiva obviamente no tolera limitaciones preconconstituidas con respecto al momento en el cual se puede decir que existe la fase precontractual, y se adquiere la calidad de contrayente (la etapa, por supuesto, de adjudicación).

34 Ver jurisprudencia citada en las notas anteriores; cf. especialmente: Cons. Estado, 11 de noviembre de 2008, n. 5633, en *Daño y resp.*, 2009, p. 819, con nota de A. PERINI, *La responsabilidad precontractual de la Administración Pública y la tutela de la confianza*.

35 E. NAVARRETTA, *La tutela indemnizatoria de los interessi legítimos*, en *Actuación y tutela de los derechos. La responsabilidad y el daño*, cit., pp. 224 y ss.: según el interés pretensivo evidencia no solo el interés por una conducta legítima y correcta de la Administración Pública, sino también el interés por lograr el resultado útil.

36 C. CASTRONOVO, *El interés legítimo cruza la frontera de la responsabilidad civil*, en *Europa der. priv.*, 1999, p. 1263; ID., *Responsabilidad civil de la Administración Pública*, cit.

2. BUENA FE, RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y TUTELA DE LA CONFIANZA EN FRANCIA.

Desconocida en el Código Napoleónico, la responsabilidad precontractual ha encontrado sin embargo en Francia reconocimiento jurisprudencial; pero no en el silencio de la ley, sino gracias a la existencia de instituciones tales como el abuso del derecho o la culpa objetiva delictual, los jueces del otro lado de los Alpes han hecho posible un acercamiento del sistema jurídico francés a la vanguardia alemana e italiana en materia de responsabilidad precontractual. La preferencia de los jueces, sin embargo, nunca se encaminó a establecer un vínculo entre la regla general de buena fe³⁷ (vista aun hoy con desconfianza en ese sistema jurídico debido a la vaguedad del precepto), la tutela de la confianza en la conducta correcta de la contraparte y el retiro de la fase de prenegociación. En todo caso, desde hace algún tiempo los jueces franceses tutelan la confianza legítima depositada por un contrayente en la fase precontractual (Mazeaud, 2001, p. 659; Chauvel, 1996, p. 36)³⁸ recurriendo principalmente a la responsabilidad delictual (Schmidt-Szalewski, 1972, p. 779)³⁹, a veces, al abuso del derecho (Ghestin, 1993, n.º 330)⁴⁰, en otras ocasiones al reconocimiento de una conducta negligente (*'faute de négociation'*, o *'faute de rupture'*)⁴¹, especialmente en los casos de negociacio-

37 En el Código Civil francés la regla general de la buena fe aparece solo en la etapa de ejecución del contrato.

38 D. Mazeaud, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, en *Le contrat au début du XXI siècle*, en *Etudes à offertes à J. Ghestin*, LGDJ, París, 2001, p. 659; ID., *La genèse des contrats, un régime de liberté surveillé*, en *Dr. et patrimoine*, 1996, n. 40, p. 44 ss.; P. CHAUVEL, *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle*, en *Dr. et patrimoine*, 1996, n. 43, p. 36.

39 El *leading case* en el que se reconoce el carácter delictual de la responsabilidad precontractual está representada por: Casación Civ., tercera sección, 3 de octubre de 1972, en *Bol. civ.*, III, n. 491; ver Casación. com., 20 de marzo de 1972, en *Bol. civ.*, IV, n. 93.; *Juris Classeur pér.*, 1973 II, p. 17543, con nota de J. SCHMIDT-SZALEWSKI; en *Rev. Trim. dr. civ.*, 1972, p. 779, con nota de G. Durry.

40 Casación. com., 7 de enero de 1997, en *Recueil Dalloz*, 1998, p. 45 y ss. con nota de P. Chauvel; Casación com. 22. febrero de 1994, en *Bol. civ.*, IV, n. 79; en *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, p. 849, con nota de J. Mestre; Cour d'Appel de París, 2 de abril de 1990, en *Juris-Data* n. 021 053. J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, LGDJ, París, 1993, n. 330.

41 Casación, 3º vi, 7 de enero de 2009, n. 07-20783 en *Essentiel Droit des contrats*, 1 de marzo de 2009, p. 1, con nota de O. DESHAYES.

nes paralelas⁴² o de *avant contrats*⁴³. Con algunas excepciones (Mestre, 1998, p. 518; Malaurie, 1996, p. 22665, Ghestin, 1997, p. 114; Mazeaud, 1998, pp. 10066 y 642)⁴⁴, tal vez sea la desconfianza a las cláusulas generales lo que impide a la jurisprudencia francesa sobrepasar los límites de la ruptura intempestiva de las negociaciones o del respeto por las minutas del contrato para animarse a admitir la responsabilidad precontractual, incluso en la etapa de formación del contrato (se refiere en particular a los casos de transferencia de información errónea o incompleta a la contraparte, que no puede dar lugar a un vicio del negocio) o en los casos de celebración consciente de un contrato nulo⁴⁵. Es, de hecho, la ausencia de dicha cláusula lo que impide la generalización del principio de tutela de la confianza en su función técnica. De acuerdo con parte de la doctrina francesa (Four & Aubert, 1991, n.º 374; Cornu, 1976-1977, n.º 290; Ghestin, 1988, p. 203; Jourdain, 1992, pp. 121-132)⁴⁶, el art. 1134 *code napoléon* expresaría, en efecto, la referencia a un valor externo y ajeno a la psicología de los contrayentes, en referencia a

42 Casación com., 18 de enero de 2011, n. 09-14617, en *Essentiel droit des contrats*, 1 de marzo de 2011, p. 5, con nota de O. DESHAYES; Casación comer., 12 de mayo de 2004, n. 00-15618, en *Rev. des contrats*, 2004, p. 923, con nota de D. MAZEAUD

43 Casación comer., 26 de noviembre de 2003 n. 00-10243 y n. 00,10-949, *Alain Manoukian v. Wajsfisz*, en *Rev. trim. dr. civ.*, 2004, p. 80, con nota de J. MESTRE. Para un análisis comparativo del caso francés con el caso italiano gemelo me permito referirlos a C. AMATO, *Confianza y responsabilidad*, Giuffrè, 2012, pp. 136-137.

44 Casación, 1.º civ., 27 de abril de 1991, en *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, p. 81, con nota de J. MESTRE; Casación comer., 27 de febrero de 1996, *Récueil Dalloz*, 1996, p. 518, con nota de P. MALAURIE; en *Juris-Classeur pér.*, 1996 II, p. 22665, con nota de J. GHESTIN; en *Rev. Trim. dr. civ.*, 1997, p. 114, con nota de J. MESTRE. Casación. comer., 7 de enero de 1997, cit.; Casación. comer., 22 de abril de 1997; en *Récueil Dalloz*, 1998, p. 45, con nota de P. CHAUVEL; en *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, con nota de J. MESTRE; Casación, 1.º civ., 6 de enero de 1998, el *Dr. et patrimoine*, 1998, n. 59, p. 92 con nota de P. CHAUVEL; *ibid.*, p. 741, con nota de D. MAZEAUD; en *Juris-Classeur pér.*, 1998, II, p. 10066, con nota de B. FAGES. V. D. MAZEAUD, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, en *Le contrat au début du XXI siècle*, cit., p. 642.

45 M. BEHAR – Touche. *Les autres moyens de appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats*, en M. BEHAR - Touche (ed.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, cit, p, donde el A. admite que: “Ce n'est qu'en dans des cas extrêmement rares que l'on parviendra à empêcher une personne de se prévaloir l'inefficacité du contrat ou d'une clause qu'elle connaissait à l'origine”.

46 V. J. FOUR, J. L. AUBERT, *Les obligations. L'acte juridique*, Armand Colin, Paris, 1991, n. 374: De acuerdo con los AA. los redactores del texto simplemente quisieron superar la distinción romana entre contratos *strictum ius* y los contratos *bona fide*, es decir, interpretables de forma más flexible. Con esta cláusula de estilo solo se quería decir que todos los contratos pueden interpretarse de manera no literal. J. GHESTIN, *Les Obligations: le contrat*, en ID. (Dir.), *Traité de Droit Civil*, LGDJ, Paris, 1988, p. 203, n. 186; G. CORNU, *Regard sur titre III du livre III du Código Civil*, Dour de D.E.A. de droit privé, Paris II, 1976-1977, n. 290; P. JOURDAIN, *Rapport français sur la bonne foi dans la formation du contrat*, en *Trav. Ass. H. Capitant*, 1992, pp. 121-132; J. Ghestin, *Les obligations: Le contrat*, cit, p. 502, n. 405 Véase también: M. C. Cauchy Psaume, *L'estoppel by representation: Étude comparative de droit français et anglais*, cit, pp. 223, 233 y ss., la cual, sin embargo, inexplicablemente, llega a excluir una aplicación extensiva del párrafo tercero del art. 1134, considerando más conveniente importar el *estoppel by representation* en el sistema francés de derecho privado, ya que –como norma positiva de coherencia– sería más adecuado para tutelar la confianza legítima.

los usos comerciales, o de una norma de conducta moral, o simplemente a la evidencia del sentido común. La opinión de la doctrina más concienzuda es que es preferible un principio general de confianza no limitado a la materia contractual, lo cual pone de relieve la cantidad de pronunciamientos legales que le sirven de base, a menudo sin llamarlo de esa manera, sino con diferentes términos: buena fe, renuncia tácita, *interdiction de se prévaloir de sa propre tourpitude* (Houtcieff, 2001, p. 463)⁴⁷.

Escudriñando más en la jurisprudencia francesa, la cláusula de buena fe reaparece también en la obligación de información, a veces inserta en la responsabilidad contractual a través de los vicios de la voluntad (*réticence dolosive*), otras veces a través de la extensión del art. 1134 *code napoléon* también en las negociaciones, para el carácter abusivo de la retirada de las mismas, tanto en el caso de retirada dolosa como en el caso de la ligereza reprochable (*légèreté blamable*)⁴⁸.

3. ESTOPPEL Y TUTELA DE LA CONFIANZA EN EL COMMON LAW.

El esfuerzo de aplicación intentado en Francia no parece, sin embargo, posible en los sistemas de *common law*, en particular en el Reino Unido, donde la ausencia histórica de una cláusula general de buena fe y el carácter excepcional del régimen jurídico del *estoppel*, combinados con un régimen de responsabilidad civil de vocación no generalista, (como no lo es el *tort of negligence* y el *duty of care* en el que se basa), no han suministrado a la jurisprudencia anglosajona herramientas útiles de intervención para la tutela de la confianza legítima depositada por una de las partes en la fase de prenegociación⁴⁹.

En los sistemas de *common law* la tutela de la confianza se otorgaría al *promissory estoppel*, remedio “especial” que —en la jurisdicción en la que na-

47 D. HOUTCIEFF, *Essai de maïeutique juridique: la mise au jour du principe de cohérence*, cit., p. 463 ss.; Id., *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, II, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2001; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, in Id. (Dir.), *Traité de Droit Civil*, LGDJ, París, 1993, p. 412.

48 Casación comer. 22 de febrero de 1994, en *Bol. Civ.*, 1994, IV, no. 79.

49 La única sentencia en la cual la jurisprudencia estadounidense aplica el *etoppel* a un caso de esponsabilidad precontractual es el caso *Hoffman vs. Red Owl Store*, 26 Wis. 2d 683; 133 N.W.2d 267, que, sin embargo, nunca se consideró un *leading case*.

ció— encuentra una serie de limitaciones en cuanto a los elementos esenciales del caso, y a una condición tácita pero necesaria: la existencia de una relación contractual anterior⁵⁰. La definición de *promissory estoppel* aparece —quizás por primera vez en la doctrina— en la primera edición del Tratado de Williston *The Law of Contracts*⁵¹; pero ya había sido propuesta por Lord Cairns en *Hughes v. Metropolitan*⁵² y luego reafirmado por Lord Denning en el connotado caso *Central London Property Trust v. High Tree House, Ltd*⁵³. Esta nueva versión del *estoppel*, que, según Lord Denning no sería nada más que el resultado de una fusión entre jurisdicción de *common law* y de *equity*, tendría que haber añadido al derecho de contratos un correctivo, o tal vez, una verdadera alternativa a la *consideration*, elemento esencial para propósitos del carácter vinculante de las promesas. En la visión de Lord Denning, la *equitable* o *promissory estoppel* se debería distinguir, de hecho, del *estoppel* propiamente dicho (*estoppel by representation*), en cuanto hace vinculante una promesa solo por el hecho de que el promitente haya expresado de forma inequívoca a la contraparte su intención de hacerla vinculante, en el conocimiento de que esta última habría actuado —y de hecho actuó— basándose en su confianza en dicha representación. En otros términos, el *promissory* o *equitable estoppel* predicado por Lord Denning llevaría de nuevo a la institución a sus antiguas raíces, la prohibición de contradecirse, dándole una valencia generalizadora⁵⁴, si bien, no dotada de una acción procesal autónoma, pero todavía limitada a la excepción procesal. Sin embargo, este marco teórico del *promissory estoppel* nunca habría cruzado, al menos en el Reino Unido, el umbral de la causa en el que se enunció: *Central London* cerró, en efecto, un círculo que se abrió

50 M.C. CAUCHY PSAUME, *L'estoppel by representation: étude comparative de droit privé français et anglais*, cit., pp. 110-111.

51 S. WILLISTON, *The Law of Contracts*, cit., §139.

52 *Hughes v. Metropolitan Railway Co.* (1877) 2 AC, 439; y también Lord Bowen en *Birmingham & District Land Co. v. London & North-Western Rail Co.* (1888) 40 Ch. D. 286.

53 [1947] KB 130, [1956] 1 All ER 256, [1946] WN 175. Se trataba del alquiler, a partir de 1937 y por un período de 99 años, de un complejo inmobiliario. En vísperas de la Segunda Guerra Mundial, algunos de los edificios efectivamente fueron alquilados. Esta circunstancia indujo a los propietarios a reducir a la mitad el alquiler, ya para animar a nuevos potenciales arrendatarios; ya para poner en condiciones de cumplir a los inquilinos firmantes del contrato, dado el difícil momento histórico.

En 1945, el resto de la propiedad resultó finalmente alquilado; a la luz de las nuevas circunstancias, los propietarios pidieron a los arrendatarios tanto el retorno al cánon completo originalmente acordado, como el pago de los cánones atrasados.

54 Sobre la valencia generalizada del principio de no contradicción, en lo concerniente a hacer vinculantes de las promesas unilaterales, véase *Hughes v. Metropolitan Railway Co.*, cit.; *Birmingham & District Land Co. v. London & North Western Railway Co.* (1888) 40 Ch D 268; *Salisbury v. Gilmore* [1942] 1 All ER 45.

casi cincuenta años antes⁵⁵; concluyó el discurso interrumpido por *Jorden v. Money*⁵⁶ en el umbral de una manifestación sobre la intención; pero nunca habría abierto el portal a través del cual –más allá del *estoppel*– se reconocería el carácter vinculante de las promesas aun en ausencia de *consideration*, como el gran juez inglés habría, quizás, querido.

En la jurisdicción norteamericana, por otro lado, donde no subsisten las rígidas condiciones de aplicación del *promissory estoppel*⁵⁷, dicho instrumento no fue, de hecho, utilizado en la jurisprudencia; ni como una alternativa a la *consideration*, con el fin de hacer vinculantes las promesas unilaterales; ni como cláusula general de conducta⁵⁸ fuente de una obligación específica de coherencia, o de no influir negativamente sobre la esfera jurídico/patrimonial de los demás.

En épocas recientes resuena un debate en el mundo del *common law* en el cual el *promissory estoppel* sería parte de una noción más amplia, que hace uso de la abstracción y generalidad del concepto de *unconscionability*. “Quizás ha llegado el momento en que toda la secuencia de casos decididos sobre la base del *promissory estoppel* a partir de la segunda posguerra con el caso *Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd.*, deba finalmente ser revisada por los tribunales, y reconducida en el cauce de una doctrina coherente⁵⁹”. En esta dirección se ha movido la *High Court of Australia* (Duthie, 1988, p. 362; Phillips & Proksch, 1989, p. 171; Sutton, 1998, p.

55 En algunos casos que ya habían asumido la extensión del *estoppel by representation* a la representación de la intención: *Fenner v. Blake* ([1900] 1 QB 426), *Re Wickham* (1917) (34 TLR 158), *Re William Porter & Co Ltd.* ([1937] 2 All ER 361), *Buttery v. Pickard* (1946) (174 LT 144).

56 (1854) 5 HLC 185.

57 Ver *Restatement (Second) of Contracts* s. 90 (1981), que a la letra dice: “Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance:

(1) *A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires.*

(2) *A charitable subscription or a marriage settlement is binding under Subsection (1) without proof that the promise induced action or forbearance”.*

58 *V. Armagas Ltd. v. Mundogas SA* [1986] AC, 717, 777 (Lord Keith of Kinkel) excluye expresamente la generalización de la tutela de la confianza por vía de la institución del *estoppel*.

59 Lord Hailsham, en *Woodhouse AC Israel Cocoa Ltd. SA v. Nigerian Produce Marketing Co. Ltd.*, cit. Ma v. P.S. ATIYAH, ¿*When is an enforceable agreement not a contract?*, en 92 *L. Quart. Rev.*, 1976, p. 342; G.R. SHELL, *Opportunism and Trust in the Negotiations of Commercial Contracts: Towards a New Cause of Action*, in 44 *Va. L.R.*, 1991, pp. 248-9.

205; Carter & Harland, 1996; Lindgren & Nicholson)⁶⁰, y de una forma no muy diferente la de Nueva Zelanda⁶¹.

La cuestión que plantea este debate es si se adopta o no una visión intervencionista de los tribunales sin temor al *floodgate* (Lunney, 1992, pp. 247-251)⁶². Aunque hay muchos pronunciamientos de mérito⁶³ en los que los tribunales ingleses han propuesto al menos la posibilidad de una generalización del principio de tutela de la confianza, la *Court of Appeal* inglesa hasta ahora se ha negado a asumir esta importante responsabilidad⁶⁴, aunque Lord Denning haya sostenido, en varias ocasiones, el alcance unificador del *unconscionability*⁶⁵. Correspondería, en últimas, a la *House of Lords*⁶⁶; pero el supremo órgano judicial no parece inclinado a realizar una obra de trans-

60 *Legione v. Hately* (1982-3) CLR 406, (1983) 57 ALJR 292; *Walton Store Interstate v. Maher* (1988) 62 ALJR 110. A DUTHIE, *Equitable Estoppel, Unconscionability and the Enforcement of Promises*, in 104 *L. Quat. Rev.*, 1988, p. 362; J.C. PHILLIPS, L. PROKSCH, *Walton Stores (Interstate) Ltd. v. Maher: Implications for the Law of Contract*, in 19 *U.W. Austl. L. Rev.*, 1989, p. 171; C.H.N. BAGOT, *Equitable Estoppel and Contractual obligations in the light of Walton v. Maher*, in 62 *Am. L. J.*, 1988, p. 926; K.C.T. SUTTON, *Contract by Estoppel*, in 1 *J. Contr. L.*, 1998, p. 205; J. CARTER, D. HARLAND, *Contract law in Australia*, Butterworths, Londra, 1996; K.E. LINDGREN, K.G. NICHOLSON, *Promissory Estoppel in Australia*, in 58 *Am. L.J.*, 1984, p. 249; N. SEDDON, *Is Equitable Estoppel Dead or Alive in Australia?*, in 24 *Int. Com. L. Quat.*, p. 438 y ss.

61 En otros pronunciamientos, la High Court of Wellington ha expresado una preferencia por una teoría unificadora bajo la cubierta del *unconscionability*: *Stratulatos v. Stratulatos* [1988] 2 N.Z.L.R., 424, High Court of Wellington; *Wham-O MFG Co. v. Lincoln Industries Ltd.* [1984] 1 N.Z.L.R. 641, Court of Appeal of Wellington; *Gillies v. Keogh* [1989] 2 N.Z.L.R. 327; *Austotel Property Ltd. v. Franklins Slesferve Property Ltd.* [1989] 16 N.S.W.L.R. 582.

62 P. GILIKER, *Pre-contractual Liability in English and French Law*, cit., pp. 143-144, 151; M. LUNNEY, *Towards a Unified Estoppel – The Long and Windy Road*, in 239 *Conv.*, 1992, pp. 247-251.

63 Oliver J, en *Taylor Fashions Ltd. v. Liverpool Victoria Trustess Co. Ltd.*, cit.; al cual hace eco Goff L. en *Amalgamated Investment & Property Co. Ltd. v. Texas Commerce International Bank, Ltd.*, cit. V. anche: *Re Basham*, cit.; *Habib Bank v. Habib Bank AG* [1981] WLR 1265, 1285; *The Sioit Loyalty* [1993] 2 Lloyd's Rep. 281; *the Henrik Sif (Pacol Ltd. v. Trade Lines Ltd.* [1982] 1 Lloyd's Rep. 456; *Sledemore v. Dalby* (1996) 72 P & CR 196, 207; *Johnson v. Gore Wood & Co.* [2001] 1 All ER 481; *Banner Homes Group Plc. v. Luff Developments* [2000] Ch. 372.; *Attorney General of Hong Kong v. Humphreys Estate (Queen's Gardens) Ltd.* [1987] 2 W.R.L. 343, P.C.

64 *Baird Textiles Holdings Ltd. v. Marks and Spencer plc* [2002] 1 All ER (Comm) 737; en precedencia: *The Indian Endurance (No. 2) Republic of India and Others v. India Steamship co. Ltd.* [1997] 4 All ER 380; *First National Bank v. Thompson* [1996] Ch. 231, 236L; *Western Fish Products Ltd. v. Penwith District Council* [1981] 2 All ER 204, 218.

65 *AIP v. Texas Commerce*: “one general principle shorn of limitation” *Inwards v. Baker* [1965] 2 Q.B. 29, AC; *E.R. Investment Ltd. v. High* [1967] 2 Q.B. 379; *Crabb v. Arun District Council*, cit.; *Moorgate Mercantile Co. Ltd. v. Texas Commerce International Bank, Ltd.* [1976] Q.B. 225; *Amalgamated Investment & Property Co., Ltd. v. Texas Commerce International Bank, Ltd.*, cit. (apelación de Goff J.).

66 V. *Baird Textiles Holdings Ltd. v. Marks and Spencer plc.*, cit.; *The Indian Endurance (No. 2) Republic of India and Others v. India Steamship co. Ltd.*, cit. Actualizado el debate, es preciso señalar que desde el 1º de octubre de 2009 (fecha de entrada en vigencia del *Constitutional Reform Act*, 2005), y en deferencia a una visión más moderna de la separación de poderes, la *House of Lords* fue despojada de sus poderes judiciales en favor de una nueva institución, la *Supreme Court*.

formación. Como se ha sostenido con autoridad⁶⁷, el cambio de un remedio específico a una regulación que asuma el carácter de norma o de cláusula general –en caso de ser conveniente– correspondería, no a la jurisprudencia, sino al legislador⁶⁸.

Contra la fácil generalización de un principio (el del *unconscionability*) que no tiene la capacidad de guiar al juez hacia una correcta formación de la norma a aplicar, se ha manifestado la doctrina que se ha ocupado del *proprietary Estoppel* (Pawlowski, 1996, pp. 103-127)⁶⁹, considerando que esta institución intervenga para mitigar la *dura lex*, cuando esta no ofrezca soluciones adecuadas; pero sin tener en sí misma vocación por la generalización.

En conclusión, la relación entre buena fe y *estoppel* sigue siendo delicada y controversial. Ciertamente, ambos tienden a inhibir conductas contradictorias, o más genéricamente incorrectas, que induzcan a otros a actuar en su propio perjuicio. Pero, aparte de esta analogía de funciones, la buena fe de muchos sistemas jurídicos continentales tiene la naturaleza de una cláusula general, a la que se le asigna la aplicación del principio de no contradecirse a costa de los demás (Schwarz-Liebermann von Wahleendorf, 1971, p. 304)⁷⁰; el *estoppel*, en cambio, nace como remedio especial, y conserva de este la naturaleza y las características esenciales. Además, el *unconscionability* –concepto que, todos concuerdan, constituye la base del *estoppel*– es una noción que, históricamente, nos remite a la conciencia de la canceller, quien podía recurrir a ella usándola como criterio-guía confiado en su discrecionalidad productiva o integradora de normas, como medida de su propia moralidad (Spence, [s.f.], p. 410)⁷¹. Entonces, la noción de *unconscionability* conlleva todavía un elemento de subjetividad (así como de discrecionalidad creativa)

67 J. CARTWRIGHT, *Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law*, cit., p. 5; ID., *Formality and Informality in Property and Contract*, in J. GETZLER, *Rationalizing Property, Equity and Trusts*, cit., pp. 36-37, donde el A. insiste en que también se podría prever la extensión del *promissory estoppel* para hacer vinculantes promesas no soportadas por la *consideration*; pero esto no debe pasar de una supuesta doctrina de la unidad de los *estoppels* (*unity of estoppel*). Especialmente el *proprietary estoppel* conserva su singularidad que deriva del hecho de que pertenece a la *law of property*.

68 Así MEGAW L. J. in *Western Fish Products, Ltd. v. Penwith D.C.*, cit.: “the creation of new rights and remedies is a matter for Parliament, not for judges”.

69 M. PAWLOWSKI, *The doctrine of Proprietary Estoppel*, cit., pp. 4 e 103-127.

70 Sobre la existencia de un principio de no contradecirse, como principio general del ordenamiento jurídico: H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Fondements et principes d'un ordre juridique naissant: essai de philosophie empirique du droit*, Mouton La Haye, Paris, 1971, p. 304.

71 G. SPENCE, *The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, cit., p. 410.

que la hace poco idónea para transformarse en fuente autónoma de obligaciones. Este elemento, por otro lado, aleja la *unconscionability* del concepto de buena fe, cláusula general actualmente libre de toda forma de subjetivismo, que se presenta hoy al juez de tradición romanística –en un sistema normativo coherente– tanto como una medida *objetiva* de búsqueda de la norma a aplicarse al caso concreto, gracias a la remisión a otras disposiciones, como una forma jurídica para valores sociales compartidos en el momento histórico de referencia.

4. *MÁS ALLÁ DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: LAS POSIBLES APLICACIONES DE LA CLÁUSULA GENERAL DE BUENA FE EN LA TUTELA DE LA CONFIANZA.*

En la tesis enunciada quisimos demostrar que los arts. 1337 y 1338 del Código Civil italiano imponen una regla de juego limpio, con el fin de proteger la confianza legítimamente depositada por la parte inocente. Estas normas podrán, por ende, ser consideradas expresión normativa del principio general de buena fe, fuente autónoma de una obligación calificable como diferente tanto de la fuente contractual como de la extracontractual, cuyos elementos constitutivos son: la prestación de obligaciones a cargo de una parte, efectuada por la ley (o, más en general, por el ordenamiento jurídico); la confianza traicionada, como hecho jurídico derivado del incumplimiento de dichas obligaciones; la aplicabilidad de la regulación contractual a la responsabilidad que se deriva. Esta reconstrucción permite la aplicación analógica de los arts. 1337 y 1338 del Código Civil a todas aquellas situaciones que tienen al menos dos caracteres en común con el caso aquí descrito, es decir, la *ratio* (no afectar la esfera jurídica de un sujeto) y los supuestos (la existencia de una relación privilegiada, pero no contractual).

Para comprender mejor estas afirmaciones será útil examinar algunos ejemplos, tomados de dos grupos distintos de casos tratados, en diversas épocas, por la Corte de Casación italiana.

4.1 RETICENCIA DOLOSA O CULPOSA.

Un primer grupo de casos se refiere a la aplicabilidad de los arts. 1337 y 1338 aun en situaciones en las que se haya celebrado un contrato perfectamente válido y eficaz⁷², pero en condiciones económicas desventajosas para una de las partes, como resultado de una reticencia dolosa o culposa de la otra. Más precisamente, se refiere a situaciones en las que el contrato nunca se hubiera celebrado por la persona afectada, o se hubiera celebrado en condiciones sustancialmente diferentes.

Se trata de hipótesis que se pueden clasificar en el problema más amplio de la recuperabilidad del daño puramente económico, vale decir, un daño contra el patrimonio, sin transgredir previamente un derecho a la persona o a la propiedad. Los casos en Italia que han planteado esta cuestión se refieren, en primer lugar, con la compra de un cuadro atribuido a un famoso pintor, y cuya falsa paternidad, que se detectó solo después de la adquisición, habría causado una pérdida económica al adquirente, el cual no habría consentido en la compra, o lo hubiera hecho, pero por un precio muy diferente⁷³.

El segundo tipo de caso se refiere a los intereses económicos de un empresario, que solicita información, de forma confidencial, al banco de un cliente sobre la cobertura de la cuenta de este, y recibe una respuesta errónea por parte del funcionario interpelado (*consulta de fondos*)⁷⁴.

Por último, un tercer tipo de casos se da cuando una sociedad matriz confirma por escrito, a una entidad bancaria u otra financiera, el control (actual y futuro) sobre la sociedad filial (*patronazgo informativo*)⁷⁵.

72 Casación, 8 de octubre de 2008, n. 24795, en *NJCC*, 2009, I, p. 205; Casación, Secc.Un., 19 de diciembre de 2007, n. 26725, cit.

73 Casación, 4 de mayo de 1982, n. 2765, en *Just. civ.*, 1982, II, p. 1745, con nota de A. DI MAJO; en *Foro it.*, 1982, I, c. 2864, con nota de F. MACARIO.

74 Casación, 1º de agosto de 2001, n. 10492, en *Daño y resp.*, 2002, p. 90, con nota de A. BATÀ, A. SPIRITO. Ver Casación, 9 de junio de 1998, n. 5659, en *Daño y resp.*, 1999, p. 56, con nota de G. PEDRAZZI, in *NJCC*, 1999, I, p. 410, con nota de G.G. PETTARIN, L. PONTI; en *Foro it.*, 1999, I, c. 661, con nota de L. LAMBO.

Ver en el ordenamiento inglés: *Hedley Byrne & co. Ltd v. Heller & Partners Ltd.*[1964] AC 465.

75 Casación, 27 de septiembre de 1995, n. 10235, en *Jurisp. it.*, 1996, I, 1, p. 737 ss.; en *BBTC*, 1997, II, p. 396, con nota de C. SEVERI, Lettere di patronage: *responsabilità por informazioni economiche inexactas*, *ibidem*, 538 ss. Casación, 25 de septiembre de 2001, n. 11987 y Trib. Palermo, 18 de enero de 2000, in *Daño y resp.*, 2002, p. 643 ss., con nota de F. SELOGNA.

En todas las situaciones descritas, la cuestión jurídica planteada consiste en cerciorarse si el daño al patrimonio sufrido por las personas involucradas (en el orden propuesto anteriormente: el comprador de la pintura con la falsa atribución, el empresario cuya factura quedó sin tramitar y, por último, la institución financiera que sufre la insolvencia de la sociedad financiada) puede ser compensado no en los términos y límites de la responsabilidad extracontractual (art. 2043 C.C. italiano), sino de conformidad con el art. 1337 C.C. italiano. Aunque la Corte de Casación ha reconocido a estos casos de responsabilidad de naturaleza delictual, la aplicación de la última norma mencionada parece más dedicada a evaluar la legitimidad de la confianza y la subsistencia de una responsabilidad, poseedora de naturaleza contractual, que tiene en cuenta la calidad de las partes y la situación de hecho creada por las relaciones privilegiadas descritas anteriormente, conforme a los arts. 1173, 1175 y 1337 del Código Civil italiano.

En apoyo de esta tesis, el Código Civil italiano ofrece algunas soluciones que excluyen la responsabilidad por reticencia dolosa del radio de acción de los vicios de la voluntad y del ámbito de la responsabilidad extracontractual, para integrarla en el circuito de una responsabilidad, de naturaleza contractual, derivada del incumplimiento de las normas de corrección en la conducta. El art. 1439, c. 2 C.C. italiano⁷⁶ impone, de hecho, una regla de conducta *al tercero* que hubiere suministrado información falsa a los contratistas, tal como para inducir a uno de ellos a celebrar el contrato en condiciones económicas desfavorables para él. Nuevamente: el art. 1440 C.C. italiano⁷⁷ excluye la nulidad del contrato viciado por dolo de una de las partes, cuando la parte que sufrió el perjuicio de todos modos habría celebrado el contrato, aunque en condiciones económicas más favorables para ella. La doctrina italiana considera que estas reglas también se aplican a los casos de *reticencia dolosa* e incluso *culposa*, y asumirían el título de “vicios incompletos del contrato” (Mantovani, 1995, pp. 125 y ss.)⁷⁸: en otros términos, los arts. 1439, c. 2, y 1440 del Código Civil serían una expresión normativa especial ulterior a la norma general de buena fe establecida en el art. 1175 C.C.,

76 Art. 1439 II I.C.C. DOLO. Cuando Los fraudes han sido utilizados por un tercero, el contrato es anulable si eran conocidos por el contrayente que se ha beneficiado.

77 Art. 1440 DC - INCIDENTE DE DOLO. Si los fraudes no eran tales como para determinar el consentimiento, el contrato es válido, aunque sin ellos se habría celebrado en condiciones diferentes; pero el contrayente de mala fe es responsable de los daños.

78 Véase recientemente: M. MANTOVANI, Vicios incompletos del contrato y remedio indemnizatorio, Turín, 1995, p. 125 y ss.

fuente de una obligación, de naturaleza contractual, a observar un comportamiento correcto y transparente en el curso de una relación privilegiada, con el fin de no traicionar la confianza legítima de los demás (Mazeaud, 2008, p. 476; Le Gac Pech, 2011, p. 1915)⁷⁹.

4.2. INFORMACIONES ERRADAS O INEXACTAS DIRIGIDAS A CONSUMIDORES E INVERSIONISTAS.

Un segundo grupo se refiere a diferentes casos cuyos protagonistas son los consumidores o inversionistas. Los primeros –derivados de la comunidad– se pueden encontrar hoy en el Código del Consumidor (Decretos Legislativos 06 de febrero de 2005, n. 206, especialmente el art. 52, en el tema de los contratos a distancia; art. 87, en el tema de la venta de paquetes turísticos organizados), en el art. 124 del Decreto Legislativo del 1º de septiembre de 1993, n. 385, Ley de Bancos⁸⁰, en materia de crédito de consumo, y en la reciente

79 En Francia, el problema de la obligación de informar se basa en la teoría de los vicios del consentimiento, y en particular de la “*reticence dolosiv*”, fuente de responsabilidad civil de conformidad con el art. 1382 Cod. Napoléon. Esto se explica en virtud de la ausencia de una cláusula general de buena fe apta para imponer una obligación de conducta transparente. S. LE GAC PECH, *Les Mystères de l'obligation d'information*, citada en Casación comer., 7 de junio de 2011, n. 10-13.622, en *Sem. Jur.*, 2011, p. 1915 “L'obligation d'information est-elle la manifestation d'un principe général de loyauté contractuelle s'imposant même lorsque ni la loi, ni le contrat ne la prévoit?”. En varias ocasiones la Corte de Casación francesa ha reconocido la existencia de deberes de información, independientemente de las intervenciones específicas de la ley o de obligaciones contractuales, es decir, fuera del caso de fraude como causa de nulidad del contrato. En otras palabras, de acuerdo con la Cour de Cassation la reticencia dolosa incidental concede a la víctima una acción por daños y perjuicios. Sin embargo, queda por aclarar la cuestión de si la víctima necesita (en este sentido: Casación Comer, 7 de junio de 2011, n. 10-13622, cit; Casación, 3ª civ, 25 de mayo de 2011, n. 09-16677, en *JurisData* n. 2011-009899, en *Juris - Classeur pér. G.*, 2011, p. 1141, n. 7, con notas de J. GHESTIN. V.J. GHESTIN, *La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur qu'elle a provoqué*, en *Juris - Classeur pér. G.*, 2011, p. 703) o no (en este último sentido, véase Casación, 1ª civ., 28 de mayo de 2008, n. 07-13487, en *Sem. Jur.*, 2011, p. 1915 con nota de S. LE GAC PECH: *JurisData*, n. 2008-044.118, en *Bol. civ.*, 2008, I, n. 154, en *Rev. der civ.*, 2008, p. 1118, con nota de D. MAZEAUD, en *Rev. Trim. dr. civ.*, 2008, p. 476, con nota de B. FAGES, en *Dr. et patrimoine*, 2009, n. 178, p. 127, con nota de P. STOFFEL-MUNCK) demostrar la intencionalidad dolosa de la contraparte. Este “*droit éitant*” (así: S. LE GAC PECH, *Les Mystères de l'obligation d'information*, cit., p. 1916) por parte de la jurisprudencia francesa no permite tratar de forma autónoma las obligaciones de información en relación con la teoría de los vicios del consentimiento.

80 Modificado por el art. 1 d.l.gs. 13 de agosto de 2010, n. 141 (modificado a su vez por el art. 1 d.l.gs. 14 de diciembre de 2010, n. 218), aplicativo de la Dir. De 23 de abril de 2008, n. 48, en materia de crédito al consumo.

Directiva sobre derechos de los consumidores⁸¹. Se trata de disposiciones a cuyo contenido puntual y detallado no corresponde una regulación remedial igualmente clara (Amato, pp. 80 y ss.)⁸². Tratándose de informaciones definidas como precontractuales por la propia ley, y que de todas formas deben suministrarse al consumidor antes de la celebración del contrato, la referencia al art. 1337 C.C. (por lo menos en lo que concierne a la aplicación de nuestro ordenamiento jurídico) parece obvio. Pero la pregunta es otra: si bien la intención del legislador (comunitario) es proteger a los consumidores contra prácticas comerciales consideradas desleales, tal vez sería más eficaz una tutela dirigida no a cargar a este último de derechos (a ser más que suficientemente informado), sino para responsabilizar al profesional, imponiéndole obligaciones (positivas) de comportamiento, siguiendo la lógica ya adoptada por la Directiva 2005/29, arts. 6 y 7, que establecen disposiciones contra las prácticas comerciales engañosas.

4.2.1. LAS OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN EXIGIDAS POR LA LEY PARA PROTEGER A LOS INVERSIONISTAS.

En lo que concierne a la protección del inversionista profesional o personal, es oportuno distinguir la proveniencia de la información destinada a los inversionistas: en esta materia, de hecho, el problema de la información errónea, inexacta u omitida por completo que hubiere inducido a un sujeto no profesional a celebrar un contrato para la compra de títulos que posteriormente resultaren carentes de su valor nominal, no puede abordarse de una manera unificada (Castronovo, pp. 517 y ss.)⁸³. Las disposiciones relativas a la protección del inversor se pueden encontrar en el T.U.F. (Decreto-ley de 24 de febrero de 1998. n. 58, Ley Unificada de Finanzas), la cual impone a intermediarios (véase la Parte II del T.U.F., en particular, el art. 21, y los arts. 22, 26, 28 y 29 del Reglamento Consob. n. 11971 del 14 de mayo de 1999,

81 Dir 25 de octubre de 2011, n. 83 del Parlamento Europeo y del Consejo, en G.U.C.E.L. 304, 21 de noviembre de 2011, donde se prevé un régimen diferente para las informaciones precontractuales en los contratos a distancia y celebrados por fuera de los locales comerciales (art. 6); y en todos los otros contratos distintos de estos últimos (art. 5). Mientras que en los primeros las informaciones prenegociales de información se enumeran en detalle, y constituyen también parte integral del contenido del contrato; para los segundos se deja libertad a los Estados miembros de precisarlas, y en cualquier caso, no entran a formar parte del contenido del contrato.

82 Sobre el punto, permítaseme hacer referencia a C. Amato, *Por un derecho europeo contractual con los consumidores*, cit., pp. 80 y ss., 454 y ss.

83 Para una discusión detallada de las responsabilidades relacionadas con la información financiera, véase C. Castronovo, *La nueva responsabilidad civil*, cit., pp. 517 y ss.

y modificaciones subsiguientes), emisor, proveedores y eventuales garantes (arts. 94, 97, 103, c. 2, y 114 T.U.F.) una serie de obligaciones de información que, de ser incumplidas en fase previa a la compra de productos financieros, generan una obligación indemnizatoria a favor del inversionista que “hubiere confiado razonablemente en la veracidad y exactitud del prospecto” (art. 94, c. 8), tal como la Corte de Casación quiere que suceda cada vez que se infringen normas de conducta.

En lo que respecta a la oferta a la inversión pública de productos financieros, la circulación de un prospecto informativo engañoso tiene un efecto diferente y causa diferentes daños según involucre suscriptores de los títulos o compradores en el mercado secundario. Sobre la cuestión de la llamada “responsabilidad de prospecto” (Ventoruzzo, 2003, p. 248; Ferrarini, 1986, pp. 49 y ss.)⁸⁴ y, más en general, de la responsabilidad de las empresas que cotizan en bolsa de la difusión de información financiera falsa o incompleta, la compleja regulación se encuentra en la Parte IV, arts. 91 y ss. T.U.F.⁸⁵. El proceso de colocación de los títulos de deuda en el mercado “gris” (o primario) y en el mercado secundario es bastante complejo, ya que en esta

84 Define la responsabilidad de prospecto de un ‘sistema mixto en el que, de acuerdo con las partes implicadas y el caso en examen, puede ser necesario aplicar los principios de la responsabilidad contractual o de la extracontractual’: A. VENTORUZZO, *La responsabilidad de prospecto en los Estados Unidos de América entre reglas del mercado y mercado de las reglas*, Milán, 2003, p. 248. Califica como precontractual, reconociéndole naturaleza contractual, la responsabilidad de los suscriptores del prospecto, de los asesores financieros que actúen en nombre de una empresa de distribución, por las informaciones incorrectas o inexactas contenidas en los prospectos de emisión, G. Ferrarini, *La responsabilidad de prospecto*, Milán, 1986, p. 49 y ss., 57 y ss.

85 Todo el Capítulo I de la Parte IV, Título II del T.U.F. ha sido sustituido por el art. 3 del Decreto Legislativo del 28 de marzo de 2007, n. 51 (y sucesivas modificaciones), en aplicación de la ‘directiva de los prospectos’ (Directiva 2003/71/CE del Parlamento y el Consejo Europeos, 14 de noviembre de 2003), hoy modificada por la Directiva 2010/73/UE del Parlamento y el Consejo Europeos, del 24 de noviembre de 2010. Las nuevas regulaciones en materia de prospectos informativos han sido necesarias para mejorar y simplificar la difusión de los prospectos, aumentar la seguridad jurídica y al mismo tiempo reducir la carga burocrática, especialmente en favor de los pequeños y medianos emisores. Entre las innovaciones más importantes, se destaca el aumento en el límite máximo global de la oferta, por debajo del cual la Directiva no se aplica, 2,5 a 5 millones de euros; el aumento en el número mínimo de inversores necesarios para hacer circular el prospecto de 100 a 150.

La cuestión de la responsabilidad en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Directiva se ha deferido a los Estados miembros, ya sea por la Directiva 2003/71 como por la Directiva 2010/73. La única imposición a los Estados se relaciona con la corresponsabilidad de más sujetos: emisor, directores, gerentes, posibles oferentes y garantes (art. 6 Dir. 2003/71).

En Francia, la ‘Directiva prospecto’ 2003/71 fue introducida por la Ley 26 de julio de 2005 no. 2005-842, que modificó el Code Monétaire et Financier (Livre IV) y el Règlement Général dell’Autorité des Marchés Financiers. Al igual que en muchas legislaciones que han implementado la ‘directiva prospecto’, no se define la naturaleza de la responsabilidad; ni tampoco se establecen límites a las pretensiones indemnizatorias. La lacónica referencia a la responsabilidad civil sugiere una responsabilidad de naturaleza extracontractual.

operación hay muchos profesionales autónomos implicados⁸⁶: los *managers* o los *lead managers* financieros institucionales (por lo general son grandes bancos de inversiones), responsables del procedimiento de emisión de los títulos; el consorcio de suscriptores, el grupo más amplio de instituciones financieras que acuerdan suscribir la emisión de títulos; por último, los intermediarios, con la tarea de llegar a los clientes privados en el mercado secundario (*selling group*). Es esta última, sin embargo, la fase más delicada, en la que el riesgo de la operación financiera se distribuye por los intermediarios/distribuidores sobre los inversionistas en el mercado secundario; pero es también la etapa más remota respecto del análisis y la valoración de los títulos colocados, que ya se ha hecho (o se debería haber hecho) durante la primera fase descrita anteriormente, es decir, en el momento de la emisión, cuando los involucrados son los sujetos cuyos servicios profesionales tienen por objeto específico la valoración de la empresa y la elaboración de un prospecto informativo de emisión (*offering circular*) que contiene una serie de informaciones financieras técnicas y detalladas respecto de los títulos para el mercado “gris”. Más precisamente, mientras que durante la primera fase de la emisión y en el curso de la oferta de los títulos de deuda los *lead managers* proporcionan información específica, la información contenida en el prospecto de emisión no se traslada y transmite de forma igualmente exhaustiva en el curso de la colocación a través del prospecto informativo (*offering circular*). Por ejemplo: cuando los títulos de deuda se transfieren a los inversionistas por los intermediarios, se les entrega solo un *abstract* modesto y limitado del prospecto de emisión, respecto del cual no tienen ninguna posibilidad de verificación. En otras palabras, del prospecto informativo destinado al mercado secundario se eliminan todas las informaciones financieras y los detalles técnicos –contenidas en cambio en la *offering circular* original redactada y distribuida por los *lead managers*– respecto de los títulos. Cabe señalar que en el caso de ofertas de suscripción de productos financieros destinados a la inversión pública, el art. 97, c. 3, T.U.F. impone a la sociedad oferente la revisión obligatoria del estado financiero anual y consolidado, preparado por la firma de auditoría encomendada. En el caso de que los auditores externos debieran emitir un juicio o relación negativa sobre el estado financiero, la colocación de títulos no puede tener lugar. Sin embargo, además de las sanciones penales (arts. 175 a 179 T.U.F.), el propio T.U.F. no prevé remedios civiles específicos en el caso de informaciones incorrectas hechas por los auditores externos, como si la circulación de información inexacta por parte de estos últimos tuviera un

86 G. FERRARINI, *La responsabilidad de prospecto*, cit.

impacto significativo –bajo el perfil del incumplimiento– sobre la empresa auditada (dada la anterior relación de negocios entre las dos empresas), pero un impacto débil sobre terceros inversionistas (art. 164 T.U.F.). Finalmente, también intervienen en el proceso de emisión las llamadas agencias de *rating*, cuya tarea específica es formular un juicio global sobre la fiabilidad financiera de la sociedad emisora, expresado en cifras y palabras comprensibles para el público al que se dirigen, es decir, los inversionistas no profesionales. El juicio autorizado de una agencia de *rating* se deriva a su vez del perfil profesional de los analistas financieros que allí trabajan, y de los procedimientos estandarizados que adoptan para llegar a la valoración final de la sociedad emisora. En el caso del *rating* “solicitado”⁸⁷, los analistas financieros establecen una relación privilegiada con sus propios clientes, con los cuales mantienen un estrecho contacto durante el proceso de valoración, pero también en las etapas posteriores de revisión/corrección de la valoración original. Durante este período de estrecho contacto los analistas adquieren un profundo conocimiento sobre la situación financiera de sus clientes, gracias también a la adquisición de numerosas informaciones confidenciales que –a pesar de que no se puede hacer circular entre el público inversionista– contribuyen a la formulación del juicio definitivo dictado por la agencia de *rating* sobre la sociedad emisora y sobre los títulos emitidos por esta. Dicho juicio definitivo no tiene en cuenta solo los estados financieros anuales o consolidados, sino que se basa en consideraciones discrecionales derivadas del profundo e íntimo hurgar entre las actividades de la empresa. Consideremos, por ejemplo, la información que se relaciona con un procedimiento de patente de una invención industrial de un nuevo producto revolucionario; o una posible adquisición; o simplemente una información confidencial relativa a la evaluación del *management*⁸⁸. Es claro que toda esta información –aunque ciertamente no puede ser divulgada en el mercado de los inversionistas financieros– determina el juicio definitivo de los títulos valorados por los analistas, lo que a su vez afectará el comportamiento de muchos participantes del mercado financiero; no menos

87 El *rating* no solicitado es cuando la valoración no ha sido solicitada por una empresa, sino que la agencia de *rating* es la que, de forma independiente, procede a la evaluación de los títulos con el fin de promover su propio perfil profesional en los mercados financieros. En este caso, no se crea ninguna relación contractual o fiduciaria entre la agencia de *rating* y el emisor, y la misma valoración se realiza sobre la base de las informaciones genéricas disponibles en el mercado para todos los operadores financieros. Debido a que se trata de una valoración menos precisa y confiable que la del *rating* solicitado, es correcto que se atenúe la responsabilidad de la empresa que la efectúa.

88 Este procedimiento fue aprobado y estandarizado por los Basel Agreements, 2004, por los cuales se adoptaron los “*Core Principles*” para the Effective Banking Supervision.

importante, de los propios clientes de las entidades de *rating*, sus acreedores e inversionistas (Marianello, 2008, p. 635)⁸⁹.

Como se ha visto, en los procedimientos de emisión y colocación de los títulos, diferentes son, por tanto, los sujetos involucrados, y diferentes los asuntos jurídicos suscitados. Al examinar el problema de la responsabilidad derivada de las obligaciones de información impuestas por la ley, puede haber dos grupos separados de situaciones. Por un lado, las situaciones en las que la información engañosa llega a los inversionistas en el mercado secundario, induciéndolos a celebrar un contrato de inversión en productos financieros que nunca habrían adquirido si hubieran sido debidamente informados. Este tipo de situaciones, en cuanto lesionan la confianza legítima de los inversionistas transgrediendo las obligaciones de información impuestas por la ley, expresión de una disposición más general de comportamiento leal y correcto impuesta a los individuos que participaron en la emisión, pueden subsumirse en el cauce de la responsabilidad de que trata el art. 1337 C.C., y participan emisores y, eventualmente, en la emisión de bonos, también el grupo de *managers*, *lead managers* y el consorcio de los suscriptores; intermediarios; agencias de *rating*, autoridades de vigilancia.

Por lo que se refiere a la responsabilidad a cargo de emisores, proveedores y eventuales garantes (categorías que incluyen los protagonistas del proceso de emisión, sobre todo de carácter obligacional), los párrafos 8 a 11 del art. 94 T.U.F. establecen la responsabilidad de las personas mencionadas “cada cual con respecto a las partes de su propia competencia”. Las disposiciones citadas parecen confirmar la tesis a veces sugerida en la jurisprudencia⁹⁰ y la doctrina sobre la naturaleza precontractual de la responsabilidad sobre el prospecto, que goza de una regulación en parte similar a la contractual (distribución de la carga de la prueba a cargo del intermediario responsable de la colocación); en parte “special” (cinco años de prescripción, de conformidad con el art. 94, c. 11) (Sangiovanni, 2010, p. 880; Visintini, 2009, p.

89 M. MARIANELLO, *La responsabilidad de la agencia de rating frente a los terceros inversionistas*, en *Resp. civ.*, 2008, p. 635.

90 Trib. Milán, 11 de enero de 1988, in *Jur. comer.*, 1988, II, p. 585, con nota de G. FERRARINI, *Investment banking, prospectos falsos y culpa en contrahendo*; Trib. Milán, 25 de julio de 2008, in <http://www.ilcaso.it>

795; Giuici, 2008, p. 217)⁹¹. La Corte de Casación, de hecho, ha propuesto recientemente una interpretación diferente, aunque no directamente relacionada con la normativa antes mencionada, que aún no entraba en vigor en la época de los hechos (Anelli, 2011, p. 621)⁹². Según la Corte Suprema, la referencia al art. 1337 C.C. no sería útil en el tema de los prospectos informativos: no sería, de hecho, reconocible una verdadera negociación en el caso de ofertas públicas de compra, venta o canje de instrumentos financieros, por cuanto el adherente no se decidiría a celebrar el contrato sobre la base de una relación precisa con el emisor, sino en virtud de noticias encontradas en el mercado.

En cuanto a la responsabilidad de las agencias de *rating*, como hemos visto antes, su papel puede compararse con el de los intermediarios financieros, cuya principal tarea es la de facilitar el encuentro entre oferta y demanda de productos financieros, y cuyas obligaciones principales se describen en la parte II del T.U.F. (Véase en especial el art. 21). Si, por lo tanto, el papel desempeñado por las agencias de *rating* es la de actuar como intermediarias de la información financiera, una vez que sus juicios hayan llegado al mercado secundario deberían esperar que los intermediarios, para la colocación del título, y por supuesto los propios inversionistas, confíen razonablemente en las valoraciones expresadas en el *rating*. Sin embargo, a la obligación de prestar la mayor diligencia en la ejecución de la prestación impuesta por el T.U.F. le sigue una exención expresa de la obligación de informar, así como de evitar el conflicto de intereses (art. 14 l. 2005/62, que modificó el art. 114 T.U.F.). Doctrina (Carbone, 2002, p. 109; Monti, 1995, p. 16; Facci, 2007, p. 679; Mazzoni, 2002, p. 232)⁹³ y jurisprudencia⁹⁴, en verdad, han expre-

91 Sobre la regulación de la responsabilidad de prospecto en el T.U.F., véase: V. SANGIOVANNI, *La nueva responsabilidad de prospecto en el art. 94 T.U.F. en Jur. mérito*, 2010, pp. 880 y ss. E. Macchiavello, *La responsabilidad de prospecto de los intermediarios financieros*, en G. Visintini (dir.), *Tratado de la responsabilidad contractual*, II, Padua, 2009, p. 795 y ss. P. Giuici, *La responsabilidad civil en el derecho de los mercados financieros*, Milán, 2008, pp. 217 y ss. S. Bruno, *La (¿nueva?) responsabilidad de prospecto hacia el público*, BBTC, 2008 I, pp. 785 y ss.

92 Casación, 11 de junio de 2010, n. 14056, en *Las Sociedades*, 2011, pp. 411 y ss., con nota de A. Anelli, *La responsabilidad de prospecto entre novedades legislativas y sentencias de la Corte Suprema*, en *Daño y resp.*, 2011, p. 621, con nota de G. AFFERNI, *La responsabilidad de prospecto: naturaleza, daño indemnizable y nexo de causalidad*.

93 V. Carbone, *La responsabilidad de los intermediarios*, en *Daño y resp.*, 2002, p. 109; A. Monti, *Las asimetrías informativas y las actividades de rating: una propuesta para Italia*, en *Banca*, 1995, p. 16; G. Facci, *El rating y la circulación de productos financieros: perfiles de responsabilidad*, en *Resp. Civ.*, 2007, p. 679; C. Mazzoni, *Observaciones sobre el tema de la responsabilidad civil de los analistas financieros*, en *Análisis jur. econ.*, 2002, p. 232.

94 Trib. Pinerolo, 14 de octubre de 2005; Trib. Cagliari, 2 de febrero de 2006; Trib. Cosenza, 1º de marzo de 2006; Trib. Milán, 24 de abril de 2006; Trib. Catania, 5 de mayo de 2006; Trib. Parma, 24 de mayo de 2007; Trib. Florencia, 6 de julio 2007: En <http://www.ilcaso.it>.

sado un juicio por demás crítico sobre esta disposición, indicando más bien un camino que conduce a la imputabilidad de la conducta negligente de tales personas pasando, sin embargo, por distintos grados de responsabilidad, en función del tipo de relación que se establece con el cliente. En particular, en el caso del *rating* solicitado, la existencia de una relación contractual anterior entre los analistas financieros y la sociedad emisora hace más directo el daño sufrido por los terceros inversionistas, si la valoración resulta ser incorrecta, tardía o incompleta, y más fácilmente susceptible de protección la razonable confianza decepcionada.

Descendiendo del mercado “gris” al secundario, otras leyes se han ocupado de las obligaciones de información de los intermediarios financieros: el art. 2339, n. 3 C.C. (Ferrarini, p. 57)⁹⁵ y, por último, la parte II del T.U.F., y en particular sus arts. 21 (y 211 *lit. a*)⁹⁶, los arts. 26, 28 y 29 del Reglamento Consob n. 11522 de 01 de julio de 1998. Como es sabido, luego de innumerables cambios (véase por último, l 2007/164.), estas normas imponen a los intermediarios tres obligaciones principales: *i*) la obligación de diligencia, conducta correcta y transparencia, en interés de los individuos privados del mercado; *ii*) la obligación de informar a los inversionistas, y de adquirir la información necesaria sobre su perfil financiero y actitud ante el riesgo (*know your client rule* o *suitability rule*: arts. 39, 40 reg Consob. n. 16190/2007) (Greco, 2008, p. 2556; Guernelli, 2009, p. 360; Salatino, 2009, p. 201)⁹⁷; *iii*) la obligación de publicitar los productos financieros de una manera clara, transparente y no engañosa. A pesar de la claridad de las disposiciones citadas, una vez más, la ley no hace referencia específica a la naturaleza y a la regulación de la responsabilidad derivadas de estas obligaciones. Es ya conocida la “mescolanza” de remedios (Roppo, 2005, pp. 896 y ss.)⁹⁸ planteada por la jurisprudencia de mérito, especialmente en la resolución de las controversias surgidas a raíz de los escándalos financieros Cirio (Roppo, 2006,

95 G. Ferrarini, *La responsabilidad de prospecto*, cit., p. 57 y ss.

96 En aplicación de la Dir. del 4 de noviembre de 2003, n. 71 (directiva ‘prospecto’).

97 F. GRECO, *Intermediación financiera: Remedios y adecuación en la práctica*, en *Resp. Civ. y prev.*, 2008, pp. 2556 y ss. Sobre la ‘*suitability rule*’ y ‘*know your customer rule*’, véase también: R. BRUNO, *La experiencia del inversionista y la información “adecuada” y “necesaria”*, en *Jur. comer.*, 2008, II, p. 389; M. GUERNELLI, *La intermediación financiera entre tutela del mercado, legislación de protección de los consumidores y orientación jurisprudencial*, en *Jur. comer.*, 2009, II, p. 360; G. SALATINO, *Variedades de de contratos de swap del “operador calificado” al “cliente profesional”: la decadencia de las declaraciones “autorreferenciales”*, en *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, p. 201.

98 Así V. ROPPO, *La tutela del inversionista entre nulidad, terminación y compensación (es decir, la mescolanza de los remedios contractuales)*, en *Contr. e impr.*, 2005, p. 896 y ss.

pp. 338-364; Fabiano, 2007, 93-116)⁹⁹, Parmalat (Ferrarini, Giudici, citado en Armour, Mccahery, 2006)¹⁰⁰ y bonos argentinos¹⁰¹. La jurisprudencia ha oscilado entre la solución drástica de la nulidad virtual del contrato de compra de los bonos basura por incumplimiento de normas imperativas (Vigo, 2005, pp. 672-674; Perinu, 2004, pp. 100-101)¹⁰² o por vicio de forma¹⁰³; y nuevamente entre el incumplimiento importante según el art. 1455 C.C

99 Trib. Génova, 18 de abril de 2005; Trib. Génova, 15 de marzo de 2005 y Trib. Mantua, 1º de febrero de 2004, en *Daño y resp.*, 2005, p. 604, con nota de V. ROPPO, *La tutela de los inversionistas entre nulidad y terminación (a propósito de bonos Cirio y bonos tango)*; Trib. Trani, 30 de mayo de 2006; Trib. Tarento, 27 de octubre de 2004, BBTC., 2007, III, pp. 338-364, con nota de P. E. FABIANO, *La negociación de bonos y las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de información del intermediario entre responsabilidad por incumplimiento y nulidad del contrato*; Trib. Trani, 7 de septiembre de 2005, 21 de julio de 2005, 10 de junio de 2005, BBTC, 2007 I, pp. 93-116, con nota de DI M.T. PARACAMPO, *Las obligaciones de adecuación en la prestación de los servicios de inversión*.

100 La misma situación ocurrida con los bonos Cirio se ha reavivado con el caso Parmalat, cuyo estado de insolvencia habría estallado en el 2000. Bancos italianos e internacionales estuvieron involucrados en el colapso financiero del grupo, porque habían colocado las obligaciones Parmalat con inversionistas privados aún teniendo conocimiento del grave endeudamiento en se hallaba el grupo. Una vez más, el riesgo de la insolvencia de Parmalat se descargó en los inversionistas privados, mientras que los bancos se deshicieron de todos los títulos sin valor nominal. Trib. Venecia, 17 de octubre de 2005, en *Jur. comer.*, 2007, II, p. 1252 con nota de C.A. RUSSO, *El caso Parmalat: entre el conflicto de intereses del lead manager y la tutela indemnizadora*. Ver también: G. FERRARINI, P. GIUDICI, *Escándalos financieros y el Role of Private Enforcement: el Caso Parmalat*, en J. ARMOUR, J.A. MCCAHERY (ed.), *After Enron: improving corporate law and modernising securities regulation in Europe and the United States*, Hart, Oxford, 2006.

101 Véase con referencia a los bonos argentinos: Trib. Mantua, 18 de marzo de 2004, en BBTC, 2004 II, p. 440 con nota de D. MAFFEIS, *Conflicto de intereses en la prestación de servicios de inversión: la primera sentencia sobre la venta de bonos argentinos a inversionistas*; en *Jur. comer.*, 2004, II, p. 690, con nota de E. SCIMENI, *La primera sentencia italiana sobre la venta de bonos tango*; Trib. Venecia, 22 de noviembre de 2004, en *Contratos*, 2005, p. 5, con nota de D. MAFFEIS, *El deber de asesoramiento al cliente en los servicios de inversión y la extensión del modelo al crédito al consumidor (bonos argentinos, nulidad por conflicto de intereses)*. Ambas sentencias se leen también en *Daño y resp.*, 2005, p. 614. Trib. Florencia, 30 de mayo de 2004, en *Resp. civ. y prev.*, 2005, p. 136 (sobre títulos valores “reverse convertible”); Trib. Milán, 6 de junio de 2005, Trib. Ferrara, 25 de febrero de 2005 en *Contratos*, 2006, p. 12; Trib. Florencia, 19 de abril de 2005, en *Corr. Jur.*, 2005, p. 1279; Trib. Avezzano, 23 de junio de 2005, Trib. Palermo, 26 de marzo de 2005, ambas en *Foro it.*, 2005 I, c. 2536.

102 Ver nota precedente.

En la doctrina no faltan soluciones imaginativas, en las que se plantea la nulidad relativa, cuya acción solo puede ejercer el inversionista, por violación de la integridad del mercado: R. VIGO, *La reticencia del intermediario*, en BBTC, 2005, p. 672-674; A. PERINU, bonos en default, *bancos e inversionistas: contrastes entre jueces sobre las responsabilidades*, en *Der y just*, 2004, 46, pp. 100, 101.

103 Trib. Génova, 15 de marzo de 2005, in *Daño y resp.*, 2005, p. 609.

(Pisani Massamormile, 2005, pp. 777-779)¹⁰⁴; o más bien la responsabilidad precontractual (Lucchini Guastalla, 2005, pp. 440 y ss.)¹⁰⁵. Por otro lado, bajo el perfil de los remedios, el Decreto Legislativo n. 164/2007 (aplicación de la Dir. 2004/39 UE sobre la regulación de los mercados financieros) no había ofrecido ninguna solución: como sucede a menudo en la legislación de origen comunitario, en la directiva citada el legislador de Bruselas no ha apoyado la regulación uniforme de la definición de la transparencia de la información contenida en el prospecto (armonización de los estándares y los módulos informativos), una similar uniformidad de los remedios civiles, respecto de los cuales no se definen ni la naturaleza ni las modalidades de identificación de los sujetos pasivos en la acción indemnizatoria (Giuliani, 2005, p. 330)¹⁰⁶. La Dir. 2006/123 relativa al mercado de servicios tampoco contiene luces sobre el problema de los remedios futuros en el caso de incumplimiento de obligaciones de información impuestas al profesional. Después de los casos mencionados, Cirio, Parmalat y *bonos* argentinos, este tema fue abordado nuevamente por el legislador, quien –con l. n. 262/2005, art. 11, c. 2– insertó el art. 100 *bis* en el T.U.F., dirigido expresamente a la circulación de los productos en el mercado financiero, en el caso de la exhortación a la inversión pública. De acuerdo con la citada norma, una oferta al público de productos financieros originalmente dirigida a inversionistas institucionales, es *inválida* si no va acompañada por un prospecto informativo. Este defecto estructural puede ser invocado por los inversionistas privados que actúen por fuera de los objetivos profesionales respecto de los intermediarios financieros (bancos, en particular) responsables de haber violado la ley a través de la co-

104 Trib. Génova, 2 de agosto de 2005, en *Daño y resp.*, 2005, p. 618; Trib. Roma, 25 de mayo de 2005, en *Corr. jur.*, 2005, p. 1282; Trib. Milán, 25 de julio de 2005, NJCC, 2006 I, p. 593, con nota de M. DELLACASA, Negociación de títulos valores e insolvencia del emisor: ¿qué tutela hay para el inversionista que no reciba suficiente información?

Considera que se debería más bien hablar de incumplimiento por falta de información: A. PISANI MASSAMORMILE, *Emisiones de bonos y responsabilidad de los intermediarios*, en BBTC, 2005 I, pp. 777-779.

105 Solución defendida por una atenta doctrina legal: V. ROPPO, *La tutela del inversionista entre nulidad y terminación (a propósito de bonos Cirio y bonos Tango)*, cit. p. 629; Casación 29 de septiembre de 2005, no. 19024, cit., P. 25; Trib. Tarento, 27 de octubre de 2004, en *Der y jur.*, 2004, n. 46, p. 102 y ss. Véase también E. LUCCHINI GUASTALLA, Daño a los inversionistas y responsabilidad de las autoridades de vigilancia y los intermediarios financieros, en *Resp. civ. y prev.*, 2005, p. 40 y ss. (el A. crítica las sentencias de mérito del Trib. Mantua, 18 de marzo de 2004 y el Trib. Florencia, 30 de mayo de 2004; Trib. Venecia, 22 de noviembre de 2004, cit. para apoyar, en cambio, la tesis de la responsabilidad precontractual).

106 F. GIULIANI, *Acceso equitativo a la información y duty of care en los prospectos informativos*, en *Contr. impr./ Europa*, 2005, p. 330.

locación en el mercado secundario de títulos originalmente destinados a los inversionistas institucionales.

Al mismo tiempo, sin embargo, las Salas Plenas de la Corte de Casación¹⁰⁷ habían resuelto de otra manera el problema del correcto remedio civil: confirmaban la tradicional separación entre normas de conducta y normas de validez; retornaban al cauce de las primeras la normativa sectorial respecto de las obligaciones de información de los intermediarios (en el momento de los hechos del caso, el art. 6 l. n. 1/1991); distinguían entre tales obligaciones aquellas precontractuales, impuesta al intermediario, *con anterioridad* a la celebración del contrato de “mandato” (o contrato marco), y los asumidos en el contrato de mandato a través de la integración jurídica realizada por la normativa para el sector, y por tanto, inherente a la fase de ejecución de la prestación; admitían, en consecuencia, *también* la rescisión del contrato de intermediación financiera por incumplimiento importante según el art. 1455 C.C., además de la indemnización de los daños y perjuicios en virtud de los principios generales sobre el incumplimiento contractual. En resumen, según la Corte de Casación, la responsabilidad del intermediario será de naturaleza precontractual si la información incorrecta se realizó antes de la celebración del contrato de inversión; será, en cambio, contractual si la misma información se difundió en una fecha posterior a la celebración y durante el curso de ejecución del contrato. En ambos casos, el remedio a favor del inversionista defraudado será de tipo indemnizatorio: en los límites del interés negativo, en la primera situación; también cubrirá el interés positivo en la segunda situación.

En opinión del autor, las disposiciones del T.U.F. crean –en las situaciones descritas anteriormente– una relación directa entre la cláusula general de buena fe (expresada en el art. 1337 C.C.) y los intereses seleccionados por el legislador (art. 5 T.U.F.: salvaguarda de la confianza en el sistema financiero; tutela de los inversionistas, estabilidad, buen funcionamiento, competitividad del sistema financiero, cumplimiento de las disposiciones en materia financiera), identificando a la vez aquellas circunstancias relacionales en las cuales una manifestación imputable a “ligereza, superficialidad, falta de atención” de una persona profesionalmente calificada induzca a otro a actuar en perjuicio propio. Circunstancias que hacen referencia a una responsabili-

107 Casación, Secc. Un. 19 de diciembre de 2007, n. 26724, en Daño y resp., 2008, p. 525, con nota de V. ROPPO, *La nulidad virtual del contrato después de la sentencia Rordorf*; y F. BONACCORSI, Las secciones unidas y la responsabilidad de los intermediarios financieros.

dad indemnizatoria dirigida a proteger la confianza onerosa del inversionista causada por el incumplimiento de una norma de conducta prescrita por el propio legislador, exonerando al juez de la carga de “medir” la cercanía de la relación, sino en términos de nexo de causalidad entre la conducta incorrecta y el daño sufrido por el depositario de la confianza. En el caso específico de la responsabilidad del prospecto informativo la valoración de proximidad (entre la ligereza del emisor, o de otros sujetos involucrados, y la compra de títulos depreciados por el inversionista) ya fue hecha por la ley (art. 94, C.C. 8-11 T.U.F.). A la víctima no le queda más que alegar el daño económico sufrido: la “relación privilegiada” en la que se encuentran los sujetos descritos bien se presta a la aplicación por analogía de la regulación que tiene origen en la relación contractual.

5. EL PROBLEMA DE LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS.

La cuestión más delicada suscitada –y no del todo resuelta– por la responsabilidad por la confianza es la cuantificación de los daños causados al titular de los intereses que se desea tutelar. En verdad, se está en presencia de unos daños cuya naturaleza y alcance depende de la cercanía de la relación existente entre quien ha incumplido la norma de conducta y quien ha sido afectado, y no de la naturaleza de los intereses afectados.

En los casos paradigmáticos de contacto social identificables en el ámbito de una relación de tipo precontractual, a los que pueden equipararse aquellos que se caracterizan por el incumplimiento de las obligaciones de información impuestas por la ley, incluso sin tener en cuenta la futura estipulación, entre las partes involucradas, de una relación de negocios, el inicio de las negociaciones (art. 1337 C.C.), la existencia de un contrato ya formado (art. 1338), o la propia ley (arts. 1439, c. 2 y 1440 C.C., T.U.F., cod. cons.) constituyen indicios de una relación privilegiada, aunque existente (o reconocida como existente) entre dos partes. En consecuencia, el daño sufrido por el depositario de la confianza, incluso resultante de la lesión a un interés moral (“el interés en no sufrir una conducta incorrecta”)¹⁰⁸ (Castronovo, p. 37) se traduce en una disminución patrimonial que –como se ha dicho muchas veces– no debe tomar en cuenta un contrato eventualmente celebrado,

108 C. CASTRONOVO, *Culpa vaga* in contrahendo: *invalides, responsabilidad e la búsqueda de la oportunidad perdida*, cit., p. 37.

ni las consecuencias del incumplimiento (no habiendo prestación principal); pero sí debe tomar en consideración el menor beneficio o la mayor carga económica sufrida por la parte inocente, así como la pérdida de oportunidades, siempre que sean inmediata y directa consecuencia del incumplimiento de una norma de conducta por parte del profesional (el llamado “interés negativo”)¹⁰⁹.

Interesante en este aspecto la trayectoria seguida por la jurisprudencia y la doctrina francesas. Hasta el 2003 la jurisprudencia francesa, especialmente de apelaciones¹¹⁰, con el apoyo de gran parte de la doctrina (Malaurie, Aynès, & Stoffel-Munck, 2003, n. 464; Viney, 1995, n. 198; Le Tourneau & Cadiet, 2002, n. 842; Laude, 1992, n. 843; Terré, Simler & Lequette, 2002, n. 185; Mestre, 2000, p. 9; Jourdain, 1996, n.13)¹¹¹, consideraba indemnizable un lucro cesante particular, es decir, la pérdida de la *posibilidad* de celebrar el contrato. La intervención de la *chambre commerciale* de la *Cour de Cassation*, seguido por la *chambre civile* en 2006, eclipsó este concepto de daño: en nombre de la libertad de no celebrar un contrato, no sería indemnizable la pérdida de la posibilidad de llegar a un acuerdo, por cuanto no sería posible probar el nexo de causalidad entre el daño alegado y el contrato no celebrado (Leveneur, 2006, p. 1858; Libchaber, 2006, p. 166; Stoffel-Munck, 2006, p. 1069; Mazeaud, 2006, p. 1069; Deshayes, 2006, p. 754; Dupré-Dalle-magne, 2004, p. 80; Mestre & Fages, 2004, p. 163, Viney, 2004, p. 738)

109 Ver *ex plurimis* Casación, Secc. Un., 19 de diciembre de 2007, n. 26725, cit.; Casación, 29 de septiembre de 2005, n. 19024, cit.

110 Tribunal de Apelación de Versalles, 1º de abril de 1999, en *Rev. jur. der. neg.*, 1999, n. 1285; Tribunal de Apelación de París, 10 de marzo de 2000, *Juris-Classeur pér.*, 2001 II, p. 10470, con nota de F. VIOLET; Tribunal de Apelación de Lyon, 6 de junio de 2002, en *JurisData*, n. 184338; Tribunal de Apelación de Versalles, 25 de septiembre de 2003, en *Juris-Classeur pér.*, 2004, n. 384, con nota de P. MOUSSERON.

111 P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, París, 2003, n. 464; G. VINEY, *Traité de droit civil*, en J. GHESTIN (dir.), *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, París, 1995, n. 198; D. MAZEAUD, *La genèse des contrats, un régime de liberté surveillée*, cit., n. 21; P. CHAUVEL, *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle*, cit., p. 45 ss.; P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Parigi, 2002, n. 842; A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1992, n. 843; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit Civil. Les Obligations*, Dalloz, Parigi, 2002, n. 185; J. MESTRE, *La période précontractuelle et la formation du contrat*, in *Petites affiches*, 2000, p. 9; P. JOURDAIN, *Responsabilité précontractuelle*, in *J.-Cl. Contrats Distribution*, 1996, n. 13.

¹¹². De manera más precisa, ya que la culpa según el art. 1382 *code napoléon* no consiste en la ruptura de las negociaciones, incluso si llegan a una etapa avanzada –porque se sigue confirmando el derecho al desistimiento unilateral de las negociaciones –, sino que consiste en la incorrección y la irracionalidad del desistimiento, la indemnización de los daños no puede cubrir una *posibilidad* (la celebración del contrato de venta) que no tenga una relación causal directa con el desistimiento de las negociaciones. Y de hecho, si hubiere una *posibilidad*, esta consiste en llevar a cabo las negociaciones, no en celebrar el contrato. La orientación de la última jurisprudencia francesa citada se confirma en el proyecto de reforma de la Cancillería: “*Les dommages et intérêts ne peuvent avoir pour objet des compenser la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu*” (art. 20, c 3.)¹¹³. En cuanto a los criterios para la determina-

112 Casación, 3ª civ., 7 de enero de 2009, n. 07-20783, en *Rev. des contrats*, 2009, p. 480, con nota adhesiva de Y.-M. LAITHIER, *Une confirmation: la rupture fautive des pourparlers ne permet pas d'obtenir l'avantage escompté de la conclusion du contrat avorté*; véase también comentario de J.-B. SEUBLE, *L'indemnisation de la faute précontractuelle*, *ibid.*, p. 1108. A raíz del fracaso repentino e injustificado de las negociaciones para la cesión de un local comercial ya arrendado al arrendatario, comprador potencial junto con un tercero, el arrendatario y el tercero exigieron al propietario-arrendador daños y perjuicios por culpa, de conformidad con el art. 1382 *cod nap.* El lucro cesante alegado por el arrendatario y el tercero consistía en la pérdida de la oportunidad de comenzar, en el local objeto de la cesión fallida, de un proyecto comercial. Mientras que el Tribunal de Apelación de Douai confirmaba la instancia, considerando fundada la petición de ver compensada la pérdida de la oportunidad de hacer efectiva la utilidad que los recurrentes tenían la esperanza de lograr a través de la cesión de los locales comerciales, la *Cassation*, en la sentencia en examen, rechaza el argumento confirmando una orientación ya consolidada: «La faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne peut être la cause d'un préjudice consistant dans la perte de chance de réaliser des gains que permettait d'espérer la conclusion d'un contrat» Ver también: Casación, 3º civ., 28 de junio de 2006, en *Bol. civ.*, III, n. 164; en *Contrats, conc. consom.* 2006, n. 223, con comentario de L. LEVENEUR, *Faute dans l'exercice du droit de rompre: quel est le préjudice este réparable*; en *Defrénois*, 2006, p. 1858, con comentario de R. LIBCHABER; en *Juris - Classeur pér.* G, 2006, I, p. 166, n. 6, con comentario de P. STOFFEL-MUNCK; en *Rev. des contrats*, 2006, p. 1069, con comentario de D. MAZEAUD; en *Rev. des contrats*, 2006, p. 1069 y ss., con comentario de O. DESHAYES, *Rupture fautive des pourparlers*; en *Rev. Trim. dr. civ.*, 2006, p. 754, con comentario de J. MESTRE, B. FAGES; *ibid.*, p. 770, con comentario de P. JOURDAIN. Se trata de una sentencia conforme al famoso precedente *Manoukian*, cit. Véanse también las *arrêts* de 2003 de la *chambre commerciale*: Casación comer., 26 de noviembre de 2003, en *Rev. trim. dr. comer.*, 2004, p. 187 y ss. con nota de O. DESHAYES., *Le dommage précontractuel*; en *Rev. dr. civ.*, 2004, p. 257, con comentario de D. MAZEAUD; en *Recueil Dalloz*, 2004, p. 869, con comentario de A.-S. DUPRÉ-DALLEMAGNE ; en *Rev. Trim. dr. civ.*, 2004, p. 80, con comentario de J. MESTRE, B. FAGES; en *Juris-Classeur pér.* G, 2004, I, p. 163, n. 18, con comentario de G. VINEY; *ibid.*, 2004, p. 738, con comentario de P. STOFFEL-MUNCK, donde se lee: «les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat».

113 No así en el anterior *avant-projet de reforme Catala*: art. 1104, c. 2, de hecho, no abordó la cuestión de la indemnización de daños y perjuicios, sino que se limitó a regular la responsabilidad por retiro de las negociaciones: «l'échec d'une négociation ne peut être source de responsabilité que s'il est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l'une des parties».

ción del lucro cesante Deshayes, 2008, n. 203, p. 4 y ss.)¹¹⁴, de acuerdo con una orientación de la jurisprudencia, con el apoyo de la doctrina, este nunca debería ser indemnizado, ya que ello equivaldría a negar la libertad “negativa” de celebrar un contrato, reconociendo efectos (indemnizatorios) a un contrato jamás nacido (Maurie, Aynès & Stoffel-Munck, 2003, n. 464)¹¹⁵. Una posición más posibilista es la de quienes consideran que en cuanto a la determinación del nexo causal entre lucro cesante y desistimiento de las negociaciones, le corresponde al juez evaluar las circunstancias del caso, por ejemplo: el estado de adelanto de las negociaciones¹¹⁶.

Con el fin de no reducir la indemnización a un “*peu de chagrim*” (Mazeaud, 2006, p. 1963)^{117 118}, la doctrina francesa se centra más en la noción de daño emergente, y no en una noción diferente de lucro cesante, no calibrada en el contrato jamás celebrado, sino sobre la pérdida de oportunidades que las negociaciones abortadas han causado (Deshayes, 2004, p. 187)¹¹⁹. El daño emergente incluye: el daño a la imagen comercial, la divulgación de información confidencial; los gastos incurridos, entendidos ya sea como costos de negociación (gastos de viaje, costos de diseño, costos para la adecuación de locales, adquisición de materiales, honorarios de consultores y contratación de personal); o como gastos derivados de la ruptura de las negociaciones. Ambos conceptos de gastos siempre serían indemnizables conforme a muchas jurisprudencias de mérito¹²⁰ y de acuerdo con una doc-

114 Especialmente en la medida en que admite la pérdida de oportunidad, se suscita el delicado problema de la acumulación de demasiados elementos de daño, en nombre del principio de reparación integral. Para la restricción especialmente de la pérdida de oportunidad, y en contra de la acumulación: O. DESHAYES, *La rupture des pourparlers*, en *Petites affiches*, 2008, n. 203, p. 4 y ss.; Id., *Le dommage précontractuel*, cit., § 13.

115 Véase en particular: P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, cit., n. 464.i

116 G. VINEY, *Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), *Introduction a la responsabilité*, cit., n. 198; J. MESTRE, comentario a Casación, 2ª civ., 12 de junio de 1987, en *Rev. Trim. dr. civ.*, 1988, p. 107; en *Rev. trim. der.civ.* 1988, p. 107. Esta perspectiva también había convencido a la *Cour de Cassation*: Casación, 3ª civ., 12 de noviembre de 2003 n. 02-16603.

117 D. MAZEAUD, nota a Casación, 3ª civ., 28 de junio de 2006, en *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2963, spec. n.3.

118 A decir verdad, a pesar de todas estas restricciones la jurisprudencia de mérito francesa es muy generosa en indemnizar el daño. Ver al respecto: O. DESHAYES, *Le dommage précontractuel*, en *Rev. trim. dr. comer.*, notas 11-14.

119 O. DESHAYES, *Le dommage précontractuel*, cit., p. 187 ss.

120 De lo cual da cuenta ampliamente O. DESHAYES, *Le dommage précontractuel*, cit., notas 18-26.

trina mayoritaria (Le Tourneau, 1998, p. 489; Chauvel, 1996, p. 43)¹²¹; pero recientemente, el Tribunal de Apelaciones de París ha declarado que estos costos hacen parte del riesgo empresarial, y por tanto, no serían reembolsables solo porque deriven del fracaso de las negociaciones, sino en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de la conducta culposa (o dolosa) del responsable de tal fracaso¹²². No es, sin embargo, concebible la ejecución *in natura* (reanudación de las negociaciones; celebración forzada del contrato), de modo que incluso si se reconoce la responsabilidad precontractual, la jurisprudencia llega hasta permitir el retiro de la opción (Mazeaud, 1994, p. 588)¹²³ o el incumplimiento del pacto de prelación, siempre en nombre de la libertad de contratación¹²⁴.

En cuanto a la responsabilidad de confianza a favor de quien hubiera, sin culpa, confiado información financiera incorrecta o no veraz, los diferentes roles asignados a los *gatekeepers*, además de las diferentes distancias entre cada uno de ellos y los inversionistas, propenden por la exoneración de la responsabilidad solidaria a favor de una responsabilidad diferenciada a la luz, precisamente, del papel desempeñado por los mismos y el grado de negligencia a ellos imputable, además de la proximidad en la relación privilegiada con

121 J. MESTRE, *La période précontractuelle et la formation du contrat*, cit., p. 9; P. LE TOURNEAU, *La rupture des négociations*, en *Rev. trim. dr. comer.*, 1998, n. 27, p. 489; P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, cit., n. 841; P. MOUSSERON, *Conduites des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, in *Rev. trim. dr. comer.* 1998, n. 60, p. 264; F. VIOLET, nota a Corte de Apelaciones de París, 10 de marzo de 2000, in *Juris-Classeur pér.*, 2001, II, p. 10470, n. 2: "le principe de l'indemnisation de ces frais est peu contestable, dès lors qu'une faute est avérée"; P. JOURDAIN, *Responsabilité précontractuelle*, cit., n. 13; P. CHAUVEL, *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle*, in *Droit et patr.*, 1996, p. 43; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit., n. 185; D. MAZEAUD, *La genèse des contrats, un régime de liberté surveillée*, cit., n. 21, p. 49.

122 Tribunal de Apelaciones de París, 16 de diciembre de 1998, en *Bol. civ.*, 04/1999.470, con nota A. LAUDE; Corte de Apelaciones de Angers, 25 de noviembre de 1992 en *JurisData* n. 048 656: "les frais engagés par une société pour le déplacement d'une équipe dans le pays étranger, siège de l'autre société, ne sont pas constitutifs d'un préjudice lié à la rupture des pourparlers mais un *risque commercial* pris en connaissance de cause"; Tribunal de Apelaciones de Lyon, 29 de septiembre de 2000, en *JurisData* n. 132246 donde se hace distinción entre costos derivados del curso normal de las negociaciones (que se mantienen por tanto a cargo del contratante defraudado); y costos que exceden las necesidades de una negociación comercial (y que, por tanto, deben ser reparados por la parte culpable).

123 Casación, 3ª civ., 15 de diciembre de 1993, in *Juris-Classeur pér.*, 1995, II, p. 22366 con nota de D. MAZEAUD; en *Rev. dr. civ.*, 1994, p. 588, con nota de J. MESTRE.

124 Casación, 3ª civ., 30 de abril de 1997, in *Recueil Dalloz*, 1997, p. 475, con nota de D. MAZEAUD; in *Juris-Classeur pér.*, 1997, II, p. 22963, con nota de B. THUILLER; in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 685, con nota di P.-Y. GAUTIER; *ivi*, 1998, p. 98, con nota di J. MESTRE. V. anche: LE TOURNEAU, *La rupture des négociations*, cit., 1998, p. 479 ss.; J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Lefebvre, Parigi, 1999, n. 63. V. in senso critico: D. MAZEAUD, *Mystères et paradoxes*, cit., pp. 644, 652 y ss.

los inversionistas¹²⁵. Un modelo interesante en este sentido es el propuesto en los Estados Unidos por el art. 21 (g) (4) (A) (ii) del *Securities Exchange Act* de 1934, modificado posteriormente por el *Private Securities Litigation Reform Act* (PSLRA, que entró en vigencia el 22 de diciembre de 1995), conocido como “*modified proportional liability*”, y recientemente objeto de estudio de la Comisión Europea, la cual ha aprobado un *working paper* para evaluar la viabilidad de una restricción o, justamente, de una *proporionate liability*, con el fin de limitar la responsabilidad indemnizatoria de los auditores contables (Scarso, 2007, pp. 1226-1237)¹²⁶. Este régimen empuja a los demandantes a distinguir el título de la responsabilidad endosable al autor del daño, así como evaluar su conducta en relación con el caso concreto, y les obliga a aspirar de cada demandado solo la parte de los daños atribuible a sus responsabilidades y a su conducta. Este modelo evita reclamar de más arbitrariamente por el daño por información financiera incorrecta; pero sobre todo restringe a quien sufrió el daño, ya aclarado —como se ha dicho— a nivel de la prueba de la conducta del demandado, de la existencia de una confianza perjudicial, y del relativo nexo de causalidad entre uno y otro, a elegir entre los posibles demandados, evitando así las demandas temerarias. La debilidad de este modelo, sin embargo, es que excluir la responsabilidad solidaria y preferir un modelo basado en el concurso de culpas de cada demandado descargaría el riesgo de insolvencia (de cada uno) en la víctima. El PSLRA también interviene en este punto, intentando mitigar los efectos indeseables de un modelo de concurso puro y simple a través de la llamada regla del “*uncollectible share*”, es decir, una disposición que permite al demandante recuperar la parte del demandado insolvente gravándola sobre los demás demandados en dos situaciones. La primera permite incluso restablecer la regla de la solidaridad pasiva en el caso en el cual el demandante pruebe que el daño sufrido representa el 10% de sus ingresos netos, y que este a su vez no exceda los \$200.000 (*poverty provision*). La segunda da al juez la oportunidad de recurrir a la repartición,

125 Permítaseme la referencia a C. AMATO, *Financial Contracts And 'Junk Bonds' Purchases: A Matter of (In)Correct Information*, in M. KENNY, J. DEVENNEY (ed.), *Unconscionability in European Private Financial Transactions Protecting the Vulnerable*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 308 y ss.; S. MULREED, *Private Securities Litigation Reform Failure: How Scierter Has Prevented The Private Securities Litigation Reform Act of 1995 from Achieving Its Goals*, en *San Diego L. Rev.*, 2005, p. 792 y ss.

126 DG for Internal Market and Services of the European Commission. *Commission Staff Working Paper: Consultation on Auditor's Liability and its Impact on the European Capital Market*. La consulta se concluyó después del 15 de marzo de 2007, y desembocó en un documento recopilativo (disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/summary_report_en.pdf) del cual no surge una fuerte preferencia expresa de los *stakeholders* en las soluciones propuestas por la Comisión (*limitation caps*, *proporionate liability*, o una combinación de los dos sistemas). A. SCARSO, *La reforma del régimen de responsabilidad del auditor contable: a propósito de una reciente propuesta de la comisión (liability cap v. Proporionate liability)*, en *Resp. Civ. prev.*, 2007, pp. 1226 a 1237.

entre los demandados solventes, de la cuota no satisfecha por uno de los *gatekeepers*; siempre que la cuota asignada no exceda de la mitad del monto de la indemnización debida por los otros demandados. Gracias a esta regla, en el supuesto de dos demandados condenados a indemnizar la misma cantidad, el demandante podrá recuperar el 75% del demandado solvente; incluso, si este último debiera compensar más del doble del demandado insolvente, la víctima recuperaría el monto total que se le conceda en la liquidación. Subsiste el hecho, sin embargo, que en el caso en el que el demandado solvente hubiera sido condenado a una cifra irrisoria, mientras que el demandado insolvente hubiera debido compensar una cifra más conspicua, el riesgo de una indemnización irrisoria hará más gravosa la situación del demandante.

En el caso del *promissory estoppel* el remedio tradicionalmente único es el de la indemnización del daño¹²⁷, limitado también en los sistemas de *common law* a la reparación del perjuicio sufrido no derivado de la falta de ejecución de una prestación (no debida), sino del daño emergente y el lucro cesante¹²⁸ relacionados con la conducta perjudicial derivada de la confianza depositada en las declaraciones no veraces o en el comportamiento incoherente de la contraparte (*reliance damages*). En el caso, en cambio, del *proprietary estoppel*¹²⁹, los jueces ingleses conservan una gran discrecionalidad en la concesión de los remedios¹³⁰. El remedio llamado “propietario” activo puede consistir en la cesión de un derecho pleno de propiedad¹³¹, o el establecimiento de un derecho real menor (servidumbre o *lease*)¹³²; o en la tutela negativa

127 Véase *ex plurimis*: L.L. FULLER, W.R. PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damage*, cit., p. 373 ss. En la literatura italiana: P. PARDOLESI, *Promissory estoppel: confianza y carácter vinculante de la promesa*, cit., p. 85 ss.

128 Los *reliance damages* incluyen también la “*loss opportunity to make profit*”: *East vs. Maurer* [1991] 1 WLR 461.

129 Muestra una amplia gama de soluciones: M. PAWLOWSKI, *The doctrine of Proprietary Estoppel*, cit, p. 82 y ss.: i) negación de una acción posesoria, (con la creación simultánea de una *licence for life*, es decir, un *beneficial interest* en favor del titular); ii) creación de una *licence to occupy*; iii) transferencia de la plena propiedad sin compensación adicional; iv) transferencia de la plena propiedad previa compensación; v) concesión de un derecho real menor (por ejemplo: servidumbre); vi) indemnización de daños y perjuicios; vii) concesión de un título de posesorio; viii) concesión de un *beneficial interest*; ix) concesión de una hipoteca u otro gravamen sobre la propiedad; x) remedio inhibitorio; xi) ejecución en forma específica.

130 J. CARTWRIGHT, *Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law*, cit., pp. 4-5; *Crabb v. Arun District Council*, cit.

131 *Pascoe v. Turner* [1979] 1 WLR 431 (pero con una indemnización a cargo del beneficiario); *Lim Teng Huan v. Ang Swee Chuan* [1992] 1 WLR 113 (transferencia de título sin indemnización alguna para el beneficiario).

132 *Crabb v. Arun District Council*, cit.; más recientemente: *Baxely LBC v. Maison Maurice Ltd.* [2006] EWHC 3192.

(impedir, por ejemplo, la revocatoria de una concesión¹³³; o restitución de enriquecimiento¹³⁴, o incluso, se afirma el derecho pero no se reconoce remedio alguno (por prescripción del derecho; porque es inútil el remedio¹³⁵. A veces, entonces, se prefiere la indemnización de daños “positivos” (*expectation damages*, si están determinados), tal vez reducidos según la justicia¹³⁶ si excedieren el perjuicio efectivamente sufrido; otras veces –siempre en aplicación del *proprietary estoppel*– se indemnizan los *reliance damages*¹³⁷.

ABREVIATURAS

2. *Análisis jur. econ.*: Análisis jurídico y económica
3. *BBTC*: Banca, bolsa, título crediticio
4. *Bol. Civ.*: Boletín civil
5. *Contr. Impr./Europa*: Contrato y empresa/Europa
6. *Contrats, conc. consom*: Contrats, concurrence et consommation
7. *Corr. Jur.*: Correo jurídico
8. *Daño y resp.*: Daño y Responsabilidad
9. *Der Comer. Int.*: Derecho Comercial Internacional
10. *Der y just*: Derecho y justicia
11. *Dr. et patrimoine*: Droit et patrimoine
12. *Europa der. priv.*: Europa y derecho privado
13. *Foro adm.*: Foro administrativo

133 *Inwards v. Baker* [1965] 2 QB 29.

134 *Dodsworth v. Dodsworth* (1973) 228 EG 1115.

135 Véase recientemente: *Clarke v. Swaby* [2007] UKPC 1, 2 P & CR 2.

136 *Jennings vs. Rice* [2003] 1 P & CR 100, donde se enuncian los principios rectores para determinar cuál, de entre los muchos remedios enumerados, es el más ‘justo’.

137 *Commonwealth of Australia v. Verwayen* (1990) 95 ALR 321 331 e *Sledmore v. Dalby* (1996) 72 P & CR 196, 208 (Hobhouse LJ), donde se destaca cómo los remedios *in reliance* son muy similares a los restitutorios.

14. *Foro it.*: Foro italiano
15. *Foro pad.*: Foro padano
16. *Jur. comer.*: Jurisprudencia comercial
17. *Jur. it.*: Jurisprudencia italiana
18. *Just. civil*: Justicia Civil
19. *Jur. mérito*: Jurisprudencia de mérito
20. *Juris-Classeur pér.*: Juris- Classuer périodique
21. *NJCC*: Nueva jurisprudencia civil comentada
22. *Resp. civ.*: Responsabilidad civil
23. *Resp. civ. Prev.*: Responsabilidad civil y previsión
24. *Rev. des contrats*: Revue des contrats
25. *Rev. der . civ.*: Revue de droit civil
26. *Rev. jur. dr . aff.*: Revue Juridique des droits des affaires
27. *Rev. trim. dr. comer.*: Revue trimestrelle de droit comercial
28. *Rev. der. comer.*: Revista de Derecho comercial

BIBLIOGRAFÍA

- Alpa, G. y Saccomanni, A. (2007). Procedimientos de negociación, la diligencia debida y memorandos informativos. En *Contratos*, pp. 267 y ss.
- Altieri, A. (2009). La actividad contractual de la administración pública. En Mirabella, M. (ed.). *Curso de derecho administrativo*. Milán, pp. 666 y ss.
- Amato, C. (2010). Financial contracts and 'Junk Bonds' purchases: a matter of (in)correct information. En Kenny, M., Devenney, J. (ed.). *Unconscionability in european private financial transactions protecting the vulnerable*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 308 y ss.

- Anelli, A. (2011). La responsabilidad de prospecto entre novedades legislativas y sentencias de la Corte Suprema. En *Daño y resp.*, p. 621.
- Armour, J. y Mccahery, J. A (eds.). (2006). *After Enron: improving corporate law and modernising securities regulation in Europe and the United States*, Oxford: Hart.
- Atiyah, P.S. (1976). ¿When is an enforceable agreement not a contract?, in 92 *L. Quart. Rev.*, p. 342.
- Bianca, C. M. (2000). *El contrato, Derecho civil*, III, Milán, p. 158.
- Bruno, R. (2008). La experiencia del inversionista y la información “adecuada” y “necesaria”. En *Jur. comer.*, II, p. 389.
- Bruno, S. (2008). *La (¿nueva?) responsabilidad de prospecto hacia el público*. BBTC, I, p. 785 y ss.
- Burn, E. H. y Cartwright, J. (2011). *Cheshire and Burn's modern law or real property*, Oxford: Oxford University Press, pp. 1015-1017.
- Capecchi, G. (2001). El valor jurídico de las cartas de intención. En *Der Com. int.*, pp. 383 y ss.
- Carbone, V. (2002). La responsabilidad de los intermediarios, en *Daño y resp.*, p. 109.
- Carter, J., Harland, D. (1996). *Contract law in Australia*, Londra: Butterworths.
- Cartwright, J. (2003). Formality and informality in property and contract. En Getzler, J. *Rationalizing property, equity and trusts*. Essays in honour of Edward Burn. Londres: LexisNexis, pp. 42-46.
- Cartwright, J. (s.f.). *Protecting legitimate expectations and estoppel in english law*, cit., p. 5.
- Castronovo, C. (1998). Responsabilidad civil de la Administración Pública. En *Jus*, p. 647.
- Castronovo, C. (2006). *La nueva responsabilidad civil*. Milán, pp. 464 y ss.
- Castronovo, C. (2009). Regreso a la obligación sin prestación. En *Europa der. priv.*, 2009, pp. 702-704.
- Castronovo, C. (2010). Vaga culpa in contrahendo: nulidad, responsabilidad y la búsqueda de la oportunidad perdida. En *Europa y der. priv.*, pp. 7 y ss.

- Castronovo, C. (1999). El interés legítimo cruza la frontera de la responsabilidad civil. En *Europa der. priv.*, p. 1263
- Cauchy Psaume, M. C. (s.f.). *L'estoppel by representation: étude comparative de droit privé français et anglais*, pp. 110-111.
- Chauvel, P. (1996). Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle. En *Droit et patrimoine*, no. 43.
- Cheshire, E. B. (1982). *Cheshire y Burn's Modern Law of Real Property*, Londres: Butterworths, p. 569.
- Cornu, G. (1976-1977). *Regard sur titre III du livre III du Código Civil*, Dour de D.E.A. de droit privé, París II, n. 290.
- D'amelio, M. (1937). Apariencia del derecho en *Nuevo Digesto Italiano*, I, p. 550.
- Della Negra, F. (2012). Culpa in contrahendo, contacto social y modelos de responsabilidad. En: *Contratos*, pp. 235 y ss.
- Deshayes, O. (2004). Le dommage précontractuel. En *Rev. dr. civ.*, p. 257.
- Deshayes, O. (2006). Rupture fautive des pourparlers. En *Rev. Trim. dr. civ.*, p. 754.
- Draetta, U. (1987). Criterios de redacción de cartas de intención a la luz de los casos Pennzoil y SME. En *Der Com. int.*, pp. 240 y ss.
- Draetta, U. (1991). Los usos del comercio internacional en la formación de contratos internacionales, En *Fuentes y tipos de contrato internacional*, Milán, pp. 49 y ss.
- Duthie, A (1988). Equitable estoppel, unconscionability and the enforcement of promises, in 104 *L. Quat. Rev.*, p. 362.
- Facci, C. (2007). El rating y la circulación de productos financieros: perfiles de responsabilidad. En *Resp. Civ.*, p. 679.
- Faggella, G. (1906). De los períodos contractuales y de su construcción científica verdadera y exacta. En *Estudios jurídicos en honor a Fadda por su vigésimo quinto año de enseñanza*, III, Nápoles, p. 271.
- Faggella, G. (1909). Fundamento jurídico de la responsabilidad en cuanto a las negociaciones contractuales. En *Arch Serafini*, pp. 128 y ss.

- Faggella, G. (1917). La responsabilidad precontractual, con especial atención en sus elementos constitutivos. En *Jur. it.*, IV, p. 1.
- Faggella, G. (1918). *Los períodos precontractuales y la responsabilidad precontractual*. Roma
- Faillace, V. S. (2004). *La responsabilidad por el contacto social*. Padua, pp. 69 y ss.
- Ferrarini, G. (1986). *La responsabilidad de prospecto*. Milán, pp. 49 y ss., 57 y ss.
- Four, V. J. y Aubert, J. L. (1991). Les obligations. En *L'acte juridique*, París: Armand Colin, n. 374.
- Fuller, L. L. (s.f.). Perdue, W.R. *The Reliance Interest in Contract Damage*, cit., p. 373 y ss.
- Galgano, F. (2004). *Le obbligazioni e i contratti, in diritto civile e commerciale*, II, t. 1, Padua, pp. 453 y ss.
- Genicon, T. (2013). Contrat et protection de la confiance. En *Rev. des contrats*, pp. 339 y ss.
- Ghestin, J. (1988). Les Obligations: le contrat. En Ghestin, J. (dir.). *Traité de droit civil*, París: LGDJ, p. 203, n. 186.
- Ghestin, J. (1993). La formation du contrat. En Ghestin, J. (dir.). *Traité de droit civil*, París: LGDJ, p. 412.
- Ghestin, J. (1993). *Traité de droit civil. La formation du contrat*, París: LGDJ, no. 330.
- Giliker, P. (s.f.). *Pre-contractual liability in english and french law*, pp. 143-144, 151.
- Giucici, P. (2008). *La responsabilidad civil en el derecho de los mercados financieros*. Milán, pp. 217 y ss.
- Giuliani, F. (2005). Acceso equitativo a la información y duty of care en los prospectos informativos. En *Contr. impr./ Europa*, p. 330.
- Greco, F. (2008). Intermediación financiera: remedios y adecuación en la práctica. En *Resp. Civ. y prev.*, pp. 2556 y ss.
- Guernelli, M. (2009). La intermediación financiera entre tutela del mercado, legislación de protección de los consumidores y orientación jurisprudencial. En *Jur. comer.*, II, p. 360.

- Houtcieff, D. (2001). *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, II, Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
- Ghestin, J., Ghestin, V.J. (2011). La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur qu'elle a provoqué. En *Juris - Classeur pér. G.*, p. 703.
- Giucic, P. (2008). La responsabilidad civil en el derecho de los mercados financieros, Milán, pp. 217 y ss.
- Jourdain, P. (1992). Rapport français sur la bonne foi dans la formation du contrat. En *Trav. Ass. H. Capitant*, pp. 121-132.
- Jourdain, P. (1996). Responsabilité précontractuelle. En *J.-Cl. Contrats Distribution*, n. 13.
- Laude, A. (1992). *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, n. 843.
- Le Gac Pech, S. (7 de junio de 2011). *Les Mystères de l'obligation d'information*, citada en Casación comer., n. 10-13.622, en *Sem. Jur.*, p. 1915.
- Le Tourneau, P. (1998). La rupture des négociations. En *Rev. trim. dr. comer.*, 1998, n. 27, p. 489.
- Le Tourneau, P., Cadet, L. (2002). *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parigi : Dalloz, n. 842
- Leveneur, L. (2006). Faute dans l'exercice du droit de rompre: quel est le préjudice este réparable. En *Defrénois*, p. 1858.
- Lindgren, K.E., Nicholson, K.G. (1984). Promissory estoppel, in Australia, in 58 *Am. L.J.*, p. 249.
- Lucchini Guastalla, E. (2005). Daño a los inversionistas y responsabilidad de las autoridades de vigilancia y los intermediarios financieros. En *Resp. civ. y prev.*, pp. 40 y ss.
- Lunney, M. (1992). Towards a unified estoppel – The long and windy road, in 239 *Conv.*, 1992, pp. 247-251.
- Macchiavello, E. (2009). La responsabilidad de prospecto de los intermediarios financieros. En Visintini, G. (dir.), *Tratado de la responsabilidad contractual*, II, Padua, 2009, p. 795 y ss.

- Maffei, D. (2004). Conflicto de intereses en la prestación de servicios de inversión: la primera sentencia sobre la venta de bonos argentinos a inversionistas. en *Jur. comer.*, II, p. 690.
- Malaurie, P., Aynès, L., Stoffel-Munck, P. (2003). *Droit civil, Les obligations*, Paris: De-frénois, n. 464.
- Mantovani, M. (1995). *Vicios incompletos del contrato y remedio indemnizatorio*, Turín, p. 125 y ss.
- Marianello, M. (2008). La responsabilidad de la agencia de rating frente a los terceros inversionistas. En *Resp. civ.*, 2008, p. 635.
- Mazeaud, D. (1996). La genèse des contrats, un régime de liberté surveillé. En *Dr. et patrimoine*, no. 40, p. 44 y ss.
- Mazeaud, D. (2001). Mystères et paradoxes de la période précontractuelle. En *Etudes à offertes à J. Ghestin : Le contrat au début du XXI siècle*. París: LGDJ, p. 659.
- Mazeaud, D. (s.f.). Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? En *Mélanges*. Terré, Dalloz. PUF, Ed. Juriclasseeur, pp. 603, 609.
- Mazzamuto, S. (2011). La responsabilidad contractual en el sentido amplio. En *Europa der. priv.*, pp. 121 y ss.
- Mazzoni, C. (2002). Observaciones sobre el tema de la responsabilidad civil de los analistas financieros. En *Análisis jur. econ.*, p. 232.
- Mengoni, L. (1956). Sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual. En *Rev. der. com.*, II, p. 360.
- Merusi, F. (2001). Buena fe y confianza en el derecho público. De los años “treinta” a la alternación. Milán, pp. 271 y ss.
- Mestre, J. (2000). La période précontractuelle et la formation du contrat. En *Petites affiches*, p. 9.
- Monti, A. (1995). Las asimetrías informativas y las actividades de rating: una propuesta para Italia. En *Banca*, p. 16.

- Mousseron, P. (1998). *Conduites des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*. En *Rev. trim. dr. comer.* n. 60, p. 264.
- Mulreed, S. (2005). Private securities litigation reform failure: how scienter has prevented the private securities litigation reform Act of 1995 from achieving its goals. En *San Diego L. Rev.*, pp. 792 y ss.
- Navarretta, E. (s.f.). La tutela indemnizatoria de los intereses legítimos. En *Actuación y tutela de los derechos. La responsabilidad y el daño*, vol. IV. T. III.
- Pardolesi, P. y Meruzzi, V. G. (2002). *La negociación maliciosa*, Padua, pp. 266 y ss.
- Pawlowski, M. (1996). The doctrine of proprietary estoppel, Londres: Sweet & Maxwell, pp. 1-4.
- Perinu, A. (2004). Bonos en default, bancos e inversionistas: contrastes entre jueces sobre las responsabilidades. En *Der y just*, 46, pp. 100, 101.
- Pignataro, G. (1999) *Buena fe objetiva y relación jurídica precontractual en los ordenamientos italiano y francés*. Nápoles, pp. 185 y ss.
- Pisani Massamormile, A. (2005). Emisiones de bonos y responsabilidad de los intermediarios. En *BBTC*, I, pp. 777-779.
- Ranieri, F. (2001). Le principe de l'interdiction de se contredire au detriment d'autrui ou de venire contra factum proprium dans le droits allemand et Suisse et sa diffusion en Europe. En Behar-Touchais, M. (ed.). *L'interdiction de se contredire au detriment de autrui*, París: Etudes Juridiques, pp. 27 y ss.
- Riezler, (1912). *Venire contra factum proprium, studien im romischen, englischen und deutschen Civilrecht*, Leipzig.
- Roppo, V. (2005). La tutela del inversionista entre nulidad, terminación y compensación (es decir, la mezcla de los remedios contractuales). En *Contr. e impr.*, pp. 896 y ss.
- Sacco, R y Nova, G. de. (2004). El contrato. En Sacco, R. (dir.). *Tratado de derecho civil*, II, Turín, p. 235.

- Salatino, G. (2009). Variedades de contratos de swap del “operador calificado” al “cliente profesional”: la decadencia de las declaraciones “autoreferenciales”. En *Banca borsa tit. cred.*, II, p. 201.
- Saleilles, R. (1907). De la responsabilité précontractuelle. En *Rev. trim. dr. civ.*, pp. 705 y ss.
- Sangiovanni, V. (2010). La nueva responsabilidad de prospecto en el art. 94 T.U.F. En *Jur. mérito*, pp. 880 y ss.
- Scarso, A. (2007). La reforma del regimen de responsabilidad del auditor contable: a propósito de una reciente propuesta de la comisión (liability cap v. Proporcionate liability). En *Resp. Civ. prev.*, pp. 1226-1237.
- Schwarz, H.A., Wahlendorf, Liebermann von (1971). *Fondements et principes d'un ordre juridique naissant: essai de philosophie empirique du droit*, La Haye, París: Mouton, p. 304.
- Scognamiglio, C. (2012). Tutela de la confianza, incumplimiento del deber de buena fe y naturaleza de la responsabilidad precontractual, En *Resp. Civ. prev.*, pp. 1949 y ss.
- Seddon, N. (s.f.). Is equitable estoppel dead or alive in Australia?, in 24 *Int. Com. L. Quat.*, p. 438 y ss.
- Shell, G.R. (1991). Opportunism and Trust in the Negotiations of Commercial Contracts: Towards a New Cause of Action, in 44 *Va. L.R.*, pp. 248-249.
- Spence, G. (s.f.). *The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, cit., p. 410.
- Terré, F., Simler, P., y Lequette, Y. (2002). *Droit Civil. Les Obligations*.
- Ventoruzzo, A. (2003). *La responsabilidad de prospecto en los Estados Unidos de América entre reglas del mercado y mercado de las reglas*, Milán, p. 248.
- Vigo, R. (2005). La reticencia del intermediario. En *BBTC*, pp. 672-674.
- Viney, G. (1995). *Traité de droit civil*. En Ghestin J. (dir.). *Introduction à la responsabilité*. París: LGDJ, n. 198.
- Visintini, G. (dir.) (s.f.). *Tratado de la responsabilidad contractual*, II, Padua, pp. 795 y ss.

Von Jhering, R. (1861). Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. En *Jahrb.f. d. Dogmatik*.

Williston, S. (s.f.). *The Law of Contracts*, cit., §139.

Windscheid, B. (1906). *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt a. M.

Página Web

<http://www.ilcaso.it>.

CAPÍTULO II

EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PÚBLICA EN COLOMBIA

Sumario: 1. Surgimiento de la responsabilidad patrimonial pública. 2. Elementos de la responsabilidad pública. 3. Conclusiones.

POR SAMUEL YONG HERNÁNDEZ¹

¹ Abogado litigante, conjuetz del Consejo de Estado y profesor universitario con estudios de postgrado en Derecho administrativo y educación universitaria. Autor de diversos escritos jurídicos, entre ellos *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación*, *Introducción a la responsabilidad pública y privada* y *Elementos para el estudio de la Constitución colombiana*.

INTRODUCCIÓN

La Constitución colombiana al definirse como Estado social de derecho, asume una serie de valores que conducen y definen las acciones del Estado y sus asociados (Torres, 2012, p. 30). Uno de esos valores es la justicia, la cual torna como obligatoria la máxima que señala que todo daño causado a la persona o propiedad de otro sea reparado, con el fin de alcanzar la convivencia pacífica de los asociados.

De esta manera, el Estado no puede sustraerse a este imperativo, habida cuenta que por ser valioso para la comunidad se reconoce como una garantía frente al actuar de los poderes públicos, protección reflejada en el hecho de que si una entidad pública en desarrollo de su actuación dirigida, por supuesto, al bien común se sale de su cauce o incluso si en cumplimiento de dicha finalidad llega a violentar derechos de los asociados que les genere daños, materiales o inmateriales, deberá resarcirlos, siempre y cuando, los afectados no tengan por qué soportar jurídicamente esos perjuicios.

Con el fin de que dicha salvaguardia del patrimonio de las personas, no se quede en pura retórica, las personas cuentan con una acción para hacer valer su pretensión indemnizatoria frente al Estado; acudiendo, en nuestro caso, a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, organismo encargado de conocer de las controversias y litigios generadas por las actuaciones de las entidades públicas o particulares cuando ejercen funciones administrativas.

El presente artículo, precisamente, tiene como finalidad hacer una radiografía de la figura de la responsabilidad patrimonial en el ámbito del Derecho público; la cual es definida por el artículo 90 de la Constitución Política, como el deber que tiene el Estado de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que se le atribuyan por la acción u omisión de las autoridades públicas.

En desarrollo de este objetivo, inicialmente se realizará una breve reseña del surgimiento de la responsabilidad pública para advertir que ni siquiera con el

advenimiento de las constituciones escritas y, por supuesto, de Estados regidos por el derecho, el concepto de responsabilidad patrimonial tuvo cabida. Esta institución solo se admite, cuando se logra aceptar la coexistencia del principio de soberanía con el de responsabilidad del Estado en la esfera de la función administrativa para extenderse posteriormente a otras funciones. Igual suerte, corrió la aplicación de esta figura en nuestro país ya que que hemos sido tributarios, y todavía lo somos, de corrientes extranjeras que se encuentran a la vanguardia sobre el tema².

Posteriormente, se analizarán los elementos comunes a la responsabilidad extracontractual y contractual como son:

a. El hecho jurídico: se señala, genéricamente, de dónde pueden surgir las situaciones dañosas que tienen consecuencias jurídicas para el Estado y, por tanto, darían lugar a reparación así como también a quién se refiere la Constitución cuando en su artículo 90 habla de autoridades públicas, es decir, si alude al órgano o a la persona que genera el daño —llámese funcionario o particular cumpliendo funciones públicas o siguiendo una expresa instrucción del órgano o entidad—.

b. El daño antijurídico: para una mayor comprensión se trabaja el daño y la antijuridicidad de manera separada para luego fusionarlos. Así, se define el daño y las diferentes formas de clasificarlo, dependiendo si hay violación o no de un derecho fundamental, luego se estudian diferentes formas de analizar el concepto de antijuridicidad para finalizar con las bondades de ligar estos dos conceptos. También se estudia cómo entiende la doctrina el concepto de daño antijurídico, el cual por supuesto no responde —como creen algunos— al paradigma de objetivar el fundamento de la responsabilidad pública habida cuenta de que la responsabilidad subjetiva también tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico; y

c. El nexo de causalidad: se analiza desde sus dos vertientes: de un lado, como imputación del efecto nocivo a su autor, aquí se revisan algunas teorías tradicionales (teoría de la equivalencia de condiciones y causalidad adecuada) utilizadas por nuestro juez de lo Contencioso Administrativo, así como la teoría de la imputación objetiva, tesis última que viene aplicando el Consejo de Estado para efectos de imputar responsabilidad y de otro, la causalidad como extensión del daño, asunto que es tratado por la jurisprudencia señalando

2 Es claro que en el afinamiento de esta figura, nuestro juez de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha tomado de la doctrina y jurisprudencia francesa así como en los últimos años de la española, lo que es evidente en la importación de los conceptos de daño antijurídico y el de imputación objetiva.

que corresponde al daño directo pero, sin dar muchas explicaciones, lo que obliga, para su comprensión, a acudir al análisis de los doctrinantes civilistas, que son quienes conocen el tema.

Finalmente, las conclusiones que culminan con una definición de responsabilidad pública de acuerdo con el trabajo desarrollado.

Cabe señalar, que el presente documento hace parte de la investigación que se adelanta en la Universidad Santo Tomás denominada “La falla del servicio con instrumentos del servicio y en actividades ajenas al servicio”; escrito necesario, dentro de dicho estudio, porque refleja los presupuestos generales sobre los que ha aplicado la figura de la responsabilidad pública en Colombia, independientemente del título de imputación utilizado para obligar a un sujeto estatal a reparar un daño en desarrollo de una función pública o, así no se esté actuando en ejercicio de dicha función si el riesgo materializado en el resultado dañoso se propicia o facilita por un incumplimiento de los deberes de la entidad a la cual se encuentre vinculado el agente; esta última apreciación, según, algunas sentencias del Consejo de Estado, se convierten en una verdadera garantía del patrimonio de los ciudadanos ante el funcionamiento deficiente del servicio de las entidades públicas.

1. BREVE RESEÑA SOBRE EL SURGIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PÚBLICA

En la vida de relación con todas las personas, ejercemos un rol de acuerdo con la consecución de los objetivos que nos proponemos; para que cada uno alcance esos propósitos de una manera que no perjudique a los demás, las sociedades políticas procuran regular los comportamientos de los asociados³ determinando estándares de conducta que sirvan para formular juicios de responsabilidad cuando se transgreden.

3 Así, “las normas de mandato, al establecer deberes y prohibiciones, imponen a sus destinatarios restricciones a la persecución de sus intereses –individuales o sociales–, esto es, limitan directamente el poder físico, económico etc., de sus destinatarios; las normas permisivas, por el contrario, imponen prohibiciones de interferencia a los demás: garantizan, así, que cada agente pueda perseguir sus intereses –individuales o colectivos– sin interferencia ajena; y las reglas que confieren poder, posibilitan a los agentes modificar, dentro de ciertos límites, su posición normativa o la de otros e, influir así en sus propios intereses o en los de los demás” (Atienza y Ruiz, 1996, p. 75).

La responsabilidad, desde el punto de vista patrimonial, es una figura que las sociedades han aceptado como una forma de mantener la convivencia de los asociados, obligando a quien comete un perjuicio a repararlo. Esta máxima, fruto del respeto a los bienes y personalidad del otro, se empezará a consolidar con la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano⁴, que en su artículo 4º define el concepto de libertad precisamente sobre el poder de “hacer todo lo que no daña a los demás”, que siguiendo al profesor Bobbio, más que una definición de libertad es una definición del concepto de delito, y refleja el *principium iuris del neminem laedere* (1991, pp. 165-166).

Dicha norma de reconocimiento es aplicable solamente a la relación jurídica entre particulares, habida cuenta que la responsabilidad pública, aunque parezca insólito, fue una figura jurídica ignorada durante mucho tiempo por el Estado moderno⁵, pues ni siquiera con la Revolución americana que originó la Constitución escrita de los Estados Unidos de 1787, y luego fue objeto de diez (10) enmiendas con el fin de insertarle la llamada Carta de Derechos; sin embargo, ni con la Revolución francesa que legó a muchos países de Occidente su famosa “Declaración de los derechos del hombre” y del ciudadano, se consideró la posibilidad de tenerla como referente para proteger a los que ahora son elevados a la categoría de ciudadanos, en caso de ser afectados patrimonialmente por alguna de las actividades separadas de ese leviatán que se estaba amansando.

A lo sumo, lo que se determinó en esas Cartas como expresión del dominio de dichos Estados, fue la institución de la expropiación por razones de uso público (Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos) o cuando la necesidad pública lo exigiera (artículo 17 de la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”, 1789) bajo una justa compensación. De esta manera, hubo un tiempo en el que sin importar la forma de Estado, sea fundamentado en monarquías absolutas (como los surgidos en el Renacimiento –el Estado de policía–) o en Estados de derecho –aparecidos después–, las sociedades políticas aplicaron el dogma de la irresponsabilidad (Gil, 1994, p. 18).

4 Antes de dicha declaración, si bien el concepto de responsabilidad se aplicaba entre particulares, el mismo no era generalizado por razones de clase como el caso de los esclavos en Roma o, así lo fuera, su aplicación dependía del gobernante de turno, como en el absolutismo, pues el deseo del príncipe era ley y, por tanto, los derechos de los súbditos estaban sometidos a su voluntad.

5 El surgimiento de lo que llamamos el Estado Moderno, florece en el Renacimiento (Porrúa, 1993, p.123). En una posición contraria se encuentra el profesor Marquardt (2009, t. I, p. 4; t. II, p. 15), quien la considera una visión eurocentrista.

La institución de la responsabilidad pública, como garantía del derecho patrimonial de las personas, ajena durante un tiempo a los Estados de derecho, solo vino a aparecer, cuando se quiebra el principio de la irresponsabilidad del Estado⁶, que fuera construido bajo la égida de la figura de la soberanía con lemas como el *the King can do not wrong*⁷, de corte medieval, o más moderno como “[...] *la loi est, en effet, un acte de souveraineté et le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation*” (Laferrière, citado por Chapus, 1957, p. 195). Esa ruptura se dará en algunos países por vía legislativa y en otros, por la ruta de la jurisprudencia (Delgado, 2003, pp. 143-159; y García y Fernández, 2002, tomo II, pp. 360 y ss.) cuando, con miras al cambio de paradigma, se empezó a matizar el concepto de soberanía de una manera coexistente con el principio de responsabilidad patrimonial aplicado a un sujeto estatal⁸. Como señalaba Carré, para contradeclarar a Duiguit, la extensión de la responsabilidad del Estado a la función legislativa no entraña la desaparición del concepto de potestad pública, puesto que, si bien, soberanía significa potestad dominadora, dicha potestad no está “exenta de todo concepto de derecho” (2001, p. 215).

Cabe anotar, que el principio de la responsabilidad del Estado alcanzó inicialmente el ámbito de la función administrativa, para luego penetrar, en algunos países, a los contornos de la función legislativa, judicial y de control. El tema

6 El profesor Leguina, reseñando el desarrollo de la responsabilidad pública considera que comprende “desde una primera etapa de absoluta irresponsabilidad administrativa, pasando por una segunda fase de imputación exclusiva de daños a los agentes públicos culpables, para admitirse en un tercer momento un principio general de responsabilidad de la Administración, limitado, sin embargo, a los daños causados por acciones ilegales y culpables de sus autoridades y funcionarios. La cuarta y última etapa, se caracterizaría por la extensión del mencionado principio general de resarcimiento, tanto de los llamados daños anónimos, como a los provocados por actuaciones administrativas lícitas o no culpables” (1983, p. 296).

7 Este dogma medieval, formulado por Bracton, según el profesor Colautti, es posible traducirlo, “en el sentido de que ninguna de las decisiones del monarca –en los campos administrativos, judicial, político y aun cuando se desempeñaba como persona de derecho privado– podían generar responsabilidad” (2003, pp. 16-17). Se considera que la raíz de esa máxima se encuentra en el hecho de que en “la esfera del Derecho público la afirmación de una responsabilidad patrimonial del soberano por los daños resultantes de la actuación de sus agentes pugnaba frontalmente con una tradición multisecular, que, a través de una combinación de la *potestas* imperial romana y de la concepción teocéntrica del poder del monarca, característica del mundo medieval, encontró su expresión clásica en el principio formulado por los juristas ingleses, pero común a todo Occidente, según el cual, *the King can do not wrong* (el rey no puede hacer ilícito)” (García y Fernández, 2002, p. 359).

8 Es importante aclarar que, si bien durante el siglo XIX existía una incompatibilidad entre las ideas de soberanía y de responsabilidad, los actos realizados por el Estado sin utilizar su poder de mando, esto es, cuando actuaba a través de los denominados actos de gestión, podían generar responsabilidad si generaban perjuicios a los ciudadanos. Por el contrario, las expresiones estatales cobijadas bajo el manto de la irresponsabilidad eran las referidas a los actos de autoridad (Garrido, 2005, pp. 307-308). De allí, que si los contratos celebrados por el Estado, según la doctrina autorizada eran verdaderos actos de gestión (Rodríguez, 2011, p. 31), podría inferirse que en esa época la irresponsabilidad del Estado se predicaba solo de la responsabilidad extracontractual mas no de la contractual.

se ha extendido tanto, que la responsabilidad pública se aplica no solo a nivel interno sino también externo, en este último caso, como una forma de solucionar de manera pacífica los conflictos internacionales derivados de un hecho ilícito o lícito internacional de un Estado (Yong, 2012, pp. 321 y 417)⁹.

En el plano nacional, se debe comentar que en Colombia el derrumbe del dogma de la irresponsabilidad del Estado corrió por cuenta de la jurisprudencia emanada de la jurisdicción Ordinaria como de lo Contencioso Administrativo. Fue obra de los jueces construir los cimientos que terminarían el concepto de la irresponsabilidad, inicialmente apoyados, de manera general, en el Código Civil y, posteriormente, en normas de Derecho público, como el artículo 16 de la anterior Constitución.

Cuando la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el año de 1964¹⁰, adquiere competencia general para conocer de los asuntos en los que fuera parte la Nación, la responsabilidad del Estado se consolida –teniendo como base la falla del servicio– extendiéndose a todos los servicios públicos administrativos, precisamente con fundamento en la norma constitucional mencionada. Así mismo, a este concepto se le dará una nueva mirada: de la noción clásica expuesta por Paúl Duez “el servicio ha funcionado mal, no ha funcionado o ha funcionado tardíamente” ahora se pasa a la que sustenta nuestra jurisprudencia, con base en “la violación al contenido obligacional que se impone al Estado” (Henaó, 2000, pp. 115-116).

Esta jurisdicción, no solo desarrolló la institución de la falla del servicio probada, sino que además retomó la institución del daño especial a partir de 1973 para ampliar su cobertura a situaciones en las que no aplicaba, además

9 La responsabilidad internacional puede producirse como consecuencia de los actos u omisiones de sus órganos, cualquiera que sean las funciones que desarrollen (Jiménez, 1998, pp. 507 y 516).

10 Cabe señalar que, si bien antes de 1964 se utilizó la figura de la falla del servicio tanto por la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, la misma no era utilizada de manera frecuente para resolver los conflictos por daños cometidos por el Estado, lo cual, en el caso del Consejo de Estado, se explica, según la doctrina, por la competencia residual de que gozaba este organismo y que giraba solamente en torno a la responsabilidad objetiva generada por trabajos públicos y expropiaciones (Henaó, 2000, p. 114). Para la Corte Constitucional con la expedición de la ley 167 de 1941, “la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado inicia su proceso de evolución y consolidación jurídica. Con esta ley se le reconoce competencia al Consejo de Estado para conocer de las acciones reparatorias que se inicien contra las instituciones públicas, consolidando luego toda una doctrina jurisprudencial basada en la aplicación de algunos principios y normas de derecho público, resguardándose a su vez en los artículos 2º, 16 y 23 de la Constitución de 1886 que, si bien no regulaban la institución de la responsabilidad del Estado en forma directa, consagraban, a la manera de fines constitucionales primarios, el principio de legalidad, el deber del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos y la obligación de garantizar la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título” (C-644/11).

desarrolló y reconoció claramente la figura jurídica del “riesgo excepcional” en el año de 1984 y complementó el concepto de falta con base en la falla presunta del servicio en el año de 1989 (ibídem, pp. 118-120). El fundamento de estas figuras se encontró algunas veces en la responsabilidad con falta probada o presunta (subjctiva) y en otras, en la responsabilidad sin falta (objetiva).

El principio de responsabilidad del Estado en Colombia se va a decantar todavía más, cuando el constituyente plasma de manera expresa en el artículo 90 de la nueva Constitución que el “Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas”. Con todo, dicha estipulación generará otra visión de la manera como se debe analizar el instituto de la responsabilidad pública, lo cual ha llevado a nuestro juez de lo contencioso administrativo a adaptar las diversas formas de responsabilidad administrativa existentes a la nueva normatividad así como a reconocer y aplicar dicho instituto, cuando haya lugar, a otros ámbitos donde no era muy claro su empleo como sucedía en el campo de la función judicial como legislativa.

2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PÚBLICA

Para que exista responsabilidad patrimonial del Estado se deben configurar una serie de elementos, sin los cuales no podría indemnizarse a la víctima del perjuicio, los cuales estudiaremos en su orden: hecho jurídico, daño antijurídico (daño y antijuridicidad) y el nexo causal.

2.1 EL HECHO JURÍDICO PRODUCTOR DEL DAÑO

2.1.1 SU CONCEPCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PÚBLICA

El fenómeno generador del daño que, de acuerdo con la norma constitucional, hace producir los efectos jurídicos de la indemnización a favor de la víctima y en contra del Estado, obedece necesariamente a acciones u omisiones de las autoridades públicas; pues ellas son las encargadas de proteger la vida, bienes, honra, creencias y demás derechos de las personas residentes en Colombia así como de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Los hechos que pueden menoscabar el patrimonio de la víctima, por parte del Estado, pueden derivar de actividades que envuelven tanto actos jurídicos como materiales de los órganos y entidades que lo estructuran. De esta suerte, y teniendo en cuenta el principio de responsabilidad, no habrá en Colombia ninguna función o actividad material del Estado, que sea ajena a la reparación; por tanto, cuando con una providencia judicial, ley, acto administrativo, incumplimiento de un contrato estatal, hecho, operación administrativa, omisión, ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos u otra causa imputable a una entidad pública o a un particular actuando en cumplimiento de una expresa instrucción de la misma, se cause un perjuicio a una persona no obligada jurídicamente a tolerarlo, esta podrá demandar su reparación mediante la pretensión pertinente con miras a remediar el menoscabo patrimonial del que fue objeto.

2.1.2 EL TÉRMINO "AUTORIDAD PÚBLICA" EN MATERIA DE REPARACIÓN SE ENCUENTRA REFERIDO A UNA ENTIDAD U ÓRGANO DEL ESTADO Y NO A LA PERSONA FÍSICA QUE CUMPLE LA FUNCIÓN.

Sea lo primero señalar, que el poder público en Colombia se encuentra constituido por tres (3) ramas: la legislativa, la ejecutiva y la judicial, las cuales están a su vez integradas por órganos. Además de estos órganos, existen otros

autónomos e independientes creados para cumplir las demás funciones del Estado, como serían las de control y electoral (artículo 113 de la Constitución).

En consecuencia, puede advertirse que si bien desde el punto de vista constitucional existen muchos órganos, cuando varios de ellos, de manera general, cumplen actividades relacionadas con una misma función harán parte de una rama (Pérez, 1997, pp. 399-400). Otros, por el contrario, serán autónomos e independientes como el Ministerio Público, la Contraloría General de la República (artículo 117 de la Constitución Nacional) y los que conforman la organización electoral; órganos todos integrados a la persona jurídica Nación.

A su vez, existen las denominadas entidades¹¹, llamadas así, para diferenciarlas del órgano, tal vez con la finalidad de seguir la concepción de la doctrina mayoritaria la cual considera que los órganos no poseen personalidad jurídica, pues de atribuírseles dejarían de ser órganos. Con todo, es bueno observar que si bien, hay un sector de la doctrina que considera la posibilidad de calificar como órganos a personas jurídicas, lo que importa, como dice el profesor Santamaría, no es la calificación, sino si las actividades realizadas en el ejercicio de funciones ajenas se imputan a quien las realizó o al ente competente de acuerdo con el ordenamiento jurídico para cumplir las funciones (1984), como se podría presentar, *v. gr.* en Colombia, en el caso del Gobernador, quien es el jefe de la administración seccional y representante legal del departamento, pero a su vez, puede ejercer como agente del Presidente en materia de orden público. En el evento de que en el ejercicio de esta última función se dañe a alguien y responda la Nación mas no el departamento, no sería desatinado considerar esa actuación del agente como referida a un órgano; en el caso contrario, la calificación sí podría ser extravagante, como señala el autor mencionado “por cuanto el órgano no es comprensible sin la imputación” (ibídem).

Ahora bien, es claro que la Constitución colombiana en su artículo 90 para efectos de atribuir responsabilidad al Estado, como consecuencia de las omisiones o actuaciones jurídicas o materiales que ejecuta mediante las autoridades públicas, no indica expresamente si estas autoridades son las personas físicas –titulares de la función mediante la cual expresa su voluntad, efectúa la actuación material u omite alguna situación que está jurídicamente obliga-

11 El profesor Arboleda, comentando el artículo 2º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, considera que la noción de entidades se emplea para denominar las estructuras administrativas que tienen personalidad jurídica (2011, p. 5).

do a realizar— o si por el contrario, se refiere al órgano o entidad a la cual la persona física está ligado como servidor público.

Frente a este interrogante, se debe anotar que dada la sencillez como fue redactado el artículo 90 de la Constitución, podría pensarse que el término “autoridades públicas” estaría referido a la persona física; incluso, por el tratamiento que la Corte Constitucional le ha dado al concepto en otros contextos, como por ejemplo, cuando lo aplica en los casos de tutela¹², podría llegarse a esa conclusión.

Sin embargo, esa apreciación no resolvería nuestra inquietud. Para absolverla, deben tenerse en cuenta una serie de situaciones, como sería el hecho de que el término “autoridades públicas” puede ser objeto de aplicaciones diferentes dependiendo del entorno donde se utilice y que además, por muy sencilla que sea una regla puede tener una “penumbra de incertidumbre” como lo señalaba Hart (1998, p.15).

Por tanto, se estima que si esa expresión se mira como centro de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado, es decir, de manera objetiva, podría inferirse que no está referida a la persona física sino al órgano¹³ o a la entidad a la que aquella se encuentra vinculada. Así, el concepto de autoridad pública, alusivo al órgano o la entidad estatal permitiría responsabilizar al Estado, por las actuaciones tanto jurídicas como materiales de los servidores públicos que integren esas entidades públicas¹⁴. De este modo, se podrá reparar no solo las expresiones de voluntad que importan el querer del órgano o entidad estatal manifestadas por el titular de la función y que podríamos

12 “La autoridad es pública cuando el poder del que dispone proviene del Estado, de conformidad con las instituciones que lo rigen. Subjetivamente hablando, la expresión autoridad sirve para designar a quien encarna y ejerce esa potestad. Para el acceso a mecanismos judiciales concebidos para la defensa de los derechos fundamentales, como es el caso del derecho de amparo o recurso extraordinario en otros sistemas, o de la acción de tutela entre nosotros, por “autoridades públicas” deben entenderse todas aquellas personas que están facultadas por la normatividad para ejercer poder de mando o decisión en nombre del Estado y cuyas actuaciones obliguen y afecten a los particulares” (T-496/93, [subrayado fuera del texto]). Otra forma de entender el término de autoridad, puede observarse en el artículo 2º del decreto 1437 de 2011, el cual para efectos de la aplicación del procedimiento administrativo le otorga esa calidad tanto a organismos y entidades del Estado como a los particulares cuando cumplen funciones administrativas.

13 Esta posición, fue la asumida por el constituyente de la Carta del 91, quien consideró “que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que, además incorpora los más modernos criterios sobre la materia consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal” (Gaceta Constitucional No. 56, 22 de abril de 1991, p. 15, citada en Gómez, 2007, p. 40. [Subrayado fuera de texto]).

14 Aquí, me apropio del término “entidad pública” que utiliza el párrafo del artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para efectos de englobar dentro del mismo, como lo hace dicha norma, tanto al órgano como a la entidad estatal.

reseñar como la expresión de autoridad en sentido estricto, sino también la de cualquier actividad material que genere perjuicio a una persona ocasionado por el empleado o trabajador del órgano o entidad en ejercicio de su vinculación a estos. De donde se sigue que, en el fondo si el término es alusivo al órgano o a la entidad permite englobar tanto los actos de autoridad expedidos por funcionarios titulares de esa función dentro de la entidad pública como de aquellos que no tendrían esa connotación y que son realizados por empleados o trabajadores de menor jerarquía¹⁵, los cuales si bien, no representan la voluntad del ente público, sí le pueden acarrear responsabilidad.

De esta forma, por ejemplo, cuando el Ministerio de Agricultura, por intermedio del ministro retira del servicio a un empleado, en caso de que la desvinculación se haya efectuado de manera irregular, esa decisión aunque viciada será un acto en ejercicio de autoridad del Ministerio de Agricultura, órgano de la persona jurídica Nación, la cual le acarreará a esta el pago de la indemnización que se demuestre. De la misma manera, la Nación deberá responder, aunque la actuación realizada por un servidor público no exprese la voluntad del órgano, como cuando el conductor, vinculado al órgano – Ministerio de Agricultura–, con el carro oficial y en servicio atropella a un transeúnte.

En suma, el término “autoridades públicas” en nuestro país, al menos desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial, se considera no está referido a la persona física encargada de ejecutar la actividad, llamada por algunos tratadistas, cuando la identifican con el órgano, persona órgano¹⁶ o funcionarios órganos¹⁷. El concepto de autoridad pública se utiliza para referirse a las entidades y órganos del Estado, como depositarias de la competencia específica que deben desplegar, es decir, se aplica la perspectiva que considera al órgano y que hacemos extensivo a la entidad, como ese ente abstracto y permanente

15 Para diferenciar las personas que se encuentran vinculadas al órgano o entidad, he utilizado las categorías laborales que expone el profesor Villegas (2005, pp. 35-59).

16 Uno de ellos es Kelsen, quien al considerar al Estado desde un punto de vista dinámico estima que “... la imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado” (1979, p. 191). De igual parecer es Zanobini, quien considera que las “personas que, según los casos, son llamados funcionarios públicos, empleados públicos, agentes o similares, pueden designarse genéricamente como órganos de la persona jurídica” (1954, pp. 176-177).

17 Así, se refiere Dabin, para precisar quiénes serían los titulares de la autoridad, es decir, los gobernantes, para diferenciarlos de los simples agentes públicos (2003, pp. 169-170). En el mismo sentido se pronuncia Burdeau, quien considera a los gobernantes como órganos del Estado (1981, p. 48).

creado por el ordenamiento jurídico para cumplir cometidos del Estado¹⁸, pero que, dada su condición requiere de personas para cumplir las tareas asignadas, sin que aquellas cuando se trate de los titulares de la función del poder público, se confundan con el ente público, pues uno de sus elementos no puede constituir o ser el todo¹⁹.

Desde la perspectiva analizada, se puede inferir igualmente que los particulares en ejercicio temporal de funciones públicas, por no tener la calidad de servidores públicos, no hacen parte del órgano o entidad, ni se confunden con estos; sin embargo, sus actuaciones no serán ajenas al órgano o entidad cuando de acuerdo con la ley cumplan sus funciones. Así, por ejemplo, cuando los particulares cumplan funciones administrativas (inciso 2º del artículo 210 de la Constitución Política; artículo 110 de la ley 489 de 1998)²⁰ o de administrar justicia como árbitros y conciliadores (inciso 3º del artículo 116 de la Constitución Política) o de control fiscal como en el caso de las empresas privadas colombianas que hayan sido escogidas por concurso público y previo concepto favorable del Consejo de Estado (inciso 1º del artículo 267 de la Constitución Política), en el caso de cometer algún daño en el desarrollo de las funciones asignadas transitoriamente, si bien no se podría señalar que la actuación o proceder es de la entidad pública administrativa que la autorizó, o de la Rama judicial o de la Contraloría General de la República respectivamente, no es menos cierto que los “efectos” de esa actuación sí tocará a los entes públicos mencionados para fines del pago de indemnizaciones, como lo permite, en esos casos, el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues así no la hayan realizado directamente sí es una función que les atañe.

En consecuencia y de conformidad con el estatuto mencionado, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada puede demandar la reparación del daño antijurídico del Estado, con ocasión de la acción u omisión de un servidor público o de una persona particular en cum-

18 En este sentido, el profesor Serra, estima que “el órgano es una creación jurídica abstracta y permanente. Es la ley misma organizando un servicio” (2003, p. 221).

19 Aunque el profesor Sayagués, infiere que todo órgano se integra por tres elementos: competencia, forma y voluntad (1974, pp. 183 y ss.), lo cual pareciera daría una noción amplia de órgano, la encuentro restringida para nuestro propósito, por cuanto observo que toma solo como función del órgano la del poder o potestad jurídica de quien ejerce la función, dejando de lado las actuaciones materiales.

20 De conformidad con el artículo 111 de la Ley 489 de 1998, las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, previa expedición del acto administrativo, que determine las condiciones para escoger la persona que ha de cumplirlas, y celebración del convenio con la persona seleccionada.

plimiento de funciones públicas. Estos se consideran agentes²¹ del Estado y, por tanto, en caso de que cometan un perjuicio aquel responderá por ellos al ser estos sus instrumentos de actuación, los cuales pueden estar vinculados al órgano o entidad del Estado, como en el caso de los servidores públicos o no estarlo como los particulares que cumplen funciones públicas de manera transitoria o siguiendo una expresa instrucción del órgano o entidad.

Lo anterior, corrobora por qué el concepto de autoridad pública desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial no se puede identificar con el servidor público o el particular cuando cumplen funciones públicas, pues estos son solo un dispositivo para actuar requerido por el órgano o entidad estatal, únicos entes que pueden recibir el calificativo de autoridad pública y que, por supuesto permite separar en muchas ocasiones los hechos propios realizados por los agentes del Estado de aquellos de la entidad pública.

De allí, que pueda predicarse la responsabilidad del agente cuando comete una falta personal, pues esta es separable de la función (Laubadère, 1984, p. 110) a menos que se presente la responsabilidad propia de aquel con la falta del Estado, como sucede, por ejemplo, en el evento relacionado con la responsabilidad del Estado Administración donde se manifieste la acumulación de faltas, la personal del funcionario de la administración y la imputable al servicio por concurrir ambas a la producción del perjuicio (Rivero, 1984, p. 318); por tanto, por no excluir la una a la otra, bien puede demandarse a la administración para que responda patrimonialmente por los daños ocasionados, así los hechos dañosos de sus agentes se hayan causado sin realizar un servicio público, pues de todas formas, existe un hecho jurídicamente relevante como es la falta de la administración, la cual favorece, así no se quiera, el hecho personal de sus agentes y, por tanto, facilita la producción del daño, el que por supuesto, en caso de generar un perjuicio hace extensiva la repa-

21 Para la Corte Constitucional, cuando el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se “refiere a “agentes del Estado”, se entiende que comprende tanto los servidores públicos como los particulares que desempeñan funciones públicas y que en conexión con el servicio ejecutan conductas violatorias de la vida, honra y bienes de la persona, amparadas por el artículo 2° de la Carta. De esta manera, resulta claro que la norma garantiza el deber de reparación por parte del Estado, siendo éste responsable por los daños antijurídicos ocasionados por sus agentes con ocasión de la actividad estatal, en la medida, que la víctima del daño no esté en el deber jurídico de soportarlo” (C-644/11). En este sentido, se debe interpretar el término “agentes judiciales” inserto en el artículo 65 Ley 270 de 1996, por ser estos agentes del Estado, los cuales pueden ser los servidores públicos vinculados a la rama judicial o los árbitros, conciliadores, peritos, secuestres, entre otros.

ración a la administración²². De este modo, y por razones de justicia, para no dejar desamparada a la víctima, la responsabilidad patrimonial del Estado puede coexistir con la responsabilidad personal del agente (Vedel, 1980, pp. 296 y ss.).

En este evento, el empleado podrá ser perseguido por la administración con base en la pretensión de repetición fundamentada en el inciso 2º del artículo 90 de la Constitución Política, el cual determina que, en el caso de resultar condenado el Estado a resarcir patrimonialmente el daño ocasionado por una conducta dolosa o gravemente culposa de su agente, aquel deberá repetir contra este lo pagado.

También, si se acepta esta manera de enfocar la figura de la autoridad pública, podría comprenderse mejor por qué el Estado debe reparar el perjuicio así no se conozca al sujeto del órgano que realizó el hecho dañoso²³ o, conociéndose, de todas formas respondería directamente salvo, como ya se mencionó, si existiera una falta personal del agente sin conexión con el servicio ni obediencia a actuaciones dañosas personales del agente propiciadas o facilitadas por un

22 “La responsabilidad personal del agente debe estructurarse a partir de un comportamiento autónomo y propio, diferente a la actividad pública, donde el funcionario obre por virtud de su fuero interno y personal, como lo haría cualquier particular. Por ello, si la conducta del agente ha sido propiciada, o se ha estructurado, a partir de un incumplimiento de los deberes normativos a cargo del Estado, o si para la realización de la conducta el autor del hecho lesivo se benefició de un actuar irregular de la administración, habrá lugar a considerar la responsabilidad del Estado por falla del servicio como título de imputación” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de julio de 2011, Rad. No. 54001-23-31-000-1996-09313-01[20545], M.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa [subrayado fuera de texto]). Así mismo, ha sostenido nuestro alto tribunal de lo Contencioso Administrativo que “el hecho de que el daño tenga su génesis directa, material y causal en una acción ajena a la administración pública no quiere significar, en principio, que se haya configurado una causa extraña que exonere de responsabilidad, toda vez que aquél puede devenir imputable a esta última si su comportamiento fue relevante y determinante en el desencadenamiento del mismo, bien porque se contribuyó con una acción en la producción (*v. gr.* con un aumento del riesgo permitido o un desconocimiento del principio de confianza), o si pudiendo evitarlo se abstuvo de enervar su generación, esto último, siempre y cuando se constate en estos eventos que la entidad demandada se encontraba en posición de garante, es decir, que de conformidad con el ordenamiento jurídico estuviera compelida a evitar el resultado” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de junio 2010, Rad. No. 66001-23-31-000-1998-00569-01[19385], M.P.: Enrique Gil Botero).

23 “La jurisprudencia ha sostenido que el carácter anónimo es un elemento natural de la falla del servicio, dado que para estructurarla no se requiere identificar a las personas cuya conducta es constitutiva de la misma. La víctima puede imputar responsabilidad a la Administración sin tener que designar al funcionario que ha desarrollado la conducta, pues, la falta del servicio público puede resultar de las actuaciones de agentes determinados pero no identificados, y el hecho de que los agentes, sean conocidos o no, no cambia en nada la responsabilidad estatal que queda comprometida cuando el hecho dañoso es imputable a la Administración” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de julio de 2009, Expediente No. 16911. M.P.: Myriam Guerrero). En este mismo sentido, se pronuncia la doctrina al considerar que “la falla del servicio bajo la concepción administrativa es anónima, esto es, que no se detiene en el examen del funcionario que actuó, sino en la función en sí misma, porque es ella quien representa el servicio público que debe satisfacer la Administración. Lo anterior corresponde a la concepción organicista del Estado que lo asume como una organización, de modo tal que el hecho de sus agentes constituye un hecho de la propia Administración, de donde se desprende que la responsabilidad que surge es siempre directa” (Gómez, 2007, p. 45).

incumplimiento del contenido obligacional de la entidad pública a la cual se encuentra vinculado aquel, es decir, que se trate de hechos o faltas personales puras como los que según Laferrière “*révèle l’homme, avec ses faiblesses, ses passions et ses imprudences*” (citado por Pontier, 2008, p. 8).

2.2. EL DAÑO ANTIJURÍDICO

Esta expresión, surge de la fusión de dos elementos de la responsabilidad patrimonial como son el daño y la antijuridicidad para significar el menoscabo sufrido por una persona en su patrimonio por la acción u omisión de una autoridad pública, de la cual aquella jurídicamente no está obligada a soportar²⁴. Con todo, para efectos de nuestro trabajo, inicialmente, los individualizaremos.

2.2.1 EL DAÑO

Como lo señala la doctrina autorizada, el daño es la fuente y la medida de la responsabilidad civil (Pantaleón, 2000, p. 167). Por muy grave que sea una conducta así como su sanción penal, no puede haber responsabilidad civil sin un perjuicio resarcible (Yzquierdo, 2001, p. 143). El daño, debe ser indemnizado plenamente, es decir, se indemniza “el daño, solo el daño y nada más que el daño” (Henaó, 1998, p. 45), por cuanto el sistema de evaluación para reparar el daño utilizado por nosotros es compensatorio y no como ocurre en los países de corte anglosajón, quienes a través de la figura de excepción del daño punitivo pueden otorgar a la víctima indemnizaciones superiores al perjuicio realmente sufrido. Su finalidad, con este instituto, es castigar a quien encuentren responsable de violentar de manera grave bienes jurídicos

24 Para la Corte Constitucional el daño antijurídico, constituye un concepto constitucional parcialmente indeterminado, en cuanto la Carta no lo define en forma expresa; sin embargo, “la jurisprudencia y la doctrina, dentro de una interpretación sistemática de las normas constitucionales que lo consagran y apoyan, lo definen como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo” (C-644/11).

que el Estado juzga necesarios para garantizar la conservación, desarrollo e integridad del conglomerado social²⁵.

En el contexto de la responsabilidad pública, el daño podría definirse como una aminoración en el patrimonio, sea de una manera material o inmaterial o de ambas formas, que se produce en la esfera del interés de uno de los participantes, ofertantes, o adjudicatarios (precontractual) o de los contratantes (contractual) o en la de un servidor público o tercero cuando no se deriva de una relación jurídica preexistente (extracontractual) con ocasión de una actuación u omisión de un agente vinculado a un organismo o entidad pública o así no lo sea, como en el caso de perjuicios ocasionados por particulares que cumplen funciones públicas de manera transitoria o siguiendo una expresa instrucción del órgano o entidad.

El daño usualmente debe ser probado por quien lo alega o sufre (Mazeaud & Mazeaud, 1945, t. II, p. 107), pero a veces, se presume como en los perjuicios morales sufrido por la muerte del padre o del lucro cesante proveniente de la actividad productiva de la persona fallecida o lesionada, cuando no se alcanza a probar —la jurisprudencia presume que una persona devenga por lo menos un salario mínimo²⁶—.

El daño generalmente puede estar constituido por dos elementos: el material, integrado por el hecho físico, en los casos donde se presenta; y el formal, derivado del ordenamiento jurídico. En algunas ocasiones, ambos se encuentran presentes en el evento dañoso y en otras, no. Esta última situación puede entrañar la existencia de un daño sin presentarse el hecho de manera material, como sucede en las omisiones generadas por los agentes del Estado.

También pueden presentarse situaciones en las cuales existiendo el hecho material no pueda achacarse jurídicamente el daño a quien físicamente lo realizó, *v. gr.*, como cuando el agente sirve de instrumento, con cosas o sin ellas,

25 De acuerdo con el profesor López, E., quien considera a los daños punitivos como una especie de pena civil, estima que ese tipo de daños son un agregado, un plus a la indemnización del daño causado; por tanto, poseen una naturaleza accesoria por cuanto se “concede a título distinto de la mera indemnización del daño, que puede tener una finalidad preventiva y también satisfactoria o sancionatoria [...] No existe acción autónoma para reclamar daños punitivos. Siempre debe determinarse en el proceso principal una acción, casi siempre por indemnización común de daños y perjuicios, y la especial circunstancia de conducta agravante, dolosa, intencional, etcétera, que hacen procedente este instituto de excepción” (2011, p. 21). Según la profesora Tavano, “[...] una de las funciones de los daños punitivos es el ser multiplicador, de modo tal de decir que, cuando alguien es atrapado pagará no solo por esa instancia sino por todas las otras en que no ha sido atrapado” (2011, p. 286).

26 Con todo, debemos tener en cuenta lo señalado por el artículo 167 del Código General del Proceso que permite al juez de oficio o a petición de parte, según las particularidades del caso, distribuir la carga de la prueba al decretarla, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar.

para cometer el daño. Piénsese en el conductor de un organismo o entidad del Estado, quien encontrándose en cumplimiento de sus funciones, alguien desesperado decide suicidarse y se le arroja al vehículo que conduce de propiedad de la entidad estatal.

De donde se sigue que, si bien para efectos de reparar el perjuicio, en la mayoría de las veces se considera el elemento material, no por ello se hace responsable al Estado de todos los daños que materialmente ocasione uno de sus agentes, por cuanto como dichoso afirma la doctrina en materia de responsabilidad patrimonial, la indemnización se encuentra sujeta al hecho de que el menoscabo generado sea susceptible de tutela jurídica (Prévot & Chaia, 2007, pp. 4 y 9), pues puede presentarse una causa que lo justifique o una culpa exclusiva de la víctima o una fuerza mayor que rompa el nexo causal o una causal contenida en una cláusula de exoneración de responsabilidad que hace cargar a la víctima, en esos casos, con el daño.

Algunos doctrinantes diferencian el daño del perjuicio (Paillet, 2001, p. 255; Henao, 1998, pp. 76-79; & Le Tourneau, 2004, p. 59). Comprendiendo por daño la lesión sufrida, el hecho bruto que se aprecia en el sustrato u objeto sobre el cual recae la lesión; y por perjuicio, el efecto, la prolongación del daño (Le Tourneau, 2004, p. 59), el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño²⁷.

De esta manera, no habría reparación sin que un daño haya generado un perjuicio, habida cuenta que un daño sería necesario pero no suficiente para obligar a indemnizar, para ello se requiere que haya producido un perjuicio. Esta diferencia nos permite apreciar que puede ser factible la existencia de un hecho dañoso, lícito o ilícito sin que el Estado se encuentre obligado a indemnizar, *v. gr.*: la muerte de manera dolosa de una persona sin dolientes, por parte de un agente de policía en servicio o el daño a un inmueble como consecuencia de la ocupación temporal o permanente por causa de trabajos públicos, cuando no existe propietario o poseedor conocido, o siendo conocido haya fallecido y no tenga herederos, o ni siquiera acreedor que persiga el bien objeto del daño. Obsérvese que en el primer caso, incluso, podría haber una sanción penal contra el agente, pero no reparación por cuanto en el asun-

27 Para los profesores Prévot y Chaia, la distinción es cardinal para delimitar si la certeza es un requisito del daño o, más bien, del perjuicio. Contrario a lo planteado por otros doctrinantes, quienes estiman que la certidumbre del daño se relaciona tanto con la acción lesiva (daño evento) como con el interés lesionado (daño consecuencia), los profesores aseguran que aquella solo es exigible respecto a las consecuencias o efectos del evento, mas no en cuanto al comportamiento con el evento del daño, lo cual atañe a la indagación del nexo causal en su aspecto material; hecho que debe estar determinado en el momento de precisar los topes del resarcimiento (2007, pp. 26-28).

to comentado no hay quien lo sufra. Igualmente ocurre en el segundo, en el que, eventualmente, podrían presentarse medidas administrativas, si se han afectado las estructuras de la propiedad, con miras a evitar su caída, pero no a reparar patrimonialmente a una persona en particular, no solo porque en sede administrativa no se puede tomar esa clase de decisiones sin una orden judicial, sino porque además, no hay quien padezca el perjuicio jurídicamente.

Lo anterior, en razón a que el daño además de ser cierto –presente o futuro²⁸– debe ser personal (Carbonnier, 1971, p. 63), solo quien lo sufre lo puede exigir²⁹; lo capital es la existencia de un interés violentado del cual se derive un menoscabo y sin que importe para atender la reparación factores de consanguinidad, afinidad u otros (Gil, 2006, p. 68).

El daño puede ser clasificado de varias formas³⁰, sin embargo, para efectos del presente trabajo y siguiendo al profesor Henao, se catalogan en materiales e inmateriales; siendo parte del primero, el daño emergente como el lucro cesante y del segundo, el moral, estético, psicológico, sexual, a la vida de relación, a la alteración a la vida de existencia, a la salud; aclarando, por supuesto, que en el caso de los inmateriales, en Colombia se pagan, en principio, como autónomos, el moral y el daño a la salud, cuando hay una afectación a este derecho fundamental. Existe la posibilidad de pagar cualquier otro³¹, que no esté comprendido dentro del concepto de daño a la salud por cuanto en el fondo, según la doctrina, el daño a la salud es unitario habida cuenta que logra compendiar toda una serie de perjuicios considerados como autónomos, tales como el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual, la incapacidad laboral genérica, entre otros. El daño a la salud es definido por la Corte de Casación italiana como la disminución anatómico-funcional de un sujeto, capaz de “modificar las condiciones preexistentes psicofísicas, y por ende, para incidir negativamente en la esfera individual, esto es, en cada una

28 “Dicho daño [el antijurídico] tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de julio de 2011, Rad. No 25000-23-26-000-1998-00731-01(19434), M.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

29 Existe una sentencia del Consejo de Estado bien particular, que demuestra el carácter personal del daño. En ella se reconocen perjuicios materiales y morales a la esposa y dos compañeras permanentes de un “polígamo criollo”, con quienes él hacía vida marital y familiar (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de septiembre de 1996, Expediente No. 11577, M.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros).

30 Al respecto puede verse a Yzquierdo, 2001, pp. 145 y ss..

31 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Rad. No 0512331000200700139 01 (38222), M.P.: Enrique Gil Botero.

de sus manifestaciones concretas e independientemente de la aptitud de la persona para producir rédito” (citada en Cortés, 2009, p. 137).

De otra parte, cabe anotar que no obstante la clasificación que hemos realizado, el Consejo de Estado, siguiendo los derroteros del derecho internacional, desde hace unos años, hace la distinción entre aquellos daños que generen violación de un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional, de aquellos que ocasionen una lesión de un bien o interés jurídico no relacionado con el Sistema de Derechos Humanos (DD-HH)³² para efectos de aplicarle a los primeros medidas de tipo restaurativo que conlleven a una reparación integral del perjuicio, de una manera que consulte los principios de equidad³³.

Esta forma de reparar el perjuicio obedece jurídicamente a la interpretación sistemática que del texto constitucional viene haciendo la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pues es consciente de que no basta, en algunos casos, compensar económicamente el daño de acuerdo con el régimen patrimonial establecido, sino que además –porque así lo manda la misma Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)– se requiere tomar medidas no pecuniarias cuando se vulneren derechos que atenten contra la dignidad de la persona, con el objeto de que haya una verdadera reparación³⁴.

De esta manera, nuestro alto tribunal de lo Contencioso Administrativo en los eventos de afectarse derechos fundamentales que deriven en perjuicios

32 El Consejo de Estado ha reiterado que “el principio de reparación integral cobra mayor fuerza en aquellos eventos en los cuales el juez de lo contencioso administrativo debe decidir asuntos relacionados con presuntos desconocimientos de las garantías fundamentales del ser humano, por cuanto en tales el ordenamiento jurídico interno e internacional lo dota de una serie de herramientas e instrumentos para procurar el restablecimiento de los derechos. [Por ello, considera que] las medidas que puede adoptar el juez, dirigidas a la reivindicación de los derechos humanos transgredidos, no desconocen la garantía fundamental de la *no reformatio in pejus* (relacionado íntimamente con el de congruencia), en tanto no suponen la modificación o el desconocimiento de los límites trazados por la causa petendi de la demanda, sino que dichas medidas conmemorativas, simbólicas o de no repetición de la conducta suponen una labor pedagógica e instructiva encaminada a sensibilizar a las entidades públicas y a toda la población acerca de la importancia del respeto de las garantías fundamentales del individuo” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2008, Rad. No. 16996, M.P.: Enrique Gil Botero).

33 Véase Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de octubre de 2007, Expediente No. 29273, M. P.: Enrique Gil Botero.

34 Véase Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de agosto de 2007, Expediente No. 15724, M.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

extrapatrimoniales y patrimoniales³⁵, les aplica medidas diversas con la finalidad de reparar a la víctima de una manera integral. En el primer caso, se vale de medidas no pecuniarias como las restaurativas y, para el segundo, de medidas económicas.

De donde se sigue, que si con un hecho dañoso se viola un derecho humano y se generan perjuicios patrimoniales, se podrían clasificar dichos daños de una manera diversa a como se habían catalogado, así: a) Económicos: aquellos que se indemnizarían pecuniariamente y se integrarían con los daños materiales e inmateriales o como los llama nuestra jurisprudencia, patrimoniales o extrapatrimoniales –se incluyen estos últimos en esta categoría, por cuanto así no se puedan evaluar económicamente, la realidad es que de todas las formas se evalúan y se pagan en dinero para que la víctima pueda sobrellevar mejor el perjuicio causado por los daños inmateriales– y b) No económicos, los cuales se repararían de manera diferente a la monetaria, poniendo en práctica decisiones de tipo restaurativo como serían las de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

2.2.2 LA ANTIJURICIDAD

Es un elemento de la responsabilidad patrimonial, que no es admitido pacíficamente por la doctrina³⁶; sin embargo, debe anotarse que la Constitución colombiana la acoge como factor necesario para que se pueda dar la reparación a cargo del Estado.

En cuanto a su estudio, resulta complicado, como señala la profesora Gesualdi (1997, p. 143) definir de manera unívoca el concepto de antijuricidad, porque ha sido abordado por la doctrina de diferentes maneras. Así, algunos son partidarios de una antijuricidad subjetiva y otros, de una antijuricidad objetiva, aunque en esta última perspectiva, sus seguidores pueden estar en orillas diferentes, dependiendo de si la revisión se hace desde el punto de vista del dañador o del dañado.

35 Ferrajoli hace una diferencia radical desde el punto de vista de su estructura, con el fin de apoyar la definición de derechos fundamentales. El autor considera que estos son universales, indisponibles, verticales y se identifican con las mismas normas o reglas que los atribuyen, mientras que los derechos patrimoniales son derechos singulares, disponibles por su naturaleza, negociables y alienables, horizontales y predispuestos por normas (2001, pp. 29-34).

36 Entre otros autores que la admiten como elemento común a la responsabilidad se encuentran Santos Briz (1986, pp. 28-36) y Mosset (2004, t. I, pp. 57-75). Otros, que por el contrario la niegan son el profesor Yzquierdo (2001, pp. 112-113) y Reglero (2002, p. 52).

Los adeptos a una antijuridicidad subjetiva, se deciden por ella, según la doctrina, por considerar que solo las acciones dolosas o negligentes pueden ser constitutivas de injustos habida cuenta que aquellas integran las conductas refractarias a la orden normativa (López, 2009, p. 79). Desde esta visión, se sitúa a la culpabilidad como presupuesto de la antijuridicidad (Reyes, 1999, pp. 42-43), situación que algunos no comparten por considerar que la antijuridicidad no es sinónimo de culpa ni puede llegar a confundirse con ella. Si bien pueden llegar a tocarse en los casos de responsabilidad subjetiva —en los que es indispensable, para que surja responsabilidad, la existencia de una culpa dolosa o culposa, según sea el caso—, lo cierto es que son figuras autónomas. El juicio de antijuridicidad no incluye al agente o infractor del contrato o de las normas de convivencia social, pues esta persona es el objeto del juicio de culpabilidad, sino que solo recae sobre su conducta diversificada o contemplada desde el punto de vista de la acción y desde su resultado (Santos Briz, 1986, p. 48).

Los seguidores de una antijuridicidad objetiva, considerándola desde el prisma del sujeto dañador, la fundamentan en la idea de que la norma jurídica es un juicio de valor. Por tanto, el criterio de antijuridicidad sería un juicio de disvalor sobre el hecho objetivo por haber producido un resultado contrario a las valoraciones de las normas; juicio en el que no se tendrá en cuenta componente subjetivo alguno, el cual será examinado posteriormente en el juicio de culpabilidad (López, 2009, p. 78), cuando haya lugar a analizarla como en los casos de responsabilidad subjetiva, habida cuenta que a diferencia de otras formas de responsabilidad, como serían la penal y disciplinaria, puede existir responsabilidad patrimonial sin culpa.

Para los afectos a la otra forma de antijuridicidad objetiva que la conciben desde el punto de vista del dañado³⁷, la antijuridicidad no se deriva del hecho de que la conducta del autor del perjuicio material sea contraria a derecho, sino de determinar que, quien lo sufra no tenga el deber jurídico de soportarlo, pues se parte de un principio objetivo de garantía del patrimonio, del cual surgiría el deber de reparar las lesiones causadas, siempre y cuando, no existan

37 Para Leguina, “el instituto resarcitorio no tiene por objeto la tutela directa de derechos subjetivos singulares (en particular, el derecho de propiedad), ni dicha tutela se extiende por sí misma a otras situaciones jurídicas concretas, como son los intereses legítimos, las expectativas de derechos o los simples intereses surgidos de situaciones de *facto*. La responsabilidad civil proyecta, por el contrario, su eficacia tuitiva sobre el patrimonio individual unitariamente considerado sobre la dimensión patrimonial de los sujetos jurídicos, poniéndolos a cubierto de cualquier ataque antijurídico perpetrado contra cualquiera de los elementos de distinta naturaleza (derechos subjetivos, intereses legítimos, etc.) que contribuyan a integrar aquel” (1983, p. 184).

causas de justificación que legitimen dichas lesiones (García de Enterría & Fernández, 2002, t.II, pp. 378-379).

Analizar la antijuridicidad desde esta perspectiva es clave, porque permite dar relevancia jurídica a las actividades lícitas generadoras de daños, provocando así una reacción jurídica a favor de la víctima. Aquí la reparación no se produce por haberse vulnerado una norma, sino a causa de no estar la víctima jurídicamente obligada a soportar el perjuicio. Para esta corriente, si se analiza la responsabilidad bajo el prisma del sujeto dañado, se podría sostener que el daño será siempre antijurídico, salvo que dicho sujeto esté expresamente obligado por el ordenamiento jurídico a soportar el daño (Leguina, 1983, p. 138). De esta suerte, utilizando las palabras del profesor CASIELLO, “se mide con la vara de la justicia la situación del ofendido” (1997, p. 163).

Nuestro ordenamiento jurídico en materia de derecho público, se inclina por esta posición ligando el concepto de antijuridicidad al de daño, para generar la figura de “daño antijurídico”, la cual nuestro constituyente importó e introdujo en el artículo 90 de la Constitución Nacional sin precisar su significado, pero definido por la jurisprudencia colombiana, siguiendo los lineamientos de doctrinas foráneas, como aquella “lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar”³⁸.

Este concepto fue inicialmente interpretado por nuestro Juez contencioso en el sentido de que la intención del constituyente, al consagrarlo en la carta política, era hacer desaparecer del panorama jurídico la institución de la responsabilidad subjetiva, por cuanto la atención de aquel no se fijó en la conducta del causante del daño, sino en la víctima³⁹. Sin embargo, esta idea fue aclarada posteriormente en el sentido de que, si bien con la institución del daño antijurídico existe un desplazamiento de la antijuridicidad de la causa

38 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de mayo de 1995, Expediente No. 8118, M.P.: Juan Dios Montes Hernández. Un profesor que no comulga con esta interpretación es el profesor Pantaleón, quien refiriéndose al régimen patrimonial de las Administraciones Públicas de su país (España) –del cual parece copiamos la figura del daño antijurídico– considera que “la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en la forma en que lo interpreta la doctrina dominante, está a mi juicio mal concebido, tanto desde la perspectiva dogmática –no hay base alguna jurídico-dogmática para sostener que todo daño que el perjudicado no tenga el deber de soportar ha de ser indemnizado por quien lo causa, ni siquiera cuando se trata de los daños consecuencia de lesiones de derechos subjetivos absolutos–, como desde un punto de vista de política jurídica: un derecho razonable no debe parificar, no debe estimar regidos por los mismos principios jurídicos el caso en que alguien pierde su coche porque la administración se lo expropia, o porque la policía lo destruye por sospechar que unos terroristas lo habían cargado con un artefacto a punto de explotar, y el caso en que alguien pierde su coche al estrellarlo contra un árbol que se había caído sobre la calzada unos minutos antes” (1994, pp. 245-246).

39 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de octubre de 1991, Expediente No. 6515, M.P.: Julio César Uribe Acosta; Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de julio de 1992, Expediente No. 6941, M.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

del daño al daño mismo con el fin de hacerlo objetivamente comprobable, ello no significa que todo el instituto de la responsabilidad se torne exclusivamente objetivo, puesto que dicho daño antijurídico puede ser el resultado tanto de una causa lícita como de una ilícita y, por tanto, derivar de una responsabilidad subjetiva u objetiva⁴⁰.

Para el profesor Henao, el daño antijurídico es el género que comprende varias especies; este sería el fundamento mediato de la responsabilidad, al paso que las especies (falla del servicio, riesgo excepcional, daño especial, etc.) serían el fundamento inmediato. Aplicando este razonamiento, y particularmente, cuando los hechos señalados por el actor lo permitan, el juez debería estudiar el caso teniendo como referencia todos los tipos de responsabilidad reconocidos por la ley y por la jurisprudencia. Así, a los administradores de justicia, en los eventos en los cuales no se pueda aplicar la falla del servicio, les correspondería revisar el caso con respecto a las otras especies relativas a la responsabilidad, si en verdad se desea establecer que no se está en presencia de un daño antijurídico, en razón a que solo explicando la no existencia del género se puede llegar a esa conclusión; cometido que podría cumplirse si se aplica el principio *iura novit curia* (2000, p. 144)⁴¹.

Analizando el concepto de daño antijurídico, el Consejo de Estado estima que es inalterable, pues no importa ni el tipo de responsabilidad ni el régimen aplicable, toda vez que aquel siempre consistirá en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima jurídicamente no está obligada a soportar; es decir, el fundamento de la responsabilidad patrimonial pública está centrado en el daño mismo y no en el órgano que lo produce. La diferencia, por tanto, debe encontrarse en los títulos jurídicos de imputación del daño. Sobre el particular el Consejo de Estado ha precisado:

40 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de enero de 1993, Expediente No. 8163, M.P.: Juan de Dios Montes Hernández. Sobre el punto, los profesores Hernández y Franco reiteran lo comentado, señalando que el Consejo de Estado, con fundamento en la doctrina y en la jurisprudencia españolas, “desde 1991 ha repetido que, expedida la Constitución vigente, se objetivizó el concepto de daño antijurídico (aserto que no permite afirmar que también se objetiviza la responsabilidad del Estado, pues, como se ha visto, en muchos casos, sigue siendo necesaria la falla del servicio). Ello significa, en el entendido jurisprudencial, que la antijuridicidad del daño no depende de la antijuridicidad del hecho que lo causa, de modo que el mismo seguirá siendo antijurídico aunque su causa sea lícita. Es por estas razones por las que el análisis del daño se ha situado en sede de la víctima –y no en la del agente, como ocurría antes–, lo que ha permitido formular la tesis de que daño antijurídico es aquel que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar” (2007, p. 33).

41 El profesor Henao define el daño antijurídico como “aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes de responsabilidad, suponiendo la aplicación del principio *iura novit curia*, sin que se viole el derecho de defensa” (2000, p. 145).

[...] mientras en la responsabilidad fundada en el contrato serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, “los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (art. 28, Ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexa con el servicio, prevista, para citar algunas disposiciones en el inciso 2o. del artículo 90 de la C.N. y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C.N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (arts. 95, No. 9 y 216 de la C.N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo, por la Ley 104 de 1993⁴² o en el decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C. de P.C., 414 del C. de P.P. etc.), la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como este del no enriquecimiento sin causa⁴³.

Para este alto tribunal, el daño antijurídico debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, en especial, el de solidaridad, igualdad y el de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, habida cuenta que una sociedad política debidamente organizada y respetuosa de la dignidad humana “no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”⁴⁴.

2.3 NEXO DE CAUSALIDAD

Según Orgaz, el nexo de causalidad fue un asunto tratado solo a mediados del siglo XIX. Los primeros en interesarse por su estudio fueron los penalistas, los cuales transmitieron sus ideas a los civilistas, quienes lo manejan con

42 Derogada por la Ley 418 de 1997.

43 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de mayo de 1995, Rad. No. 8118, M.P.: Juan de Dios Montes Hernández.

44 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de julio de 2011, Rad. No. 25000-23-26-000-1998-00731-01(19434), M.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Para la jurisprudencia, “sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir, no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Rad. No. 05001-23-25-000-1993-01854-01[22163], M.P.: Enrique Gil Botero).

“marcado empirismo y sin penetración crítica”, hasta el punto de confundir, en aquel tiempo, la causalidad con la culpabilidad (1960, pp. 54-55).

El nexo de causalidad es un presupuesto para derivar responsabilidad en una persona, pues generalmente debe existir de acuerdo con la doctrina clásica una *nécessité du lien de cause à effet* (Chapus, 1957, p. 427). La responsabilidad patrimonial conlleva precisamente una relación entre el daño y el hecho que lo causa (Santos Briz, 1986, p. 223; Mosset, 2004, p. 211), por cuanto la acción no genera reparación si no es la causa de un perjuicio.

De acuerdo con el profesor Fuentes, un aporte de la doctrina fue distinguir la concurrencia de cuestiones de hecho y de derecho en materia de causalidad (2009, p. 143). Por ello, se considera que la causalidad puede ser física o jurídica (Tamayo, 2007, t. I, p. 249)⁴⁵. La primera pertenece al mundo de la naturaleza; es una cuestión de hecho donde no se tienen en cuenta valoraciones de tipo normativo (Pantaleón, 1990, p. 1563). La segunda pertenece al mundo del derecho y apunta a determinar quién es la persona jurídicamente responsable del hecho dañoso.

Así, el análisis causal de la responsabilidad, según algunos, no se fundamenta en el orden natural o físico, sino en el normativo, por cuanto el derecho responde, antes que a mecanismos fácticos, a finalidades (De Trazegnies, 1999, p. 188) orientadas a resolver problemas determinados que no podrían solucionarse adecuadamente, en muchos casos, por la vía del nexo de causalidad física, por cuanto se podría atentar contra la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, a causa de las soluciones absurdas que podrían presentarse. De este modo, si no se tuviera en cuenta el aspecto normativo, se podría

45 Opinión contraria tiene Pantaleón, quien considera que el tema de la causalidad es solamente una cuestión de hecho. Es un error buscar un concepto de causalidad jurídica, puesto que “el derecho no puede sino partir del concepto de causalidad propio de la Lógica y de las Ciencias de la Naturaleza: la llamada ‘concepción nomológico-funcional’ de la causalidad. Los operadores jurídicos no son ‘productores’, sino ‘consumidores’ de las leyes causales. Por ello puede afirmarse que la decisión sobre la existencia o no de la relación de causalidad es una ‘cuestión de hecho’, libre de valoraciones específicamente normativas” (1991, p. 1563). De allí que el autor considere necesario hacer la distinción entre lo que es la relación de causalidad y el problema de la imputación objetiva, toda vez que, por el contrario, la razón de ser de esta última es “evitar que sean puestas a cargo del responsable absolutamente todas las consecuencias de las que su conducta es causa” es “una cuestión claramente jurídica, un problema de valoración a resolver con las pautas, más o menos precisas, ofrecidas por el sistema normativo de responsabilidad” (ibídem). Estas consideraciones conllevarían a concluir que, de todas las tesis que existen para explicar la relación de causalidad, la única correcta a la hora de terminar la existencia o no de la relación de causalidad es la de la equivalencia de condiciones. Por tanto, para el autor mencionado no es correcto “considerar las que verdaderamente son teorías de imputación objetiva –entre ellas la mal llamada teoría de la ‘causalidad adecuada’– como si se tratara de teorías sobre la relación de causalidad. Incorrección que puede llevar aparejado el grave error de calificar como simple ‘cuestión de hecho’, sólo excepcionalmente controlable en casación, el problema claramente jurídico de la determinación, en cada caso concreto, de los últimos objetivos de la obligación de indemnizar: el problema de la imputación objetiva de los daños causados” (ibídem).

obligar a indemnizar a una persona por el solo hecho de hacer parte de la cadena causal.

De acuerdo con esta orientación, por razones de principio, a la institución de la responsabilidad patrimonial solo le interesa la causalidad relacionada con conductas del hombre generadoras de daños que de acuerdo al sistema jurídico imperante den lugar a reparación. Las causas de orden físico o natural le conciernen únicamente para efectos de modificar o excluir de responsabilidad a una persona determinada, como por ejemplo cuando existe fuerza mayor (Orgaz, 1960, p. 61).

A pesar de esta posición, se considera que el nexo de causalidad física no puede despojarse de su aspecto normativo habida cuenta que en determinados casos el juzgador debe tener en cuenta su alcance con el fin de responsabilizar al autor del daño⁴⁶.

El concepto de causa⁴⁷, de acuerdo con la doctrina es una de las cuestiones más complejas del derecho (Fuentes, 2009, p. 141). Por ello, los juristas alemanes dividieron en dos fases el análisis jurídico causal: la primera, dirigida a la reconstrucción del hecho dañoso, para poder imputar el evento nocivo a su autor; la segunda, para determinar la extensión del resarcimiento, es decir,

46 El profesor Medina Alcoz, acerca del tema de la pérdida de oportunidad considera “relativizar en cierta medida la distinción en la *questio facti* y *questio iuris*, pues también las del primer tipo están ‘teñidas de normatividad’; y reconocer dignidad jurídica a la teoría de la causalidad física” (2007, pp. 261-264), puesto que hay situaciones como el problema de la pérdida de oportunidad que atañe no a la causalidad jurídica sino a la causalidad física. “Una hipótesis de pérdida de *chance* puede plantearse cuando haya dejado de demostrarse la causalidad física o, lo que es lo mismo, cuando no se haya acreditado que el hecho ilícito fue condición necesaria de la pérdida del beneficio esperado. Esta apreciación es de orden fáctico y se llega a ella aplicando las reglas y estándares probatorios que impone el Derecho procesal y el Derecho de la responsabilidad civil” (ibidem, p. 264). El profesor Fuentes, también considera que el problema de causalidad no es solo fáctico, como lo pregonan los partidarios de la imputación objetiva; por tanto, es posible que al no haber advertido ellos dicha situación, sea la causa para aceptar que la teoría de la equivalencia de condiciones –única para ellos capaz de resolver el problema de decidir la existencia o no de la relación causal material entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso– pueda resolver correctamente el problema del nexo causal en los casos de causalidad concurrente y de causalidad hipotética. Como fundamento de su apreciación señala que “[...] es obvio que la equivalencia de las condiciones resulta insuficiente para tales efectos, porque en la primera función de la causalidad, al igual que en la segunda, intervienen elementos tanto fácticos como jurídicos, y decidir quién es el responsable en los casos de causalidad concurrente o hipotética es, precisamente, un problema de valoración normativa y no meramente fáctico” (2009, p. 208).

47 Para Alterini, a todo efecto corresponde una causa generadora, sin embargo, el efecto no aparece unívocamente atribuible a su causa. La condición y la ocasión, de alguna forma, intervienen en la producción del efecto (1999, pp. 138-139). De esta manera, se tiene que la causa produce el efecto; la condición, que no lo produce por sí, de alguna manera lo permite o descarta un obstáculo; y la ocasión se limita a favorecer la efectividad de la causa eficiente.

cuál fue el daño de tipo material o inmaterial efectivamente causado⁴⁸ (Prévôt y Chaia, 2007, pp. 28-29).

2.3.1 IMPUTACIÓN DEL EFECTO NOCIVO A SU AUTOR

Con el fin de analizar este punto, y debido a la dificultad para determinar la causa del hecho dada la multiplicidad de acontecimientos que ordinariamente preceden a la realización de cualquier daño (Chapus, 1957, p. 427), se han ideado algunas teorías sin que hasta la fecha se pueda señalar con certeza la forma apropiada de resolverlo.

Así, entre otras implicaciones⁴⁹, nuestros jueces han aplicado en algunas ocasiones la teoría de la equivalencia de condiciones, la cual no hace distinción entre los antecedentes que contribuyen al resultado dañoso, habida cuenta que los considera a todos equivalentes en su creación (Mosset, 2004, p. 212). De esta suerte, la causa dentro de esta hipótesis es toda condición que participa del evento dañoso, sin la cual el efecto no se hubiera producido⁵⁰.

Como esta teoría se vuelve, en ocasiones, impracticable por los resultados tan absurdos que puede provocar, sus partidarios buscaron un correctivo, el cual consistía en que para poder imputar responsabilidad era necesaria la demostración de la culpa del agente (Orgaz, 1960, p. 64; Compagnucci, 1984, p. 38). Con todo, se consideró que dicho remedio operaba tratándose de casos de responsabilidad subjetiva, pero no en aquellos de responsabilidad objetiva;

48 En este mismo sentido, señala el profesor Fuentes, que un “aporte de la doctrina ha sido distinguir en la causalidad una doble función: como criterio de imputación del hecho generador de responsabilidad y como criterio de extensión del daño indemnizable” (2009, p. 143).

49 Para este trabajo, se comentan la teoría de la equivalencia de condiciones y la teoría de la causalidad adecuada, las cuales según la doctrina son las más utilizadas por nuestros jueces. Le Tourneau, analizando las dos teorías que han tenido mayor favorecimiento por la doctrina, señala que las jurisdicciones mantienen la teoría de la equivalencia de condiciones y la de la teoría de la causalidad adecuada para aplicarlas, dependiendo del caso, de una forma flexible y favorable a las víctimas. De esta manera, el dominio de elección de la equivalencia de condiciones se reserva de preferencia para la responsabilidad subjetiva (con culpa) y el de la causalidad adecuada, para los tipos de responsabilidad objetiva, en los cuales las relaciones de causalidad son más complejas de determinar (2004, pp. 83-84).

50 De Cupis explica esta teoría así: “Todas las condiciones son necesarias y esenciales para producir el efecto, y ninguna de ellas puede separarse de las otras sin que repercuta sobre el efecto en sí, que no puede dividirse entre las varias condiciones, ni afirmarse que una condición ha causado, valga decir, 3/5 del efecto y otra solo 2/5; al faltar una de ellas, falta también el efecto íntegro. Las condiciones son, por tanto, equivalentes entre sí, y entre ellas el derecho no elige una determinada para considerarla como causa del efecto dañoso” (1975, p. 256).

con el agravante además, de volver a la indistinción primitiva entre la culpa y el nexo causal⁵¹ (Orgaz, 1960, p. 64).

También, para definir cuál es la causa del hecho dañoso se utiliza la teoría de la causa adecuada, que según la doctrina es la más empleada⁵². De acuerdo con Le Torneau se está en presencia de un nexo de causalidad adecuada “cuando una condición es por naturaleza, en el curso habitual de las cosas y según la experiencia de la vida, capaz de producir el efecto que se ha realizado” (2004, p. 82). Es decir, causa será la condición que regularmente concurre a la producción del daño (la denominada regularidad causal expuesta por De Cupis, 1975, p. 258). La manera de precisarla, según la doctrina, es formulando un juicio de probabilidad tendiente a inferir si la conducta activa u omisiva del presunto responsable es apta para producir un resultado en el curso normal de los acontecimientos; y ese juicio de probabilidad no puede realizarse sino en función de lo que un hombre normal hubiese podido prever como resultado de su actuación (Bustamante, 1997, p. 270).

La teoría de la causalidad adecuada, aunque aceptada por el Derecho civil, no fue admitida por los penalistas (Jakobs, 1997, p. 238), por considerarla insuficiente, pues argumentan, entre otras razones, que solo sirve para resolver los problemas de los llamados cursos causales extraordinarios⁵³ y, por tanto, no da cuenta de una explicación general de lo que es la conducta prohibida (López, 1997, p. 44). Igualmente, se le ataca porque se limita a calificar los sucesos según criterios estadísticos o de causalidad habitual, sin alcanzar a exponer la relevancia normativa de dichos criterios; incluso podría dejar de

51 De acuerdo con el profesor Roca, la causalidad y la culpabilidad son dos aspectos diferentes. “La primera tiene por objeto establecer cuándo y en qué condiciones un resultado cualquiera –o más concretamente un daño– debe ser imputado *objetivamente* a la acción u omisión de una persona. Tiene por fin establecer lo que los prácticos de la Edad media llamaban *imputatio facti*, y responde a la siguiente pregunta: ¿debe ser considerado tal *sujeto* como autor del daño? La segunda cuestión, la de la culpabilidad, se propone determinar cuándo y en qué condiciones un resultado debe ser imputado subjetivamente a su autor. Se trata ahora de establecer la *imputatio juris*, y responde a esta otra pregunta: el autor del daño, ¿debe ser también considerado *culpable* de él, a los fines de la responsabilidad?” (1960, p. 57).

52 El profesor Saavedra Becerra, considera que los tribunales en Colombia se inclinan por la teoría de la causalidad adecuada, salvo los casos de concurrencia de causas, en los que se definen, a veces, por la teoría de la equivalencia de condiciones (2005, p. 556). De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, esta “viene aplicando la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, a partir de todos los hechos que anteceden la producción de un daño solo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de abril 2011, Rad. No. 85001-23-31-000-1999-00021-01(19155), M.P.: Gladys Agudelo Ordóñez).

53 Según la teoría de la causalidad adecuada, es bueno recordarlo, “no cabe imputar objetivamente un concreto acontecimiento dañoso a la conducta causante del mismo cuando la producción de dicho evento habría sido descartada, como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado” (Roca, 2003, p. 156).

imputar la autoría de un hecho en aquellos cursos causales rarísimos que pueden ser normativamente relevantes, sin corresponder a una forma de aparición usual (Jakobs, 1997, p. 240).

Tal vez siguiendo los lineamientos mencionados en el párrafo precedente, nuestra jurisdicción de lo Contencioso Administrativo –que a veces utiliza la teoría de la causalidad adecuada⁵⁴– considera, según los casos que ha fallado últimamente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, que la figura de la imputación objetiva es una forma de superar en el juicio de responsabilidad la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones como de la causalidad adecuada. De acuerdo con este alto tribunal, todo régimen de responsabilidad patrimonial se encuentra signado “por la imputación objetiva, título autónomo que parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”⁵⁵.

El profesor Pantaleón –precursor en España de la teoría de la imputación objetiva, en materia de responsabilidad patrimonial– considera importante hacer la distinción entre la relación de causalidad y la imputación objetiva, pues esta es una cuestión claramente jurídica, no una cuestión de hecho como lo es la primera). De allí que, para este autor, la única teoría que puede explicar la existencia del nexo de causalidad sea la teoría de la equivalencia de condiciones; las demás, como sería la teoría de la causalidad adecuada, no son más que teorías de imputación objetiva⁵⁶, por tanto, no descarta su utilización, por ser útil, para solucionar supuestos de cursos causales completamente irregulares o anormales (1990, pp. 1563-1590).

54 Sobre la aplicación, en el juicio de responsabilidad, de la teoría de la causalidad adecuada puede verse Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de abril de 2011, Rad. No. 85001-23-31-000-1999-00021-01(19155), M.P.: Gladys Agudelo Ordóñez y Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de agosto de 2011, Rad. No. 20210, M.P.: Stella Conto Díaz de Del Castillo.

55 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de mayo de 2011, Rad. No. 54001-23-31-000-1994-08654-01(19976), M.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

56 En el mismo sentido se pronuncia el profesor Reyes (1996, p. 24) cuando al analizar el tema en su sentido primitivo señala que “con base en el reseñado pensamiento de Von Bar es preciso reconocer que la teoría de la adecuación deja intacta la causalidad natural puesto que admite la validez de la equivalencia de las condiciones y solo pretende limitar su amplitud a través de juicios de probabilidad (que como tales son incapaces de alterar los cursos causales), de forma tal que en sentido amplio puede afirmarse que más que una teoría de la causalidad pretendió ser una teoría de la imputación”.

Para los penalistas, que separan claramente la causalidad de la imputación objetiva, la primera es solo condición mínima de la segunda⁵⁷, pues a ella debe agregarse la relevancia jurídica de la relación causal entre la acción y el resultado (Jakobs, 1997, p. 237). De esta suerte, una vez demostrada la causalidad, “el dato ontológico debe ser sometido a los criterios de valoración que surgen del ordenamiento jurídico, para determinar si el nexo entre acción y resultado es relevante para el tipo penal (López, C., 1997, p. 47).

En la teoría de la imputación objetiva, la cual tiene como base el riesgo⁵⁸, no toda conducta que lesione o ponga en peligro los bienes jurídicos es relevante, pues se requiere de un elemento adicional: que el peligro sea desaprobado por el ordenamiento jurídico. Las garantías normativas determinadas por el derecho no se dirigen a que todos los asociados intenten impedir la totalidad de los daños posibles, pues de ser así, se paralizaría la vida social; su objetivo es adscribir a los sujetos, dentro del contexto de interacción social, a determinados cometidos y roles los cuales deben aquellos cumplir (Jakobs, 1994, p. 20).

Al ser imposible prohibir toda conducta que represente un peligro para los bienes jurídicos, cuya función es facilitar el intercambio de bienes y servicios, la sociedad señala pautas de seguridad en la administración de los riesgos (López, C., 1997, p. 112). Como los seres humanos se encuentran en el mundo social en condición de portadores de un rol, habrá de determinarse entre autor, víctima y terceros, de acuerdo al rol desempeñado, quien lo administró de manera deficiente, es decir, quien lo quebrantó; de suerte que si fue el primero, responderá, si fue la víctima, deberá asumirlo o, si todos se comportaron cumpliendo su rol, habrá que achacarle el daño al infortunio (Jakobs, 1994, p. 24). De allí, que el Derecho penal fundamente la responsabilidad en los ámbitos de competencia de cada individuo, pues dentro de una sociedad todos somos garantes en relación con determinada actividad⁵⁹.

De esta manera, siguiendo al profesor Reyes, se le podrá imputar objetivamente un resultado a un sujeto cuando aquel es fruto de un riesgo jurídicamente desaprobado y este riesgo, a su vez, proviene de dicho individuo, o en otras palabras, cuando la persona haya creado un riesgo jurídicamente repro-

57 De igual manera, se pronuncia también el profesor Reyes, cuando señala que “la causalidad es una condición mínima pero no suficiente de responsabilidad... y como sin causalidad no puede surgir en el plano jurídico penal un reproche, es indispensable que dentro del respectivo proceso se encuentre plenamente establecida la existencia del nexo causal, y en caso de que sobre su demostración existan dudas debe resolverse a favor del sindicado” (1996, p. 40).

58 El riesgo conceptualmente es considerado como el desfavorable devenir de un suceso, o la posibilidad de que una acción traiga consigo desventajosas consecuencias (Reyes, 1996, p. 90).

59 “[...] en la imputación objetiva lo determinante es si un portador de funciones, si un garante, alguien de quien se esperaba determinada conducta, la ha desplegado llenando las expectativas, o no lo ha hecho generando así una defraudación social, sin importar quién es el individuo que en el evento concreto desarrolló la acción; esa consideración genérica que permite precisar cuándo una conducta lesiona las leyes de convivencia social debe hacerse con base en una teoría de la imputación objetiva y constituye el contenido del injusto” (Reyes, 1996, p. 65).

chable y ese riesgo se haya concretado en un resultado. De donde se sigue, que la imputación objetiva se estructura con base en dos elementos: por un lado, el de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y, por otro, el de la realización de dicho riesgo, entendiendo este último componente no en su sentido naturalístico sino como transgresión de normas (1996, p. 75).

Cabe anotar que, habrá casos en los que existiendo lesiones ocasionadas por una conducta riesgosa no habría lugar a imputar objetivamente responsabilidad a quien la realizó, habida cuenta de ser actividades desplegadas dentro del riesgo permitido⁶⁰, o apoyadas en el principio de confianza⁶¹, o por razo-

60 Así, hay algunos riesgos permitidos dada su utilidad social, su inevitabilidad o la necesidad de la empresa peligrosa, tales como las relacionadas con la navegación, el transporte de hidrocarburos, la construcción de obras, etc. También puede ser la costumbre general, la cual crea peligros aceptados con el tiempo por la comunidad que van formando parte del riesgo general de la vida, como serían las privaciones insignificantes de la libertad, como en el caso del “conductor de un tren que no hace el pare correspondiente en una estación, y el pasajero, en contra de su voluntad, es trasladado a otra cercana; o los pequeños regalos que se entregan a los funcionarios públicos en época de Navidad” (López, C., 1997, pp. 106-111).

En suma, puede señalarse que todas las actividades desplegadas dentro de lo socialmente considerado como un riesgo permitido no pueden dar lugar a ningún reproche jurídico, aun en el evento de generar lesiones a particulares; en cambio, son censurables todas las conductas que exceden el riesgo permitido, es decir, tanto las conductas realizadas a pesar de ser socialmente prohibidas, como las que siendo toleradas se ejecutan sin la observancia de las normas de cuidado previamente constituidas para la minimización del riesgo (Reyes, 1996, p. 93).

Así, en el campo penal, por ejemplo, la construcción de edificios observando medidas estrictas de seguridad, aunque ocasionen lesión o muerte a trabajadores de la obra o la intervención quirúrgica en la que se produzca la muerte del paciente de acuerdo con la *lex artis*, no merecen reproche alguno, ya que por ser actividades desarrolladas de acuerdo con las normas de cuidado determinadas previamente no exceden el límite del riesgo permitido (Reyes, 1996, p. 94).

61 En cuanto al principio de confianza, éste encuentra fundamento en el principio de autorresponsabilidad, pues no forma parte del rol ciudadano controlar a los demás de manera permanente. Este principio se orienta a hacer posible el reparto de trabajo, la aplicación de reglas en el tráfico automotor, para resolver problemas de realización de riesgos, etc. Por regla general, cada sujeto debe encauzar su conducta de una manera que no lesione bienes ajenos, no estando obligado a preocuparse porque los demás observen el mismo comportamiento, pues normalmente se debe responder por el hecho propio y no por el ajeno (López, C., 1997, pp. 119-120). Esta regla significa que si bien por la experiencia de la vida se puede conocer que los sujetos pueden cometer errores en su actuar, se nos autoriza a confiar, cuando debemos tener alguna relación con otro, en que este mantendrá un comportamiento correcto (Jakobs, 1997, p. 253). De este modo, en los casos de tráfico automotor, una persona no responderá cuando conduciendo reglamentariamente, y de manera prudente, atropella a un peatón que no respetó el pare de un semáforo, pues quien se comporta conforme a las reglas del tráfico tiene derecho a esperar de los demás una conducta acorde a dichas normas y además compostura en su actuar. Igualmente, en el caso del médico cirujano que deba trabajar en equipo con otros profesionales, no se le podría achacar a este la muerte del paciente que ocurre en plena operación por negligencia del anestesiólogo, pues aquel no debe responder por la mala *praxis* de su colega del que solo podía esperar un comportamiento adecuado a la *lex artis*.

El principio de confianza tiene excepciones, como cuando surgen circunstancias que permiten deducir que el otro participante no va a cumplir con los deberes de su rol o cuando no se puede esperar de determinadas personas una conducta ajustada al rol que debe desarrollarse, como sería el caso de personas que no pueden autodeterminarse: niños, discapacitados mentales, etc. (López, C., 1997, pp. 126-127).

nes de la prohibición de regreso⁶² o porque son acciones realizadas a propio riesgo⁶³.

Si bien en materia de responsabilidad patrimonial, se puede aplicar el concepto de imputación objetiva, para endilgar responsabilidad al dañador, como lo sostiene nuestro alto tribunal de lo Contencioso Administrativo y lo valida un sector de la doctrina, no se puede olvidar, como nos lo recuerda la profesora Beladéz Rojo, que el mismo está pensado para la responsabilidad penal, por lo cual se hace necesario realizar algunas modificaciones para adecuarlo al fundamento de la responsabilidad civil.

De acuerdo con la autora mencionada, si en materia penal “un resultado es objetivamente imputable cuando la acción causante del mismo ha creado un riesgo que se ha realizado en el resultado típico, perteneciendo estos resultados a aquellos que la norma infringida tenía por finalidad impedir”, difícilmente esta definición expresada de esta forma puede extrapolarse sin más a la responsabilidad civil, en atención a que en esta no existe un resultado típico propiamente dicho, ya que basta con causar un daño para que se cumpla el presupuesto exigido por la norma para generar responsabilidad; y además, la regla que rige “la responsabilidad civil –al menos cuando esta tiene carácter objetivo, como en el caso de la responsabilidad administrativa– es una norma general que lo que pretende es garantizar la indemnidad de los ciudadanos y no prohibir conductas” (Beladéz, 1997, pp. 98-99).

No obstante considera, que a pesar de estas diferencias el concepto puede ser útil si se le introducen ciertas modificaciones, como serían las de reemplazar

62 Respecto a la prohibición de regreso, se trata de eventos en los cuales un sujeto desvía hacia lo delictivo el comportamiento de un tercero que por sí mismo no lo es (Jakobs, 1994, p. 29) o, como lo señala López, cuando un sujeto de manera unilateral desvía hacia fines delictivos propios una conducta en sí misma inocua, socialmente adecuada o realizada de conformidad al ordenamiento jurídico (1997, p. 140). De esta suerte, el conductor de un taxi –así haya podido tener conocimiento de lo que va a acontecer– no responderá por la muerte de una persona ocasionada por su pasajero al llegar al lugar de destino, pues su rol se limita a transportar al pasajero y dejarlo sano y salvo (Jakobs, 1994, p. 30).

63 En lo que atañe a las acciones a propio riesgo, para que se excluya la responsabilidad, el tercero debe cumplir con las siguientes condiciones: se requiere, de acuerdo con López, que la víctima tenga bajo su control la decisión del sí y el cómo del desarrollo de la situación peligrosa; debe además tener capacidad para calcular la dimensión del riesgo; el tercero no debe tener una condición de garante frente a la persona que se autopone en peligro (1997, p. 151). En las acciones de propio peligro es determinante la competencia que el titular del bien tiene respecto a la evitación del daño (Reyes, 1996, p. 167).

En los eventos de propio peligro se libera de responsabilidad al causante del daño, teniendo en cuenta que este se produce por la imprudencia del titular del bien. Así, cuando alguien decide embarcarse como pasajero en un vehículo a sabiendas de que el conductor se encuentra ebrio, está asumiendo las consecuencias en el evento de pasarle algo. Quien dentro de su ámbito de competencia se expone al peligro del cual se alcancen a derivar consecuencias negativas para sí mismo, asume íntegramente la responsabilidad por dichos efectos (Reyes, 1996, pp. 167-168).

la expresión resultado típico por daño y entender que estos podrán originar responsabilidad civil si son daños jurídicamente relevantes por ser antijurídicos. De esta suerte, un daño puede imputarse objetivamente a un sujeto jurídico cuando la acción causante del mismo haya creado un riesgo y este se haya realizado en el resultado lesivo, teniendo estos daños la consideración de antijurídicos (ibídem)⁶⁴.

De esta suerte, puede advertirse que la aplicación de la teoría de la imputación objetiva para determinar el sujeto dañador, encargado de la reparación, en materia de responsabilidad patrimonial pública, debe guiarse por la finalidad que persigue la responsabilidad civil así como también teniendo en cuenta que la clave para efectos de endilgar responsabilidad reposa en la antijuridicidad del daño; el cual, de acuerdo con la profesora Beladiez, no es más que la realización de un riesgo jurídicamente relevante (1997, p. 103).

64 Siguiendo a los penalistas, la profesora Beladiez, considera la relación de causalidad como un requisito necesario pero no suficiente para atribuir un daño al sujeto causante del mismo, pues para ello se requiere la existencia de otro tipo de nexo objetivo entre acción y resultado para poder atribuir el mismo al sujeto causante del daño; esta clase de nexo es lo que se conoce como imputación objetiva. La teoría de la causalidad es útil para determinar lo fáctico (el hecho causante del daño), pero no para definir quién debe responder por el daño causado, lo cual es una cuestión puramente normativa (1997, pp. 96-98).

Para determinar cuándo un resultado puede ser imputado al sujeto causante del daño, la autora, apartándose de los penalistas, considera que el carácter lícito o ilícito de la conducta causante del resultado no puede servir como primer criterio para determinar si procede exigir responsabilidad. Tratándose de la responsabilidad civil, al menos cuando esta tiene un fundamento objetivo, toda acción puede ser potencialmente causante de daños, pues aquella surge independientemente de su licitud o ilicitud, lo cual no ocurre en el derecho penal, en donde no todas las conductas son susceptibles de crear resultados jurídico-penalmente relevantes. En cambio, lo sustancial, como criterio de imputación, es la naturaleza de los riesgos generados por dicha conducta, pues solo los daños ocasionados como consecuencia de haberse consumado un riesgo jurídicamente relevante pueden ser imputados al sujeto causante del mismo, quien, por ende, será la persona obligada a indemnizar (ibídem: 102). Para determinar cuándo un daño es antijurídico, Beladiez distingue, por un lado, los requisitos que debe reunir el riesgo para poder ser jurídicamente relevante y, de otro, analiza cuándo ese riesgo jurídicamente relevante se ha materializado en el resultado lesivo (ibídem). Así, los riesgos relevantes, además de ser generales e inherentes al servicio, deben ser de aquellos socialmente no admitidos (ibídem, pp. 103-104). En cuanto a la exigencia de que el daño producido sea la materialización del riesgo creado, considera que dicha condición sirve para impedir la atribución de un resultado en aquellos supuestos en los que además del riesgo realizado en el resultado lesivo se hayan generado también otros riesgos jurídicamente relevantes, pero que no han llegado a materializarse (ibídem, p. 130). Cuando se exige que el daño sea la expresión de un riesgo jurídicamente relevante, para así imputar responsabilidad a un sujeto, ello significa la exclusión de la responsabilidad tanto de los daños causados por riesgos que no han sido creados por ningún sujeto en particular (casos de fuerza mayor) como de aquellos que son la realización de riesgos jurídicamente irrelevantes, ya sea porque no reúnen los requisitos para ser jurídicamente relevantes o porque aun cumpliéndolos, el ordenamiento jurídico establece un requisito adicional: “que el riesgo creado rebasa la frontera del jurídicamente permitido, esto es, que la actividad que ha creado el riesgo no sea una actividad objetivamente prudente (riesgo cualificado o culpa)” (ibídem, p. 132). En suma concluye: “Para que un daño pueda ser imputado objetivamente a un sujeto jurídico es preciso que, además de existir una relación de causalidad entre la acción y el resultado, dicho sujeto haya creado con su conducta un riesgo jurídicamente relevante (esto es, que se trate de un riesgo general, inherente al servicio o actividad y que no se encuentre socialmente asumido) y que dicho riesgo se haya concretado en el resultado, puesto que si el resultado lesivo es la materialización de un riesgo diferente, entonces no podrá ser imputado a ese sujeto” (ibídem, p. 133).

Determinar cuándo un riesgo es jurídicamente relevante, es una tarea importante no solo porque ayuda a romper el círculo en torno al cual un perjuicio es antijurídico cuando no se tiene el deber jurídico de soportarlo, y no se tiene el deber jurídico de soportar un daño cuando este es antijurídico –como señala la autora mencionada– sino porque además, dilucida que no cualquier riesgo sirve para imputar responsabilidad, como quiera que debe tener una particularidad como es la de ser, generalmente, un riesgo desaprobado que se haya concretado en el resultado dañoso.

Las características que deben rodear al riesgo creado en los casos de responsabilidad pública, se considera, podrían definirse por: 1. Brotar generalmente del ejercicio de una función pública, 2. El reproche social que causan y 3. Su dinámica para generarse dado los cambios culturales y tecnológicos.

En cuanto a la primera particularidad es claro, que la creación de ese riesgo normalmente debe originarse en desarrollo de las funciones encomendadas al órgano o entidad estatal, sin perjuicio de que excepcionalmente pueda producirse en eventos donde sin estarse cumpliendo una función pública dichas entidades públicas facilitan su creación o también cuando el riesgo se produzca, en el caso en el que los particulares actúen cumpliendo funciones públicas de manera transitoria o siguiendo una expresa instrucción del órgano o entidad.

Respecto a la segunda propiedad del riesgo creado, relacionado con el hecho de que sea reprochable, implica que la actuación de la entidad pública que genera la posibilidad de traer consigo las consecuencias desventajosas sea de aquellos comportamientos socialmente no tolerados por la comunidad, es decir, riesgos no permitidos por la respectiva sociedad de que se trate⁶⁵; salvo, que siendo permitidos generen daño, habida cuenta que existen riesgos no sancionables penalmente, por no generar reproche, pero que desde la óptica de la responsabilidad patrimonial sí darían lugar a reparación *v. gr.*, el caso de defensa putativa o supuesta, que si bien penalmente no se sanciona, civilmente sí podría dar lugar a reparación o en los casos de accidentes de tránsito donde penalmente se absolviera al conductor por no haber actuado de manera culposa o dolosamente, difícilmente se exoneraría de responsabilidad

65 Es claro que la desaprobación de un riesgo se sujeta a los paradigmas que se manejen en cada sociedad; teniendo en cuenta que dicha censura “supone una valoración de tipo social, y los juicios de valor varían de acuerdo con la ubicación espacial y temporal de las sociedades, forzoso es reconocer que una conducta podrá ser aprobada o desaprobada dependiendo, por ejemplo, de si se la juzga de acuerdo con los patrones trazados por la sociedad colombiana o si se emplean los criterios propios de la sociedad alemana[...]” (Reyes, 1996, p. 107).

patrimonial, salvo de probarse una causa extraña, única manera de liberarse en sistemas jurídicos como el nuestro.

Sobre la forma de delimitar el riesgo desaprobado, siguiendo al profesor Reyes, se puede señalar que se han expuesto tanto soluciones extranormativas como normativas.

En las extranormativas, para establecer si un riesgo es aprobado o desaprobado, se ha recurrido a la ponderación de intereses⁶⁶ y a la figura del hombre prudente⁶⁷.

En las normativas, se acude a la existencia previa de una reglamentación que recoge las pautas de comportamiento que han de seguir las personas en la vida de relación, la cual se puede encontrar en normas penales, no penales (Código Civil, de Policía, de Tránsito, normas administrativas etc...), extra-jurídicas como las provenientes de gremios, *v.gr* asociaciones de ingenieros, deportivas, entre otros, las cuales pueden ser escritas –reglamentaciones de carácter privado– o no escritas –costumbre–.

Estas normas sirven tan solo como referentes o indicadores ya que no son suficientes para establecer la aprobación o no de una conducta generadora de riesgos, todo depende del análisis arrojado por el caso concreto. Habrá eventos en donde cumpliéndose la norma se puede generar un riesgo jurídicamente reprochable, *v.gr* el del conductor que observando las normas de tránsito no evita, teniendo la oportunidad de hacerlo, atropellar a un transeúnte ebrio que trata de cruzar la calle sin percatarse de que el semáforo se encuentra en rojo (Reyes, 1996, pp. 113-126).

También existen otros instrumentos para determinar en casos concretos la creación de riesgos desaprobados como el principio de confianza, variación interna de riesgos, cambio de riesgo (elevación del riesgo, aceleración del resultado), la conformidad, el consentimiento, acciones de propio peligro (Reyes, 1996, pp. 141-168).

66 Con esta figura se recurre “a una comparación entre las ventajas y los peligros que a nivel social representa determinada actividad, ponderación para la cual serían determinantes la posibilidad de adopción de medidas de seguridad capaces de minimizar los peligros, la viabilidad de esas eventuales precauciones y las implicaciones económicas que la implantación de dicha medidas acarrearían consigo; de esta manera solo cuando las desventajas de una actividad peligrosa puedan ser reducidas a límites socialmente tolerables por medio de razonables medidas de seguridad que no entorpecieran definitivamente su desarrollo, podría afirmarse que los riesgos emanados de ella son permitidos” (Reyes, 1996, p. 108).

67 Con la formulación de la teoría de la causalidad adecuada se recurrió a la figura imaginaria del hombre prudente.

En relación con la tercera particularidad que, según se aprecia, debe tener el riesgo creado, obedece a que los adelantos culturales y tecnológicos hacen surgir nuevos riesgos que para una época determinada no lo serían –dado que los paradigmas sociales y los avances científicos van cambiando con el tiempo–, *v.g.*, recordemos los riesgos al patrimonio que en épocas pasadas podían afectar a una persona como consecuencia de la expedición de una ley, la cual por razones de soberanía no generaba responsabilidad –eran casos de daños que se achacaban al infortunio, al no manejarse principios como los que hoy están en boga como el de que “el derecho empieza en la Constitución y no en la ley”– o en el caso de daños colectivos, por destrucción del medio ambiente, sobre los cuales lo máximo que se permitía eran medidas de policía, pero que hoy comportan reparación.

Ahora bien, en cuanto a la realización del riesgo es una condición importante para tener en cuenta como quiera que se pueden presentar muchos riesgos relevantes, pero que por no materializarse en el resultado lesivo no se pueden endilgar a quien realizó la actividad. De esta suerte, solo el riesgo jurídicamente desaprobado, o excepcionalmente cuando no lo sea, que se haya concretado en el resultado dañoso y la víctima no tenga legalmente porque sobrellevarlo es el único que da lugar a imputación objetiva en materia de responsabilidad patrimonial.

2.3.2 EXTENSIÓN DEL RESARCIMIENTO

Visto el primer plano de la causalidad relacionado con el *an respondeatur*, se revisará el segundo, en la que ya no se busca determinar la persona responsable sino el alcance del daño, es decir, de cuáles consecuencias perjudiciales se ha de responder, el cual se refiere al *quantum respondeatur*.

Estas dos funciones de la causalidad, como bien lo anota el profesor Fuentes (2009, pp. 192-193), aplican tanto para la responsabilidad extracontractual como contractual, como quiera que, para el caso de esta última, si bien en la primera función de la causalidad, generalmente, solo se requiere probar el incumplimiento para resolver el primer problema o función del nexo causal, en ocasiones, es preciso enfrentar dificultades, para imputar responsabilidad, como en los casos en donde el deudor invoca la imposibilidad sobrevenida fundamentada en una causa extraña.

Frente al punto de la causalidad en su segunda función es más bien poco lo que se ha debatido en la jurisprudencia y doctrina del país; sin embargo, los privatistas acuden al Código Civil en el que al menos, en materia contractual, se puede establecer hasta dónde llegaría la extensión del daño del cual debe hacerse cargo el responsable. Así, señala que el deudor que haya actuado sin dolo responderá de los perjuicios previstos⁶⁸ o que se pudieron prever al momento de la celebración del contrato; pero, en caso de dolo responderá de todo los perjuicios que fueren consecuencia inmediata o directa del incumplimiento de la obligación o demora en cumplirla (artículo 1616 del Código Civil). De esta manera, así el responsable haya procedido con dolo solo estará obligado a reparar el daño directo⁶⁹, descartándose su responsabilidad en los casos que sean derivación de un daño indirecto.

Este fundamento, relacionado con la extensión del daño, se considera, debe ser aplicado con algunas matizaciones en materia de contratos estatales, como quiera que de una parte, es una disposición que debería regir cualquier tipo de contrato dada la forma como establece hasta dónde deben llegar las consecuencias del daño y de otra, no hay razón para que el Estado, por falta de norma expresa, dentro del Derecho público, deba responder por perjuicios imprevistos e incluso indirectos, cuando no haya actuado con desviación de poder.

De tal suerte, se estima que el Estado debería responder en principio de los daños previsibles en la medida que incumpla las obligaciones contenidas en el contrato⁷⁰; y respondería además, de los imprevisibles, pero siempre de los daños directos⁷¹, cuando de manera obtusa, abusiva o con desviación de po-

68 Para el profesor Fuentes el daño previsto puede ser entendido como “todo daño que el acreedor sufre por falta o defectuosidad del bien o servicio contratado, considerando el particular destino o proyecto económico que tiene asignado, siempre que el mismo contrato haya permitido al deudor tomar conocimiento, expreso o tácito, de tal destino” (2009, pp. 348); por ello considera, que “el objeto del juicio de previsibilidad no es el perjuicio que el deudor pudo anticipar, sino el conocimiento que en conformidad al contrato tenía del destino o función económica asignada a la prestación objeto de la obligación incumplida, conocimiento que implica asumir el riesgo de todo daño conectado a tal destinación” (ibídem, p. 346).

69 Analizado el daño directo en materia contractual algunos lo definen “como todo perjuicio que el acreedor sufre por el incumplimiento del deudor, excluyendo a los que pudieron evitarse y aquellos cuyo acaecimiento se debe en todo o en parte a la débil situación económica del acreedor” (Fuentes, 2009, p. 179).

70 Las entidades estatales responden patrimonialmente sea por incumplir las obligaciones derivadas del negocio jurídico o por desatender los deberes que la ley les impone (Escobar, 1999, pp. 509-510; Yong, 2013, pp. 284-285).

71 De posición contraria el profesor Escobar, quien considera que “la administración pública debe responder por los daños causados al contratista que sean consecuencia necesaria del incumplimiento del contrato, directos e indirectos, hasta el límite que considere el juzgador con buen sentido”; el artículo 1616 del C.C. —que solo permite cobrar el daño directo— según el autor mencionado, por principios de hermenéutica jurídica, no se puede aplicar por vía de analogía por ser una norma de naturaleza sancionatoria (Escobar, 1999, p. 534). [Subrayado fuera de texto].

der, las entidades contratantes solapadas en el poder de dirección, control y vigilancia que les otorga el estatuto contractual en la etapa de ejecución declaren la caducidad del contrato, lo terminen, lo modifiquen etc., o se rehúsen a restablecer el equilibrio económico o se nieguen a cumplir deliberadamente sus obligaciones contractuales, pudiendo cumplirlas.

En algunos casos, habrá normas especiales que determinan la extensión, como sucede con algunos artículos del mismo Código Civil o del de Comercio que señalan el límite de la extensión del daño, *v. gr.* el artículo 1991 del Código Civil, relacionado con el derecho que tiene el arrendatario a ser indemnizado únicamente del daño emergente por el mal estado de la cosa que le impida el uso, indemnización que podrá alcanzar el lucro cesante si el arrendador tuviera conocimiento del vicio antes de arrendar la cosa. Otro ejemplo se encuentra en el artículo 1881 del Código de Comercio que limita la indemnización en caso de responsabilidad del transportador a un máximo de veinticinco mil gramos de oro puro por pasajero.

En materia extracontractual, tanto doctrina como jurisprudencia⁷² para dar respuesta a la inquietud de qué debe responder el dañador, acuden casi sin ningún reparo a la figura del daño directo⁷³, para aplicarlo automáticamente cuando se trata de determinar la extensión del daño. Sin embargo, existen diferencias, por parte de la doctrina extranjera, a la hora de determinar su fundamento legal.

Así, los Mazeaud consideran que el verdadero motivo de la regla que contiene el artículo 1151 del Código Civil francés relativo a que, el deudor no tiene por qué reparar un perjuicio indirecto, se debe a que no existe un vínculo de causalidad suficiente con la culpa cometida por el deudor, o sea, con el in-

72 Nuestra jurisprudencia, en ambas jurisdicciones, considera que el daño que obliga a reparar es el directo, como puede observarse en los apartes de las siguientes providencias judiciales: “Es claro que cuando se pretende reparación de perjuicios –y los procesos de responsabilidad estatal no son la excepción–, debe el actor, en observancia de la regla probatoria *onus probandi incumbit actori* consagrada en el artículo 177 del C.P.C., demostrar la ocurrencia, causación y/o existencia de un daño directo, cierto, personal y no indemnizado” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de abril de 2011, Rad. No 15-001-23-31-000-1993-03365-01 [17.612], M.P.: Stella Conto Díaz del Castillo); “El daño susceptible de reparación debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente eventual e hipotético, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca real y efectivamente causado” (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 27 de marzo de 2003, Expediente No. C-6879, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez).

73 Debe aclararse, que este término es utilizado en diversos sentidos; en algunas ocasiones, para referirse a las personas legitimadas para reclamar indemnización, así se habla que el daño es directo si lo reclama la víctima del hecho para hacer la diferencia con otros, que de manera indirecta también pueden reclamar por verse afectados con el daño ocasionado al perjudicado directo y, en otras, para establecer hasta dónde llega la afectación del patrimonio de la víctima como consecuencia del hecho dañoso para determinar la responsabilidad (visto el concepto desde la segunda función de la causalidad).

cumplimiento de la obligación; regla que no es sino la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil acerca de la necesidad de un vínculo de causalidad. De donde se sigue que el deudor solo tenga que reparar lo que es consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del contrato aun en el caso de que dicho incumplimiento provenga de dolo del deudor; circunstancia esta que exige no limitar la regla al dominio contractual si no queremos llegar a un resultado contrario a la equidad. El análisis del vínculo de causalidad es el que conduce por tanto a descargar al demandado de la reparación de los perjuicios indirectos (1945, pp. 104-105) y por tanto, responderá en la cadena de los perjuicios solo de aquellos que son consecuencia cierta y necesaria de su acto (ibídem, p. 105; Rodríguez, A., p. 232).

Por su parte el profesor Fuentes, después de un análisis sobre la extensión del daño, llega a la conclusión de que tanto por razones lógicas-sistemáticas como históricas, extrapolables a los textos que tuvieron al *Code* como fuente de inspiración, la condición de la consecuencia necesaria —expresión insertada en el artículo 1107 del Código Civil español que se asimila al daño directo— es aplicable en la responsabilidad extracontractual (2009, p. 288).

3. CONCLUSIONES

El concepto de responsabilidad patrimonial solo vino a aplicarse a las relaciones del Estado y los particulares cuando se empezó a superar, en los Estados de Derecho, el dogma de la incompatibilidad de la soberanía con la obligación de reparar por parte del Estado cuando causaba un perjuicio a una persona como consecuencia de una función administrativa; dogma que se eclipsa definitivamente cuando la mayoría de aquellos estados hacen extensiva la responsabilidad patrimonial a las otras funciones, como sucedió, por ejemplo, en el caso de nuestro país, que para no dejar dudas, expresamente consagró en el artículo 90 de la Constitución la responsabilidad patrimonial del Estado “por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas”.

Autoridades, que, de acuerdo a nuestro estudio, deben ser entendidas como aquellas creadas para cumplir los cometidos del Estado, como son los órganos y entidades estatales, sin perjuicio de que sus agentes sean sujetos de responsabilidad. De esta suerte, el Estado no solo responde de los actos jurídicos o

materiales dañosos de los servidores públicos sino también de los cometidos por los particulares que cumplen funciones públicas de manera transitoria o siguiendo una expresa instrucción del órgano o entidad.

Estos hechos dañosos ocasionados por las autoridades públicas para que den lugar a reparación deben ser antijurídicos, en el entendido de que el menoscabo en el patrimonio sufrido por la persona que exige resarcimiento no sea de aquellos que jurídicamente esté obligada a soportar, como quiera que puede presentarse una causa que lo justifique, una culpa exclusiva de la víctima o una fuerza mayor que rompa el nexo causal o una causal contenida en una cláusula de exoneración de responsabilidad que hace cargar a la víctima, en esos eventos, con el daño.

Dichos daños, deben ser probados por quien reclama la reparación a menos que se presuman, su razón de ser es el de compensar al dañado y pueden clasificarse de diversas maneras: si se afectan derechos fundamentales, caso en el cual se pueden catalogar como económicos (materiales e inmateriales) y no económicos (medidas restaurativas); en caso contrario, se pueden especificar como materiales (daño emergente y lucro cesante) e inmateriales (morales y daño a la salud o cualquier otro, si no encajan en alguno de estos).

El daño, en materia de derecho público, podría definirse como una aminoración en el patrimonio, sea de una manera material o inmaterial o de ambas formas, que se produce en la esfera del interés de uno de los participantes, ofertantes, o adjudicatarios (precontractual) o de los contratantes (contractual) o en la de un servidor público o tercero cuando no se deriva de una relación jurídica preexistente (extracontractual) con ocasión de una actuación u omisión de un agente vinculado a un organismo o entidad pública o así no lo sea, como en el caso de perjuicios ocasionados por particulares que cumplen funciones públicas de manera transitoria o siguiendo una expresa instrucción del órgano o entidad.

Entre el hecho de la autoridad pública y el daño antijurídico debe existir un nexo; de tal suerte, que dicha acción sea la causa del perjuicio que no esté obligado a soportar jurídicamente la víctima. El nexo causal, de acuerdo con la doctrina puede analizarse de dos formas: como imputación del efecto nocivo a su autor y como extensión del resarcimiento.

La forma de establecer el nexo causal desde el punto de vista de la imputación del daño a su autor, se realiza acudiendo a varias teorías causales, entre ellas, la equivalencia de condiciones y causalidad adecuada, siendo esta última la de mayor utilización. Con todo, el Consejo de Estado ha abandonado estas

teorías en el entendido de que la figura de la imputación objetiva es una forma de superar en el juicio de responsabilidad la aplicación de ambas teorías, la cual, se considera, debe aplicarse teniendo como referente que se importa de otra disciplina y por tanto, no podría emplearse de la misma manera como se aplica en Derecho penal sino que debe adaptarse a las condiciones de la responsabilidad patrimonial pública que tiene como soporte la antijuridicidad del daño.

Siguiendo a la profesora Beladiez, se estima que un daño puede imputarse objetivamente a un sujeto jurídico cuando la acción causante del mismo haya creado un riesgo y este se haya realizado en el resultado lesivo, teniendo estos daños la consideración de antijurídicos; riesgos que se estima, se deben caracterizar por emerger generalmente del ejercicio de una función pública, el reproche social que causan y su dinámica para generarse dado los cambios culturales y tecnológicos que se presentan de manera constante en el transcurrir de la vida.

Respecto a la causalidad como extensión del resarcimiento el Estado respondería de los daños previsibles en la medida que incumpla las obligaciones contenidas en el contrato; y responderá además, de los imprevisibles, pero siempre de los daños directos, cuando de manera obtusa, abusiva o con desviación de poder, las entidades contratantes desatiendan los deberes legales o se nieguen a restablecer el equilibrio económico del contrato o deliberadamente incumplan pudiendo cumplir.

En materia extracontractual, se acude para determinar la extensión del daño a la figura del daño directo, sin embargo, existen diferencias a la hora de determinar su fundamento legal.

En el análisis de la figura de la responsabilidad patrimonial pública debe acudir a principios generales del Derecho, que así estén en Códigos de otras áreas, no por ello pierden su generalidad; solamente significa que estas disciplinas los han plasmado primero y de manera expresa, *v. gr.* el caso del daño directo.

En ese orden de ideas, puede definirse la responsabilidad pública patrimonial como la obligación de las entidades públicas de responder –en el caso de que haya una relación jurídica preexistente– por los perjuicios previsibles o previstos al momento de celebrar un contrato estatal o de los imprevisibles, pero, directos cuando el incumplimiento obedezca a una actuación en las que desatiendan los deberes legales o se nieguen a restablecer el equilibrio económico del contrato de una manera abusiva o con desviación de poder o, a pro-

pósito incumplan pudiendo satisfacer la obligación o en los casos, donde no haya una relación jurídica preexistente cuando la actuación sea consecuencia necesaria del perjuicio (daños directos); siempre y cuando, en ambos casos, la imputación del perjuicio, material o inmaterial que se les endilga, no deba soportarlo la víctima.

BIBLIOGRAFÍA

- Alterini, A. (1999). *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Arboleda, E. (2011). *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Legis.
- Atienza, M. y Ruiz, J. (1996). *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Beladiez, M. (1997). *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*. Madrid: Tecnos.
- Bobbio, N. (1991). La herencia de la Gran Revolución. En: *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistemas.
- Burdeau, G. (1981). *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Madrid: Editora Nacional.
- Bustamante, J. (1997). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Carbonnier, J. (1971). *Derecho Civil*. Tomo II, Vol. III. Barcelona: Bosch.
- Carré, R. (2001). *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Casiello, J. (1997). Atipicidad del ilícito civil (Reflexiones sobre el daño no justificado). En: *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Colautti, C. (2003). *Responsabilidad del Estado: problemas constitucionales*. Santa Fe (Argentina): Rubinzal-Culzoni.

- Compagnucci, R. (1984). *Responsabilidad civil y relación de causalidad*. Buenos Aires: Astrea.
- Cortés, E. (2009). *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Chapus, R. (1957). *Responsabilité Publique et Responsabilité Privée*. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias.
- Dabin, J. (2003). *Doctrina general del Estado*. México: UNAM.
- De Cupis, A. (1975). *El Daño*. Barcelona: Bosch.
- De Trazegnies, F. (1999). *La responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Temis.
- Delgado, L. (2003). *Responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Escobar, R. (1999). *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Bogotá: Legis.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Fuentes, R. (2009). *La extensión del daño contractual*. Madrid: La Ley.
- García, E. y Fernández, T. (2002). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II. Madrid: Civitas.
- Garrido, F. (2005). *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II. Madrid: Tecnos.
- Gesualdi, D. (1997). De la antijuridicidad a las causas de justificación. En: *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Gil, J. (1994). *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Madrid: Actualidad Editorial.
- Gil, E. (2006). *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*. Medellín: Comlibros.
- Gómez, J. (2007). *Teoría y crítica de la responsabilidad por daños del Estado en Colombia*. Bogotá: U. Sergio Arboleda.
- Hart, H. (1998). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Henoa, J. (1998). *El Daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Henao, J. (2000). La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia. En: *La responsabilidad patrimonial del Estado*. México: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Hernández, A. y Franco, C. (2007). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Nueva Jurídica.
- Jakobs, G. (1994). *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Jiménez, E. (1998). Responsabilidad Internacional. En: *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Laubadère, A. (1984). *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.
- Leguina, J. (1983). *La responsabilidad civil de la Administración Pública*. Madrid: Tecnos.
- Le Tourneau, P. (2004). *La responsabilidad civil*. Bogotá: Legis.
- López, C. (1997). *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- López, M. (2009). Balances y perspectivas de la responsabilidad civil en el Derecho Moderno. En: *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- López, E. (2011). *Los daños punitivos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Marquardt, B. (2009). *Historia universal del Estado*. Tomos I y II. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Mazeaud, H. y Mazeaud, L. (1945). *Compendio del Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictuosa y contractual*. Tomo II. México: Colmex.
- Medina, L. (2007). *La teoría de la pérdida de oportunidad*. Madrid: Civitas.
- Mosset, J. (2004). *Responsabilidad por daños*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

- Orgaz, A. (1960). *El daño resarcible*. Buenos Aires: Omeba.
- Paillet, M. (2001). *La responsabilidad administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pantaleón, A. (1990). Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación. En: *Centenario del Código Civil (1889-1989)*. Vol. 2. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Pantaleón, A. (1994). Los anteojos del civilista: hacia una revisión del Régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. En: *Documentación Administrativa*, Nos. 237-238, enero-junio, pp. 239 y ss. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Pantaleón, A. (2000). Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones Públicas). En: *La responsabilidad en el Derecho*. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado.
- Pérez, J. (1997). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Temis.
- Pontier, J. (2008). *La Responsabilité Administrative*. Conferencia dictada el 3 de diciembre de 2008 en la Sala Multimedia de Conferencias del Edificio de Enseñanza de la Universidad Nacional de Taipei, Campus de Taipei. Disponible en: <http://www.ntpu.edu.tw/files/event/20081127144718.pdf>.
- Porrúa, F. (1993). *Teoría del Estado*. México: Porrúa.
- Prévôt, J., y Chaia, R. (2007). *Pérdida de chance de curación*. Buenos Aires: Astrea.
- Reglero, F. (2002). Conceptos generales y elementos de delimitación. En: *Tratado de Responsabilidad Civil*. Navarra: Aranzadi.
- Reyes, A. (1999). *Antijuridicidad*. Bogotá: Temis.
- Reyes, Y. (1996). *Imputación Objetiva*. Bogotá: Temis.
- Rivero, J. (1984). *Derecho Administrativo*. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela.
- Roca, E. (2003). *Derecho de Daños*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Rodríguez, A. (1981). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago de Chile: Editorial Imprenta Universal.
- Rodríguez, L. (2011). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.
- Saavedra, R. (2005). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Santamaría J. (1984). La teoría del órgano en el derecho administrativo. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, (40-41), enero-marzo, 43 y ss. Madrid: Civitas.
- Santos Briz, J. (1986). *La responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo.
- Sayagués, E. (1974). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Montevideo.
- Serra, A. (2003). *Teoría del Estado*. México: Porrúa.
- Tamayo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Bogotá: Legis.
- Távano, M. (2011). *Los presupuestos de la responsabilidad civil*. Santa Fe (Argentina): Rubinzal-Culzoni.
- Torres, J. (2012). *El mandato del Estado Social de Derecho en la Constitución colombiana: Los derechos sociales y el mínimo vital*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Vedel, G. (1980). *Derecho Administrativo*. Madrid: Aguilar.
- Villegas, J. (2005). *Derecho administrativo laboral*. Tomo I. Bogotá: Legis.
- Yong, S. (2012). *Introducción a la responsabilidad pública y privada*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Yong, S. (2013). *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Yzquierdo, M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson.
- Zanobini, G. (1954). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Arayú.

CAPÍTULO III

INIMPUTABILIDAD POR CONDICIONAMIENTOS SOCIOCULTURALES EN LOS MENORES DE EDAD INFRACTORES DE LA LEY PENAL

Sumario: 1. La inimputabilidad y los menores. 2. El concepto de comprensión en función de la inimputabilidad. 3. El derecho superior de los niños vs. inimputabilidad. 4. Conclusiones.

POR MARÍA EDNA CASTRO NIETO¹

1 Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especializada en Ciencias Penales y Criminológicas y Derecho Procesal Penal Acusatorio de la misma Universidad. Actualmente cursa estudios de Doctorado con la Universidad de Buenos Aires UBA (Argentina). Ha trabajado en el litigio profesional durante más de 20 años en juicios de carácter penal y se ha desempeñado como Asesora Jurídica del Despacho del ministro de Justicia y de diferentes entidades públicas y privadas, profesora del Politécnico Grancolombiano entre otras universidades del país durante más de 10 años.

INTRODUCCIÓN

En el año de 1987, cuando terminé mis estudios de Derecho, trabajé como defensora pública en cárceles para obtener mi Judicatura como requisito de grado. En el desarrollo de ese trabajo tuve la oportunidad de defender a hombres y mujeres en las diferentes cárceles nacionales del país, y también a menores, quienes como infractores de la ley penal, en aquel momento, eran reclusos en cárceles de mayores, en patios especiales, destinados exclusivamente para ellos.

Muchos de los niños con los que trabajé, sino la mayoría, se encontraban en condiciones de extrema pobreza, sometidos a situaciones de violencia y abuso; crecieron en la calle, en la indigencia, todo ello ante la indiferencia social y estatal, además permanecían gran parte del día intoxicados por el pegante o el bazuco para no sentir hambre ni dolor. Esos niños eran capturados y judicializados como menores infractores por robar, lesionar o matar, y cuando –ejerciendo su defensa– hablaba con ellos y trataba de comprender su realidad y las circunstancias en las que habían cometido los delitos siempre llegaba a la misma conclusión: estos niños no entienden lo que hacen, pero no por la edad, porque sean inmaduros psicológicamente y eso les impida entender, sino porque las condiciones en que han vivido no les permite adaptarse socialmente y comprender el desvalor jurídico de sus actos. ¿Cómo entonces, el Derecho penal les puede reprochar que actúen como lo hacen?

1. LA INIMPUTABILIDAD EN EL CASO DE LOS MENORES

Conforme a la teoría del delito, este solo se puede cometer si sus elementos esenciales se integran en su totalidad en cada caso concreto. Esto es, que la conducta sea típica, antijurídica y culpable. Por lo tanto, para que una persona pueda ser castigada conforme a la Ley por haber realizado un hecho considerado como un delito –hecho típico– es presupuesto *sine qua non* que

sea culpable, y para ello, es necesario que primero sea imputable, es decir, que comprenda la ilicitud de su acto y quiera realizarlo.

Por consiguiente, quien realiza una conducta típica debe tener capacidad de comprender y de querer, toda vez que la imputabilidad es un presupuesto necesario para la culpabilidad. Faltando la imputabilidad, la conducta asumida no puede ser considerada como culpable, por lo que la consecuencia de la conducta no es una pena, sino una medida de seguridad acorde a la razón de la inimputabilidad.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la Ley 599 de 2000, actual Código Penal, establece en el artículo 33 que:

Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.

La inmadurez psicológica en plano de inimputabilidad está determinada por la existencia de un límite de edad cronológica, a partir del cual, la Ley supone que el individuo adquiere física y psicológicamente esa capacidad de comprender la ilicitud de la conducta y de querer su realización. Ese límite es físico, pero también psíquico, porque supone que a partir de ese momento, se tiene la posibilidad de comprender la propia conducta en relación a la norma jurídica para poder autodeterminarse conforme a esa comprensión.

Cuando no se ha satisfecho ese límite de edad se parte de la existencia de una falta de madurez en el desarrollo físico y psíquico que impide tener la suficiente capacidad para comprender la ilicitud de la conducta y de querer su realización. Podrán entonces llevarse a cabo actos u omisiones típicas, pero no culpables.

La legislación colombiana, tradicionalmente, señaló ese límite de edad de inimputabilidad en 18 años. En el antiguo *Código del Menor* se estipulaba expresamente en el artículo 165: “Para todos los efectos, se considera penalmente inimputable el menor de dieciocho años” (Decreto 2737 de 1989). En consecuencia, se consideraba que los menores a esa edad no cometían delitos, sino infracciones y, por lo tanto, no podían ser tratados como delincuentes y sometidos a un proceso penal ante las autoridades judiciales, razón por la que debían quedar sujetos a las instituciones y organismos especiales para su educación y adaptación social.

Sin embargo, como reacción al auge de la delincuencia juvenil, al ascenso constante de la vinculación de menores a todo tipo de organizaciones criminales –las cuales en busca de la impunidad se amparan tras el velo de la inimputabilidad de los niños– y bajo la justificación de que en el ámbito internacional, principalmente con la Convención sobre los derechos del niño, se señala en múltiples reglas la posibilidad de que los menores de edad sean responsables penalmente, de manera contradictoria la legislación colombiana, abogando por la preeminencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y la necesidad de hacerlos pasar de ser objeto de derechos a sujetos de derechos, estipuló la edad mínima de 14 años a partir de la cual, una persona es responsable penalmente. Es importante anotar que la Convención internacional sobre los derechos del niño otorgó a los Estados miembros la facultad para el “establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales²; de la misma forma, en las reglas de Beijing se hace referencia al menor como “todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto”³, consagrando igualmente la figura del menor delincuente como: “todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de uno”⁴.

Es así como, bajo la filosofía de la imputabilidad para menores de edad, se crea en Colombia el sistema de responsabilidad penal para adolescentes que consagra en el *Código de infancia y adolescencia* (Ley 1098 de 2006) que los adolescentes entre 14 y 16 años pueden ser responsables penalmente, pero no se les pueden imponer medidas de encarcelamiento; mientras que los jóvenes entre 16 y 18 años deben ser penalizados como adultos.

No obstante, la incorporación al sistema legal de una normatividad que fue diseñada más allá de responder a estándares internacionales, como una res-

2 Convención internacional sobre los derechos del niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989; entró en vigor el 2 de septiembre de 1990; ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

3 Organización de Naciones Unidas. Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores, “Reglas de Beijing”. Estas normas que *per se* no son vinculantes por tratarse de una resolución de la ONU pero que por provenir de tratados internacionales sobre derechos humanos debidamente ratificados se hacen obligatorios en el ordenamiento interno colombiano.

4 Organización de Naciones Unidas. Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores, “Reglas de Beijing”. Estas normas que *per se* no son vinculantes por tratarse de una resolución de la ONU pero que por provenir de tratados internacionales sobre derechos humanos debidamente ratificados se hacen obligatorios en el ordenamiento interno colombiano.

puesta a la necesidad de diseñar por parte del Estado una política criminal para la contención y represión de la ascendente delincuencia juvenil, desde la orilla de la dogmática jurídica-penal cabe preguntarse: ¿Se puede afirmar que en todos los casos, por haber adquirido una edad cronológica, fijada por la Ley (14 años), un menor adolescente (que no sufra de ninguna enfermedad mental) tiene la capacidad de comprender la ilicitud de sus actos y de querer su realización, para pregonar su imputabilidad?

Para responder este interrogante es necesario en primer lugar ahondar en el elemento conceptual que configura la noción de inimputabilidad, esto es, el concepto de comprensión de la ilicitud de la conducta, para luego analizar si es posible que, no obstante alcanzar a una edad cronológica, exista en el individuo la misma capacidad de comprensión cuando ha crecido en diferentes entornos socioculturales.

2. EL CONCEPTO DE COMPRENSIÓN EN FUNCIÓN DE LA INIMPUTABILIDAD

Cuando se habla de inimputabilidad, se hace referencia a la falta de capacidad de comprensión. ¿Pero qué es lo que de acuerdo con la norma hay que comprender? Hay que comprender la ilicitud de la conducta, la antijuridicidad del acto.

[...] la palabra comprender está asociada al análisis del sentido de las cosas. De allí que, aún sin referencia a la criminalidad, se puede afirmar que sólo comprende la persona que puede ir más allá del mundo fenoménico de modo que pueda ir más allá del mundo real. De este modo, lo que debe ser captado por el sujeto es algo más que el sentido de las cosas, si no el valor negativo de su acto, su contrariedad a la norma jurídica que está violando. La comprensión de la criminalidad del acto refiere, por lo tanto, al ámbito de lo ético-normativo. El sujeto debe haber captado, al examinar la realidad, si su acto violaba la norma que protege el bien jurídico, con lo cual se está diciendo que el sujeto debe tener consciencia de la antijuridicidad material, esto es,

del desvalor de su acto y, por ende, la posibilidad de motivarse en la norma (Citado por Barbero & Salduna, 2007).

Por lo tanto, cuando se habla de la capacidad de comprensión de la ilicitud de la conducta no se hace referencia a la posibilidad que tiene un joven adolescente de 14 años en adelante de entender lo que es bueno o es malo, esto es, su capacidad cognitiva, porque la capacidad de comprensión “es mucho más que una simple capacidad intelectual porque está referida al conocimiento del valor. Se trata, en efecto, de captar o aprehender una calidad disvaliosa del acto, no un conocimiento meramente teórico o discursivo y racional; un saber o entender puramente intelectual” (citado por Barbero et al., 2007), sino más bien a su capacidad de medir el desvalor jurídico de su conducta.

Es un hecho que el ser humano desde su nacimiento está fuertemente influenciado por la familia que es el primer y principal agente de socialización. En la familia se aprenden las normas y valores que influyen todos los aspectos de la vida.

¿Pero, qué pasa cuando durante la formación del niño está ausente la familia? Nunca está el padre, ni la madre o, simplemente no existe la familia, porque por alguna razón, el niño creció sin familia, fue abandonado, sus padres murieron, están presos o huyó de un padre o madre maltratador y entonces creció en la calle en un contexto social deprimido y hace de su entorno, de quienes lo rodean, su propia familia y de ellos, aprende las normas y valores que van a influir todos los aspectos de su vida.

¿Se puede afirmar que en estos casos, estos menores, por haber adquirido la edad fijada por la ley de los 14 años, pueden comprender el desvalor jurídico de sus actos de la misma manera que puede hacerlo un chico, incluso menor, de 12 años que ha crecido en un entorno social completamente diferente?

En sentido contrario, ¿puede comprender el desvalor jurídico un joven de 14 años que ha crecido en un entorno favorable, ha recibido educación y ha estado acompañado de una familia estructurada que le ha permitido construir unos determinados valores, de la misma manera que un chico de 17 años que ha crecido en un entorno de marginalidad?

Albert Bandura, sociólogo y principal exponente de la teoría del aprendizaje social, hace especial énfasis en el papel determinante que desempeñan las variables sociales para explicar el desarrollo y modificación de la conducta humana, así como la formación de la personalidad individual; explica cómo

la conducta humana consiste en “una interacción recíproca y continua entre los determinantes cognoscitivos, los comportamientos mentales y los ambientales” (Bandura, 1987).

Este autor se centra en el análisis de la conducta infantil, “resaltando la continuidad del aprendizaje social de la infancia a la madurez y, destacando, a su vez, la trascendencia que tienen las experiencias de aprendizaje de la niñez y la adolescencia para provocar, moldear y mantener pautas de conducta” (Vázquez González, 2003).

Para Bandura, la “conducta desviada” se genera a partir del aprendizaje social en tres aspectos sustanciales:

1. Las características de comportamiento de los modelos sociales, a los que el niño ha estado expuesto –aprendizaje por observación o imitación– (Bandura & Walters, 1974);
2. Las contingencias de refuerzo de su historia de aprendizaje (Bandura et al., 1974);
3. Los métodos de instrucción que se han utilizado para desarrollar y modificar su conducta (Bandura et al., 1974).

A su turno, Sutherland, en su teoría de la asociación diferencial plantea igualmente como “el comportamiento desviado o delincuencial, al igual que el comportamiento normal o social, es aprendido” (citado por Vázquez González, 2003).

Para este autor, vivir en sociedad supone tener que relacionarse de manera permanente con otras personas. En este proceso de socialización, los jóvenes están más expuestos –porque se encuentran en proceso de formación– a relacionarse con personas respetuosas de la ley o, por el contrario, con personas cuyo comportamiento no respeta la ley y fomenta la violación de la misma. La conclusión a la que llega Sutherland es que “una persona se vuelve delincuente o tendrá mayores posibilidades de delinquir cuando las actitudes positivas frente al comportamiento desviado superan cuantitativamente a los juicios negativos, esto es, porque ha aprendido a definir con más frecuencia

una situación en términos de violación de la ley que en términos de respeto a la misma” (2003).

Igualmente, desde otra orilla, estudios médicos demuestran que estando el cerebro de los niños en etapa de maduración, los impactos emocionales que reciben en su vida, como una situación de violencia y de maltrato reiterado, afectan el desarrollo del cerebro y su estructura mental. Así lo plantea José Sanmartín:

Niños sometidos a malos tratos sistemáticos tienen la amígdala hasta un 12 % más reducida. El maltrato puede dañar los circuitos cerebrales que controlan los instintos agresivos. La diferencia entre un instinto agresivo y un acto de violencia aparece cuando reacciones normalmente instintivas se convierten en acciones voluntarias destinadas a dañar a otro. Esa es la gran diferencia. La amígdala de un niño maltratado puede estar afectada y no controlar bien el comportamiento (Esplugues, 2004).

El profesor Juan Carlos Navarro⁵ explica que “Hay una parte biológica sobre la cual inciden los condicionantes ambientales, y si durante la infancia el niño está sobreexposto a situaciones de violencia, puede incorporar estos mecanismos de respuesta como una conducta normal [...]”.

Si se parte del hecho de que, como lo demuestran estudios médicos y sociológicos, los impactos emocionales, los condicionantes ambientales y la desigual ubicación social, no solamente generan déficits de socialización, sino una socialización adecuada al entorno que condiciona igualmente de forma distinta la construcción de valores al interior de los individuos, de tal manera que “lo desvalorado por unos, será distinto a lo desvalorado por otros y, por ello, su motivación frente a la norma”, la respuesta a los interrogantes planteados anteriormente tiene que ser negativa, ya que para comprender un desvalor primero hay que comprender el valor. Así, Frías Caballero afirma que:

[...] Sin la comprensión, el valor no es otra cosa que una masa inerte y fría de representación, sin posible gravitación efectiva sobre la dirección espiritual de su conducta. Quien no siente valor no lo comprende y por lo tanto no lo conoce; el incapaz de compren-

5 Juan Carlos Navarro profesor de Psicología de la Violencia y la Delincuencia de la Universidad de Barcelona.

derlo es a la vez incapaz de valorar y en consecuencia incapaz de actuar conforme al valor. En tal supuesto, un derecho que pretenda ser justo y eficaz, se halla impedido... de exigir el cumplimiento de deberes bajo amenaza de pena, toda vez que no existe un destinatario capaz de convertir el deber en motivo y, por consiguiente, de actuar de otra manera o conforme al derecho (citado por Barbero & Salduna, 2007).

Investigaciones realizadas en esta misma dirección, referidas al plano de la culpabilidad, han puesto en evidencia

La omisión de la “no consideración, seria, de los condicionantes socioculturales del sujeto, para establecer su culpabilidad penal” planteando que la desigualdad social, fuente de escalas de valores distintas, afecta “de forma más que suficiente” a las leyes de la motivación y, por lo tanto, deberían aceptarse los “factores socioculturales” del sujeto concreto, como condicionantes de su posible capacidad de motivación y, por lo tanto incorporarse a la dogmática penal, ya que estos aunque son de etiología distinta, producen los mismos efectos desmotivadores que otras figuras sí aceptadas, como el error (citado por Barbero et al., 2007).

3. EL DERECHO SUPERIOR DE LOS NIÑOS Y SU INIMPUTABILIDAD

A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño⁶ (ONU, 1989), el interés superior del niño es un concepto jurídico que se convierte en un principio rector en la Constitución Política colombiana y, por ende, de orden imperativo, con un objeto jurídico específico. Bajo este principio, todas las

6 El Artículo tercero de la Convención de los derechos del niño: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas, de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

personas e instituciones públicas y privadas, así como todas las autoridades están obligadas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos del niño, niña y adolescente, reconocidos de manera explícita. Cuando existen conflictos entre derechos de niños, niñas y adolescentes sobre otros derechos, se impone la ponderación para determinar la primacía de estos derechos sobre otros y garantizar una solución que se ajuste a las circunstancias particulares del caso concreto.

Lo anterior, equivale a decir que una correcta aplicación del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, en especial en sede judicial, exige que la interpretación de las normas se haga sistemáticamente bajo la concepción de la integralidad de los derechos. Así, se asegura la debida protección a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño.

Para tomar decisiones, en sede judicial, las autoridades deben hacer un análisis conjunto de los derechos afectados y los que se pueden afectar, a fin de que las medidas que se tomen aseguren la máxima satisfacción posible de los derechos de los menores y a su vez la menor restricción posible de los mismos. La Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado una línea jurisprudencial en este sentido, sosteniendo que:

El interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario, el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, solo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal (Corte Constitucional, Sentencia T-1021/07).

De esta manera, como los postulados constitucionales que reproducen los tratados internacionales obligan al reconocimiento de los derechos de los niños con un carácter de primacía, las normas jurídicas que regulan la responsabilidad penal de los menores deben ir conforme a una verdadera materialización de esos derechos, por lo que es necesario reconocer que en una sociedad con tan profundas desigualdades sociales, en donde el proceso de aprendizaje de los niños, niñas y adolescentes depende en gran parte de sus condicionamientos ambientales, de su interacción social y, en general, de sus referentes socio-culturales, no puede haber imputación de una conducta ilícita a un menor

solo partiendo del hecho de que tiene la edad señalada en la Ley, sin analizar en cada caso concreto, esos referentes socioculturales en que se desarrolló su vida para pregonar si es posible imputar la comprensión de sus actos criminales. Debería existir entonces, una apertura a otros aspectos en la dogmática penal que permita un replanteamiento encaminado al reconocimiento de la inimputabilidad en caso de que los diferentes referentes socioculturales impidan pregonar la comprensión de la ilicitud de la conducta, garantizando así el respeto de los derechos de los niños dentro de una sociedad más justa e igualitaria, que, como lo ha dicho la Corte Constitucionall, implica también que las autoridades colombianas:

[...] Tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección - deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos (Corte Constitucionall, Sentencia T-397/04).

4. CONCLUSIONES

1. La capacidad de comprensión de la ilicitud de la conducta no se refiere a la capacidad cognitiva, sino a tener consciencia de la antijuridicidad material, a la capacidad de medir el desvalor jurídico del acto y, por lo tanto, a la posibilidad de motivarse en la norma de acuerdo con esa comprensión. En el caso de los menores, los impactos emocionales, los condicionantes ambientales y su ubicación en la estructura social, condicionan la construcción de sus valores de tal manera que lo desvalorado por unos, será distinto a lo desvalorado por otros dependiendo de esos condicionantes y por ello su motivación frente a la norma.

2. De acuerdo con los postulados constitucionales que obligan al reconocimiento de los derechos de los niños con un carácter de primacía, es necesario reconocer que en una sociedad con tan profundas desigualdades sociales, en donde el proceso de aprendizaje de los niños, niñas y adolescentes depende en gran parte de sus condicionamientos ambientales, de su interacción social y, en general, de sus referentes socioculturales, no puede haber imputación de una conducta ilícita a un menor, solo partiendo de que tiene la edad señalada en la ley, sin analizar en cada caso concreto, esos referentes socioculturales en que se desarrolló su vida, para poder pregonar la comprensión de sus actos criminales.

3. Debe existir en la dogmática penal una apertura que permita un replanteamiento encaminado al reconocimiento de la inimputabilidad en los casos en que los diferentes referentes socioculturales en los que han crecido los menores impidan pregonar la comprensión de la ilicitud de su conducta, garantizando así el respeto de los derechos de los niños dentro de una sociedad más justa e igualitaria.

BIBLIOGRAFÍA

- Bandura, A. (1987). *Teoría del aprendizaje social*. Madrid: Espasa - Calpe.
- Bandura, A., & Walters, R. (1974). *Aprendizaje Social y Desarrollo de la Personalidad*. Madrid: Alianza.
- Barbero, N., & Salduna, M. (2007). Responsabilidad penal del psicópata. *Revista Latinoamericana de Derecho*, 7, 91-127. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt4.pdf>
- Barreiro, A., & Feijoo, B. (Editores). (2008). *Nuevo Derecho Penal Juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?* Barcelona: Atelier.

- Beloff, M., & García, E. (comp). (1999). *Infancia, ley y democracia en América Latina: análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1999)*. Bogotá - Buenos Aires: Temis - Depalma.
- Beloff, M. (2000). Responsabilidad Penal Juvenil y derechos humanos. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n.º 2.
- Cabezas, J. (2003). *La culpabilidad dolosa como resultante de condicionamientos socioculturales* (Tesis doctoral). Universidad de Barcelona.
- Cabezas, J. (2007). A por ellos... que son jóvenes. *Revista Papers de Joventut*, 95, 21-23.
- Cillero, M. (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*, 1, 45-62. Recuperado de http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf
- D'antonio, D. (1992). *El menor ante el delito incapacidad penal del menor. Régimen Jurídico, prevención y tratamiento*. Buenos Aires: Astrea.
- Donna, E. (1998). Capacidad de culpabilidad o inimputabilidad. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 45-57. Recuperado de http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica04.pdf
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo: una discusión sobre Derecho y Democracia*. Madrid: Trotta.
- Flavell, J. (1982). *La psicología evolutiva de Jean Piaget*. Barcelona- Buenos Aires: Paidós.
- Frías, J. (1994). *Capacidad de culpabilidad penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- García, E. (1999). Infancia, ley y democracia. *Justicia y Derechos del Niño*, 1, 23-44. Recuperado de http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf
- Martín, A. (2004). *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad por razón de la edad*. Granada: Comares.

- Mir Puig, S. (1996). *Derecho penal, Parte General*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), 4ª edición.
- Rivera, I. (Coord). (2005). *Política criminal y sistema penal viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos.
- Sanmartín, J. (2004). *La violencia y sus claves*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Vásquez, C. (2003). *Teorías Criminológicas sobre Delincuencia Juvenil*. Recuperado de: http://www.uned.es/dpto_pen/delincuencia-juv/documentos/delincuencia/teorias-criminologicas.pdf

Instrumentos Internacionales, Leyes y Jurisprudencia.

- Organización de las Naciones Unidas. (1985). Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing). Recuperado de: http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_beijing.htm
- Organización de las Naciones Unidas. (1989). Convención Sobre los Derechos del Niño (1989). Recuperado de: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>
- Colombia, Congreso de la República. (2000). Ley 599.
- Colombia, Corte Constitucionall, Sentencias T-408/95, T-514/98, T-556/98, T-182/99, T-591/99, SU-256/99, T-510/00, C-370/02, C-203/05, T-397/04, T-1021/07

CAPÍTULO IV

SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD: LA AUTONOMÍA COMO MANIFESTACIÓN DE LA LIBERTAD

Sumario: 1. Introducción. 2. La acción humana. 3. La responsabilidad. 4. Desde lo jurídico - después de la acción. 5. La justicia. Desde lo moral - antes de la acción. 6. Connotaciones jurídicas de un repensar la responsabilidad. 7. Bibliografía.

POR ESPERANZA VALENCIA LÓPEZ¹

1 Abogada egresada de la Universidad La Gran Colombia, especializada en Derecho Procesal en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y en Derecho Tributario en la Universidad de Los Andes, Máster en Filosofía de la Universidad Javeriana. Se ha desempeñado como abogada litigante por más de 30 años y ha prestado asesorías privadas en contratación e impuestos. Actualmente es docente de la Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano y asesora del Consultorio jurídico de la misma Institución. El presente artículo corresponde al resultado de una investigación sobre Filosofía del Derecho, iniciada por la autora en el marco de las labores investigativas desarrolladas en el Grupo Economía, Derechos y Globalización de la Facultad de Ciencias Sociales del Politécnico Grancolombiano.

INTRODUCCIÓN

Me propongo dar cuenta de dos conceptos relacionados con la responsabilidad, previas consideraciones sobre la acción humana y la responsabilidad:

- 1) La justicia. Porque es la aspiración del ordenamiento legal en el plano social. En este plano, la justicia en sus diferentes apariciones está íntimamente relacionada con la acción humana. Aquí tendremos la primera perspectiva de la responsabilidad.
- 2) La libertad. Cuando hablamos de la libertad nos situamos en la acción humana misma, como momento de la efectuación de la libertad. Cuando hablamos de la determinación para la acción estamos en el plano moral, desde donde veremos la segunda perspectiva de la responsabilidad.

He privilegiado la acción humana, porque sin ella la justicia y la libertad no tendrían soporte, no pasarían de ser ideas o conceptos inasibles; porque la acción humana es el medio en que se efectúa la libertad; porque la consecuencia de la acción humana son los hechos de los cuales podemos predicar lo justo o lo injusto; porque la acción humana es la que nos permite abordar la fuente inmediata y mediata de la responsabilidad, sin la cual, no podríamos hablar de responsabilidad y menos de libertad.

Dos importantes textos han guiado la presente exposición, en ellos, la acción es el elemento común donde se efectúa la libertad:

- a) El párrafo 4 de la *Filosofía del derecho* de G. W. Friedrich Hegel en el que expresa refiriéndose a la libertad: “[...] el punto de partida es la voluntad, que es libre, de modo tal que la libertad constituye a la vez su sustancia y determinación, y el sistema del derecho es la libertad realizada [...]” (Friedrich, 1999, p. 77).

- b) El párrafo 1 del capítulo VII de la *Teoría general de las obligaciones* de Ricardo Uribe Holguín:

Porque el hombre es libre y consiguientemente dueño de su conducta –si así no fuera no existiría el Derecho– la ley le traza el derrotero que ha de seguir en el ejercicio de sus numerosas y variadas actividades. Si al ejercitarlas infringe una prohibición legal o incumple un mandato jurídico, tiene que soportar la carga de las consecuencias dañosas que para los demás se deriven de la infracción: es RESPONSABLE de tales consecuencias (Uribe Holguín, 1975, p.112).

LA ACCIÓN HUMANA

LA ACCIÓN HUMANA ES LA EFECTUACIÓN DE LA LIBERTAD

En la perspectiva de Hannah Arendt (2006, p. 206) lo que distingue lo humano es el discurso y la acción.

El discurso como manifestación humana ha sido suficientemente expuesto en los estudios realizados por Habermas y Apel, a través de lo que conocemos como “Teoría de la acción comunicativa”, teoría que busca consensos con fines eminentemente políticos. Debido al enfoque que vamos a dar a la presente exposición, vamos a ocuparnos preferentemente de la acción.

Descendamos entonces a la manifestación primera del hombre, único ser de voluntad, que actúa en sociedad.

En primer lugar, la acción hace al hombre insertarse en el mundo, por su propia iniciativa a través del nacimiento. La iniciativa como acto espontáneo da testimonio de vida y revela al hombre en su doble condición: como *capa-*

ciudad de ser alguien desde el mismo momento de nacer, y como *posibilidad* en el mundo.

La capacidad de ser es ya esperanza (posibilidad) de realización. Con el fin de realizarse el hombre ejecutará la acción por su propia capacidad de ser, como una exigencia de la naturaleza con los seres vivos, esto es, desde el mismo momento de desprenderse del vientre materno.

Así, la naturaleza ha dotado al hombre de una capacidad primero de ser, luego ha manifestado su libertad aunque de manera muy incipiente. La capacidad, junto con la libertad que es apenas un concepto al momento de nacer, se irá desarrollando hasta el pleno ejercicio consciente de la libertad a través de acciones únicas, como propias de singularidades irrepetibles, hasta el punto de llegar a apropiarse de la libertad como suya; es entonces cuando podrá hablarse de un agente responsable de su acción y en consecuencia podrá dar cuenta de su condición de libre. Esta tarea de realizar la libertad toma todo el curso de una existencia, en una sucesión de acciones en un contexto espacial y temporal dados.

El motor de la acción humana es interior. La libertad de la voluntad para la acción así concebida en su estado interno, es la que se prepara para la acción en la exterioridad, exterioridad que es la que produce consecuencias en el mundo. Así la acción está determinada a partir de singularidades que tienen propósitos e intenciones únicos, y al interactuar con otras singularidades que a su vez tienen propósitos e intenciones pueden o no entrar en conflicto.

En segundo lugar, la acción humana determina lo político y se hace llamar la actividad política por excelencia (Arendt, 2006, p. 36) porque confirma la individualidad en un espacio real de aparición, donde el hombre se articula con otros hombres y donde a través de sus acciones se afirman libres, esta es la esfera pública donde sus acciones cobran realmente significado y reconocimiento, por una parte, y por otra parte, cada uno va efectuando su libertad (2006, p. 216).

Por último, el ejercicio de la libertad individual exige acciones –en la mayoría de las veces– en relación con otro. Tal relación encuentra en sus extremos un sujeto activo de la acción y un sujeto pasivo de la acción o en términos de Paul Ricoeur, un agente y un paciente de la acción.

Adicionalmente, lo que demanda la acción está siendo determinado por la existencia exterior de las personas y las cosas que me rodean, y por las acciones propias y ajenas antecedentes a mi acción, por una parte; y por otra parte, la acción está determinada, en gran medida, por la demanda de lo social, ac-

tuamos conforme a unas costumbres o hábitos sociales que han generado un referente de comportamiento ético, referente del cual se nutre en gran parte el derecho positivo y del cual este toma su vida.

LA RESPONSABILIDAD

*LA RESPONSABILIDAD ES LA SUJECCIÓN DEL AGENTE
A LAS CONSECUENCIAS DE SU ACCIÓN.*

La acción es causa eficiente de los hechos. Los hechos a su vez, pueden generar obligaciones y toda obligación demanda responsabilidad del agente que ocasionó el hecho. En el plano jurídico por eso decimos que la acción es la ilícita y el hecho es el que genera obligaciones.

La acción no debe pensarse solo por la realización constante de la libertad en obras, sino por su posibilidad o alcance, esto es, por las consecuencias que ella genera en el mundo, en tanto se desarrolla exteriormente. Tales consecuencias pueden ser inmediatas o remotas. Piénsese en la responsabilidad que tanto se predica hoy acerca de los bienes colectivos, no se basa precisamente en la multiplicidad del daño sino en el saber que determinada acción puede originar una cadena de perjuicios al medio ambiente, por ejemplo.

Cuando tenemos ante nuestros ojos un hecho dañoso lo primero que pensamos es ¿quién pudo haber hecho esto? Esta mirada abarca no solo las consecuencias de la acción humana sino al agente de la acción.

Al agente le será imputable la responsabilidad del hecho en tanto su acción pueda ser atribuible a él, esto es en pleno ejercicio de su libertad. Es por eso que cuando el hecho es producido en circunstancias eximentes de responsabilidad suficientemente conocidos (caso fortuito o fuerza mayor, menores y limitados cognitivamente...) no le es imputable jurídicamente el hecho.

Las consecuencias de la acción humana han sido en mayor medida el parámetro dentro del cual se ha desarrollado la responsabilidad desde el punto de vista de la reparación del daño. Esta primera perspectiva de la acción entonces es la responsabilidad en sentido material exclusivamente.

La anterior mirada de la acción nos ha permitido hablar de un *después* de la acción.

El hecho mismo en cuanto ha lesionado derechos fundamentales o intereses colectivos, ha determinado el examen de la responsabilidad no exclusivamente por sus resultados sino por la intención del agente, lo que ha determinado que el agente responda no solo por la reparación material del daño sino por la conducta misma.

Esta es, en el campo jurídico la segunda perspectiva de la responsabilidad (sin perjuicio desde luego de la responsabilidad material), y obedece a que el derecho ha procurado indagar sobre la determinación de la voluntad para el ejercicio de la acción.

Esta segunda perspectiva de la acción es la responsabilidad en sentido moral, que en el campo de las instituciones jurídicas está presente en el tratamiento del delito, cuando se ocupa de la intencionalidad de la acción.

Los resultados de la acción en general, podrán o no estar catalogados por la ley como prohibidos o no prohibidos; cuando lo están, decimos que son fuente de obligaciones y, en consecuencia, generan responsabilidad jurídica. Existen otras acciones que no están prohibidas pero, que la ley también las ha erigido como fuente de obligaciones, y corresponde a estas obligaciones una acción positiva para cumplir con ellas, a diferencia de las acciones prohibidas que implican en el agente una abstención de la acción.

Hasta aquí, hemos hablado de la responsabilidad desde el punto de vista legal, pero desde la perspectiva exclusivamente moral, la responsabilidad obedece a la determinación personal del agente para consumir la acción.

Esta última perspectiva, nos permitirá en su momento hablar de un *antes* de la acción.

En lo que sigue, he dividido la presente exposición en dos partes, la primera, lo jurídico y, lo segundo, lo moral correspondiente en su orden a la responsabilidad que se predica de la acción por sus consecuencias y la responsabilidad de la acción como ejercicio de la libertad.

DESDE LO JURÍDICO - DESPUÉS DE LA ACCIÓN

EL HECHO PRODUCIDO POR LA ACCIÓN PROHIBIDA O PRESCRITA ES FUENTE DE RESPONSABILIDAD JURÍDICA.

Debemos situarnos en el ámbito de la esfera pública, donde la acción tiene o no consecuencias legales.

A través de un proceso de decantación de las costumbres con un referente de bienestar general como valor ético fundamental de la sociedad (Cortina, 2001, p. 280), se genera una regla moral (en tanto práctica cotidiana del actuar humano) que va pidiendo soporte legal por lo generalizado de su práctica, con pretensiones de universalidad, para convertirse en regla jurídica. Es entonces cuando el Estado postula unas leyes como referente de comportamiento social, las cuales deben ser observadas obligatoriamente.

La norma jurídica derivada de la decisión social es lo que justifica su carácter obligante y coactivo y por tanto es válida, no hay que apelar a su origen para justificarla, su carácter prescriptivo que demanda obediencia la hace bastarse a sí misma (Ripert, 1946, p.18). He aquí el giro de lo teleológico a lo deontológico de la justicia (cfr. Ricoeur, 1993, p. 40).

Aquí nos encontramos ante una obligación jurídica que manda o prohíbe la acción y en consecuencia, no acatar el mandato, genera una obligación que hace responsable al agente, en tanto esa conducta es descrita como prohibición o como prescripción.

En materia jurídica encontramos el origen de la responsabilidad en el daño, teoría que desde el derecho romano, y aún en nuestro tiempo, es el eje de la responsabilidad: no causar injustamente daño a los demás.

Los hechos resultantes de la acción dañosa algunas veces pueden deshacerse y otras veces no. Cuando lo primero, jurídicamente el agente deberá deshacer lo hecho haciendo, cuando lo segundo, deberá indemnizar al sujeto pasivo de su acción.

El daño es lesión, que en cuanto afecta lo exterior, se denomina perjuicio. Para reparar el perjuicio, debe indemnizarse. Indemnizar el perjuicio es poder reemplazar el bien dañado por otro bien exterior y cuando no fuere posible, reemplazado por su equivalente en dinero.

La justificación de la indemnización es el principio de igualdad inmanente a la justicia y que nos permite hablar de justicia en sentido compensatorio, de reparación, aplicado en la equivalencia de la lesión y la indemnización. Por eso, cuando se produce el resarcimiento decimos que estamos haciendo justicia frente a un hecho injusto.

El daño tiene una connotación mixta: cuando el hecho ha producido una perturbación de orden social, tiene un alcance colectivo y amerita una pena o una medida de seguridad, en cuanto ha afectado un patrimonio amerita una indemnización.

En materia jurídica podemos decir entonces, que la fuente próxima de la responsabilidad es el hecho ilícito originado en una acción prescrita o prohibida por la ley, y en consecuencia, el horizonte de sentido de la acción humana en sentido jurídico es el cumplimiento o incumplimiento de un deber legal.

Hasta aquí las consideraciones jurídicas de la responsabilidad, nos han puesto en la acción humana vista desde sus consecuencias. Es necesario ahora ir más allá en busca de los orígenes de la acción previo el paso por la teoría de la justicia en lo pertinente.

LA JUSTICIA

LO JUSTO EN EL ÁMBITO JURÍDICO ES LA NORMA JURÍDICA, PERO LA IDEA DE JUSTICIA NO SE AGOTA EN ELLA.

Determinado como está que la fuente de la responsabilidad en materia jurídica es el hecho dañoso producto de una acción que contraviene el ordenamiento positivo, consideramos que desde el punto de vista de la acción humana, es insuficiente la fuente jurídica de la responsabilidad para justificar el fundamento de la responsabilidad.

Hemos apelado a la noción de justicia porque la encontramos en primer lugar como la realización del Derecho, lo que nos hace pensar en la justicia aplicada como por ejemplo, la contenida en las normas jurídicas, la encarnada en los jueces, o la demandada por las personas en caso de conflicto, pero también, la justicia nos hace pensar en el horizonte de sentido de la acción humana en general. Darle sentido a la acción es orientarla hacia un fin.

Por la multiplicidad de apariciones que hace la justicia, es muy difícil definirla, o su definición podría ser muy rica, y por lo mismo muy imprecisa. Tal dificultad obedece al carácter institucional que ella tiene. Así como está objetivada en las instituciones del Estado, la justicia es, a su vez, la institución que guía teleológicamente la acción humana en general.

Los antiguos griegos y romanos al haber tenido la justicia como excelencia o virtud reconocieron en ella la orientación de la acción humana hacia una vida buena, y por eso la mayor de las virtudes. En el mundo contemporáneo habremos de buscar la institución como respuesta a la necesidad imperiosa en un mundo organizado bajo valores y conceptos muy diferentes al concepto antiguo de vida buena.

En la antigüedad como en el mundo contemporáneo, sin embargo, la justicia en el sentido más general, es distribución (dar a cada uno lo suyo) e igualdad

(tratar de manera semejante casos semejantes), para honrar los dos pilares de la justicia.

Cuando hablamos de igualdad nos referimos a dos extremos de una relación y a partir de allí podemos pensar la justicia como proporción o como compensación.

De la justicia como compensación hablamos en parte bajo el título de lo jurídico, ahora, hablaremos de la justicia como proporción. Desde Aristóteles y hasta nuestros días la definición más general de la justicia es el justo medio entre el exceso y el defecto, teniendo como guía la moderación. Pero, ¿quién determina el justo medio? En las instituciones políticas, sabemos que son los jueces los llamados a equilibrar situaciones desiguales, pero en la acción humana, en general, ¿cuál es la institución llamada a ejercer semejante tarea? La justicia misma como referente de acción en manos de cada agente.

Con el fin de retomar el rumbo de la búsqueda del fundamento de la responsabilidad, en este tema, comencemos por la injusticia que se puede predicar de los hechos que originan la responsabilidad. El hecho injusto es precisamente el que rompe el equilibrio de la buena convivencia social. En este caso, los jueces son los llamados a restablecer el equilibrio haciendo justicia en la relación desigual, en principio aplicando la norma jurídica, depositaria de lo justo en una sociedad dada.

Muchas veces, la norma no es suficiente para resolver el caso concreto y entonces, los jueces, acuden a principios más generales, remitiéndose a parámetros universales de igualdad no consagrados en la norma para resolverlo. Es entonces cuando el juez apela a principios generales de justicia que corresponden con un referente universal, la equidad.

Así como los jueces en el plano institucional jurídico recurren a los principios generales de la justicia, los individuos como usted o como yo, para decidir la acción en uno u otro sentido, recurrimos necesariamente a la justicia como institución que guiará nuestra decisión. Obsérvese que no necesariamente toda acción humana, en el marco de lo jurídico está determinada por la norma jurídica como institución.

Tal aparición de la justicia como equidad, ocurre en la diaria actividad humana, en cada uno de los individuos, en un tejido de acciones en las cuales se ha materializado el ejercicio de la libertad. En la determinación de la voluntad para la acción, los principios de la justicia están presentes, pero a su vez, las libertades se ejercen simultáneamente, unas veces oponiendo y, otras veces, adhiriendo a los propósitos e intenciones de cada agente.

Pero, ¿en qué se soporta lo justo? Los principios generales de justicia corresponden con un referente universal que permite decidir entre dos extremos, sin un referente para la acción que permita una alternativa, nuestra voluntad que es libre no tendría tarea que cumplir.

Es innegable que el concepto de bienestar o vida buena (referente último de la acción en las sociedades antiguas) en las sociedades contemporáneas tiene una significación difusa. Es por lo que la filosofía contemporánea ha recurrido a la categoría de lo correcto como criterio de valoración en espacios tan disímiles y culturas tan diversas que conforman la gran aldea global.

No pudimos dejar de entrar en el campo ético donde la idea de justicia cobra su verdadero sentido y a su vez es la fuerza de la justicia institucional objetiva. Era necesario, para poder concluir que la justicia permea lo jurídico pero, es hija de lo moral y, por eso, es el punto de convergencia entre lo jurídico y lo moral.

Conscientes de que nuestro tema es la búsqueda del fundamento de la responsabilidad, dejamos a la justicia como institución para acercarnos a la libre elección de la acción en busca del fundamento del deber de no causar daño a otro.

DESDE LO MORAL — ANTES DE LA ACCIÓN

*LA LIBERTAD ES LA FUENTE REMOTA DE LA
RESPONSABILIDAD*

Aquí abordaremos la responsabilidad desde la fuente remota y no desde sus consecuencias como lo veíamos en la parte jurídica.

Al tratar de trascender del panorama político-jurídico del hombre en sociedad, al hombre en sí mismo, necesariamente, tendremos que situarnos en el interior, en la autodeterminación para la acción, etapa del proceso de la acción anterior a ella, en la cual confluyen intereses individuales, tipos de conducta aceptados socialmente, y un referente de justicia universal.

1. LA DETERMINACIÓN DE LA VOLUNTAD PARA LA ACCIÓN

¿Cómo se determina la voluntad para la acción?

Se trata de la responsabilidad anterior a la acción y por tanto puede ser previamente evaluada por el agente. Es una responsabilidad moral en tanto solo depende del poder de autodeterminación con miras a un fin. La autodeterminación con miras a un fin, más que un deber jurídico, es una obligación con el mundo, además es una consideración singularísima en tanto está en mi interior el poder para actuar primero, correctamente. El actuar correctamente hace referencia a la bondad de un acto en sí mismo.

A continuación, de la mano de Hegel (cfr., pp. 209-224) trataré de dar cuenta de la determinación para la acción.

El desarrollo del ser autoconsciente es lo que Hegel se propuso en la Filosofía del Derecho, el ejercicio de la libertad en la acción de una manera autónoma.

Lo que pone en marcha la acción es la fuerza interior que permite la ejecución de la acción en uno u otro sentido, y corresponde con la exigencia del ser de realizar su libertad.

La realización de la libertad en acto, exige una elección del agente. La voluntad que es libre, es ese poder creador que imprime a la acción todos los efectos.

- a) La posesión consciente de la voluntad que es libre y puede determinarse en uno u otro sentido, es saber o tener conocimiento de que los actos determinados por ella son propios. En eso reside el origen de la autonomía, en saberse dueño de sus propias decisiones, y en consecuencia, responsable del ejercicio consciente de la libertad.

Este saber que la determinación para la acción es propia, es lo que constituye *el propósito* de la acción sin consideración a circunstancias externas que son aleatorias, por tanto, el resultado escapa o no a las previsiones del agente.

En *el propósito* reside el elemento de la imputabilidad de la acción en tanto atribuible a un agente que realizó su acción con pleno conocimiento de su voluntad de hacerlo y por eso la acción es suya.

b) Ahora, el bien y el mal son entidades moralmente concebidas y éticamente reconocidas.

La determinación para la acción debe estar o no referida a ese universal concebido y reconocido. Esto es lo que determina *la intención* de la acción.

Este es el estadio de la culpa como aspecto interno de la acción, lugar hasta donde el legislador ha intentado penetrar en la búsqueda de los móviles de la acción.

c) Por otra parte, la acción es la exteriorización de la voluntad.

En relación con la exteriorización de la voluntad podemos decir: primero, que la acción humana es una manifestación positiva de la capacidad de ser, que quiere expresar un propósito. El propósito en tanto consciente a la voluntad pone de manifiesto la pertenencia del acto.

De otro lado, la acción puede o no estar de acuerdo con un deber, actuar determinado por unos referentes éticos prefijados. En todo caso, la acción estará referida al ejercicio de la autodeterminación de la libertad los demás.

La voluntad determinada en la acción, tiene un objeto exterior que acompañado de múltiples circunstancias, produce un cambio al estado de cosas, por tanto la voluntad (que es libre) es responsable en la medida de que la alteración producida, es resultado de la acción que pertenece al agente.

Por considerar aclaradoras las conclusiones de Hegel respecto del camino que recorre la voluntad para la acción destacaré:

La libertad puesta en la voluntad para la acción necesariamente se decide en uno u otro sentido.

La puesta en la acción del propósito y la intención hace de la acción el momento de la efectuación de la libertad, independiente del sentido de la acción.

El hecho es la voluntad ejecutada.

2. LA ACCIÓN VALIOSA (UN PREFERIBLE)

Ser auténticamente libre es actuar con responsabilidad.

Vimos el camino de la voluntad para la acción y en él la imputabilidad y culpabilidad o no de la acción. Ahora veremos el sentido en el cual se determina la voluntad para la acción.

Allí donde la fuerza o coerción no procede de la normatividad positiva sino de la voluntad misma, tendremos que apelar a un referente más universal que las diferentes leyes positivas que gobiernan los distintos grupos humanos.

En el lenguaje de Hans Jonas (1995, p.163) estamos en las consideraciones de la responsabilidad respecto de la determinación de *lo que se ha de hacer*.

No vamos a tratar aquí de un mandato jurídico o religioso porque excedería los límites de esta exposición, tampoco como guiado por una regla social o un imperativo categórico, sino desde el punto de vista moral, en tanto la acción como exigencia de realización de la libertad.

Esta exigencia de realización en la acción no está determinada exclusivamente por un propósito determinado sobre una cosa exterior de la cual se derive provecho inmediato, como por ejemplo realizar un contrato, sino en ejercer mi libertad como exigencia de autorrealización, como mandato consigo mismo y anterior a los deberes relacionados con los mandatos jurídicos, sin perder de vista que existen otros seres iguales a mí, quienes también tienen igual propósito de ejercer su libertad, sin los cuales mi libertad no podría ser ejercida. Lo que precede a la acción en tanto exigencia de ser, exige igualmente un compromiso responsable y su razón de ser es el reconocimiento en el otro de la esencia misma de mi ser.

Este pensamiento que nos hace reconocer la existencia de las libertades individuales, que para ser ejercidas en un contexto temporal y espacial, tienen, antes que los fines puramente materiales, un referente de comportamiento ético.

En relación con el referente para la acción, la filosofía contemporánea ha vuelto por los pasos de la filosofía práctica al no poder encontrar justificación en el bien, concepto tan difuso como inasible como lo dijera Aristóteles, precursor de la filosofía práctica.

Sin pretender en este corto escrito incursionar en el tema que en todo el siglo xx y aún en lo que llevamos corrido del nuevo siglo todavía insoluble, sí me parece rescatable la posición de MacIntyre (2006), para culminar la consideración de la libertad como fuente última de la responsabilidad.

Para comenzar, diríamos que actuar libremente es actuar como nos plazca. Solo que ese placer debe recorrer un camino de decantación no precisamente fácil de transitar, sino de consideración del interés para que la acción en su corrección cumpla con los fines que me permitan alcanzar el propósito.

Esa corrección de la acción obedece a valores sedimentados en una sociedad dada. Los valores obedecen a un referente de acción preferible en lo social y que coincide con lo éticamente correcto.

Volvamos a Ricoeur, quien hablando de la justicia en un sentido teleológico y de mano de la antropología filosófica, expresa: “Hay hombre cuando hay capacidad de juzgar entre el bien y el mal” (Ricoeur, p. 11), habla así de trascender los conceptos de deber y obligación y correlativos de derecho propios de la disciplina jurídica.

Y para hablar del bien y el mal debemos acudir a bienes fundantes, expresa Ricoeur, que nos permiten hacer la relación de lo elegible, son los bienes fundamentales en los que se puede reconocer el invariante humano, son los referentes éticos que determinan mi acción en un sentido (p. 49). Esto es lo que permite en el obrar humano intenciones razonadas o con *Rawls* “convicciones consideradas”. Ese tal referente conduce o guía el deber-actuar que junto con la exigencia de la acción éticamente correcta la hace moralmente buena.

Hasta aquí llega la justicia en su sentido teleológico. Por eso, la justicia pertenece a los dominios de lo bueno.

La acción así elegida, más que norma, es ley del agente actuante, que autolimita su libertad.

Podemos concluir entonces que la libertad como existencia en acto es, el fundamento primero de la responsabilidad. Este es el concepto de autonomía en Hegel (1997, p. 520).

CONNOTACIONES JURÍDICAS DE UN REPENSAR LA RESPONSABILIDAD (DESDE LA REFLEXIÓN DEL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD)

Ante la insuficiencia de las leyes para detener la destrucción que se cierne sobre la humanidad, lo único que nos queda como recurso es volver a la interioridad, a la reflexión y atender a la conciencia individual que como posesión común necesariamente nos haga volver por los pasos de los intereses colectivos como estadio sin el cual no puede pensarse el hombre. Es entonces el compromiso responsable frente a los retos de la sociedad globalizada ¿un compromiso con el individuo o con la humanidad?

Podremos ampliar la responsabilidad de modo que implique un compromiso personal más consciente y decidido en todos los ámbitos de la vida diaria ¿o será necesario retornar al ideal comunitario a través de leyes que impliquen solidaridad? Pregunta no muy desacertada cuando la tendencia de la filosofía contemporánea propugna por la solidaridad como una de las alternativas actuales.

El hombre de hoy frente al progreso de los últimos 50 años de desarrollo constante de ciencia y tecnología, junto con el conocimiento que él nos ha aportado, impone una responsabilidad en la determinación de la acción en atención a las consecuencias inmediatas y no tan inmediatas de los actos.

En materia jurídica, vemos con preocupación que la responsabilidad subjetiva ha ido cediendo a la responsabilidad objetiva toda vez que la responsabilidad basada en la culpa exige una prueba que por indirecta es de difícil obtención. Esto no contribuye a los fines de la indemnización ni de la pena, máxime en el mundo contemporáneo, preso de un individualismo extremo

que ignora la cruda realidad a su alrededor, y donde está siendo de buen recibo los paliativos jurídicos hacia los que gira la responsabilidad hoy, y en los cuales delegamos toda la responsabilidad porque eso se arregla con dinero.

He querido dejar como hipótesis que la obligación jurídica tiene más que un sentido limitativo, un sentido constitutivo. Repensar la responsabilidad puede aportar progresos de todo orden: a) Despertar entre los gobernados un interés participativo; b) Avanzar en racionalidad en tanto individuos cada vez más autoconscientes; c) Ir despojando gradualmente al Estado de su función paternalista que contribuye a la apatía de los gobernados y a confundir caridad con justicia; d) A combatir la corrupción como uno de los grandes males de la humanidad, entre otros.

Cuando seamos conscientes de que la libertad desde el punto de vista moral es elegida, podremos transcender el ejercicio de la libertad prescrita. Qué bueno sería dar testimonio en el obrar de que, “*Los individuos moralmente desarrollados no actúan por premios o castigos sino por sentimientos de cooperación, justicia y autoestima.*” (Piaget & Kohlberg).

BIBLIOGRAFÍA

- Amengual, G. (1989). *Estudios sobre la "Filosofía del derecho" de Hegel*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arendt, H. (2001). *La condición humana*. Barcelona: Ediciones Paidós.
- Cortina, A. (2001). *Ética mínima*. Madrid: Editorial Tecnos.w
- Giusti, M. (1996). ¿Puede haber conciliación entre moralidad y eticidad? *Areté Revista de Filosofía*, 8, (1), 25-64.
- Giusti, M. (1999). En busca de la felicidad perdida. Sobre el conflicto de paradigmas en la ética contemporánea. *Areté Revista de Filosofía*, 9, (1 y 2), 633 -657.
- Hegel, G.W. (1999). *Principios de la filosofía del derecho*. Barcelona: Ed. Edhasa. Traducción de Juan Luis Vermal.
- Hegel, G.W. (1997). *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas*. Madrid: Alianza Editorial S.A.

- Jonas, H. (1995). *El principio de responsabilidad*. Barcelona: Editorial Herder.
- López, E. (2004). *Introducción a la responsabilidad civil*. Recuperado de <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf>
- MacIntyre, A. (2006). *Historia de la ética*. Barcelona: Ediciones Paidós.
- Mazeaud, H y L. (1960). *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Munar, P. O. (2009). Visión de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en torno a la responsabilidad civil en *Tendencias de la Responsabilidad Civil en el siglo XXI*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.
- Nussbaun, M. C. (1995). *La fragilidad del bien*. Madrid: Gráficas Rogar S.A.
- Ripert, G. (1946). *La regla moral en las obligaciones civiles*. Bogotá: Editorial Gran Colombia.
- Uribe Holguín, R. (1975). *Teoría general de las obligaciones*. Bogotá: Ediciones Rosaristas Segunda Edición.

ASPECTOS POLÉMICOS DE LA “CLÁUSULA PENAL”¹

Sumario 1. Definición de la cláusula penal. 2. Características. 2.1 De acto jurídico. 2.2 Accesoriedad. 2.3. Multifuncionalidad. 2.4. Condicionalidad. 2.5. Carácter definitivo e interpretación estricta. 3. Funciones. 3.1 Como estimación anticipada de daños. 3.2 Como medio de coerción y garantía. 3.3. Función punitiva o como un tipo de sanción especial. 4. La cláusula penal frente a otras figuras con efectos similares. 4.1. Frente a las arras. 4.2. Con respecto a la obligación alternativa. 4.3. Frente a las obligaciones facultativas. 5. Exigibilidad de la cláusula penal. 5.1. Supuestos. 5.2 Divisibilidad e indivisibilidad. 5.2.1 Divisibilidad de la cláusula penal con pluralidad de deudores. 5.2.2 Indivisibilidad de la pena con pluralidad de deudores. 5.2.3. Divisibilidad de la cláusula penal con pluralidad de acreedores. 5.2.4. Indivisibilidad de la cláusula penal con pluralidad de acreedores. 5.3. Constitución en mora. 5.4. Resolución, rescisión y cláusula penal. 6. Modificación pretoria de la cláusula penal. 7. La cláusula penal y la contratación pública y privada algunas precisiones adicionales. 7.1 En derecho privado. 7.2. En derecho administrativo 8. Conclusiones.

POR GUSTAVO BARBOUR DÍAZ Y DIANA RODRÍGUEZ RAMOS

1 Abogados de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Bogotá. Este artículo corresponde a la investigación del Grupo “Estudios en Derecho Privado”, dirigida por Mónica Lucía Fernández Muñoz (Ph.D.). Esta investigación fue avalada por el Centro de Investigaciones CIFRAVI de la misma Facultad, para optar al título de abogados y su publicación se presenta como un reconocimiento a la calidad del trabajo investigativo desarrollado.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo permite dar a conocer, de forma general, la figura de la cláusula penal, su modo de operación y las diferentes formas en que puede ser pactada según la voluntad de las partes.

El análisis del tema que a continuación se aborda es de gran importancia en el mundo jurídico ya que permite al lector conocer la versatilidad que ofrece la figura en el derecho contractual, desligándose del concepto tradicional de previa estimación de perjuicios; así mismo, se quiere resaltar que los criterios de valoración aquí ilustrados, teniendo como base los que ha aportado la doctrina, no obedecen a una noción radical, sino por el contrario, es una construcción ecléctica que permite a la cláusula conciliar las distintas modalidades por las que los autores han tomado partido. De esta manera, los contratantes contarán con las herramientas ofrecidas por la figura para pactar con mayor precisión su voluntad, atendiendo a su particular interés.

1. DEFINICIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

Para abordar el estudio de la llamada cláusula penal es indispensable tener una definición clara del concepto, sin embargo, es preciso señalar de antemano, que en la doctrina no se cuenta con un criterio uniforme de lo que debe considerarse como cláusula penal, pues cada uno de los autores enfoca la definición de la misma tomando como punto de referencia la funcionalidad que se le endilga. De esta manera, se encuentran entonces tres categorías de definiciones, una que entiende la cláusula penal como estimación anticipada de perjuicios, otra que la define como sanción o pena y, finalmente, aquella que defiende un criterio intermedio que comprende garantía y sanción.

Dentro de la primera clasificación, entre sus ponentes, Larroumet (1999, p. 110) estima que la cláusula penal "es una evaluación global de los daños y perjuicios en caso de inejecución de una obligación". Dentro de esta misma corriente, Lasarte la define como: "previsión negocial sustitutiva de la

indemnización de daños y perjuicios para el supuesto definitivo de incumplimiento de la obligación” (Lasarte, 2008, p. 207).

Así como también, Colin y Capitant (1922, p. 49), acogen la noción de que es una “evaluación calculada por adelantado por las partes en una cláusula accesoria de contrato principal, de la indemnización de daños y perjuicios, compensatorios o moratorios que originará el incumplimiento del contrato.” Emiliani (1980, p. 293), a su vez, considera que mediante esta figura contractual “las partes hacen el avalúo anticipado y convencional de los perjuicios del incumplimiento [...] y por consiguiente, se sujeta a las reglas generales de la responsabilidad contractual”. Es evidente cómo para los citados autores la cláusula penal no tiene otra finalidad más que la de prever los posibles daños que ocasionaría el incumplimiento de la obligación con fundamento en el principio de reparación integral del daño del cual se deriva que el monto de la cláusula penal debe ser necesariamente equivalente al conjunto de daños que podrían ser ocasionados con el ilícito (Solarte, 2011, pp. 197-198). Encuentra igualmente respaldo esta postura en el vasto sistema del *common law*, para el cual los *agreed damages* se dividen en dos: *liquidated damage* (*Black’s Law Dictionary Free Online Legal Dictionary*) y *penalty clauses* (Lawrence, 2009, p. 1) siendo estas últimas prohibidas por este ordenamiento, punto sobre el cual nos referiremos más adelante en detalle.

La segunda vertiente considera la cláusula penal como sanción o pena propiamente dicha. Entre los representantes de esta vertiente en la doctrina nacional se destacan: Pérez (1955, p. 134) quien anota que la cláusula penal “ha sido considerada, desde un punto de vista sociológico como una manifestación de pena privada [...] por lo menos en nuestro derecho, conserva su fisonomía histórica de “sanción”; no se confunde ni con la limitación ni con la liquidación anticipada de perjuicios” e Hinestrosa (1986, p. 558) refiriéndose al mismo punto de la siguiente manera, considera que “consiste en la expresión de valor o actividad pecuniariamente apreciable o en una suma de dinero que habrá de cubrirse por quien incumpla la obligación negocial en favor de su acreedor”. Así también, por parte de la doctrina extranjera, como: Llambias, Raffo y Sassot (1981, p. 116) al referirse a esta como “la estipulación accesoria a una obligación principal por la cual el deudor deberá satisfacer una cierta prestación si no cumpliere lo debido, o si lo cumpliere tardíamente”, para Von Thur (1934, p. 235) “es el acto por el cual el deudor promete al acreedor una prestación para el caso de que deje incumplida o no cumpla debidamente, sobre todo puntualmente, una obligación, a la que suele darse el nombre

de obligación principal"; Rezzonico (1959, p. 80) dice que "simultánea o posteriormente a la obligación principal las partes pueden estipular que en caso de inejecución o retardo en el cumplimiento de la prestación y haya o no daño, el deudor pague una suma determinada, o cumpla alguna otra prestación".

El argumento de mayor relevancia jurídica sostenido transversalmente por esta categoría se funda en el principio de la autonomía privada de la voluntad, que tiene su mayor expresión en los elementos accidentales del negocio jurídico, como bien lo es la cláusula penal, en los cuales no es el ordenamiento jurídico quien impone el mínimo de obligaciones y cargas prestacionales para cada una de las partes, si no que opera la autodeterminación del sujeto para disponer o abstenerse de la disposición. En este particular caso, la intención de las partes se centra únicamente en imponer un castigo a la parte incumplida, sanción que reporta un beneficio adicional al acreedor fuera de los daños y perjuicios que originaría la inejecución de la obligación.

Así, por último, se encuentra la definición de la cláusula como pena o sanción pero atribuyéndosele de manera adicional un carácter de garantía, así, de alguna manera la imposición de la pena por incumplimiento garantizaría que la obligación principal sea ejecutada sin irregularidades. De esta manera, Pothier (1947, p. 207) al respecto afirma que "la obligación penal es la que nace de la cláusula de una convención en virtud de la cual una persona, para asegurar la ejecución de un primer compromiso, se obliga, en forma de pena, a alguna cosa en caso de inejecución de ese compromiso"; Abela (2009, p. 137) la define como "pena consistente en dar o hacer algo, que asegura el cumplimiento de una obligación si su ejecución es retardada o definitivamente incumplida". Ospina (2005, p.135) la considera como aquella figura en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación se sujeta a una pena que puede consistir en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal. De manera mayoritaria (Vallejo, 1991, p. 341; Claro, 1979, 759-760; Preciado, 1988, p. 840), esta definición es la que adopta nuestro Código Civil en su art. 1592.

En nuestro criterio la definición de cláusula penal debe estar construida sobre la base de sus funciones, permitiendo a las partes escoger libremente una de ellas, o bien, si es el caso, acumularlas si no se contraponen, según sean sus convicciones para satisfacer sus intereses.

Así pues, se estará frente a una cláusula penal cuando se trate de una obligación accesoria, que se sigue a una principal, por medio de la cual las partes pactan una prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer, para

que en el eventual caso que una de ellas incumpla de alguna manera la obligación principal pactada, la otra pueda hacer exigible dicha prestación, accesoria como pena, o como indemnización de daños y perjuicios o, incluso, como garantía, según el alcance que se haya pactado.

2. CARACTERÍSTICAS

La cláusula penal reporta las siguientes características:

A. DE ACTO JURÍDICO

Toda vez que constituye una declaración de voluntad con la que se pretende constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Es menester que ambas partes quieran el efecto de dicho acto.

La cláusula penal, como ejercicio de la autonomía de la voluntad, atiende el principio de la libertad contractual. Así, serán las partes quienes creen esta obligación accesoria que además deberá cumplir con todos los requisitos de un negocio jurídico.

En cuanto a las modalidades de estipulación cabe anotar que esta puede ser, expresa o tácita, e incluso podría ser verbal o escrita. Sin embargo, sobre este punto no hay uniformidad de criterios en lo que concierne a la doctrina, y mucho menos claridad en lo que se indica en los códigos civiles. *v. gr.*, el Código Civil colombiano, en el artículo 1599, establece que habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado [...]. Sin embargo, dicho código no hace referencia alguna a la forma de cómo debe estipularse, así pues, abre la posibilidad que la cláusula pueda pactarse de una u otra forma, a disposición de las partes. Sin embargo, Peirano (1982, pp. 184-185) plantea con base en la interpretación de la cláusula que el problema de si la cláusula debe estar pactada expresamente o no, está mal planteado “en efecto la cláusula penal no puede presumirse, pero la voluntad de las partes que la ha querido, no tiene por qué haberse manifestado en forma expresa, pudiendo muy bien deducirse la intención de su pacto en una de esas declaraciones de voluntad que la doctrina califica de tácitas”. Además, anota

que dicha regla de interpretación debe ser la hermenéutica “de acuerdo con la cual, habiendo ambigüedad en las palabras debe buscarse, por encima del sentido literal de los términos, la intención común de las partes.”

Sigue la misma línea referente a la libertad de estipulación LLambias al afirmar sobre la cláusula penal que:

- El tiempo de su pacto, puede ser de manera simultánea con la obligación principal o incluso de manera posterior a esta.
- La forma en que debe pactarse. Podrá ser verbal o escrita. Salvo que el ordenamiento jurídico la limite a que sea escrita.
- Las modalidades propias de todas las obligaciones: condición y plazo.

B. ACCESORIEDAD

Como regla general, al ser una cláusula accesoria, la cláusula penal sigue la suerte de la obligación principal (aunque algunos no compartan la clasificación de obligaciones principales y obligaciones accesorias (Ospina, 2005, p. 138)² y, por tanto, si esta es inexistente o adolece de nulidad e, incluso, si se extingue, la cláusula penal correrá la misma suerte de la principal, pero no viceversa, es decir, los riesgos de la cláusula penal no afectan la obligación principal. Sin embargo, existen dos excepciones expresadas con claridad en la ley y reconocidas unánimemente por la doctrina, estas son las descritas en el art. 1593 inc. 2 y 3 del Código Civil colombiano que, de igual manera se consagran en el Código Civil mexicano (art. 1841 inc. 2 y 3). La primera al respecto establece que cuando “uno promete por otra persona imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por esta lo prometido, valdrá la pena aunque el contrato no se lleve a efecto por falta de consentimiento de

2 Cfr. Ospina, G. “el criterio es inexacto y por ende lo es la clasificación. Todo contrato subsiste por sí mismo dentro de las condiciones legales”. (...) “Y la cláusula penal subsiste como acto jurídico por sí mismo en cuanto reúna los requisitos de la ley y por ello produce efectos aun después de extinguida aquella obligación” (...). “No hay en consecuencia contratos principales y accesorios, sino contratos que producen derechos u obligaciones principales como la compraventa y otros que dan lugar a derechos accesorios como la obligación penal.”

dicha persona” y la segunda indica que “lo mismo sucederá cuando se estipule con otro, a favor de un tercero y la persona con quien se estipule se sujete a una pena para el caso de no cumplir lo prometido”. En ambos excepcionales casos, la falta o los vicios del consentimiento acarrearían la inexistencia o nulidad, respectivamente, de la obligación principal, pero por expresa determinación de la ley, dicha cláusula penal, aunque en la obligación principal haya un vicio o falta de consentimiento, subsistiría y produciría plenos efectos jurídicos.

Ahora bien, también se predica el carácter de accesoriedad de la cláusula penal en la cesión de créditos, así lo afirma Valencia (1974, p. 422) “en general, la cesión del crédito principal implica cesión de la cláusula penal. El art. 1964 C.C. advierte que la cesión de un crédito no traspasa las excepciones personales del cedente y la obligación penal no es una excepción personal sino una obligación de aseguramiento”.

C. MULTIFUNCIONALIDAD

Con esta se señalan las variadas posibilidades prácticas que ofrece la figura. Dentro de estas se encuentran las tres funciones citadas con anterioridad, esto es, estimación anticipada de daños y perjuicios, de pena o sanción y de garantía.³

Es importante precisar el carácter versátil que ofrece la cláusula penal al poderse pactar con efectos para uno, los dos o todos los contratantes, como cláusulas diferenciadoras en sus efectos para cada parte o para cada circunstancia contractual específica, como cláusula concurrente con otra clase de garantías reales o personales o sin ellas, como cláusula asociada a pólizas de seguros, garantías bancarias o cartas de crédito *stand by* o sin ellas, esto, sin entrar en el universo de la cláusula penal en materia de contratación administrativa” (Abela, 2009, p. 141). Sin dejar de lado, por supuesto, otra clase de negocios jurídicos, civiles o comerciales, donde también se puede pactar siempre y cuando su naturaleza así lo permita y sin transgredir los requisitos

3 La cláusula penal puede presentarse como un arma de doble filo, es una institución que juega sucesivamente dos roles distintos, uno como arma de disuasión y el otro como arma de represión. El primero de ellos bajo el entendido que dicho acuerdo de voluntades está destinado a amenazar a las partes con la pena, para prevenir la inexecución. El segundo, se evidencia cuando el objetivo de prevención de inexecución no se cumple, en este evento la cláusula penal debe entenderse como instrumento de represión, sancionando el comportamiento ilícito del deudor (Cf. Mazeaud, Mazeaud, Chabas, 1998, p. 772).

exigidos por la ley. Sobre este particular merece especial mención, un punto discutido ampliamente por la doctrina, como lo es la posibilidad de pactar cláusulas penales en títulos valores, a lo cual se acoge la posición de Kemelmajer (1981, pp. 437-443) según la cual, en todos los títulos valores, excepto en el cheque, es perfectamente válida dicha estipulación contractual.

D. CONDICIONALIDAD

Su aplicación dependerá del hecho de que el deudor se retarde o incumpla la obligación principal acordada, para así poder exigir la pena convencional. También, como lo afirma Ospina (2005, p. 145) es una obligación de tipo suspensivo porque el nacimiento de la obligación penal está supeditado a la ocurrencia de un hecho ya sea el retardo o cualquier incumplimiento, según se pacte, “la condición de que se trata es suspensiva porque la obligación penal a ella subordinada no nace ni se hace exigible sino por el cumplimiento de esa condición”. Así se considera entonces, que el carácter condicional de la penal está implícito en su misma naturaleza y no como algunos (Rezzonico, 1959, pp. 86-87)⁴ dan a entender que existe la opción de pactarla como condicional –o como pura y simple–.

E. CARÁCTER DEFINITIVO Y DE INTERPRETACIÓN ESTRICTA

i) Es definitiva puesto que para que sea exigible solo requerirá la ocurrencia de la condición (incumplimiento o retardo), sin perjuicio de que el derecho de opción con que cuenta el acreedor, de exigir a su arbitrio, conveniencia o interés bien sea la pena, la indemnización de perjuicios, la obligación principal, o el cúmulo de algunas de las anteriores siempre y cuando sea

⁴ Cfr. Rezzonico, “Cabe destacar que la cláusula penal puede ser estipulada como obligación condicional o subsidiaria, cuando la denominada obligación principal se refiere a terceros, es decir, en los contratos por terceros” (...). “Cuando la cláusula penal ha sido estipulada pura y simplemente como obligación accesoria, sigue la suerte de la principal y la nulidad y extinción de esta última la afecta necesariamente según la norma genérica” (...).

compatible su cobro⁵ [Llambias, Raffo, & Sassot, 1981, p.118]. ii) Es de interpretación estricta por cuanto solo permite una de dos opciones, a saber, que se pacte para el incumplimiento de la obligación principal, o para el simple retardo, a excepción del contrato de transacción en el cual “si alguna de las partes incumple un acuerdo transaccional cuya ejecución se aseguró mediante una cláusula penal, la otra puede, si el retardo le causó perjuicios ciertos, demandar tres cosas: el pago de la pena a título de sanción y la indemnización del daño [perjuicios moratorios].” (Navia, 2004, p. 514).

3. FUNCIONES

Sin duda, parece ser uno de los temas de mayor controversia en materia de cláusula penal y se vuelven a atribuir como funciones principales de la cláusula penal las siguientes:

3.1 COMO ESTIMACIÓN ANTICIPADA DE DAÑOS.

Para esta función, dentro del mismo contrato o en acto posterior a él, las partes por anticipado suelen pactar una suma de dinero u otra prestación diferente, encaminada a evaluar los potenciales perjuicios que ocasionaría el eventual tipo de incumplimiento de la obligación principal por alguna de las partes. Al respecto Lasarte (2008, p. 207) siguiendo el Código Civil Español en el art. 1.152.1 comenta que “la función característica y propia de la cláusula penal estriba en ser una previsión negocial sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios por el supuesto de incumplimiento definitivo de la obligación; en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento si otra cosa no se hubiere pactado.” De la misma manera, el Código Civil Francés en el artículo 1229 dispone: “la cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios que el acreedor ha sufrido por la inexecución de la obligación principal. No puede pedirse a un mismo

5 Cfr. Llambias, Raffo, y Sassot: “es definitiva ya que practicado el hecho condicionante de la pena, queda fijado en el patrimonio del acreedor el derecho a obtener el emolumento correspondiente.”

tiempo la obligación principal y la pena, a menos que esta haya sido estipulada” y el Código Civil de México considera en su artículo 1840: “pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además, daños y perjuicios”. Dichas disposiciones legales, le atribuyen como única función a la cláusula penal, la de servir como estimación anticipada de perjuicios excluyendo de entrada cualquier otro uso y alcance que esta pudiere presentar.

De acuerdo a la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 7 de junio de 2002⁶ se establece que cuando la cláusula penal se pacta en función indemnizatoria compensatoria, la moratoria es compatible con la cláusula de acuerdo al artículo 1594 donde “el acreedor puede optar por lo que mejor le convenga: Con menor indemnización pero liberado de la carga de demostrar perjuicios y su monto, o mayor indemnización, con prescindencia de la cláusula penal que contempla una menor, pero asumiendo esa carga probatoria.”

De otro lado, *la cláusula penal como estimación anticipada de perjuicios*, dependiendo de la voluntad de las partes, puede ser compensatoria o moratoria (Hinestrosa, 1986, pp. 559-560), la primera, dada la situación de que se pacte para resarcir el daño ocasionado con el incumplimiento de la obligación principal, evento en el cual excluye, salvo pacto en contrario, la ejecución de esta última al haberse optado por la misma; y la segunda, caso en el cual lo que se pretende indemnizar es la demora o retardo en el cumplimiento de la obligación principal, en esta circunstancia, no son incompatibles y en consecuencia es permitido el cobro simultáneo de la cláusula penal convenida aun habiéndose cumplido con la prestación principal.

Preciado (1988, p. 978) afirma que “si la cláusula penal es siempre un avalúo anticipado de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato, es claro que sería un contrasentido pedir a la vez el cumplimiento junto con la pena, porque en la penal van incluidos los perjuicios en su doble tipología: daño emergente y lucro cesante. Más sin embargo, también podría suceder que la pena solo incluya el lucro cesante, *v.gr.* ello ocurre cuando ella se pacta por el simple retardo en cuyo caso el Código autoriza pedir el cumplimiento de la obligación y la pena.”

6 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de junio de 2002. Exp. 7320.

Se pasa a hacer mención de las ventajas que proporciona el establecer la cláusula penal con función indemnizatoria (Mann & Roberts, 2011, p. B19)⁷:

- a) Se elimina la difícil tarea de probar los daños y perjuicios ante la jurisdicción
- b) Evita al acreedor evaluar y cuantificar los daños y perjuicios sufridos y más cuando dicha estimación, en sede jurisdiccional, se hace bajo la gravedad de juramento (como ocurre en nuestro actual ordenamiento tal como lo exige el artículo 495 del C.P.C⁸ y el artículo 428 del CGP)⁹.
- c) Extingue el deber procesal del acreedor de soportar la carga de la prueba relativa a la culpa del deudor sobre el incumplimiento.
- d) El deudor no puede alegar que el acreedor no ha sufrido perjuicio para con ello no se le pueda hacer exigible la cláusula penal.
- e) Su ejecución será mediante la vía ejecutiva, ofreciendo celeridad al pago. Así, por tratarse de una obligación clara y expresa podrá buscarse su exigibilidad por la vía del proceso ejecutivo, cuando de

7 Es razonable pactar la liquidación anticipada de daños porque evita la dificultad de probar las pérdidas y la inconveniencia o inviabilidad de obtener por otro modo un adecuado remedio ante el incumplimiento.

8 Código de Procedimiento Civil Colombiano “*El acreedor podrá demandar desde un principio el pago de perjuicios por la no entrega de una especie mueble o de bienes de género distintos de dinero, o por la ejecución o no ejecución de un hecho, estimándolos y especificándolos bajo juramento si no figuran en el título ejecutivo, en una cantidad como principal y otra como tasa de interés mensual, para que se siga la ejecución por suma líquida de dinero (...)*”

9 Código General del Proceso Colombiano “*El acreedor podrá demandar desde un principio el pago de perjuicios por la no entrega de una especie mueble o de bienes de género distintos de dinero, o por la ejecución o no ejecución de un hecho, estimándolos y especificándolos bajo juramento si no figuran en el título ejecutivo, en una cantidad como principal y otra como tasa de interés mensual, para que se siga la ejecución por suma líquida de dinero. Cuando el demandante pretenda que la ejecución prosiga por perjuicios compensatorios en caso de que el deudor no cumpla la obligación en la forma ordenada en el mandamiento ejecutivo deberá solicitarlo subsidiariamente en la demanda, tal como se dispone en el inciso anterior. Si no se pidiere así y la obligación original no se cumpliera dentro del término señalado, se declarará terminado el proceso por auto que no admite apelación.*”

otra manera, se habría visto en la imperiosa necesidad de acudir al proceso ordinario para discutir el perjuicio (Arrubla, 1997, p. 112).

Finalmente, resulta cuestionable si se debe la cláusula aun no habiéndose producido perjuicio alguno para el acreedor debido al incumplimiento o retardo, siendo previamente estimado un monto determinado para solventar dicho acontecimiento. Desde nuestro punto de vista, esto es cuestionable no en la medida de que haya vacío o ambigüedad al respecto, sino, toda vez que se estaría cobrando perjuicios que en realidad nunca sucedieron, solo se previeron, desvirtuándose así la función de indemnización de perjuicios. Dicha problemática tiene puntos encontrados, pues para Soto (2011, p. 399) “el hecho de que el acreedor no sufra daños por el incumplimiento, pero debido a una penalidad pactada reciba indemnización, puede resultar cuestionable desde la óptica del moderno derecho daños, donde se afirma que no hay responsabilidad y por ende indemnización sin daño.” Mientras que para Lasarte (2008, p. 207) al ser una valoración anticipada, la cuantificación prevista por las partes no tiene por qué guardar correlación alguna con los futuros daños y perjuicios.

Se considera así que en este aspecto, al no haberse producido daño alguno, pareciera desnaturalizarse la función indemnizatoria de daños y perjuicios, pues el monto de la pena ya no estará destinado a compensar al acreedor por los daños sufridos, sino que se convertirá en una simple sanción que obedece más a la función punitiva de la responsabilidad penal y no la simplemente compensatoria o reparadora del daño civil. Lo anterior no obsta para que en cualquiera de los casos, haya daño o no, se pueda ejecutar la penalidad.

Fuera del *Civil Law*, el sistema del *Common Law* es el principal partidario de la cláusula penal con función estimatoria de perjuicios, figura conocida como “*liquidate damages*” (cláusula de estimación de perjuicios). La “*penalty clause*” (cláusula penal) es considerada inválida y se refiere al resto de funciones que se le otorgan a la cláusula (Goode, 2010, p. 137)¹⁰. Al tratar la distinción de ambas figuras (Walker, 1985, p. 355) establece que “La diferencia es que la cláusula de estimación de perjuicios es un intento original y razonable de fijar por anticipado los daños y perjuicios consecuencia de una específica clase de incumplimiento contractual, este arreglo permite obviar la necesidad de probar los daños y perjuicios, mientras que, la cláusula penal

10 Las partes tienen la posibilidad de estipular en su contrato, el importe de los daños que serán pagaderos ante un incumplimiento, pero una cláusula contractual de este tipo será exigible únicamente si representa una verdadera y razonable estimación de la probable pérdida causada por el incumplimiento (Negrillas fuera del texto).

es una suma, para ser exactos, una forma de sanción y no necesariamente se relaciona con los probables daños y perjuicios.”

Motor Co. Ltd. establece una serie de criterios para determinar la diferencia entre ambas figuras (Cooke, 1993, p. 230):

1. Si la figura constituye una sanción para una de las partes en el evento de incumplimiento contractual, será una “*penalty clause*”.¹¹
2. La cláusula será penal si la suma pactada es extravagante y desproporcionada en comparación con los daños y perjuicios que podrían derivar del incumplimiento contractual.
3. Existe la presunción de que se trata de una cláusula penal cuando la estipulación monetaria castiga daños significativos y daños sin importancia por igual.
4. Cuando los daños son difíciles de cuantificar, puede ser que la suma estipulada sea una cláusula penal o una cláusula de estimación de perjuicios, Atiyah (1995, p. 435) considera que podría tratarse de la segunda porque esta es precisamente la situación en la que las partes pueden desear razonablemente ponerse de acuerdo sobre la cantidad adeudada por el incumplimiento (Cheshire, Fifoot & Furmston’s, 1986, p. 605).

Fuera de las anteriores, Calamari y Perillo (2004, p. 367) consideran que también existe la presunción de que se trata de una cláusula penal cuando esta liquida por anticipado daños y perjuicios en caso de incumplimiento, al tiempo que da el derecho a la parte afectada por el incumplimiento, de

¹¹ Estas dos figuras se distinguen también entre sí, dependiendo de la intención de las partes; si la intención es reforzar el cumplimiento del contrato mediante la imposición de una pena, dicha suma debe ser considerada como *penalty clause*, pero sí, de otro lado, la intención de las partes es evaluar los daños que generarían el incumplimiento del contrato estamos frente a una *liquidated damage*.

obtener por vía judicial la indemnización de daños adicionales. Esta cláusula no implica un intento razonable de preestimar la pérdida.

Ahora bien, sin importar la literalidad de las expresiones utilizadas por las partes, es finalmente la Corte quien determina, guiándose por los criterios aquí expuestos, si en determinado caso concreto se está frente a una *penalty clause* o una *liquidated damage* (Cheshire, Fifoot & Furmston's, 1986, p. 605).

3.2 COMO MEDIO DE COERCIÓN Y GARANTÍA

Estos términos que suelen ser usados de manera indistinta por la doctrina, en la realidad denotan diferencia.

Como coerción, la cláusula penal tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la obligación principal, pues las partes a la hora de contratar tienen la seria convicción de utilizar la figura de la penal como garantía de la perfecta ejecución de la prestación más que de hacerla efectiva. Así se afirma que la penal tiene por fin asegurar el cumplimiento de la obligación principal de donde debe concluirse que la intención de los contratantes no ha sido ni de extinguir, ni de resolver por la obligación penal la obligación principal, ni fundirla en la obligación penal (Pothier, 1947, p. 209), si no que gracias a la pena convencional es posible ejercer una presión sobre el deudor, al conminársele con un determinado perjuicio en el caso de infringir el contrato, perjuicio que suele exceder generalmente de la indemnización establecida por la ley y que surtirá, por tanto, el efecto de pena para el deudor (Von Thur, 1934, p. 235). Incluso, en la disuelta URSS el uso de las cláusulas penales en función de coerción, para asegurar la ejecución forzosa del contrato, deben ser incluidas en los contratos económicos, so pena de sanciones disciplinarias y penales por incumplimiento de ese deber de inserción (Kozolchyk, 2006, p. 148). Verdera (1995, pp. 191-192), se refiere al respecto, pero considera que la coerción puede entenderse bajo dos ópticas, como ofensiva y como defensiva, la primera se refiere a todo acto que ejerce el acreedor para constreñir al deudor a cumplir la obligación, situación contraria a lo que sucede en la defensiva, en la cual el acreedor refleja pasividad en su obrar y frente al incumplimiento del deudor se limita a actuar de la misma manera.

Ahora bien, la pena entendida como garantía no cumple con dicho fin, por el mismo carácter de obligatoriedad que entraña. Así Bustamante (1997, p. 187, num. 386) sostiene que "en doctrina se niega la pretendida

función compulsiva de la cláusula penal. Solo por mantener el concepto romano se puede sostener que la cláusula penal sirve para asegurar la ejecución de las convenciones. Este concepto no es exacto en derecho moderno, pues por regla general todas las convenciones son obligatorias por sí mismas y la ejecutabilidad de las obligaciones lícitas está asegurada por la ley”. Y dos, ya que si el deudor no puede cumplir con lo menos, que es la obligación principal (dada su imposibilidad de llegar a hacerlo), mucho menos va a poder asumir una cláusula penal que le es más onerosa, aun sabiendo de antemano las consecuencias que acarrea el incumplir.

Diferente es la situación cuando se está frente al tema de los terceros obligados con cláusula penal, creemos que en este evento es viable la función de garantía, pues ante el incumplimiento del deudor, el acreedor tiene la posibilidad de perseguir un patrimonio diferente al del obligado para hacer efectiva la cláusula penal, la función de garantía que está llamada a cumplir la cláusula penal solo se ofrece cuando la pena se estipula a cargo de un tercero, así, el acreedor tendrá la alternativa de hacer efectiva la obligación principal sobre el patrimonio del deudor o de exigir la pena al tercero como garante” (Ospina, 2005, pp. 147-148).

Sin embargo, la doctrina francesa (Fabremagnan, 2004, p. 590)¹² considera viable dicho rol conminatorio de la pena, cuando la suma de la misma pena, sea mayor a los perjuicios de un eventual incumplimiento, sin ser abusiva, pero tampoco irrisoria (Gual, 2012, p. 142)¹³ so pena de ser nula por considerarse como cláusula de limitación de responsabilidad¹⁴, o contra el orden público contractual), esto permitiría que el deudor se ponga bajo estado de presión y con ello se logre el objetivo, el cual no será otro que el de incitar a las partes a cumplir con las obligaciones convenidas de manera espontánea (Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, p. 542). La rela-

12 “La clause a, comme son nom l’indique le caractère d’une sanction, d’une peine privée. Pour cette raison, elle revêt également en général une rôle conminatoire (du latin: *comminari, manacer*) en ce qu’elle incite *ne débiteur a exécuter*. Cela étant dit, la menace pour le débiteur dépend du montant stipulé.”. También, Bustamante, 1997, p. 187: “la pena solo funcionará como medio compulsorio cuando su monto sea notoriamente superior al valor de la obligación principal (...)”

13 “Se considera acertada la posición de la jurisprudencia francesa por la que se considera que cuando en un contrato se ha pactado una cláusula de limitación de responsabilidad irrisoria, esta cláusula debe ser considerada más bien como de exoneración de responsabilidad [...]”

14 La suma de la pena pactada puede ser inferior o superior al perjuicio sufrido por el acreedor. Si la pena es inferior al perjuicio, la cláusula entraña el carácter de una cláusula de exoneración parcial de responsabilidad, en cambio si el monto de la penal es superior al daño, ella constituye una pena privada que empobrece al deudor y enriquece al deudor (Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, 2007, p. 542).

ción entre el monto de la cláusula penal y el papel coercitivo de la pena es directamente proporcional, es decir, entre mayor sea el monto de la cláusula penal, siendo considerablemente superior al daño, mayor será el grado de presión del deudor. Consideramos entonces de gran acierto tal postura, pues en caso de no ser así, resultaría más conveniente para el deudor incumplir con la obligación principal y en consecuencia asumir la pena, siendo esta menos gravosa para su patrimonio, viéndose frustrada la función otorgada inicialmente a la cláusula penal.

3.3 FUNCIÓN PUNITIVA O COMO SANCIÓN ESPECIAL.

Función que opera cuando los contratantes, al incluir la cláusula penal en sus disposiciones contractuales, desean darle el carácter de sanción o pena ante la inejecución o retardo de la obligación. Tanta relevancia jurídica comporta tal función, que dentro de la doctrina se le ha dado diferentes denominaciones con el ánimo de distinguirla de la cláusula penal simple. Así para Castro puede suceder que los contratantes determinen que la cláusula penal no exonera del cumplimiento de la obligación principal; en este caso se está en presencia de una **cláusula penal punitiva**. Es decir, que quien no cumpla quedará de todas formas obligado a cumplir además de la obligación principal, también la obligación derivada de la cláusula penal punitiva (Castro, 1993, p. 212). (Negrillas fuera del texto). Por su lado, Abela (2009, p. 150) las denomina: **cláusulas penales de apremio** y las define como: "aquellas cláusulas penales que involucran no solo una estimación anticipada de los perjuicios compensatorios o moratorios, derivados del incumplimiento de una obligación, sino también una pena adicional, convencionalmente pactada y que, por ende, supone un castigo o apremio adicional para el deudor incumplido".

Dicha función es claramente diferente de las demás anteriormente expuestas. No se percibe como estimación anticipada de perjuicios, pues en dicho caso el deudor incumplido resultaría pagando como "sanción" lo que ordinariamente pagaría por perjuicios, es decir, en dicho evento no se hace otra cosa que precalcular el daño y no castigarlo con una pena superior al perjuicio sufrido por el incumplimiento, propósito que persigue la función en apremio. No es tampoco una garantía de cumplimiento porque, como bien lo afirma Pérez (1955, pp. 141-142) "la pena es la consecuencia del incumplimiento, no el respaldo de la obligación". Bajo este entender y se-

gún el alcance que las partes quieran darle a la cláusula, perfectamente puede lograrse que la sanción pactada reporte un beneficio adicional, bien porque pueda exigirse esta más la obligación principal o esta más la indemnización de daños y perjuicios¹⁵, tal como se verá en detalle cuando se estudie la cláusula penal en el derecho colombiano.

4. LA CLÁUSULA PENAL FRENTE A OTRAS FIGURAS CON EFECTOS SIMILARES

Es muy usual que la cláusula penal, dadas sus características y más aún sus funciones tienda a ser confundida con otras figuras como el pacto de arras, la obligación alternativa y la obligación facultativa, las cuales reportan similares efectos, no obstante sus diferencias.¹⁶ Es por esto que conviene aclarar que si bien puede haber similitud entre algunas de estas figuras y la cláusula penal, bien sea, en la práctica contractual o en teoría de derecho, es de aclarar que la cláusula penal es única y no se deberá confundir.

A. FRENTE A LAS ARRAS

Parece ser que la confusión más notoria, es con respecto a las arras frente a los siguientes aspectos:

15 Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. "Sentencia del 23 de mayo de 1996", Expediente No. 4607. M.P. Jaramillo Schloss, C.E., Bogotá. 1996. "La ley excluye la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permite la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato."

16 La cláusula penal se caracteriza en definitiva por dos elementos, los cuales permiten distinguirla de otras figuras con efectos similares, a saber, es una indemnización en forma de pena privada a la cual el acreedor podrá pretender en caso de inexecución de una obligación y de otro lado, se trata de una tensión ejercida sobre el deudor para que se ejecute la obligación. (Flour, Aubert, Flour y Savaux, 2007, p. 177).

- **Exigibilidad:** en las arras, sean estas confirmatorias o penitenciales, estas son exigibles antes del cumplimiento de la obligación, es decir, una vez perfeccionado el negocio jurídico, o bien en las tratativas negociales de la etapa precontractual, como sea y en todo caso, antes de la ejecución de la obligación principal. Mientras que, en la cláusula penal, la pena se hace exigible y en consecuencia, su entrega se hará después de incumplida o retardada la ejecución de la obligación principal. Al respecto Diez Picazo (citado por Bonnet, 1996, p. 961) sostiene que la entrega de la cosa objeto de las arras es *ab initio* por el contrario, en la cláusula penal tal entrega se verifica tras la reclamación del acreedor.
- **Cumplimiento de la obligación principal:** el fin perseguido por las arras es asegurar el cumplimiento. Mientras lo que se busca con la cláusula penal es sancionar el incumplimiento. Así, Oviedo (2010) afirma “las arras simples tiene la función de permitir el derecho lícito de retracto, sin que se genere incumplimiento del contrato y tampoco ninguna de sus consecuencias, entre ellas la indemnización por incumplimiento. En cuanto a la cláusula penal, como se deduce del artículo 1592 del Código Civil, se trata de una estimación anticipada de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato”. Y respecto de las diferencias con las arras penitenciales, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 1º de diciembre de 2004¹⁷ establece que estas suponen la prestación anticipada y efectiva de la indemnización para el evento del incumplimiento contractual, la cláusula penal solo dispone la fijación de un monto a título de tal, para la misma circunstancia.

17 Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. Sentencia del 1º de diciembre de 2004. Exp. 54122 M.P. Trejos Bueno, S.F. Bogotá.

- Elección: en el pacto de arras el deudor puede elegir entre cumplir la obligación principal o perder la suma dada a título de arras. *A contrario sensu*, en la cláusula penal, no se puede optar por una u otra, es decir, no puede el deudor a su conveniencia elegir pagar la pena, para de esa manera quedar exento de cumplir con la obligación principal; bajo el entendido que es siempre el acreedor a quien le asiste el derecho de elegir si incumplida la prestación principal, la obligación se extingue con el pago de la pena o el forzoso cumplimiento de la prestación principal o bien, con el pago de las dos si se ha pactado de esa manera¹⁸ (Messineo, 1986, p. 220). Así lo confirma Rezzonico (1959, p. 89) en las siguientes líneas “mientras en la cláusula penal el deudor no puede optar entre el cumplimiento de la obligación principal y el de la cláusula, en las señas (entiéndase: *arras*) puede abandonar las depositadas y dejar de cumplir el contrato”.

Consideración especial merece el determinar si pueden pactarse simultáneamente las dos figuras. No obstante sus marcadas diferencias dichas figuras no son excluyentes entre sí, ya que como lo afirma Oviedo (2010), el pacto de arras deja en suspenso la cláusula penal, operando esta última en el momento en que caduca el derecho de retracto, en el que las partes ya no podrían retirarse y ante un incumplimiento, se aplicaría la cláusula penal.

B. CON RESPECTO A LA OBLIGACIÓN ALTERNATIVA:

En la obligación alternativa el deudor se ha obligado a cumplir una de varias prestaciones y con el pago de una de ellas, cualquiera que sea, a su elección, se entiende ejecutada en su totalidad la obligación principal. Este tipo de obligación se diferencia de la cláusula penal en los siguientes aspectos:

18 “El acreedor, a pesar del pacto de la cláusula penal, tiene siempre la facultad de exigir del deudor el cumplimiento; el único límite es que no puede exigir *al mismo tiempo, el cumplimiento y la penal* (art.1383)”. De la misma manera que lo contempla el C.C. Colombiano en su art. 1594.

- Por el rango de obligaciones: en las obligaciones alternativas todas las prestaciones son obligaciones principales, es decir, todas están en el mismo nivel de ejecución. En cambio en la cláusula penal existe una obligación principal única y otra accesoria que se sigue a la principal, la cual solo opera ante el incumplimiento de la primera.
- Frente al incumplimiento: en la obligación alternativa, al estar en el mismo rango las prestaciones, como antes se anotó, el cumplimiento de una de ellas extingue la obligación. En la cláusula penal no necesariamente el pago de la pena produce la extinción de la obligación principal, esto en el evento de haberse escogido por el acreedor en la cláusula penal cumulativa, el cobro simultáneo de la pena y el cumplimiento de la obligación principal.
- Respecto de la elección: en la alternativa, la elección de pagar con una o con otra prestación pactada, le corresponde al deudor, por regla general, salvo pacto en contrario, caso en el cual le correspondería al acreedor. Mientras que en la obligación con cláusula penal es el acreedor quien siempre elegirá, a su arbitrio y conveniencia, cuál de las dos quiere hacer efectiva (a menos que expresamente hayan estipulado el pago de ambas) siempre y cuando haya ocurrido incumplimiento o retardo de la obligación por parte del deudor.
- Frente a la ocurrencia de eventos de fuerza mayor o caso fortuito sobre el objeto: en la obligación alternativa cuando sucede una de estas eventualidades, la pérdida de uno de los objetos de la obligación principal no extingue la misma, pues el otro objeto subsiste, debiendo cumplirse la obligación con este último. En obligaciones

con cláusula penal la pérdida del objeto de la obligación principal extingue irremediablemente la misma y por tanto trae consigo la extinción de la cláusula penal.

C. *FRENTE A LAS OBLIGACIONES FACULTATIVAS*

La obligación facultativa se define como aquella “que tiene como objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa” (Cubides, 2010, p. 138). Se distingue de la cláusula penal en:

- Frente a la elección: en la obligación facultativa es siempre el deudor quien cuenta con la opción de sustituir la prestación principal por la accesoria para el pago de la misma, ya que con cualquiera de las dos queda cumplida la obligación. En cambio en la cláusula penal, como ya se dijo al diferenciarla con la alternativa, “no necesariamente el pago de la pena produce la extinción de la obligación principal, esto en el evento de haberse escogido por el acreedor el cobro simultáneo de la pena y el cumplimiento de la obligación principal.”

Lo complicado del asunto radica en saber cuándo estamos frente a una u otra figura si estas no están claramente expresadas en el contrato. “En este caso se debe tener en cuenta el conocimiento que se obtiene por la mera interpretación de la voluntad: es preciso averiguar el fin que las partes se han propuesto en el contrato; así, si han querido establecer una función reparadora o vindicativa, estamos frente a un caso de cláusula penal; si por el contrario, solo han buscado hacer más libre la situación del deudor, permitiéndole no ejecutar su obligación a cambio de un sustitutivo de ella, hallamos un pacto de obligación facultativa. En el primer caso, se da una ventaja para el acreedor; mientras que en el segundo, será el deudor quien resulte favorecido” (Georgi, 1930, p. 475).

5. EXIGIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

Teniendo en cuenta que para hacer exigible la cláusula penal se deben haber cumplido ciertas prerrogativas, de origen legal (en su mayoría), y atendiendo a las particularidades de su estipulación, es conveniente abordar el tema en partes.

5.1 SUPUESTOS

CUMPLIMIENTO TOTAL DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL.

Como se ha sostenido, la cláusula penal se estipula para un eventual incumplimiento o para el simple retardo, por lo cual cuando la obligación principal se satisface a cabalidad, en tiempo y forma convenidos, su cumplimiento, como resultado lógico de todos los negocios jurídicos, hace que se extinga el mismo y con él sus elementos accesorios, como es el caso de la cláusula penal, resultando entonces imposible su exigibilidad.

CUMPLIMIENTO PARCIAL Y CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL

El primero de ellos referido a cuando el deudor cumple en parte la prestación a la que se ha obligado para con su acreedor y el segundo sucede cuando el deudor cumple imperfectamente la obligación. En cualquiera de los dos eventos, si el acreedor acepta el pago en dichas condiciones, y habiendo constituido al deudor en mora, la consecuencia directa sobre la cláusula penal será su reducción proporcional a la parte cumplida por el deudor. En caso contrario, de oponerse el acreedor a recibir el pago en dichas condiciones, se trataría de un incumplimiento total y las reglas que se siguen sobre

la cláusula penal serán las propias de dicho incumplimiento (Yong, 2009, p. 148)¹⁹.

CUMPLIMIENTO RETARDADO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL.

Diferente es el caso cuando el deudor cumple la obligación principal en su totalidad y con las condiciones acordadas con el acreedor, salvo el tiempo. En este caso, para poder hacer exigible una cláusula penal, a) tiene que haberse estipulado expresamente que esta va dirigida a sancionar el retardo en el cumplimiento de la obligación principal, y b) debe haberse constituido en mora al deudor. Exigencias requeridas por nuestro Código Civil en los artículos 1592 y 1594, respectivamente. Así entonces, si no aparece expresamente al tenor de dichas condiciones no podrá exigirse la pena si sobreviene el mero retardo en el cumplimiento de la obligación.

INCUMPLIMIENTO TOTAL DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL.

Se da cuando habiéndose comprometido el deudor a ejecutar una obligación, la incumple en todo. Para estos casos fue creada originalmente la cláusula penal y dependiendo de la función que se le otorgue hay lugar a su exigibilidad, siempre que se cumpla con los requisitos de ley para tal fin.²⁰

a) Así cuando la cláusula fue creada con fines estimatorios o indemnizatorios de daños y perjuicios no se permite su cobro simultáneo con el cumplimiento forzoso de la obligación principal, es decir, no puede el acreedor elegir la pena y al mismo tiempo optar porque se lleve a cabo el negocio. Pues al acreedor no le es posible acumular la pena y la prestación principal. Producida la inexecución del deudor, el acreedor goza del derecho de optar entre exigir el cumplimiento específico de la prestación o bien atenerse al importe total de la pena.”(Llambias, Raffo y Sassot, 1981, p. 123) ; b) Si se trata de una cláusula penal de apremio, al darse esta como una sanción adicional, es válida la acumulación de la pena y el cumplimiento de la obligación principal

19 “(...) el incumplimiento irregular o defectuoso sería una especie de inexecución total, por cuanto el acreedor no está en el deber de aceptar la prestación debida en esa forma (...)”.

20 Considera la doctrina francesa que si la inexecución es consecuencia de un advenimiento de fuerza mayor,

o alternativamente la pena y la indemnización de los daños y perjuicio (Pérez, 1955, pp. 141 y 145).²¹ Pero nunca se podría acumular la cláusula penal con el cobro de intereses de mora, cuando se trata de obligaciones dinerarias de naturaleza comercial, así lo confirma el Laudo Arbitral Fiduciaria del Valle S.A. vs. Unitel S.A. E.S.P. de octubre 22 de 2004²²:

A partir de la precitada norma (Art. 65 Ley 45 de 1990), debe entonces quedar claro cómo la finalidad de los intereses de mora no es otra que la de determinar anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación del tipo de las dinerarias. Mal podría permitírsele al acreedor el cobro simultáneo de la cláusula penal, la cual las partes “establecen como indemnización anticipada de los perjuicios (...).

Así las cosas, la idéntica finalidad de las figuras en comento, prohíbe su aplicación coetánea. No sin razón, la propia Superintendencia Bancaria se ha pronunciado al respecto y ha dicho que “resulta incompatible la existencia simultánea de una cláusula penal e intereses moratorios, por cuanto ello constituiría la aplicación para el mismo caso de dos figuras que tiene idéntica finalidad y se estaría cobrando al deudor dos veces una misma obligación, como es la de pagar por su retardo o incumplimiento.

No obstante la aparente incompatibilidad entre las dos figuras, consideramos que con gran acierto, autores como Becerra (2013) contemplan la posibilidad de su pacto y el cobro simultáneo, en la medida que la sumatoria de ambos no exceda del tope máximo del interés legal previsto para la mora (Becerra, 2013, pp. 175-178).

Siempre teniendo en cuenta que estas opciones dadas al acreedor, únicamente aplican si este último ha cumplido con su prestación, porque de lo contrario, no podría exigir la cláusula penal, como bien lo establece la Sentencia T-537 de 2009:

21 Cfr. Pérez: “*Si así se ha pactado, pueden demandarse simultáneamente la pena y la indemnización compensatoria e igualmente, es lícito exigir la pena y el cumplimiento de la transacción, aun mismo tiempo. También es dable pedir la pena y la obligación principal, cuando se haya estipulado que por el pago de aquella no se extinga esta. En todo caso la pena se debe aunque no se hubieren causado perjuicios por el incumplimiento*” no puede el acreedor exigir el pago de la pena. Ahora bien, si se trata de obligaciones de medio, la pena no es debida si la inexecución de la obligación no le es imputable a la culpa del deudor. En cambio, en obligaciones de resultado, la posición del acreedor es muy favorable, pues solo le basta demostrar que el resultado prometido no ha sido obtenido y con eso basta para hacer exigible el pago de la pena estipulada, a menos que el deudor alegue la existencia de una causa extraña (Starck, Roland, Boyer, 1998, p. 634).

22 Laudo Arbitral Fiduciaria del Valle S.A. Vs. Unitel S.A. E.S.P. de octubre 22 de 2004.

(...) Ante el incumplimiento mutuo de las partes del contrato surgen consecuencias para las obligaciones derivadas del contrato, pues en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predicen las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente.(...)²³

De igual manera, se debe anotar que las partes tienen la potestad de pactar sobre cuáles obligaciones incumplidas se predica la exigibilidad de la cláusula penal, en el entendido de que si no lo pactan expresamente, la cláusula cubrirá la totalidad de las obligaciones del contrato, según el actual pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del diecisiete (17) de febrero de dos mil doce (2012)²⁴.

5.2 DIVISIBILIDAD E INDIVISIBILIDAD:

Es necesario estudiar el tema de las obligaciones divisibles o indivisibles con sujetos plurales, ya que cuando el vínculo jurídico es conformado por sujetos singulares no presenta dificultad, pues la cláusula penal se podrá cobrar al único deudor aunque sea divisible o indivisible la pena. La exigibilidad de la cláusula se ve afectada en el primero de los supuestos como se verá a continuación (Pothier, 1947; Llambias, Raffo y Sassot, 1981; Pérez, 1955; Rezzonic, 1959).

5.2.1 DIVISIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL CON PLURALIDAD DE DEUDORES:

- a. Cuando la obligación principal es mancomunada. Frente a una obligación con cláusula penal divisible, la obligación principal es divisible, la pena se podrá cobrar a cada deudor en proporción a la parte que le corresponde.

23 Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-537/09, M.P. Sierra Porto, H.A., Bogotá. 2009.

24 Colombia, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de febrero de 2012. Exp. 11001-22-03-000-2012-00025-01. M.P. Díaz Rueda, R.M. Bogotá, 2012.

- b. Cuando la obligación principal es solidaria. En este caso, cada sujeto deudor está obligado al pago de la totalidad de la pena, así lo impone el carácter de obligación solidaria seguido del principio de accesoriedad, donde si la obligación es solidaria, la cláusula penal también lo será.

5.2.2 INDIVISIBILIDAD DE LA PENA CON PLURALIDAD DE DEUDORES:

Cuando tenemos una cláusula penal indivisible, el alcance de la obligación principal es el factor que determina quiénes deben pagar la pena, pues no siempre los deudores que han cumplido con la obligación impuesta a su cargo tienen que ser mercedores de pagar la penalidad (Llambias, Raffo y Sassot, 1981, pp. 127 y 313).

5.2.3 DIVISIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL CON PLURALIDAD DE ACREEDORES:

- a) Con obligación divisible: tratándose de una cláusula penal con objeto divisible cada acreedor impago puede pretender el pago de la misma en la parte que le corresponde.
- b) Con obligación indivisible: para que los acreedores puedan solicitar la parte a la que tiene derecho de la pena debe constituir, cada uno de ellos, en mora, al deudor o deudores.
- c) Con obligación principal solidaria. Sea esta divisible o indivisible, se requiere, nada más que un acreedor, de todos los posibles acreedores, constituya en mora al deudor o deudores, para que los demás puedan exigir el pago de la pena en medida que le corresponda.

5.2.4 INDIVISIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL CON PLURALIDAD DE ACREEDORES:

- a) Con obligación indivisible: al no poder pagarse la obligación parcialmente (Mosco, 1962, pp. 106-107)²⁵ todos y cada uno de los acreedores tiene derecho a reclamar la totalidad de la pena.
- b) Con obligación divisible: al ser la obligación principal susceptible de pago parcial, solo aquellos acreedores a quienes no se les haya pagado su parte pueden reclamar la totalidad de la pena.

5.3 CONSTITUCIÓN EN MORA:

Uno de los requisitos fundamentales para hacer exigible la cláusula penal es el de constituir en mora al deudor. Esta supone un acto de comunicación (Azula, 2008, p.384), de carácter privado o en sede jurisdiccional, por medio del cual, el mismo acreedor o el juez, se le indica al deudor que se encuentra en mora en la satisfacción de la prestación a la que se obligó.

En materia de cláusula penal, no hay discusión alguna que tratándose de obligaciones principales de no hacer no opera la constitución en mora, toda vez que la simple infracción del deber de abstención da lugar a la misma y por ello al cobro de la pena (Hinestrosa, 1986, p. 559).

Tratándose de obligaciones de dar y de hacer, el deber de constituir en mora al deudor para poder hacer exigible la cláusula penal es polémico en la doctrina. Unos consideran que sin haberse cumplido tal requisito no hay lugar al cobro de la cláusula penal, otros por el contrario sostienen que opera la mora automática sin necesidad de requerir al deudor, obviando tal

25 Referido la imposibilidad de pago parcial en obligaciones indivisibles trae a colación un caso en el cual el demandante y el demandado acordaron constituir una sociedad y pactaron una cláusula penal para prever el eventual incumplimiento de cualquiera de las partes, el día del otorgamiento de la escritura dos de los contratantes se negaron al otorgamiento sin causa justificada. En instancia judicial el Juez moderó la pena entendiendo que hubo pago parcial. En sede de recurso se hace evidente el desacierto de la primera instancia toda vez que tratándose de una obligación indivisible, no se puede dar el supuesto de que sea parcial o irregularmente ejecutada.

formalidad, y por último, quienes exigen la constitución en mora solamente para el caso de la cláusula penal por retardo.

Partidarios de la primera postura son: Hinestrosa (1986) para quien no podría cobrarse la multa, como tampoco demandarse perjuicio sin que exista constitución en mora del deudor. Abela (2009, pp. 142-143) para quien solo ante un incumplimiento legalmente exigible, es decir, con previa constitución en mora, podrá exigirse al deudor la cláusula penal, por tanto, aunque existiese plazo para cumplir la obligación principal, solo constituido en mora, será exigible en los términos pactados la cláusula penal. También comparte Arrubla (1997, p. 117) al sostener que en mora el deudor, podrá el acreedor pedir el cumplimiento del contrato o la pena.

De igual manera se pronuncia la Corte Suprema de Justicia al establecer que²⁶

Sin embargo, puede ocurrir que el deudor incumpla su obligación, de manera que el acreedor tiene el derecho a exigirle que le satisfaga su crédito, en forma inmediata o reconviéndolo para constituirlo en mora, según el caso. Ante la mora, el acreedor puede acudir al juez para pedirle que lo ejecute y lo obligue a cumplir lo pactado, siempre que el correspondiente contrato preste mérito ejecutivo.

Entonces, si se predica de todos los contratos, es también aplicable a las cláusulas penales, de suerte que si hay mora, lo obvio es que el deudor pague la obligación accesoria acordada en la cláusula penal, y si no lo hace, el acreedor puede acudir al juez para pedir que ejecute a su deudor para hacer efectivo el cobro de la sanción (...).

De otro lado, están quienes consideran que la constitución en mora no es necesaria²⁷, ya que el solo hecho de no cumplir con la obligación en

26 Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de mayo de 2011. Exp. No. T. 1100102 03 000 2011 00941-00” M.P. Giraldo Gutiérrez, F. Bogotá. 2011; Sentencia del 24 de agosto de 2011. Exp. No. T. 05001 22 03 000 2011 00445-0, M.P. Munar Cadena, P.O. Bogotá; Sentencia del 10 de julio de 1995 citada en el fallo de tutela del 9 de agosto de 2012. Exp. 01620-00 “*De tal suerte que, solo a partir de surtida la interpelatio puede afirmarse que el deudor incumplido, además ostenta la calidad de deudor moroso, momento este a partir del cual puede exigirse el pago de perjuicios conforme a lo dispuesto por los artículos 1610 y 1615 del Código Civil, o reclamarse el pago de la cláusula penal, que entonces se torna exigible de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 1594 y 1595 del Código Civil. Como se ve de lo expuesto, si una de las partes contratantes incumple con su obligaciones, el acreedor, por el solo hecho de este incumplimiento no puede reclamar el pago de los perjuicios que le hubieren sido causados con el, pues, para ello se requiere constituir en mora al deudor.*”

27 En Uruguay, “La mora exigida por los artículos 1366 y 1368 (Código Civil de Uruguay) es únicamente aquella que se refiere a la obligación principal, y por tanto, no se requiere la constitución en mora respecto de la multa, no es menester la mora en la obligación de cláusula penal. El fundamento deriva del carácter accesorio que tiene la obligación de cláusula penal, y de la propia formulación del artículo 1368, que exige la mora de la obligación principal” (Gamarrá, 1996, p. 311).

el tiempo convenido hace exigible la cláusula penal. Parece ser que en estos casos opera la llamada mora automática y por tal razón es innecesario un requerimiento posterior al presentarse la mora. Dentro de estos exponentes se encuentra Vallejo (1991, p. 342) para quien considera que no es necesario constituir en mora al deudor para que la cláusula penal sea exigible: basta con que haya incurrido en mora respecto de la obligación principal.

La tercera y última posición es apoyada por quienes consideran que el requerimiento en mora deberá hacerse dependiendo de la cláusula penal pactada, así, si esta es para el simple retardo, deberá cumplirse con el requerimiento, en cambio, si es pactada para el incumplimiento no es necesario hacerlo. Así Rezzonico (1959, p. 85) al citar a Lafaille considera que la constitución en mora se requiere para demandar la efectividad de la pena estipulada por retardo; pero no para la estipulada por incumplimiento, pues en este último caso la mora ya se presume, desde que va envuelta en este incumplimiento. Sin embargo, parecerá un punto criticable a esta posición el hecho de que el incumplimiento también incluya en retardo.

Se considera más acertada la primera postura, puesto que la formalidad de la constitución en mora ofrece ciertas ventajas como las que se dan, por ejemplo, en el caso de las obligaciones que para su cumplimiento no tienen un plazo determinado, pues la constitución en mora dará claridad para saber cuándo existe mora del deudor y, por consiguiente, desde cuando se hacía exigible la cláusula penal. No se podría aceptar la segunda postura, ya que con esta, al aplicarse la mora automática se estaría negando la posibilidad que tendría el deudor para acogerse a un plazo de gracia en caso de ser otorgado por el acreedor, ya sea este tácito o expreso, el primero porque no lleva a cabo el requerimiento y el segundo porque así lo ratifica el mismo. Respecto de la tercera posición, pareciera que carece de elementos de convicción puesto que no hay razón para distinguir entre las cláusulas penales que se refieren al incumplimiento y las de simple retardo, pues la mora opera de similar forma en ambas, es decir, desde que no se cumpla la obligación en el tiempo convenido o lo que es lo mismo, desde que se incumpla.

5.4 RESOLUCIÓN, RESCISIÓN Y CLÁUSULA PENAL:

Otra controversia que se suscita a nivel doctrinal gira frente al interrogante de si puede darse, en cuanto que incumplida la obligación principal y dados los requisitos para que la cláusula penal sea exigible, el acreedor opte por

resolver el contrato y a la vez ejecutar la pena o si, por el contrario son excluyentes entre sí.

La doctrina francesa siguiendo los Mazeaud (1983, pp. 143-144), parece considerar que no puede solicitarse simultáneamente la resolución del contrato y cobrar la cláusula penal, basándose en el carácter accesorio que denota la cláusula; así “la resolución pronunciada hace que con el contrato se invalide la cláusula penal; de suerte que esta no puede ser ya tomada en cuenta por el Juez. Se está en la misma situación que si el contrato fuera nulo; y, en tal caso, el art. 1227, párrafo 1, declara: “la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal”.

Por otro lado, en cambio, la doctrina nacional, considera perfectamente compatible la acumulación de la cláusula penal con la solicitud de resolución del contrato. Pues dada la finalidad sancionatoria de las dos figuras en vez de estas excluirse por el contrario se complementan, pues la ley autoriza expresamente al acreedor para acumular la acción resolutoria, cuando esta es procedente, y la indemnización de perjuicios (art. 1546). Ahora, estos últimos pueden ser estimados convencional y anticipadamente mediante la cláusula penal [...] (Ospina, 2005, pp. 140-141).

De igual manera, Somarriva (1939, p. 30) refiriéndose a la jurisprudencia chilena, al hacer mención a la Casación civil del 24 de octubre de 1911. Rev., t. 10, 2a. parte, sec. 1ra, p. 104. Establece que “si se ordena devolver el precio de la cosa por no haberla entregado al comprador, no se infringe el artículo 1537 del Código Civil si además se ordena pagar la cláusula penal” (...).

Parecería más acertada esta segunda posición pero no por ser ilógica la primera de ellas, se considera que el razonamiento en el que se basan los autores es viable, pero desde otra perspectiva de derecho. Sin embargo, esa concepción, parece limitar la cláusula penal a solo su carácter accesorio, sin observar su finalidad y sus efectos.

Así pues, se comparte la posibilidad para que el acreedor exija en un mismo *libelo incoativo* las dos opciones, por cuanto que: a) Se le abriría una de dos posibilidades, a su conveniencia, la primera, si ya no le interesa el cumplimiento de la obligación principal buscará resolver el negocio y exigirá la cláusula penal, y la segunda, si aún está interesado en ejecutar la prestación, la solicitará prefiriéndola sobre la cláusula penal, a no ser que pueda acumularlas bajo pacto previo. Asumir la posición contraria eliminaría la primera

posibilidad, no dejándole otra alternativa que pedir el cumplimiento de la obligación principal y eventualmente el de la cláusula penal (si así lo pactaron) dejando como resultando una situación más benéfica para el deudor en algunos casos; y b) Esta tesis confirma la esencia de la cláusula penal, la cual fue prevista por las partes con el objetivo de sancionar el eventual incumplimiento de la obligación principal por alguna de ellas. Si aceptamos que con la resolución del contrato, se extinga la cláusula penal, perdería sentido pactarla, porque aunque haya incumplimiento (requisito para su exigibilidad), si se opta por la resolución, no podrá cobrarse la penal.

6. MODIFICACIÓN PRETORIA DE LA CLÁUSULA PENAL

Este tema tampoco parece exento de controversias, pues unos consideran viable la moderación de la pena de acuerdo a los criterios de justicia y equidad, mientras otros defienden la tesis de la inmutabilidad de la misma con base en el principio de autonomía privada de la voluntad.

Sin dejar de lado el carácter accesorio de la cláusula penal frente a la obligación principal, para abordar este tema, es necesario suponer que la obligación principal es válida y eficaz desde el punto de vista jurídico, de manera que se analizará la pena convencional como cláusula autónoma, con independencia de la obligación principal que la sustenta.

La primera postura permitirá a los jueces modificar la pena, bien sea porque así lo exige el ordenamiento jurídico, es decir, existe una ley imperativa que limita el monto de las cláusulas penales; o bien, porque de acuerdo a su criterio y leal saber y entender, si esta es desproporcional se requerirá que en aras de justicia su monto se reduzca o aumente, según sea el caso.

a) Esta posición es compartida, entre otros, por Gutiérrez y González (1971, p. 405) al interpretar el Código Civil mexicano, en el cual al limitar el monto de la cláusula penal a una cuantía determinada en relación con la

de obligación principal²⁸, la explicación lógica se basa en la idea de que la cláusula penal se pacta como equivalente que sustituye a la indemnización compensatoria, la cual no podría ser superior al valor que tenga la obligación incumplida por el hecho ilícito. Como se observa, parecería que lo importante es que no se den cláusulas penales excesivas o abusivas.

Bajo estas mismas ideas, otros, sin fijar un límite exigen como condición principal, para que el juez pueda variar la pena, que el deudor haya cumplido por lo menos en parte la obligación principal, o que la pena sea excesiva. Pues el deudor no puede exigir una reducción de la penal; solo el juez – y *únicamente* en los casos en que haya cumplido en parte, o que el monto de la penal sea manifiestamente excesivo tiene la facultad de reducirla equitativamente (Código Civil Italiano, art. 1384). Espin, interpretando el Código Civil italiano, comenta que el artículo 1384 introduce la posibilidad de reducción equitativa de la pena cuando esta se revele excesiva y haya existido un cumplimiento parcial de la obligación [...] (Messineo, 1997, p. 24). En Portugal existe la posibilidad de que los jueces reduzcan la pena, con base en la equidad, siempre que fuera manifiestamente excesiva o existiera cumplimiento parcial de la obligación por parte del deudor (art. 812) (Espin, p. 27). En el derecho Belga, la jurisprudencia ha dado por sentado que las cláusulas penales excesivas pueden anularse en razón de nociones de causa ilícita. En el sistema francés se permite anular las cláusulas penales desproporcionadas no solamente apoyándose en criterios de causa ilícita, también considera la jurisprudencia francesa que dichas cláusulas excesivas pueden anularse en razón de ausencia de causa, abuso del derecho, fraude a la ley y lesión (Terré, Simler & Lequette, 2002, p. 609). A su vez, cuando la pena no sea manifiestamente excesiva pero sí desproporcionada, los Mazeaud (1983) consideran que el art. 1231 del Código Civil francés establece que la pena puede ser modificada por el Juez (Guestin, 1988, p. 1052)²⁹ cuando el

28 De la misma manera se expresa el Código Civil brasileño que en su artículo 920 establece como límite de la cláusula el valor exacto de la obligación. Y los Códigos Civiles de Chile, Bolivia y Nicaragua. Y el Código de Comercio colombiano, por citar algunos ejemplos.

29 No obstante, la ley civil francesa ha determinado unos límites para las cláusulas penales, es una verdadera dificultad cuando la misma ley, simultáneamente, le concede facultades al juez para que reduzca lo que considere excesivo, sabiendo que el legislador ya ha precisado los toques mínimos y máximos. Cfr. Guestin, J. *Traité de droit civil. Les obligations, le contrat: formation*. 2e édition.: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París. 1988. Pág. 1052. Lo anteriormente planteado por el autor tiene que ser reevaluado a la luz del derecho moderno, donde los jueces en armonía con postulados de buena fe, protección a la parte débil, protección ante abusos de derecho, entre otros, tienen la facultad de revisar las cláusulas contractuales.

incumplimiento sea solamente parcial, así pues, esta modificación no podría ser extendida al incumplimiento total, ni a la cláusula que prevea una pena por el simple retardo” (Mazeaud, H. Mazeaud, L. Tunc, 1983, p.141).

b) Ahora bien, siguiendo con la posibilidad de modificar la pena, pero esta vez apoyándose en los criterios valorativos del Juez, sin que existan límites legales fijados, Von Thur (1934) considera que la pena solo podría considerarse excesiva cuando, teniendo en cuenta el interés del acreedor la penal esté en abierta contradicción con las exigencias de la justicia y la equidad (Von Thur, 1934, p. 242)³⁰ Pues el principio de inmutabilidad de la pena no es absoluto, ya que simplemente indica una orientación, un criterio a seguir, mientras no se suscite un conflicto con otro principio de mayor jerarquía, como es la vigencia de la ley moral, ante el cual debe ceder, pues la cláusula penal no deberá contrariar el imperativo de moralidad de los pactos como límite de la autonomía y la libertad contractual (Llambias, Raffo & Sassot, 1981, p. 121). Dentro de esta postura, la legislación Suiza establece que las cláusulas de liquidación anticipada de perjuicios pueden ser ajustadas si estas son irracionales, especialmente, cuando el poder de negociación de las partes no es el mismo (ejercicio de la posición dominante), sin embargo, en el caso de que ambas partes ostenten la calidad de comerciantes, esta regla normalmente no se aplica (Zimmermann & Whittaker, 2000, p. 650). Inclusive, en derecho japonés, las cláusulas penales excesivas pueden ser reducidas por los jueces, basándose en el postulado de la buena fe, pues imponer penas desproporcionadas es actuar de mala fe, y actuar de mala fe es ir en contravía del orden público y de las buenas costumbres (Jaluzot, 2001, p. 326).

c) Quienes defienden la tesis de la inmutabilidad consideran que la reducción de la pena atenta contra la autonomía privada de la voluntad de las partes, al establecer sus estipulaciones contractuales e, incluso, reduciéndola a una simple indemnización de perjuicios, limitándole su carácter multifuncional de garantía y sanción. Así para Soto (2011, pp. 410 y 416) resulta ilógico, que el legislador en Perú permita al deudor que ha incumplido su obligación o incluso parcialmente, recurrir al poder judicial para solicitar la reducción de la pena que él acordó y aceptó, porque la considera excesiva, enorme o desproporcionada frente a la obligación principal,

³⁰ Así también, se deben tener en cuenta determinados elementos que permitan la intervención del juez para revisar la onerosidad de una cláusula penal; su fundamento debe ser el resultado de analizar si existe una desproporción entre la suma impuesta como pena y la importancia del daño, pero no podrá basarse, exclusivamente, en el comportamiento del deudor y su capacidad de pago (Cfr. Flouraubert, Flour & Savaux, p. 179).

pues si los contratantes pactaran una pena diminuta esta no serviría para nada debemos decir que ello es natural. Si los contratantes pactan una penalidad diminuta, no serviría para nada al no reforzar el cumplimiento de obligaciones. Para Josserand (1950, p. 521) la cláusula penal debe recibir una aplicación exacta e íntegra dado que la convención es ley para las partes y por ello no depende del juez moderarla o agravarla, por enorme o mínima que sea la suma de la pena.

Así se considera acertada la primera tesis por cuanto la autonomía privada deberá ceder ante el imperativo del respeto al orden público. En materia de cláusulas con montos excesivos o irrisorios, este principio se hace manifiesto al prohibir la desproporción en los negocios jurídicos y es por ello que fue dada la facultad al juez de revisar aquellas convenciones que ostensiblemente lo transgredan. Es más, el Juez en aras de proteger la validez de la figura, para no tener que anularla³¹ por ser abusiva, la modifica, conservando la funcionalidad que fue prevista por la partes.

De otro lado, cabe preguntarse sobre la viabilidad de la indexación de la cláusula penal, sobre lo cual se debe ceñir a los lineamientos señalados por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 23 de junio de 2000, ratificada por la Sentencia del 18 de diciembre de 2009 en las cuales se establece que el juez, en el evento en que las partes no hayan pactado un mecanismo de reajuste o valuación de la cláusula penal, no puede de oficio ni a petición de parte indexar el monto de la cláusula, en aras de respetar el principio de autonomía de la voluntad.³²

31 En materia de contratos de construcción, “parece probable que en el caso de que el contratista argumentando con éxito que las cláusulas de liquidación anticipada de daños y perjuicios no son aplicables, entonces él puede correr el riesgo de ser responsable por daños generales por encima de los pactados. Por otro lado, un empleador que solicitó la nulidad de tal disposición por cualquier motivo, a efectos de reclamar una mayor cantidad de daños generales que él podría haber recuperado bajo las disposiciones contractuales, corre el riesgo de no encontrar el favor de los tribunales. (...) Esta práctica seguramente chocará con el principio de derecho en el que se previene a una parte de tomar ventaja de su propio error.” (Thomas, 2001, p. 18).

32 Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de Junio de 2000. Exp. No. 4823 M.P. Ramírez Gómez, J.F. Bogotá. 2000. “(...) siendo la cláusula penal una especie de autotutela privada, que como remanente histórico reconoce la ley, por cuanto ella de alguna manera suple la función judicial, puesto que en el rol liquidatorio de perjuicios la tutela del Estado queda como sucedánea, su tratamiento debe ser restrictivo y si quiere excepcional, si es que se procura dejar a salvo el sistema general e imparcial de la tutela judicial y al mismo tiempo el principio de la autonomía privada que prima en la configuración de la cláusula penal, dentro de los propios límites legales, que en algunas latitudes dan lugar a la llamada “moderación”, razón por la que se insiste en que si las partes no disponen con ocasión del pacto penal de un mecanismo de reajuste o valuación, este no se puede determinar judicialmente, así medie la petición del acreedor y mucho menos de oficio. (...) perteneciendo la materia al campo estricto de los intereses de las partes, dice con autoridad Luis Díez Picazo, de los intereses privados, rige respecto de este tema el principio dispositivo, que impide una actuación de oficio”.

7 LA CLÁUSULA PENAL Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA

7.1 EN DERECHO PRIVADO:

La cláusula penal en nuestro ordenamiento está definida por el art. 1592 C.C.³³ La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo, en caso de no ejecutarse o retardarse el cumplimiento de la obligación principal. Así se puede deducir que dicha cláusula engendra funciones de tanto de garantía como de sanción. Sin embargo, nada obsta para que las partes, en ejercicio de la libertad contractual, pacten la cláusula como estimación anticipada de perjuicios, pues al interpretarse el artículo 1594 C.C. se puede deducir que, salvo pacto en contrario, constituido en mora el deudor, el acreedor solo podría demandar la obligación principal o la pena; adquiriendo esta última una función meramente compensatoria, ya que en dado caso que sea elegida, excluye la ejecución de la obligación principal haciendo menos gravosa la situación del deudor, ya que la pena, en dicho caso, no sería tomada como sanción adicional sino como una indemnización que compensa la no ejecución de la prestación debida. Respecto de las funciones y como se ha dejado anotado en su definición, encontramos que nuestra legislación da libertad a las partes para que ellas mismas elijan la función que quieren que la cláusula desempeñe. De igual manera, la juris-

33 Su constitucionalidad fue revisada en sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala Plena, Sentencia de 27 de septiembre de 1974. “La cláusula penal es simplemente el avalúo anticipado hecho por las partes contrata de perjuicios que pueden resultar por la inexecución de una obligación, su ejecución defectuosa o el retardo en el cumplimiento de la misma; el calificativo de penal no significa que pertenezca al Derecho Penal, entendido como la defensa de los intereses comunes, sino una sanción o pena civil, tendientes a garantizar los intereses particulares y limitada a una reparación exclusivamente patrimonial. El concepto de pena comprende el derecho represivo y el Derecho Privado en el que se da a través de convenciones o cláusulas para garantizar el cumplimiento de la voluntad contractual. Los artículos 1592 a 1601 del Código Civil, objeto de esta demanda de inconstitucionalidad, estatuyen lo relacionado con la cláusula penal en materia civil o pecuniaria, o sea que constituyen la reglamentación a que deben atenerse los contratantes que la estipulan voluntariamente para asegurar el cumplimiento de una obligación.”

prudencia de la Corte suprema de Justicia en sentencia del 18 de diciembre de 2009³⁴ apoya este criterio al afirmar que:

Débase asentar, por consiguiente, a modo de corolario, que en el ordenamiento patrio no puede reducirse la cláusula penal, simplemente, a un pacto antelado de indemnización de perjuicios, habida cuenta que, además de entrañar la sanción de un acto antijurídico, ella cumple otras funciones tales como la de apremiar al deudor y, según algunos, la de caucionar el cumplimiento de lo convenido.

La exigibilidad de la cláusula es ilustrada por los artículos 1594, 1599 y 1600 del Código Civil donde se deduce que la pena será exigible aun cuando no hubiere causado daño al acreedor, quien tiene la facultad de elegir, 1. Sin pacto expreso, entre: *a) obligación principal o cláusula penal por incumplimiento; b) indemnización de perjuicios o cláusula penal por incumplimiento*; 2. Con pacto expreso, permitiendo la acumulación de algunas de ellas (en algunos casos), entre: *a) obligación principal y cláusula penal por incumplimiento; b) indemnización de perjuicios y cláusula penal por incumplimiento*; 3. Adicionalmente, si se ha pactado una cláusula penal por retardo, entre: *a) obligación principal y cláusula penal por retardo; b) indemnización de perjuicios y cláusula penal por retardo*. 4. Por último, si se han pactado dos cláusulas penales, una por incumplimiento y otra por retardo, se podrá exigir: *a) obligación principal, cláusula penal por incumplimiento y cláusula penal por retardo; b) indemnización de perjuicios, cláusula penal por incumplimiento y cláusula penal por retardo*.

En cuanto a la modificación, podrá solicitarse que se reduzca el monto de la penal si esta sobrepasa los límites fijados por la ley.

1. En la legislación civil: *a) cuando la obligación se ha cumplido parcialmente* [art. 1596]; *b) cuando el monto de la cláusula exceda, en un duplo, el de la obligación principal* [1601 Inc. 1]; *c) Tratándose del mutuo, cuando se excede el máximo del interés que es permitido estipular* [art. 1601. Inc. 3]; y por último, *d) En obligaciones de valor inapreciable o indeterminado: será reducida por el Juez, cuando atendiendo a las circunstancias, le pareciese enorme* [art. 1601. Inc. 4].

2. En la legislación comercial, artículo 867 C.Co.: *a) cuando la obligación se ha cumplido parcialmente; b) cuando el monto de la cláusula exceda el de la*

³⁴ Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2009, diciembre) Sentencia del 18 de diciembre de 2009 Exp. 68001. M.P. Munar Cadena, P.O. Bogotá.

obligación principal y por último, c) En obligaciones de valor inapreciable o indeterminado: será reducida por el Juez, cuando atendiendo a las circunstancias, le pareciese excesiva.

7.2 EN DERECHO ADMINISTRATIVO:

La administración pública, con el fin de asegurar la ejecución adecuada del contrato que celebra con particulares, puede introducir en el cuerpo del contrato sanciones pecuniarias (Lamprea, 1979, p. 220)³⁵ entre ellas, la cláusula penal y se define por el máximo tribunal de lo contencioso, en los siguientes términos:

La cláusula penal consiste entonces en la estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos: a) En el evento de la declaratoria de caducidad del contrato; y b) En el evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aún vencido el plazo de ejecución del contrato. Lo anterior sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración, aunque deberá declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista.³⁶

En el ordenamiento jurídico nacional, la cláusula está regulada en la Ley 80 de 1993 “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” y su modificación con la Ley 1150 de 2007 estableciendo que es una estipulación válida, ejecutable e imponible por la sola decisión del Estado, pero no es obligatoria, aunque por regla general, las entidades públicas la incluyen en la gran mayoría de los contratos estatales, siempre a favor del Estado.

Sobre su exigibilidad es preciso señalar que de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el Estado tiene la facultad de imponer cláusulas penales con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado

35 Constituyen exigencias de tipo económico para el contratista, con carácter punitivo, como ocurre con las multas (Cláusula de establecimiento de multas) o bien a título de indemnización de daños y perjuicios (Cláusula penal pecuniaria).

36 Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. (2005, octubre). Sentencia del 19 de Octubre de 2005, Exp. 15011. C.P. Rodríguez Villamizar, G. Bogotá.

con un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede solo mientras esté pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. También se podrá declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. Y continúa estableciendo que su cobro puede darse por jurisdicción coactiva.

De otro lado, la cláusula penal en materia estatal, al igual que la pactada entre particulares, es susceptible de modificación cuando resulta lesiva para el contratista. Reciente jurisprudencia del Consejo de Estado (2008) lo establece: "si el contratista afectado con la imposición de la cláusula penal considera que el monto establecido por tal concepto es excesivo, injusto o desproporcionado, puede acudir al juez para que revise la decisión administrativa."³⁷

8 CONCLUSIONES

La cláusula penal tiende a ser definida por la doctrina teniendo en cuenta criterios subjetivos, pues varía su concepto dependiendo del rol desempeñado por la misma. Así, unos consideran que cumple función de estimación anticipada de perjuicios, otros creen que su papel es únicamente punitivo o sancionatorio y finalmente existen quienes verifican en ella funciones tanto de garantía como de sanción.

Sin embargo, la definición de la penal no debe ceñirse a una u otra función específica sino que deberá concentrarse en todas y cada una de sus posibilidades funcionales, pues finalmente fue creada para que sean las mismas partes quienes la determinen, según sus propios criterios, a fin de que intervenga en su relación contractual.

Dado su carácter multifuncional, la cláusula penal puede servir, de acuerdo a lo que libremente quieran estipular las partes, como estimación anticipada de daños y perjuicios, como medio de coerción o garantía, o como sanción para el incumplimiento o retardo de la obligación principal. Sin embargo, no se puede dejar de lado que, en algunas legislaciones (como la mexicana) limitan

37 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009). C.P. Gil Botero, E. Bogotá. 2008.

las funciones que le pueden ser otorgadas de manera expresa, siendo reacias a la idea de aceptarla como sanción, mientras que por el contrario existen otras legislaciones que como la colombiana le dan completa autonomía a las partes, para que sobre la cláusula penal pacten la función que más les convenga a las partes.

La exigibilidad de la cláusula dependerá del supuesto de cumplimiento o de incumplimiento para cada caso concreto. Es decir, la parte afectada por el incumplimiento del contrato, podrá solicitar que se haga exigible la cláusula penal pactada, siempre y cuando el sobreveniente incumplimiento haya sido previsto por las partes y dicha estipulación cobije el grado o modalidad del mismo. Ahora, no obstante lo anterior, hay que ceñirse a las reglas propias de cada ordenamiento jurídico, así, unos exigen que el deudor sea constituido en mora, mientras que otros no.

No se pueden confundir exigibilidad de la penal con ejecutabilidad de la misma. Una tiene que ver con la forma y requisitos que se deben para que pueda exigirse y la otra con manera de hacerse efectivo el cobro, pues no es de su esencia servir de garantía real ni personal.

La moderación, aunque genera opiniones contrarias, es necesaria para aquellos eventos en los que puede resultar excesiva o irrisoria. Si bien la autonomía privada de la voluntad debe ser respetada, también lo es, que el juez, en aplicación de los principios constitucionales de respeto por el orden público, la buena fe y la igualdad, deberá intervenir para evitar injusticias en el cobro de la cláusula, ya sea para proteger a la parte débil, para castigar la mala fe de algún contratante o simplemente porque así lo establece el ordenamiento jurídico al fijar un límite. Solo así, se logra asegurar, que las operaciones contractuales se establezcan en pro del patrimonio de las partes, reportando para ambas un beneficio y en el caso de un incumplimiento un castigo justo.

BIBLIOGRAFÍA

Arrubla Paucar, Jaime. (1997). *Contratos mercantiles*. Tomo 1. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

- Atiyah, Patrick. (1995). *An Introduction to the law of contract*. Fifth Edition. New York: Clarendon Press- Oxford.
- Azula Camacho, Jaime. (2008). *Manual de derecho procesal. Teoría general del proceso*. Novena Edición. Tomo 1. Bogotá: Temis.
- Becerra León, Henry Alberto. (2013). *Derecho comercial de los títulos valores*. Sexta edición. Bogotá: Doctrina y ley.
- Bustamante Alsina, Jorge. (1997). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Novena edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Calamari, Jhon & Perillo, Joseph. (2004). *Contracts*. Fourth Edition. Thompson West. St. Paul Minnesota.
- Castro de Arenas, Rosa. (1993). *Nociones básicas de las obligaciones*. Primera edición. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Castro de Cifuentes, Marcela. (2009). *Derecho de las obligaciones*. Tomo I. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Castro de Cifuentes, Marcela. (2010). *Derecho de las obligaciones*. Tomo II. Vol. 1. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Cheshire, Fifoot & Furmston's. (1986). *Law of Contract*. Eleventh Edition. London: Butterworths.
- Colin & Capitant (1922). *Curso elemental de derecho civil*. Tomo III. París: Reus.
- Cooke, P J. (1993). *The Common Law of Obligations*. Second Edition. London: Butterworths.
- Cubides, Jorge. (2010). *Obligaciones*. Sexta edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Emiliani Román, Raymundo. (1980). *Conferencias de obligaciones: fuentes voluntarias de las obligaciones*. Bogotá: Temis LTDA.
- Espin, Isabel. (1997). *La cláusula penal: especial referencia a la moderación de la pena*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales S.A.
- Fabre-Magnan, Muriel. (2004). *Themis de droit privé. Les Obligations*. Paris: Presses Universitaires de France.

- Flour, Jacques; Aubert, Jean-Luc; Flour, Yvonne; Savaux, Éric. (2007) *Les Obligations, 3. Le rapport d'obligation*. París: Sirey.
- Gamarra, Jorge. (1996). *Responsabilidad contractual. I. El incumplimiento*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Genicon Thomas. (2007). *La résolution du contrat pour inexécution*. París: Bibliotheque de droit privé.
- Guestin, Jacques. (1988) *Traité de droit civil. Les obligations, le contrat: formation*. 2 edition. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Giorgi. (1930). *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno Italiano*. Torino: Reus.
- Goode, Roy. (2010). *Goode on Commercial Law*. Fourth Edition. London: Penguin Books.
- Gual Acosta, José Manuel. (2012). *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*. Bogotá: Ibáñez.
- Gutiérrez y González, Ernesto. (1971). *Derecho de las obligaciones*. Puebla: Cajica.
- Hinestrosa, Fernando. (1986). *Derecho civil: obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, Fernando. (2003). *Tratado de las obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jaluzot, Béatrice. (2001). *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, allemand e japonais*. París: Nouvelle Bibliothèque de thèses.
- Josserand, Louis. (1950). *Derecho civil. Teoría general de las obligaciones*. Tomo II. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América.
- Kemelmajer, Aida. (1981). *La cláusula penal: su régimen jurídico en el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Kozolchyk, Boris. (2006). *La contratación comercial en el derecho comparado*. Madrid: Editora de publicaciones científicas y profesionales Dykinson S.L.
- Lamprea, Pedro. (1979). *Contratos Administrativos: Tratado Teórico y Práctico*. Bogotá: Fondo de Cultura Jurídica.

- Larroumet, Christian. (1999). *Teoría general del contrato*. Vol. 2. Bogotá: Temis.
- Lasarte, Carlos. (2008). *Derecho de obligaciones: principios de derecho civil*. Tomo segundo. Doceava edición. Madrid: Ediciones jurídicas y sociales S.A.
- Lawrence, Christopher. (2009). *Penalty clauses in agreements: enforcement and avoidance*. Sidney: Edmund Barton Chambers.
- Llambias, Jorge; Raffo, Patricio. & Sassot, Rafael. (1981). *Manual de derecho civil: obligaciones*. Sexta edición. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- Malaurie, Philippe; Aynès, Laurent & Stoffel-Munck, Philippe. (2007). *Les Obligations*. 3^e Édition. París: Defrénois.
- Mann, Richard & Roberts, Barry. (2011). *Business Law and the Regulation of Business*. Tenth Edition. Mason, USA: South-Western Cengage Learning.
- Mazeaud, Henri; Mazeaud, Leon & Tunc, André. (1983). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Tomo III. Vol. 2. Buenos aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Mazeaud Herni Et Léon; Mazeaud Jean & Chabas François. (1998). *Le ons de Droit Civil. Obligations, théorie générale*. Tome II. Premier Volume. París: Montchrestien.
- Mazeaud Herni Et Léon; Mazeaud Jean & Chabas François. (1983). *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*. Tome III. Second volume. Sixieme édition. Paris 5: Editions Montchrestien.
- Mazeaud, Denis. (1992). *La notion de clause pénale*. Tome 223. Paris: Biblioteque de droit privé.
- Messineo, Francesco. (1986). *Doctrina general del contrato*. Tomos I y II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Mosco, Luigi. (1962). *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Barcelona: Nereo.
- Navia Arroyo, Felipe. (2004). *Homenaje a Fernando Hinestrosa: 40 años de rectoría 1963-2003*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Ospina Fernández, Guillermo. (2005). *Régimen general de las obligaciones*. Octava edición. Bogotá: Temis.
- Oviedo Albán, Jorge. (2010) “*El pacto de arras en los contratos de derecho privado*”.
- Trabajo producto del Grupo de Investigación en Derecho Privado Universidad de La Sabana. Edición No 10 de junio de 2010 Recuperado el día 27 de marzo de 2013 de: http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edi10/pacto_de_arras.pdf.
- Peirano Facio, Jorge. (1982). *La cláusula penal*. Segunda edición. Bogotá: Temis.
- Pérez Vives, Álvaro. (1955). *Teoría general de las obligaciones: Clasificación, efectos transmisión y extinción de las obligaciones*. Volumen III. Parte segunda. Bogotá: Temis.
- Pothier, Robert Joseph. (1947). *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Atalaya.
- Preciado, Darío. (1988). *Indemnización de perjuicios: responsabilidad civil contractual, extra-contractual y delictual*. Bogotá: Librería del Profesional.
- Pries Picardo, Aldofo; Ubaldo Nieto Carol & Bonet Sánchez José Ignacio. (1996). *Tratado de garantías en la contratación mercantil: parte general y garantías personales*. Tomo 1. Madrid: Civitas.
- Rezzonico, Luis María. (1959). *Manual de las obligaciones en nuestro derecho civil*. Buenos Aires: Roque Depalma.
- Somarriva, Manuel. (1939). *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*. Santiago: Nacimiento.
- Soto, Carlos Alberto en *Contratos: Teoría general, principio y tendencias*.
- Oviedo Albán, Jorge (Coordinación). (2011). *Inmutabilidad de las penas convencionales*. Segunda edición. Bogotá: Ibáñez.
- Starck, Boris; Roland, Henri & Boyer, Laurent. (1998). *Droit Civil. Les Obligations, 2. Contrat*. Sixième Edition. París: Litec.
- Terré, François; Simler, Philippe & Lequette, Yves. (2002). *Droit Civil. Les Obligations*. Octave Edition. París: Dalloz.
- Thomas, Reg. (2001). “*Construction contract Claims*” Second edition. London: Palgrave.
- Treitel, Guenter Heinz. (2011). *The Law of the Contract*. Thirteenth edition. London: Thomson Reuters.

- Valencia Zea, Arturo. (1974). *Derecho Civil. De la obligaciones*. Tomo III. Cuarta edición. Bogotá: Temis.
- Vallejo, Jesús. (1991). *Manual der obligaciones*. Primera edición. Medellín. Biblioteca jurídica DIKE.
- Verdera Server, Rafael. (1995). *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. Bolonia: Publicaciones del real colegio de España.
- Volkmar Jaeger, Axel & Hök, Götz Sebastian. (2010). *Fidic – A Guide for practitioners*. Berlin: Springer.
- Von Thur, A. (1934). *Tratado de las obligaciones*. Tomo 1. Primera edición. Madrid: Reus, S.A.
- Walker, David. (1985). *The law of contracts and related obligations in Scotland*. Second edition. London: Butterworth & co.
- Yong, Samuel. (2009). *Introducción a la responsabilidad pública y privada*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Zimmermann, Reinhard & Whittaker, Simon. (2000). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Jurisprudencia

- Colombia, Corte Constitucional. (2009, agosto). Sentencia T-537/09, M.P. Sierra Porto, H.A. Bogotá.
- Colombia, Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil. (2012, agosto). Sentencia del 9 de agosto de 2012. Exp. 1100102030002012-01620-00. M.P. Giraldo Gutiérrez, F. Bogotá.
- Colombia, Corte Suprema De Justicia. Sala de casación Civil. (2012, febrero). Sentencia del 17 de febrero de 2012. Exp. 11001-22-03-000-2012-00025-01. M.P. Díaz Rueda, R.M. Bogotá.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2011, agosto). Sentencia del 24 de agosto de 2011. Exp. No. T. 05001 22 03 000 2011 00445-01. M.P. Munar Cadena, P.O. Bogotá.

- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2011, mayo). Sentencia del 23 de mayo de 2011. Exp. No. T. 11001 02 03 000 2011 00941-00. M.P. Munar Cadena, P.O. Bogotá.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2009, diciembre). Sentencia del 18 de diciembre de 2009. Expediente 68001 3103 001 2001 00389 01. M.P. Munar Cadena, P.O. Bogotá.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2004, diciembre). Sentencia del 1 de diciembre de 2004. Exp. 54122. M.P. Trejos Bueno, S.F. Bogotá.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2002, junio). Sentencia del 7 de junio de 2002. Exp. 7320. M.P. Trejos Bueno, S.F. Bogotá.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (2000, junio). Sentencia 23 de Junio de 2000. Exp. No. 4823. M.P. Ramírez Gómez, J.F. Bogotá.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. (1996, mayo). Sentencia del 23 de mayo de 1996. Expediente No. 4607. M.P. Jaramillo Schloss, C. E. Bogotá.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. (1974, septiembre). Sentencia de 27 de septiembre de 1974. M.P. Sarmiento Buitrago, L. Bogotá.
- Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2008, noviembre). Sentencia de noviembre 13 de 2008. No. de radicado: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009). C.P. Gil Botero, E. Bogotá.
- Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. (2005, octubre). Sentencia del 19 de octubre de 2005. Expediente 15011. C.P. Rodríguez Villamizar, G. Bogotá.

PARTE II

NUEVAS HIPÓTESIS DE DAÑO



DAÑOS Y RESPONSABILIDAD GENERADOS POR MOBBING¹

Sumario: Introducción. I. El mobbing en la medicina del trabajo.- 1. El fenómeno mobbing frente al Sistema de Riesgos Profesionales. 2. La responsabilidad objetiva por enfermedad profesional: fundamento y carácter de la retribución otorgada. II. Estructuración del sistema de responsabilidad civil del empleador por acoso moral. 1. La obligación de seguridad como fundamento del deber de reparación. 2. Naturaleza de la obligación de seguridad. 3. Mecanismo para la reclamación de la responsabilidad civil por mobbing laboral. III. Daños resarcibles por mobbing laboral. 1. Daños no patrimoniales derivados de lesiones generadas por acoso psicológico. 2. Daños patrimoniales derivados de mobbing. Conclusión.

POR BILLY ESCOBAR PÉREZ* Y MÓNICA L. FERNÁNDEZ M.**

1 Este artículo corresponde al resultado final de la investigación adelantada en el marco del Proyecto “Daños y responsabilidad generados por mobbing”, desarrollado dentro de la línea de investigación Derecho Económico perteneciente al Grupo de Investigación “Economía, Derechos y Globalización” de la Facultad de Ciencias Sociales del Politécnico Grancolombiano. El proyecto de investigación ha sido financiado por la Fundación Politécnico Grancolombiano, Institución Universitaria mediante contrato PG3175_240712 con fechas de inicio y culminación 1 junio de 2012 a 31 julio de 2013, respectivamente.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Dirección de Sistemas de Seguridad Social por la Universidad de Alcalá de Henares (España). Magíster en Dirección Universitaria por la Universidad de los Andes (Colombia). Especialista en Derecho del Trabajo por la Universidad de Salamanca (España) y en Derecho Laboral y Relaciones Industriales por la Universidad Externado de Colombia. Decano de la Facultad de Ciencias Sociales del Politécnico Grancolombiano, conferencista, asesor, consultor y docente universitario.

** Abogada de la Universidad del Cauca. Doctora en Persona y Tutelas Jurídicas por la Universidad Sant'Anna di Pisa (Italia). Especialista en Responsabilidad y daño resarcible por la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Docencia Universitaria por la Universidad Militar (Colombia). Coordinadora de Investigaciones del Programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales del Politécnico Grancolombiano, conferencista, tratadista, asesora y docente universitaria.

INTRODUCCIÓN

No obstante las investigaciones que sobre *mobbing* se han logrado, no solo en los Estados Unidos sino también en Europa, los estudios demuestran que aún existen países donde el *acoso moral o psicológico* es desconocido, debido a que se trata todavía de un fenómeno de difusión restringida, de baja visibilidad y de difícil objetivación (Escartín-Solanelles, et al., 2009, p. 2).

Colombia no es la excepción, si bien en el año 2010, el legislador promulgó una ley que intenta prevenir, corregir y sancionar, no solo el acoso laboral, sino también, otros hostigamientos en el marco de las relaciones laborales, hay una evidente escasez de estudios científicos al respecto y al parecer los mecanismos empleados por las empresas para hacer frente a este fenómeno están aún en desarrollo.

Debido a que el *mobbing* puede generar efectos devastadores en la víctima, se acentúa la preocupación de nuestro legislador colombiano por tratar de regular todo tipo de abuso contra los trabajadores. Sin embargo, el fin central del presente estudio consiste en analizar cómo el *acoso moral* puede eventualmente comprometer la responsabilidad civil del empleador, partiendo del hecho de que las investigaciones adelantadas hasta el momento, han evidenciado que en nuestro país aún no existen sentencias a nivel de Casación Laboral (Cruz, 2012, p. 59) en las que se hayan resuelto casos de responsabilidad civil patronal por *mobbing*.

De esta manera, los resultados que aquí se exponen, hacen parte integrante de un primer estudio que los autores realizaron respecto a la conceptualización del *mobbing* laboral (Escobar & Fernández, 2012), pero va enfocado básicamente a analizar cómo puede estructurarse la responsabilidad civil derivada de este fenómeno.

Para ello, y desde una perspectiva de derecho comparado, se revisará en primera medida, cómo el *mobbing* vendría a ser regulado por la Seguridad Social en Colombia, posteriormente, se estudiará la fundamentación de la responsabilidad civil del empleador por acoso moral (*mobbing*) y, finalmente, se ahondará en el análisis de cuáles serían los daños resarcibles como consecuencia de este fenómeno.

I. EL MOBBING EN LA MEDICINA DEL TRABAJO

1. EL FENÓMENO MOBBING FRENTE AL SISTEMA DE RIESGOS PROFESIONALES

De acuerdo con nuestro reciente estudio, al cual remitimos para poder lograr una lectura integral del presente escrito (Escobar & Fernández, 2012), el *mobbing*, también conocido como acoso moral o psicológico en el trabajo, ha sido definido por parte de los estudiosos en la materia como una situación laboral de conflicto sistemática, persistente y en constante progreso, en la cual una o más personas son objeto de acciones con alto contenido persecutorio por parte de uno o más agresores en posición superior, inferior o de igualdad, con el objetivo de causar a la víctima daños de diferente tipo y gravedad; ante un evento de *mobbing*, el trabajador víctima se encuentra en imposibilidad de reaccionar adecuadamente a los ataques y con el tiempo presenta trastornos psicossomáticos, relacionales y de humor que pueden llevarlo a una invalidez psicofísica permanente o, incluso, a la muerte (Oliva, 2007, p. 10). Debe entenderse que a menudo el fenómeno *mobbing* es definido a partir de listas de comportamientos hostiles, agresivos, vejatorios, ilícitos, discriminatorios, que son asumidos en los lugares de trabajo (Gentile, 2009).

Partiendo de esta definición y antes de adentrarnos en el análisis de la vía que le asiste a la víctima de *mobbing* para reclamar la responsabilidad civil de su patrono por los daños causados por este fenómeno, es importante conocer que dentro de nuestro Sistema General de Riesgos Profesionales (SGRP), se han catalogado como “enfermedades profesionales”, todas las “patologías causadas por *estrés en el trabajo*” (Tabla de Enfermedades Profesionales. Decreto 2566 de 2009). Es decir, el *mobbing* no se identifica como una enfermedad profesional, pero sí todas aquellas patologías que se generen por estrés laboral, como una de las consecuencias de este fenómeno. Este modo de afrontar el acoso moral resulta adecuado, ya que el *mobbing* no es una enfermedad profesional, sino su fuente (Giubboni, 2006, p. 174).

Sin embargo, hay que partir del supuesto de que el *estrés* por trabajo o *estrés laboral* y el *mobbing* son cosas distintas, aunque relacionadas entre ellas. En efecto, el estrés es el resultado de una serie de factores en su mayoría relacio-

nados con la organización del trabajo, mientras que el *mobbing* está constituido por una serie de acciones, individuales o de grupo, que inciden en modo significativo sobre las condiciones emocionales de un trabajador y comportan sufrimiento psíquico y daños a la salud. Los dos fenómenos a menudo coexisten en cuanto que el *mobbing* produce *estrés* y este facilita el surgimiento y la persistencia de situaciones de *mobbing*, sin embargo, es importante distinguirlos porque diversas son las causas, los mecanismos y, sobre todo, los remedios y las consecuencias sobre el plano jurídico (Gentile, 2009).

El “*Acuerdo europeo sobre el stress en el trabajo*” del año 2004, indica como factores indicadores de *estrés*: la organización y los procesos de trabajo (por ejemplo, la planificación del horario de trabajo, el grado de autonomía, el grado de coincidencia entre las exigencias impuestas y la capacidad del trabajador, etc.), las condiciones y el ambiente de trabajo (por ejemplo, la exposición a un comportamiento ilícito, al ruido, al calor, a sustancias peligrosas, etc.), la comunicación (por ejemplo, la incerteza respecto a las expectativas relacionadas con el trabajo, las perspectivas de ocupación, un futuro cambio, etc.), y los factores subjetivos (por ejemplo, las presiones emotivas y sociales, la sensación de no poder hacer nada frente a la situación, la percepción de falta de apoyo, etc.).

En este orden de ideas, podemos observar que el *estrés* es un proceso de relación entre el individuo y el entorno y se produce cuando dicha relación se percibe como amenazante y desbordante de los propios recursos y pone en peligro el bienestar o la salud personal. En tal entendido, cualquier persona puede sufrirlo en mayor o menor medida, pero algunos sujetos tienen más riesgo de padecerlo en atención a los rasgos de su personalidad. Así, las repercusiones del *estrés* pueden ser positivas en la medida que puede ser una forma de estímulo, pero también puede traer consecuencias negativas implicando riesgos para la salud, el trabajo y las relaciones con los demás (Fuertes, 2004).

Desde esta perspectiva, admitiendo la diferencia existente entre el *estrés laboral* y el *mobbing*, podríamos afirmar que el Sistema General de Riesgos Profesionales (SGRP) está reconociendo algunas de las patologías que puede producir el fenómeno de *mobbing*, cuando estas son causadas por *estrés en el trabajo*, es decir, el SGRP podría estar regulando el fenómeno *mobbing* a partir del reconocimiento de esas patologías como enfermedades profesionales, cuando estas son causadas por el *estrés* que resulta como consecuencia de dicho fenómeno, es decir, cuando el *mobbing* produce un *estrés* de tal envergadura en el trabajador víctima, que le ocasiona el surgimiento de patologías específicas.

El dilema es que, tal como se ha descubierto, el *mobbing* no solo genera *estrés* laboral, pues hay que tener en cuenta que, desde el punto de vista físico, los efectos que este fenómeno genera sobre la salud del trabajador pueden causar distintas manifestaciones sintomáticas de naturaleza física, psíquica o psicósomática, pudiéndose, incluso, desarrollar síndromes patológicos. El *mobbing* genera enfermedades psíquicas o mentales, siendo posible además que estas vayan acompañadas de males estrictamente físicos.

Los estudios indican que desde el punto de vista psicológico, las víctimas presentan alteraciones del equilibrio socioemotivo, del equilibrio psicofisiológico y perturbaciones a nivel de comportamiento. Respecto a las emociones de la víctima, se genera un aumento de las sensaciones de aislamiento, marginación, molestia y enfermedad, por lo que el *mobbing* ha sido considerado “una forma impropia de enfermedad laboral” (Gentile, 2009, p. 23). Los estudios concluyen que el fenómeno *mobbing*, trae consigo consecuencias que se manifiestan sobre la salud psicofísica, la vida profesional, la vida familiar, la dignidad del trabajador víctima, igualmente, sobre la organización o empresa y, en últimas, sobre toda la comunidad social (Gentile, 2009).

En este orden de ideas, la víctima del *mobbing* puede desarrollar una serie de problemas físicos o males psicósomáticos que van desde efectos cognitivos e hiperreacción psíquica (p. ej. dificultades para concentrarse, decaimiento, depresión); síntomas sicóticos de estrés (p. ej. pesadillas, colon irritable, náuseas, falta de apetito, llanto); síntomas de desajuste del sistema nervioso (ej. palpitaciones, sudoración, hiper o hipotensión arterial); síntomas de desgaste físico producido por un estrés mantenido por mucho tiempo (p. ej. dolores lumbares, dolores cervicales); trastornos del sueño (p. ej. dificultad para conciliar el sueño, sueño interrumpido, aligeramiento y fragmentación del sueño, insomnio) (Pando, et al., 2010); cansancio y debilidad (p. ej. fatiga crónica, desmayos, temblores) (Piñuel & Zabala, 2001; Gisbert, 2002; Barca, 2002).

Igualmente, las víctimas de *mobbing* pueden presentar una serie de síntomas parecidos a los del denominado “Síndrome de estrés postraumático” (característico de las víctimas de asaltos, catástrofes naturales, accidentes aéreos, violaciones, etc.). El estrés postraumático también llamado “Estrés por coacción continuada” (Gisbert, 2002), genera una especie de fobia y hace que la persona sea incapaz de olvidar el hecho traumático y superar el acontecimiento adverso, el cual revive al menor estímulo capaz de recordarlo. Este trastorno psíquico, es la causa de que muchos trabajadores víctimas de *mobbing* no puedan volver a trabajar y reclamen una incapacidad permanente total para

el trabajo, semejante a la que puede provocar otra enfermedad grave (Blancas, 2007).

En cuanto a las consecuencias sociales, se ha establecido que el fenómeno puede conllevar a distintas y prolongadas ausencias al trabajo, las cuales pueden conducir al despido, la renuncia o a pensionarse anticipadamente (Barca, 2002). Igualmente, el fenómeno repercute sobre la familia de la víctima, pudiendo generar eventos de divorcios, separaciones, trastornos a los hijos, o en definitiva, puede generarse lo que se ha llamado como “doble *mobbing*” para significar que, en algunos eventos, la propia familia, excesivamente afectada por todos estos sucesos, puede a su vez comenzar a segregar, aislar, alejar o, incluso, culpabilizar a la víctima (Escobar & Fernández, 2012).

Así pues, como arriba se indicó, cuando el fenómeno *mobbing* genera en la víctima un estado de estrés de tal envergadura que causa ciertas patologías, a través de SGRP se protege al trabajador reconociendo estas como Enfermedad Profesional a título de “*patologías causadas por estrés en el trabajo*”. Dichas patologías han sido identificadas y se reducen a las siguientes: “estados de ansiedad y depresión, infarto del miocardio y otras urgencias cardiovasculares, hipertensión arterial, enfermedad acidopéptica severa o colon irritable” (Decreto 2566 de 2009, art. 1, num. 42).

Ahora bien, dado que en Colombia el Sistema General de Riesgos Profesionales, otorga la posibilidad para que se reconozca como enfermedad profesional cualquier otro tipo de patología, distinta a las indicadas en la lista de enfermedades que conforman la Tabla oficial de Enfermedades Profesionales, con el único requisito de que se demuestre el nexo causal entre la enfermedad (que no figura en la tabla oficial) y los factores de riesgo ocupacional (Decreto 2566 de 2009, art. 2), este mecanismo permitiría abrir el espectro de las consecuencias que genera el *mobbing* laboral, el cual, como antes se indicó, aparece bastante estrecho cuando cataloga como Enfermedades Profesionales a ciertas patologías causadas únicamente por *estrés en el trabajo*.

En efecto, como ya lo hemos indicado (Escobar & Fernández, 2012), el *mobbing* puede generar enfermedades psíquicas o mentales, siendo posible además que estas vayan acompañadas de enfermedades estrictamente físicas. De esta manera, cualquier otro tipo de patología (psíquica o física) que pueda ser vinculada al fenómeno del *mobbing* y que no se identifique con las patologías derivadas del *estrés laboral*, el que dicho sea de paso, se encuentra catalogado entre las principales enfermedades psíquicas de nuestra época, podría manejarse a través de la demostración de la relación de causalidad existente entre el factor de riesgo y la enfermedad que no figura en la Tabla de Enfermedades

Profesionales, entendiendo que, para el caso concreto, estaríamos frente a un evento de riesgo psicosocial, dado que los factores de riesgo psicosocial han sido definidos por el Decreto 2646 de 2008 (artículo 5) como aquellos aspectos intralaborales, extralaborales o externos de la organización y las condiciones individuales o características intrínsecas del trabajador que en una interrelación dinámica, genera percepciones y experiencias, que influyen negativamente en la salud y en el desempeño de las personas².

Siguiendo esta normativa, se concluye entonces que, en caso de que el evento mobbing produzca otro tipo de enfermedad psíquica o mental, distinta a las reconocidas en la Tabla Oficial, como patologías derivadas del estrés laboral, le corresponderá como primera medida a la víctima demostrar la relación de causalidad existente entre el factor de riesgo y la enfermedad que no figura en la Tabla de Enfermedades Profesionales, entendiendo que, para el caso concreto, estaríamos frente a un evento de riesgo psicosocial³.

Nos referimos aquí al “Síndrome de estrés postraumático”, como principal enfermedad psíquica reconocida a las víctimas de mobbing y que se asimila al que pueden sufrir las víctimas de asaltos, catástrofes naturales, accidentes aéreos, violaciones, etc. En efecto, esta patología genera otra clase de enfermedades catalogadas como fobias (específica y social), trastornos somatoformes (indiferenciados, de conversión, etc.), trastornos de adaptación, entre otros (Bona et al., 2007, p. 248). Así mismo, el daño a la salud del trabajador puede llegar a ser irreversible, siendo el suicidio el resultado más dramático que puede degenerar el fenómeno mobbing (Blancas, 2007).

Así pues, de acuerdo con las evidencias anteriores, es preciso realizar una corta alusión respecto a la responsabilidad que deriva del acaecimiento de una Enfermedad Profesional.

2. La responsabilidad objetiva por enfermedad profesional: fundamento y carácter de la retribución otorgada

Actualmente, la Seguridad Social a través del Sistema General de Riesgos Profesionales (SGRP) es la que asume las contingencias generadas por el acae-

2 Al respecto hay que resaltar que actualmente nuestro país ha avanzado en el diseño de instrumentos técnicos para la evaluación de los factores de riesgo psicosocial. Cfr. “Batería de instrumentos para la evaluación de factores de riesgo psicosocial”, [Desarrollado por el Ministerio de la Protección Social].

3 En el derecho italiano el *mobbing* se considera un factor de riesgo profesional de tipo ambiental (Bona, 2007, p. 316).

cimiento de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional (Da Costa, 2008, p. 141). Bajo esta perspectiva, sin reparar en la culpabilidad de lo ocurrido, la Seguridad Social actúa automáticamente a través del SGRP, reparando los perjuicios causados al trabajador.

Así, teniendo en cuenta que existe para el empleador la obligación de afiliarse y afiliar a sus trabajadores a una Administradora de Riesgos Profesionales (ARP), es esta, mas no el empleador directamente, la que asume el pago de los perjuicios ocasionados. Retribución que se hace a título de *prestaciones asistenciales y económicas* tarifadas previamente por la ley⁴.

Es de este modo como opera la llamada *responsabilidad objetiva por riesgos profesionales (accidentes de trabajo y enfermedad profesional)*, la cual solo estará a cargo del empleador cuando este no cumpla con la obligación legal de la afiliación y pago de las cotizaciones respectivas al Sistema General de Riesgos Profesionales.

Con esta responsabilidad *objetiva* se busca la reparación del daño sufrido por parte del trabajador, sin detenerse a considerar si hubo o no culpa del empleador en la producción del evento lesivo, circunstancia que resulta de gran ventaja para el trabajador que sabe que de todos modos será indemnizado a través de la Seguridad Social, por los daños que le puedan sobrevenir a causa de una enfermedad profesional, así esta sea fortuita o no imputable a la culpa del empleador.

Se trata entonces de una *responsabilidad objetiva* pues su fundamento no se halla en la *culpa* en que pueda haber incurrido el patrono, sino en el *riesgo creado*; así lo viene afirmando la Corte desde hace varias décadas: “Las indemnizaciones prefijadas que consagra el Código Sustantivo del Trabajo [...] tienen fundamento en el riesgo creado, no provienen de la culpa sino de la responsabilidad objetiva” (Cas. Lab., 10 abril de 1975; 16 febrero 1959).

La teoría del riesgo creado, según la cual “todo el que crea para su beneficio un nuevo riesgo debe responder por los daños que este cause: ubi emolumentum ibi onus” (Pérez Vives, 1954, p. 415), muestra un claro fundamento de justicia, pues no hay razón para que una víctima no culpable soporte el daño causado por un

4 Dentro de las prestaciones económicas reconocidas a un trabajador que sufre una enfermedad profesional se encuentran: el subsidio por incapacidad temporal, la indemnización por incapacidad permanente parcial, la pensión de invalidez, la pensión de sobreviviente, el auxilio funerario. Cfr. Artículo 249 y ss. Ley 100 de 1993, Decreto 1295 de 1994 y Ley 776 de 2002.

riesgo creado para utilidad de otra persona o entidad, luego, es justo que responda por el daño quien se beneficia con el riesgo o peligro creado para su lucro, estableciendo de este modo la causa del perjuicio.

Esta teoría, conforme a la cual basta que haya sido creado un riesgo anormal para que, causado el daño surja la obligación de reparar a la víctima, haya su fundamento en la moral y la equidad (Viney, 2006, p. 110; Velásquez, 2009, p. 512), logrado un importante lugar en la legislación laboral a fin de proteger a los trabajadores víctimas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional.

De acuerdo con su aplicación práctica, la Corte Suprema de Justicia afirma que “la responsabilidad del Sistema General de Riesgos Profesionales es de carácter eminentemente objetivo, de modo que, para su definición, basta al beneficiario de las prestaciones que de ella se desprenden acreditar el vínculo laboral y la realización del riesgo con ocasión o como consecuencia del trabajo” (Cas. Lab. 30 junio de 2005); y continúa diciendo, “en estos casos, la culpa no se tiene en cuenta para procurar la integridad física del trabajador al servicio del empleador y garantizar así la reparación del daño que este sufra en su cuerpo o en su salud” (Cas. Lab., 10 septiembre 1997).

Es decir, basta solo que ocurra la contingencia, sin que sea necesaria la culpa patronal para que se cause el pago de los perjuicios ocasionados al trabajador, pago consistente en el reconocimiento de una serie de *prestaciones de tipo asistencial y económico* que la misma jurisprudencia denomina “indemnización tarifada” (Cas. Lab. 13 julio 1993), calculada según la remuneración del asalariado y la secuela o pérdida de la capacidad laboral que sufra a consecuencia de la enfermedad.

Se trata de una típica “indemnización *à forfait*” (Henaó, 1998, p. 53) pues la característica general del régimen de Seguridad Social es propiamente la búsqueda de un límite a la extensión de esta responsabilidad que se considera objetiva. En efecto, tal como lo señala la doctrina, “si el fundamento de este tipo de responsabilidad es un riesgo objetivo no debe extrañar que la responsabilidad sea limitada” (Diez-Picazo, 1999, p. 171).

Esta mitigación propia de los regímenes de responsabilidad objetiva o por riesgo, no solo se conforma por la limitación cuantitativa de la indemnización, sino también, admite como alivio la imposición de un seguro obligatorio, tal como acaece para el ámbito de los riesgos profesionales. Pues lo habitual es que cuando excepcionalmente la ley obliga a reparar un daño que no es consecuencia de la culpa del causante, establezca a favor de este mismo unos límites o topos máximos

indemnizatorios, ya que de este modo, se logra evitar que se comprometa ilimitadamente su patrimonio (De Ángel Yagüez, 1993, p. 58).

De esta manera, se habla entonces de una responsabilidad objetiva con fundamento en la teoría del riesgo creado, sin embargo, en muchas ocasiones la Corte Suprema de Justicia ha considerado que el término riesgo no se toma como sinónimo de responsabilidad sin culpa, sino de una responsabilidad basada en una culpa presunta, es decir, una responsabilidad más estricta que solo permite exoneración demostrando el acaecimiento de una causa extraña (Pérez Vives, 1954, p. 415). Sin embargo, en este caso, al exigírsele a la víctima probar solamente que el daño le ha sido causado y que el empleador solo se libera mediante la prueba de una causa extraña, se está consagrando una responsabilidad sin culpa, una responsabilidad objetiva.

Empero, sea cual sea el calificativo que se le dé a “responsabilidad sin culpa” o “responsabilidad por culpa presunta”, lo cierto es que “para efectos prácticos, la carga probatoria es la misma” (Tamayo, 2007, p. 871), pues en la práctica, en ambos eventos, el empleador solo se podría exonerar probando una causa extraña.

II. ESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPLEADOR POR ACOSO MORAL

1. LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD COMO FUNDAMENTO DEL DEBER DE REPARACIÓN

La obligación de seguridad, cuyo desarrollo cuenta con muchos años de evolución sobretodo en el derecho comparado, nació como un elemento más en la ampliación de la teoría de la reparación, es decir, como una nueva solución para lograr la indemnización plena del daño en supuestos específicos.

Sus orígenes se remontan al fallo de la Corte Casación francesa del 21 noviembre de 1911, que desató un caso de responsabilidad contractual del transpor-

tador de personas, en el cual la Corte concluyó que no obstante no haberse pactado expresamente, junto con las obligaciones principales, el transportador asume una obligación determinada de “conducir al pasajero sano y salvo a destino”⁵. A partir de este fallo, por vía jurisprudencial se extendió el ámbito de la responsabilidad contractual, haciendo penetrar en el contrato una obligación de seguridad que los contratantes no habían acordado.

Así pues, el estudio de este instituto se ubica en lo que en derecho de las obligaciones se ha denominado como “inflación obligacional”, es decir, se trata de aquellos deberes “accesorios” que “integran y ensanchan el contenido de la prestación principal”, los cuales se incluyen tácitamente en ciertos contratos con el objetivo de preservar a las personas contra los daños que puedan originarse en la ejecución contractual (Vásquez, 1988, p. 104).

A partir de este fallo y a través de los años, se ha ido ampliando el ámbito de aplicación de estas obligaciones, incluyéndolas, para el caso que nos compete, en el marco de la legislación laboral sobre accidentes de trabajo. De este modo, se ha establecido que

[...] la obligación de seguridad es aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante ya sea en su persona o en sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato, a través de su interpretación en base al principio de buena fe (Vásquez, 1988, p. 106).

Como podemos observar de esta definición, el contenido de la obligación contractual de seguridad es asegurar la integridad de la persona y de los bienes del acreedor y su incumplimiento genera una responsabilidad por los daños que se causen. Para algunos autores se trata de una obligación “accesoria” (Mayo, 1984, 949, como se citó en Vásquez, 1988, p. 108), para otros, de una obligación “principal” en razón a que su transgresión implica la vulneración de derechos y garantías constitucionales, por lo cual, su salvaguarda mal podría considerarse motivante de una pretensión secundaria (Stiglitz, 1985, p. 18, como se citó en Vásquez, 1988, p. 107).

5 En el evento la Compañía General Trasatlántica le había asignado al pasajero Zbidi Hamida Ben Mahmoud una plaza en la bodega junto a las mercaderías, resultando este gravemente herido en un pie debido a la caída de un tonel mal estribado.

En el ámbito laboral de nuestro país, esta obligación tiene un origen legal, al estar consagrada en el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), que al indicar las obligaciones generales, señala a cargo del empleador las “obligaciones de protección y de seguridad”. Dicha obligación viene a ser complementada por el artículo 57 del CST, cuando consagra como obligaciones especiales del empleador el deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores (numeral 2) y la guarda de la dignidad personal del trabajador (numeral 5). Esta última obligación, en razón a que –como tendremos ocasión de analizarlo– para el caso específico del *mobbing* laboral, cobra especial interés la salvaguarda de la integridad física y psíquica del trabajador.

Del mismo modo, la obligación de seguridad es complementada por las disposiciones integrantes del Sistema de Riesgos Profesionales (Decreto 1295 de 1994), cuando señala como objetivos de dicho Sistema la prevención de riesgos que puedan afectar la salud del trabajador, como los riesgos psicosociales y de seguridad, entre otros; e igualmente, cuando señala como obligaciones del empleador el deber de procurar el cuidado integral de la salud de los trabajadores y de los ambientes de trabajo.

La obligación de seguridad también encuentra sustento legal en el artículo 348 del CST (modificado por el artículo 10 del Decreto 13 de 1967), cuando indica a cargo del empleador la obligación de adoptar las medidas de higiene y seguridad que sean indispensables para la protección de la vida, la salud y la moralidad de los trabajadores a su servicio.

Finalmente, hay que tener en cuenta que la obligación de garantizar la seguridad del trabajador, encuentra su marco de apoyo en el deber de respeto de su integridad psicofísica, sea en cumplimiento de la previsión constitucional relacionada con la protección del Derecho a la Salud, sea en atención de los principios de buena fe y diligencia contractual (Amato, 2007, p. 127; Di Lembo, 2007, p. 1551).

Ahora bien, es de anotar que si bien, la obligación de seguridad tiene un origen en la ley, ello no desdibuja su naturaleza de obligación contractual. Lo que sucede en este caso es que la ley pasa a integrar el contenido del contrato con normas supletorias de la voluntad de las partes o de orden público, pero que en todo caso, dan origen a obligaciones que se encuadran en el contrato, con el mismo nivel de aquellas acordadas expresamente por los contratantes.

De esta manera, el incumplimiento de dicha obligación contractual es, en suma, lo que genera el deber de reparación del daño que se haya ocasionado

como consecuencia cierta y directa de su inejecución, dando lugar así a una responsabilidad civil de naturaleza contractual.

Se trata de una consecuencia justa, en razón a que, si un empleador recibe como prestación el trabajo de un hombre, lo mínimo que debe garantizar es su seguridad, tomando todas las medidas necesarias para evitar que el trabajador sufra daños en su integridad psicofísica y en su dignidad, como consecuencia de dicha relación laboral.

De esta manera, el hecho mismo de que el trabajador se convierta en víctima de *mobbing* laboral, es una clara manifestación del incumplimiento del deber de seguridad que le asiste al empleador. Obligación que, se repite, encuentra su fundamento no solo en el postulado de la Buena Fe en la ejecución del contrato, el cual exige que las prestaciones impuestas deban ser ejecutadas lealmente, es decir, poniendo cada parte la buena voluntad necesaria para que se realice la finalidad perseguida mediante su celebración (Uribe Holguín, 1980, p. 295), sino también, en el deber de protección de la dignidad humana, en razón a que en el contrato de trabajo la salvaguarda de este derecho es ampliamente reclamado ya que el objeto contractual es precisamente la prestación personal de un servicio, labor o tarea, en procura del desarrollo individual y el sustento del trabajador y su familia (Vásquez, 1988, p. 170).

2. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD

Resulta necesario hacer unos breves comentarios en torno a la tradicional clasificación de las obligaciones de *medio* y de *resultado*, dado que un estudio integral de las obligaciones de seguridad exige que se analice el encuadramiento de estas en la división indicada.

En las obligaciones de *medio* el deudor se compromete a obrar con prudencia y diligencia, poniendo de su parte todos los medios posibles tendientes a satisfacer el interés del acreedor. En este tipo de obligaciones, el objeto no es el resultado sino la diligencia prometida, dado que el resultado esperado es demasiado aleatorio, es decir, aquí el azar es de tal entidad que la frustración del resultado no permite concluir en la culpa. En las obligaciones de *resultado*, al contrario, el deudor se compromete a un resultado determinado (*opus*).

Ante los casos de duda con respecto a la calificación de la obligación, se deberá resolver atendiendo a la circunstancia de que el resultado esté o no al alcance de quien despliega la actividad (Vásquez, 1988, p. 84). Por lo tanto, si

el resultado sí se encuentra al alcance del deudor se considerará que se trata de una obligación de *resultado*, en caso contrario, se estaría ante una obligación de *medio*. Así lo ha establecido nuestra propia Corte Suprema de Justicia (18 de octubre de 2005) al indicar que es “dependiendo de la aleatoriedad del fin perseguido por el acreedor: si en la consecución de dicho fin intervienen circunstancias ajenas que lo impiden, se tendrá que se configura la obligación genérica de diligencia y cuidado; por el contrario, si en la consecución del fin no interviene el azar, se tendrá que al deudor se le impone una obligación de resultado”.

Mucho se ha indicado con relación al principal efecto que en materia probatoria trae consigo la adopción de esta clasificación. En efecto, para la mayoría de la doctrina en las obligaciones de *medio* el acreedor debe probar la culpa del deudor; en las obligaciones de *resultado* dicha culpa se presume, en consecuencia, al acreedor le basta con probar el incumplimiento de la obligación, pues dicho incumplimiento o inejecución hace presumir la culpa del deudor, su falta de diligencia.

Sin embargo, es de resaltar la posición de otra parte de la doctrina que desde un enfoque distinto de dicha clasificación, concluye que esta en nada incide en el régimen de la prueba de la culpa (De la Fuente, 1980, p. 712, como se citó en Vásquez, 1988, p. 121). Es decir, partiendo de la afirmación de que no es lo mismo ‘incumplimiento’ que ‘culpa’ –contrario a lo que consideran quienes indican que es difícil separar el incumplimiento de la culpa y siendo inseparables, probado el incumplimiento se prueba la culpa–, establecen que la prueba del incumplimiento no lleva aparejada la prueba de la culpa, sino tan solo es una presunción. En consecuencia, no es exacto que en las obligaciones de *medio* el acreedor deba probar la culpa, pues es suficiente acreditar el incumplimiento. Por lo tanto, sea que se trate de obligaciones de *medio* o de *resultado*, siempre se debe probar el incumplimiento, el cual trae aparejado la presunción de culpa, es decir, el incumplimiento hace que se presuma la culpa del deudor.

Pero no obstante este planteamiento, es de recalcar que la posición tradicional asume que, dado que el objeto de las obligaciones de *medio* consiste en una actividad prudente, adecuada y diligente, no hay duda de que el deudor incumple cuando no desarrolla ninguna actividad o, cuando la actividad que despliega no es diligente, ni adecuada, ni prudente. De ahí que se considere que en las obligaciones de *medio* el incumplimiento sea igual a culpa, es decir, el solo incumplimiento del contrato constituye una culpa.

En lo que respecta a las obligaciones de seguridad, precisar si se trata de obligaciones de *medios* o de *resultados*, ha sido uno de los temas más intrincados en el estudio de la materia. Al respecto, la doctrina francesa establece que debe determinarse cuál es el contenido de la obligación de seguridad en cada caso concreto, partiendo de la consideración de que la regla será la obligación de *resultado* y la excepción la de *medios*. Sin embargo, debido a que el contenido de la obligación de seguridad es muy variable, ello impide que pueda establecerse una regla general.

Así pues, para poder determinar la naturaleza de esta obligación, algunos autores proponen que la solución está en el criterio de lo aleatorio (Vásquez, 1988, p. 212). De este modo, si la integridad (de la persona y bienes) del acreedor depende poco de la exclusiva diligencia del deudor, es decir, si la salvaguarda de la integridad es demasiado aleatoria, en este caso, se estaría ante una obligación de *medios*. Por el contrario, si la integridad puede protegerse o garantizarse con un mínimo de cuidado o diligencia, porque el deudor está en condiciones de asegurar dicho resultado, la obligación sería de *resultado*.

Como puede observarse, la determinación de la naturaleza de la obligación de seguridad es un aspecto bastante complejo en la medida que trae un impacto directo en materia probatoria. Antaño, sin apelar a esa distinción, se hablaba incluso de una responsabilidad “de pleno derecho” cuando de incumplimiento de una obligación de seguridad se hablaba (Josserand, 1943, p. 32); sin embargo, en el derecho moderno, acudiendo a la clasificación, parecería conveniente calificarla como una obligación de *resultado*, en razón no solo a que considerada como de *medios*, la obligación de seguridad no resulta de ninguna utilidad para la víctima (Mazeaud, Mazeaud & Chabas, 1998, p. 400); sino además, por la especial protección que merece un trabajador, dado el carácter tuitivo o la naturaleza tutelar que ha sido reconocida al Derecho del Trabajo, a partir de la cual se han estructurado una serie de principios fundamentales que rigen esta rama del Derecho, los cuales reclaman la existencia de vías eficaces para su salvaguarda.

Esta conclusión se compagina igualmente con las últimas evoluciones de la jurisprudencia francesa, orientada hoy en día hacia el reconocimiento de una obligación global de seguridad a cargo del empleador, que permite poner en acción la responsabilidad del patrono sin que sea necesario probar el incumplimiento de alguna de las reglas especiales que la ley impone en materia de seguridad del trabajador, es decir, confirmando la existencia de una obligación de seguridad de *resultado* (Viney, 2006, p. 460). Y esto resulta lógico, pues cuando el empleador se compromete a salvaguardar la seguridad psi-

cofísica de su trabajador, no se está obligando solamente a utilizar todos los *medios* posibles para proteger su integridad, sino que al contrario, el objeto de su obligación es determinado, de modo que el patrono (deudor) se compromete a un *resultado* preciso, esto es, evitar que el trabajador sufra un daño en su integridad psicofísica.

De este modo, el solo hecho de que no se obtenga el resultado (la protección de la vida e integridad del trabajador), se aprecia como inejecución de la obligación. En otros términos, la culpa del empleador se tiene por establecida, esto es, se presume (Maurie, Aynès & Stoffel-Minck, 2007, p. 505).

3. MECANISMO PARA LA RECLAMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR MOBBING LABORAL

En nuestro país la Ley 6 de 1945 estableció una responsabilidad por culpa comprobada a cargo del patrono frente a los perjuicios causados por un accidente de trabajo, la cual fue plasmada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo del año 1950, según el cual:

Cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo.

La consagración de esta obligación no es más que la expresión de uno de los principios más anclados en todas las civilizaciones, es decir, la indemnización del daño causado por parte del responsable, lo cual responde a un fundamento ético basado en la libertad humana. En efecto, la responsabilidad es el corolario natural y obligado de la libertad humana, pues “ser hombre, es precisamente ser responsable” (Lambert-Faivre, 2004, p. 481). Ser responsable, significa responder de los actos porque se tiene sobre ellos un poder de libertad y un deber de control a la luz del discernimiento.

Sin embargo, una lectura desprevenida de la norma, no permite comprender su importancia, para ello, hay que revisar su fundamento y los antecedentes propios que hacen referencia a la indemnización de las víctimas de accidentes de trabajo. En efecto, al repasar como referente lo que sucedió en Francia durante la revolución industrial del siglo XIX, podemos observar que la repa-

ración de los daños sufridos por el trabajador permaneció dentro del marco del derecho común de la responsabilidad, exigiendo que la víctima aportara la prueba de la culpa del empleador; sin embargo, posteriormente, al establecerse un régimen específico de reparación basado en una responsabilidad objetiva a cargo del empleador, dicho sistema se moduló a través del establecimiento de una indemnización *a forfait* a cargo de la Seguridad Social, pero, en contrapartida, toda relación de responsabilidad civil entre la víctima y el empleador se consideraba rota, en consecuencia, salvo alguna excepción, aquél no podía ejercer contra este ninguna acción de derecho común (Lambert-Faivre, 2004, p. 387).

En este sentido, para el caso que nos ocupa, la evolución actual del derecho permite que frente al evento de una enfermedad profesional, si el trabajador no está conforme con las prestaciones tarifadas de modo rígido en la ley y pagadas por el Sistema General de Riesgos Profesionales, este pueda iniciar el respectivo proceso ordinario de responsabilidad civil contra el patrono y una vez se haya demostrado que existió culpa del empleador en la ocurrencia de la enfermedad, obtener una indemnización total y ordinaria de perjuicios, que no está tarifada en la ley, sino que equivale a lo que el trabajador logre probar en el proceso (Cas. Lab., 12 noviembre 1993).

Así pues, el trabajador perjudicado por una enfermedad profesional que ha percibido de la Seguridad Social determinadas prestaciones, puede, además, ejercitar acciones de indemnización sometidas al régimen común de la responsabilidad civil, con el fin de obtener la reparación integral del daño, según la cual, la víctima debe ser colocada, en la medida de lo posible, en la situación en que habría estado si el daño no se hubiere producido (Lambert-Faivre, 2004, p. 480).

Desde esta perspectiva, podemos observar que un evento de enfermedad profesional puede generar dos clases de responsabilidad, cada una de las cuales responde a un sistema jurídico distinto, una de corte subjetivo, otra objetiva. La primera, involucra el derecho de la Responsabilidad Civil; la segunda, el derecho de la Seguridad Social, ambos sustancialmente diferentes.

En efecto, mientras el derecho de la responsabilidad civil se refiere a la obligación de reparación de un daño causado ilegalmente a una persona en su ser o en su patrimonio, compensando de este modo un desconocimiento más o menos significativo del orden social; el derecho de la seguridad social asegura una protección más amplia, pues busca proteger a la persona contra todos los daños causados sea por una conducta ilegal, por un accidente o por una simple enfermedad (Tunc, 1989, p. 23).

Así, gracias a la solidaridad entre los hombres de una cierta sociedad y que es el fundamento de la seguridad social (Tunc, 1989, p. 23), es que se logra una protección mucho más amplia; en el caso que nos interesa, una protección para todos los trabajadores que resultan víctimas de una enfermedad profesional, pues sin interesar si medió o no culpa patronal, el Sistema, gracias a la contribución de todos los patronos, reconoce a cada trabajador el pago de unas prestaciones económicas y asistenciales previamente establecidas en la ley.

Es más, desde esta perspectiva, se pueden reconocer las diversas filosofías de ambos derechos (Tunc, 1989, p. 26). La responsabilidad civil tiende a compensar un daño infligido de una manera ilícita, tiende a compensar lo más entera y exactamente posible. La seguridad social, en cambio, apunta a atenuar las consecuencias de un daño, de una enfermedad, de una desgracia, cualquiera sea su fuente, asegurando raramente una compensación completa.

Por otra parte, responsabilidad civil y seguridad social tienen funciones distintas (Tunc, 1989, p. 23). Mientras el derecho de la responsabilidad civil es el instrumento que permite mantener un equilibrio entre la libertad del hombre y sus deberes y obligaciones sociales, pues la vida en sociedad implica para cada persona tener ciertos límites al ejercicio de su libertad; el derecho de la seguridad social funciona desde una perspectiva y un contexto diferentes, pues se considera que la vida en sociedad no es simplemente una carga para el hombre, ya que antes que nada es una protección, por ejemplo, en los últimos estadios de desarrollo, la sociedad ha establecido instituciones de salud y asistencia pública y reglas de seguridad social, fundadas directamente en la solidaridad de los ciudadanos miembros de una sociedad y que sirven para proteger a todos ellos contra los imprevistos de la existencia.

La seguridad social busca suministrar una garantía mínima de recursos a las personas que viven de su trabajo, descuidando por lo tanto los perjuicios personales extrapatrimoniales (Lambert-Faivre, 2004, p. 352). Por su parte, la responsabilidad civil conserva actualmente dos funciones esenciales (prevención e indemnización) las cuales han sido objeto de múltiples discusiones que no es el caso analizar en este espacio (Monateri, 1998, p. 19; Tunc, 1989, p. 133; Viney, 2006, p. 77; De Ángel Yagúez, 1993, p. 60); sin embargo, dentro de la óptica actual, la indemnización de los daños es considerada como el objetivo esencial de la responsabilidad civil.

Así pues, insistimos en la diferenciación existente entre estas dos instituciones (responsabilidad civil y seguridad social), lo cual nos lleva a ubicar en el ámbito contractual la acción de responsabilidad tendiente a obtener la reparación total

de los perjuicios causados. No en el ámbito extracontractual como algunos lo entienden (Gimeno, 2004, p. 325), cuando argumentan que esos daños solo pueden repararse por vía de extracontractual, ya que trascienden a la relación contractual (contrato de trabajo), ámbito este donde los daños solo dan lugar a tener por incumplido el contrato y, por ende, a la indemnización tarifada prevista para dichos incumplimientos por la ley del trabajo.

En consecuencia, concretada la diferenciación entre seguridad social y responsabilidad civil, tendríamos entonces que, de acuerdo con lo señalado en el citado artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual, “Cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios [...]” (subrayado fuera de texto), el trabajador víctima de un evento de mobbing, al que se le haya diagnosticado como consecuencia de dicho fenómeno una enfermedad profesional, podrá iniciar demanda por vía de responsabilidad civil contra el patrono agresor, a fin de obtener la reparación total (ya no tarifada) de los perjuicios causados, pero, para ello tendrá que quedar demostrado en el proceso que la ocurrencia de dicha enfermedad tuvo lugar por culpa o negligencia patronal, representada para este caso, en el incumplimiento de la obligación de seguridad a su cargo.

Así pues, cuando el agresor es el propio patrono de la víctima, los actos discriminatorios, humillantes, degradantes, etc., que él asuma con relación a su empleado, constituyen por sí mismos un incumplimiento de la obligación que pesa a su cargo, referida a la salvaguarda de la integridad psicofísica de su trabajador. En tal sentido, cuando los comportamientos mobbing traen como consecuencia una enfermedad profesional, para nuestro caso, cualquiera de la patologías derivadas de estrés laboral (ansiedad, depresión, infarto del miocardio, otras urgencias cardiovasculares, hipertensión arterial, enfermedad acidopéptica severa o colon irritable), la labor del trabajador demandante, con miras a obtener la reparación total de los perjuicios causados, sería aquella de demostrar que la enfermedad profesional se causó como consecuencia de los comportamientos mobbing por parte de su empleador.

Acogiendo la tesis de la naturaleza de la obligación de seguridad como obligación de resultado, tendríamos que en beneficio del trabajador víctima de mobbing, el cual involucra la violación de derechos constitucionales fundamentales y dado el carácter tuitivo de la relación laboral, se estaría ante un sistema de responsabilidad civil por culpa presunta, es decir, la culpa comprobada que exige la norma (art. 216 CST), vendría a quedar demostrada a partir de una presunción, la cual podría ser, en sana lógica, desvirtuada por parte del patrono. Presunción entendi-

da en su real sentido técnico, es decir, como un método de prueba indirecto (Fernández, 2009; Álvarez, 2007), donde los postulados de justicia hacen que se reclame un mejor tratamiento para la parte en situación de inferioridad, en este caso, el trabajador víctima de *mobbing*.

En verdad, sobre este aspecto, es preciso recordar que existen múltiples motivos que justifican el recurso a las presunciones en la práctica judicial como, por ejemplo, la potencial inferioridad de una de las partes en el proceso con relación a los hechos a probar y a fin de dotar de mayor virtualidad al principio de igualdad o equilibrio procesal, pues este, en definitiva, es el que garantiza la justicia de la decisión, es decir, una sentencia que no esté condicionada por el mayor poder o mejor posición de una de las partes (Moreno & Cortés, 2005).

Hacemos aquí especial énfasis en la posición de inferioridad de la víctima, retomando las conclusiones que a nivel doctrinal se han acogido en el sentido de reconocer que el trabajador víctima de *mobbing* se enfrenta a obstáculos notorios al momento de tener que suministrar un material probatorio eficaz, empezando por la demostración del contexto ambiental en que se presenta el fenómeno, su anormalidad, su progresión, donde se corre el riesgo, además, de que los testigos sean los mismos agresores (Bona et al., 2007).

En igual dirección se pronunció la Casación italiana (25 mayo de 2006) cuando al analizar un caso de responsabilidad por daños sufridos como consecuencia de comportamientos calificados como mobbing, ha advertido que la naturaleza contractual de la obligación de seguridad en cabeza del patrono comporta que se establezca una presunción legal de culpa a cargo del mismo empleador. Desde esta perspectiva, el patrono tendrá la carga de probar que el incumplimiento de la obligación de seguridad no le es imputable porque los supuestos de hecho no constituyen en sí mismos una violación a dicha obligación, porque los episodios alegados no tienen ninguna relación con una finalidad orientada a acosar o discriminar al trabajador, o porque el incumplimiento ha estado determinado por una imposibilidad cuya causa no le es imputable (Gentile, 2009, p. 86).

De otro lado, cabe resaltar que una interpretación literal del artículo 216 CST, permite concluir que no cobijaría aquellos eventos de mobbing donde la víctima es el mismo patrono (mobbing ascendente) o, incluso, aquellos donde el agresor no es el patrono sino alguno de los colegas o compañeros de trabajo de la víctima (mobbing horizontal) (Escobar & Fernández, 2012); para estos casos, habría entonces que iniciar la respectiva acción civil de reparación, por vía contractual en el primer caso y extracontractual en el segundo.

Finalmente, no debe olvidarse que el trabajador víctima de mobbing tendría una tercera vía de protección de sus derechos laborales, pero no con el carácter resarcitorio o indemnizatorio propio de las acciones de responsabilidad civil, sino con un carácter sancionatorio. Este mecanismo se encuentra consagrado en la Ley 1010 del 23 de enero de 2006⁶, en la cual el legislador colombiano estableció mediante un proceso especial⁷ la posibilidad de que los trabajadores víctimas de acoso laboral, en sentido amplio, puedan obtener medidas sancionatorias frente a este evento.

Del mismo modo, el trabajador cuenta con el mecanismo de la acción de tutela, el que para el caso específico de mobbing permitiría la protección inmediata de los derechos fundamentales del trabajador (ej. Derecho al Trabajo en condiciones dignas y justas), cuando se considere inminente la producción de un perjuicio irremediable y se estime la existencia de una situación de indefensión del trabajador.

Sin embargo, a este respecto hay que recordar que la Corte Constitucional (T-882/06), estableció que para los casos específicos de acoso laboral, la acción de tutela solo es procedente cuando el acoso tiene lugar en el sector público, mas no en el sector privado.

Las razones las explica de la siguiente manera: “la Sala encuentra que cuando el acoso laboral tiene lugar en el sector público, la víctima del mismo cuenta tan solo con la vía disciplinaria para la protección de sus derechos, mecanismo que no solo es de carácter administrativo y no judicial en los términos del artículo 86 Superior, sino que no resulta ser eficaz para el amparo del derecho fundamental a gozar de un trabajo en condiciones dignas y justas. Aunado a lo anterior, como se ha señalado, para el caso del sector público el legislador no previó la puesta en marcha de medidas preventivas, como sí su sucede en el ámbito privado. En efecto, no solo la vía disciplinaria no es tan rápida como la tutela, sino que además, por medio de ella, no se puede lograr el traslado del trabajador, o al menos, la impartición de una orden al superior para que cese de inmediato en su conducta... Así las cosas, la Sala estima que para los casos de acoso laboral que se presenten en el sector público, la vía discipli-

6 Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo. Ley reglamentada mediante la Resolución 652 de 2012 (30 abril) del Ministerio de Trabajo, por la cual se establece la conformación y funcionamiento del Comité de Convivencia Laboral en entidades públicas y empresas privadas.

7 La Corte Suprema de Justicia ha establecido que la Ley de 2006 contempla un procedimiento especial (no ordinario). Cfr. Corte Suprema de Justicia. Casación Laboral, 2 agosto 2011. Rad. 47080. MP: Gustavo José Gneco Mendoza.

naria puede no ser un mecanismo efectivo para la protección de los derechos de los trabajadores, y por ende, la tutela resulta ser el instrumento idóneo en estos casos, sin perjuicio, por supuesto, de la responsabilidad disciplinaria que se le pueda imputar al sujeto activo de acoso laboral. Por el contrario, cuando el acoso laboral tenga lugar en el sector privado, la Sala estima que la acción de tutela resulta, en principio, improcedente dado que el trabajador cuenta con una vía judicial efectiva para amparar sus derechos, cual es acudir ante el juez laboral a fin de que éste convoque a una audiencia de práctica de pruebas dentro de los treinta días siguientes, providencia que puede ser apelada. Con todo, se podría alegar que la tutela es la vía judicial más efectiva ya que es resuelta en tan solo 10 días. A pesar de ello, la Sala entiende que el trámite judicial previsto en la Ley 1010 de 2006 es efectivo por cuanto, desde la formulación de la queja,

La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente Ley, **carecerán de todo efecto** cuando se profieran dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento

III. DAÑOS RESARCIBLES POR MOBBING LABORAL

Teniendo en cuenta que en el numeral anterior se indicó que existe la posibilidad para la víctima de *mobbing* de demandar por vía de responsabilidad civil el resarcimiento de los perjuicios causados, a continuación haremos alusión a cuáles pueden ser esos daños resarcibles, aclarando que el *mobbing* no puede considerarse como un perjuicio en sí mismo, dado que se trata de un fenómeno del cual pueden efectivamente derivar diversas formas de daño.

Por otro lado, cabe igualmente aclarar que la víctima, a fin de lograr el resarcimiento de los perjuicios, tendrá que demostrar no solo el daño, sino además, los elementos constitutivos del fenómeno *mobbing* (Escobar & Fernández, 2012) y su relación causa-efecto con las consecuencias dañosas.

1.- DAÑOS NO PATRIMONIALES DERIVADOS DE LESIONES GENERADAS POR ACOSO PSICOLÓGICO

Atendiendo a las clases de daño no patrimonial que son reconocidas por la jurisprudencia colombiana, podemos afirmar que del fenómeno *mobbing* podrían surgir las siguientes categorías: daño a la salud (daño fisiológico o biológico), daño moral, y, de acuerdo con la jurisprudencia reciente, cualquier otro daño cuyo interés legítimo no esté comprendido dentro del concepto de daño a la salud (Consejo de Estado, 14 septiembre de 2011). Entre ellas se encuentran:

Daño a la salud. En el *mobbing* los bienes en juego no son solo los relativos al bienestar físico o psíquico de la persona, sino además, la dignidad y la libertad humana, por lo cual, en la mayor parte de los casos de *mobbing* o *acoso psicológico*, se producen consecuencias negativas sobre el plano de la *esfera psíquica* de la víctima. En efecto, la víctima de *mobbing* presenta tendencialmente trastornos psíquicos (estrés, depresión, frustración, fobias, ataques de pánico, trastornos de sueño, entre otros), los cuales no se presentan solos sino que vienen acompañados de patologías más que todo de tipo físico (arritmias, aparición de eritemas cutáneos, bulimia, pérdida del interés sexual, tendencia al consumo de alcohol y drogas, entre otras).

Al respecto, la doctrina italiana (Bona et al., 2007, p. 107) destaca cómo la medicina del trabajo ha evidenciado que la víctima de *mobbing* tiende a desarrollar inicialmente señales de alarmas psicósomáticas (cefalea, taquicardia, gastroenteritis, dolores osteoarticulares, mialgias, trastornos del equilibrio, etc.); emocionales (ansiedad, tensión, trastornos del sueño, trastornos del humor, etc.); comportamentales (anorexia, bulimia, fármaco-dependencia, etc.); por lo cual, si el estímulo adverso es duradero, además del posible concurso en el desarrollo de patologías de órgano, los síntomas antes descritos pueden organizarse en los dos síndromes principales que representan las respuestas psiquiátricas ante influencias o situaciones exógenas, a saber: el *trastorno de adaptación* y el *trastorno de estrés postraumático*.

El *daño psíquico*. Es un típico perjuicio que sufre la víctima de *mobbing*, el cual puede quedar circunscrito a un determinado lapso o, al contrario, estabilizarse y perdurar en el tiempo, dando lugar a una verdadera patología, con efectos tendencialmente permanentes.

De acuerdo con el sistema colombiano el daño a la salud (fisiológico o biológico) se refiere a la “afectación o limitación de la integridad psicofísica de la persona” (Consejo de Estado, 14 de septiembre de 2011), es decir, comprende diferentes esferas de la persona (aspectos físicos y psíquicos), por lo cual, en principio podría pensarse en su reconocimiento frente a eventos de *mobbing*, específicamente, a través de la figura del *daño psíquico*. En cuanto a su resarcimiento, la jurisprudencia colombiana ha indicado que este daño se repara con base en dos componentes, uno *objetivo* determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado, lo cual denota que la valoración médico legal constituye un requisito imprescindible para el resarcimiento de esta clase de daño, y, otro *subjetivo* que, podría permitir el incremento en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.

Como puede observarse, nuestra jurisprudencia tiene como sinónimos los términos *daño a la salud* y *daño biológico*, aun cuando en rigor tienen significados diversos (Rossetti, 2001, p. 211)⁸. Siendo el *daño biológico* una figura propia del sistema italiano, que lo considera como aquel daño a la integridad psicofísica de la persona que es susceptible de valoración y comprobación médica. Es decir, el *daño biológico* puede ser de naturaleza física, psíquica, o de ambas.

Para los italianos, en los eventos de *mobbing* se reconoce que la vertiente del daño biológico que resulta más relevante es aquella del *daño psíquico*, el cual, recibe los principales aportes de la psiquiatría y de la psicopatología, dadas las dificultades que, bajo el perfil de la causalidad, surgen en la valoración y comprobación de los eventos psíquicos anormales generados por lesión de la psiquis. En efecto, desde el punto de vista científico, el *daño psíquico* no indica una insuficiencia orgánica y/o neurológica, sino el funcionamiento de la psiquis (psique) y las alteraciones de determinados procesos mentales respecto a una condición precedente (Bona et al., 2007, p. 119).

El *daño psíquico*. Se define como “la disminución psíquica que expresa el estado de empeoramiento del modo de ser de una persona, a causa de un

8 Según Rossetti, “la noción *daño biológico* es una noción naturalista, la cual indica un hecho objetivamente describible y perceptible: designa la lesión objetiva de la salud mental o corporal. El daño biológico en cuanto tal, es una noción que constituye el objeto de estudio por parte de la medicina legal. La noción de *daño a la salud* es una noción jurídica, o mejor, que implica una valoración jurídica. Para el jurista, en efecto, la ‘salud’ no es solo un *status* de la persona, sino una situación jurídica subjetiva activa, constitucionalmente garantizada [...]. La noción de “lesión a la salud”, por lo tanto, al contrario de aquella de daño biológico, no es objetivamente perceptible *in rerum natura*, pero requiere de un juicio: esto es, la comparación de una *fattispecie* concreta con una previsión abstracta” [Traducción libre de los autores].

trastorno psíquico determinado por una lesión psíquica, es decir, por una alteración de su balance psíquico” (Rossetti, 2001, p. 687), deja entrever que la afectación de las funciones psíquicas de una persona, puede ser o no, la consecuencia de una lesión física precedente.

Como antes se anotó, muchos han sido los problemas endilgados a la noción de *daño psíquico*: su definición y la exacta distinción con el daño moral; su comprobación considerada complicada frente a la reconstrucción de un nexo causal que no resulta siempre evidente; y, su evaluación, considerada igualmente difícil en razón a la ausencia de un baremo médico legal preciso, unido a la dificultad que trae cualquier descripción nosológica (Rossetti, 2001, p. 686)

Así pues, no debe desconocerse, a este respecto, que la irrupción de la materia psíquica en el ámbito médico-legal ha suscitado muchas vacilaciones, como se dijo, particularmente por la subjetividad que le es inherente y por la dificultad que representa valorar y evaluar el nexo de causalidad (Galuppi, 2008; Bona et al., 2007, p. 234), ya que el surgimiento de una enfermedad psiquiátrica puede ser debida a múltiples factores concomitantes inherentes a la materia psíquica y además puede expresar estados de reacción psicopatológica distintos en diferentes sujetos o en los mismos sujetos, pero, en momentos distintos de sus vidas.

En efecto, cada persona responde frente al *mobbing* de distinta manera, de acuerdo con sus propias peculiaridades psicodinámicas, por lo tanto, los actos degradantes humillantes, intimidantes, etc. ejercidos sobre una psiquis equilibrada y suficientemente sólida no comporta necesariamente un efecto tal sobre la salud que conlleve a la producción de patologías; al contrario, los mismos actos pueden tener un efecto rápidamente devastante en sujetos con estabilidad psíquica inferior y defensa psicológica débil (Bona et al., 2007, p. 327).

De este modo, a fin de obtener el resarcimiento del daño psíquico será necesaria la prueba de una alteración patológica del equilibrio psíquico, es decir, la demostración de una verdadera enfermedad de la psiquis, lo cual implica que dicho daño deba ser susceptible de evaluación médico-legal (Galuppi, 2008; Bona et al., 2007, p. 120). Un daño apreciable desde el punto de vista médico legal y valorable en sus consecuencias.

En este orden de ideas, será el psiquiatra y más concretamente el psiquiatra forense, el profesional competente para ello, dado que esta rama de la ciencia médica se ocupa de la persona en su integridad psicosomática y existencial

(Bona et al., 2007, p. 262). Compete, entonces, al psiquiatra forense o al médico legal ayudado por un psiquiatra clínico, establecer si la enfermedad psíquica diagnosticada, puede considerarse o no, como una consecuencia de *mobbing*, teniendo en cuenta que el estrés puede estar relacionado con otras causas (Galuppi, 2008, p. 2091).

Si bien el *daño psíquico* (daño a la salud o daño biológico) es la categoría de daño no patrimonial que más se presta para que opere la tutela resarcitoria respecto a la víctima de *mobbing*, cuando las alteraciones psíquicas no lleguen a constituir un daño a la salud expresable en un porcentaje de invalidez, es decir, cuando los perjuicios a la salud psíquica no resulten tales que puedan configurar un *daño a la salud*, se puede encontrar salida en otras dos subcategorías del daño no patrimonial, las cuales no están limitadas al requisito de la prueba médico-legal, esto es, alternativamente el *daño moral* o cualquier otro daño que según el Consejo de Estado (14 septiembre de 2011) tenga un interés legítimo no comprendido dentro del concepto de daño a la salud. Esta última subcategoría no ha recibido denominación por parte de la jurisprudencia colombiana, sin embargo, se anticipa que podría tratarse del denominado *daño existencial* de origen italiano.

En efecto, para los italianos el *daño existencial*, como categoría de daño no patrimonial, probablemente, destinada a tener mayor aplicación en el mundo laboral, es aquel que no implica el surgimiento de una patología médico-legal valorable, sin embargo, se vincula en vía directa con la lesión a la dignidad personal y causa una alteración del bienestar psico-físico y del normal ritmo de la vida, provocando tal como lo denomina Rossetti un “estado de malestar psíquico difuso”. En suma, se trata de un daño que deriva de la lesión de otros intereses de rango constitucional, inherentes a la persona (Greco, 2009, p. 72), es decir, con el *daño existencial* se busca resarcir la lesión no patrimonial sufrida por la víctima y que origina lesiones de derechos fundamentales de la persona distintos de la Salud (Mautone, 2006, p. 102).

“No solo de salud vive el hombre” afirmó categóricamente Paolo Cendon (1998), para referirse a aquellos daños que contenían un matiz que difería del contenido del daño a la salud: violaciones a derechos de la personalidad como el decoro, la reputación, la identidad personal, la confianza, el secreto profesional, el nombre, el honor, la imagen, entre otros.

El recurso a esta figura que aún tiene desarrollo sobre todo a nivel de Tribunales italianos a propósito de los eventos de *mobbing*, se aplica igualmente en aquellos casos donde el fenómeno produce como consecuencia molestias

de menor entidad que no logran llegar a ser consideradas como patologías psíquicas.

Desde esta perspectiva, quienes defienden la diferencia existente entre el daño biológico de carácter psíquico (*daño psíquico*) y el *daño existencial* (Cendon & Ziviz, 2000, p. 1251), afirman que el primero se relaciona con la lesión del derecho a la salud, mientras que el segundo incide sobre un plano diverso al médico. El *daño psíquico* consiste en una lesión de la salud en sí misma considerada; el *daño existencial* se relaciona con las consecuencias dinámicas de la vida cotidiana de la víctima.

Así pues, al perjuicio típico relativo a la lesión de la salud (*daño a la salud*), se pueden adicionar otros tipos de consecuencias que prescinden totalmente de la violación de la integridad psicofísica *stricto sensu*, esto es, el *daño moral* y el *daño existencial* (para recoger la idea del Consejo de Estado cuando se refiere a cualquier otro daño que tenga un interés legítimo no comprendido dentro del concepto de *daño a la salud*). En efecto, la víctima de *mobbing* sufre un ataque a su personalidad y a su dignidad, bienes estos cuya violación prescinde no solo de la valoración de sus efectos en el orden patrimonial, sino también, de eventuales consecuencias sobre la salud psicofísica de la víctima.

Es la Casación italiana la que se dio a la labor de distinguir estas dos clases de daño. Afirmó al respecto lo siguiente: “el *daño existencial* se fundamenta en la naturaleza no meramente emotiva e interior (propia del *daño moral*), pero objetivamente comprobable, a través de la prueba de escogencias de vida distintas a aquellas que se hubieran adoptado si no se hubiera presentado el evento dañoso” [subrayado fuera de texto].

Si bien se ha reconocido que la prueba del *daño existencial* no es fácil, dado que esta clase de perjuicio está ligada indisolublemente a la persona, se recalca la necesidad de dar indicaciones precisas que sirvan para demostrar la incidencia negativa en la esfera personal de la víctima, de tal modo que haya alterado el equilibrio, los hábitos y la calidad de vida del trabajador; es decir, para obtener el resarcimiento del *daño existencial* derivado de *mobbing*, no bastará con suministrarse la prueba del aislamiento, de la asignación de tareas diversas e inferiores etc., pues estos hechos son considerados simplemente como un incumplimiento de los deberes del empleador, por lo cual, se reconocerá que hay incumplimiento, pero no perjuicio, en consecuencia, nada que resarcir.

En lo atinente al *daño moral*, entendido como, aquellos sufrimientos espirituales, aflicciones subjetivas, perturbaciones del estado de ánimo de la per-

sona por la violación de la esfera de los afectos (Rossetti, 2001, p. 1141) y que no configuran una verdadera patología, de manera más pacífica se viene reconociendo que el fenómeno *mobbing* puede efectivamente causar en la víctima un *daño moral*.

Como antes de anotó, existe una diferencia sustancial entre esta clase de daño y el *daño existencial*, atinente a aspectos ontológicos de las dos categorías, diferencia que permite que ambas clases de daño puedan coexistir como consecuencia de un evento de *mobbing*.

El *daño moral* se relaciona con los sentimientos íntimos de la víctima, con la esfera de la emotividad, es esencialmente un “sentir” y se relaciona con el “interior” de la víctima. Por su parte, el *daño existencial* consiste en un no hacer o en un deber hacer forzosamente o, incluso, en un no poder más hacer del mismo modo. En otras palabras, el *daño existencial* se relaciona con la esfera “exterior” del individuo, con su tiempo y su espacio, se refleja en la cotidianidad de la víctima de la lesión existencial (Liberati, 2009, p. 63). De este modo, el *daño moral* se refiere al *pretium doloris* y el *daño existencial* al *modus vivendi* (Tribunal de Palermo, 2001).

Igualmente, no sobra señalar que, existe una diferencia profunda entre el *daño moral* y el *daño biológico*, aunque si bien ambos constituyen un perjuicio *sine materia*, que no permite que puedan verse o tocarse con la mano, pero sí constatarse sus aspectos exteriores.

En efecto, son dos las diferencias estructurales, referidas con los *presupuestos* y con el *contenido* de las figuras (Rossetti, 2001, p. 717). En primer lugar, como se ha señalado, el *daño biológico* debe fundamentarse en una patología, es decir, en una alteración patológica de las funciones psíquicas de la persona, patología que debe resultar evidenciable por parte de la psiquiatría y comprobable mediante una valoración médico legal. El *daño moral*, al contrario, no constituye una enfermedad, pues si bien ha sido identificado con el sufrimiento del individuo, es decir, con el estado de postración y disminución provocado por el evento dañoso, este estado no altera en sentido patológico las funciones psíquicas.

La segunda diferencia indica que el *daño biológico psíquico* subsiste cuando la víctima, por efecto de la lesión, resulta constreñida a renunciar, en todo o en parte, a alguna actividad de la vida cotidiana⁹. El *daño moral*, al contrario, no

9 Se destaca como la actual orientación de la jurisprudencia italiana, no pone en duda que el “daño a la vida de relación” es un tipo de perjuicio que quedó absorbido por la figura del “daño biológico” (Rossetti, 2001, p. 295).

comporta una pérdida o una reducción de la actividad existencial, sino solamente una sensación de dolor (*pretium doloris*), ya que el dolor ciertamente aflige y perturba la vida cotidiana, volviéndola insulsa, sin encanto, pero no la impide. La enfermedad psíquica, en cambio, impide, en todo o en parte, transitoria o permanentemente la vida cotidiana del individuo, es decir, modifica de manera negativa la calidad de la vida.

En consecuencia, si el sufrimiento moral degenera en patología psíquica, se deberá reconocer un *daño biológico psíquico* resarcible; al contrario, si el sufrimiento, aun cuando grave e inconsolable, no degenera en patología psíquica, no habrá ningún *daño psíquico* que resarcir.

2. DAÑOS PATRIMONIALES DERIVADOS DE MOBBING

Finalmente, basta solo con resaltar que a la víctima de *mobbing* le deben ser resarcidos no solo los daños no patrimoniales antes vistos, sino además, los daños patrimoniales, pues esta forma particular de ilícito impacta al trabajador, no solo en su personalidad y profesionalidad, sino que además, produce perjuicios de orden patrimonial, afectando bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mesurables en dinero (Henaó, 1998, p. 495).

Entendiendo por *daño emergente* el perjuicio o la pérdida que se causa cuando un bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima, es decir, cuando se produce un desembolso (pérdida sufrida); y, por *lucro cesante* el perjuicio que se causa cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima, es decir, cuando se produce un no embolso (ganancia frustrada) (Tamayo, 2007, p. 474; Consejo Estado, 20 de septiembre de 1990).

Esta clasificación del daño depende del interés y el momento en que se considera. Así, si el objeto del daño es un interés actual, o sea, el interés relativo a un bien que ya corresponde a una persona en el instante en que el daño se ha ocasionado, se tiene como un *daño emergente*; pero, si por el contrario, el objeto del daño es un interés futuro, es decir, el interés relativo a un bien que todavía no corresponde a una persona, se tiene como un *lucro cesante* (De Cupis, 1975, p. 312).

Así pues, en lo referente al daño patrimonial, siempre que se cumpla con los presupuestos, el fenómeno *mobbing* puede producir cualquiera de las categorías clásicas que implica esta clase de perjuicio. Por ejemplo, la pérdida de

ingresos como consecuencia del despido o la renuncia (lucro cesante) o los gastos médicos realizados para atender las afecciones de salud derivadas de *mobbing* (daño emergente).

CONCLUSIÓN

La relación laboral impone al empleador el cumplimiento de específicas obligaciones contractuales, entre las que se encuentra la obligación de seguridad, que implica el deber de proteger la integridad psicofísica de los trabajadores, sea en atención de la previsión legal, sea en observancia del principio de buena fe contractual o en acatamiento del principio constitucional que garantiza el derecho a la salud. De tal suerte que, en el evento de presentarse *mobbing* (*acoso moral o psicológico*), el trabajador víctima puede reclamar por vía de responsabilidad civil contractual y obtener así la indemnización de todos los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que como consecuencia del incumplimiento de la obligación de seguridad, hayan sido generados por *mobbing* en el ambiente de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, P. (2007). *La prueba por presunciones*. Granada: Comares.
- Amato, C. (2007). Sulla risarcibilità dei danni non patrimoniale da contratto (di lavoro): I casi del mobbing e della ‘costrizione lavorativa’ (‘occupational stress’) in Italia en el Regno Unito. En Guaglianone, L. & Malzani, F. (dir.). *Come cambia l’ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*. Milano: Giuffrè.
- Barca, A. (2002). Il mobbing negli Stati Uniti d’America. *Rivista Responsabilità Civile e Previdenza* (2), 563.
- Blancas, C. (2007). *El acoso moral en la relación de trabajo*. Lima: Palestra Editores.

- Bona, M. et al. (2007). *Accertare il mobbing. Profili giuridici, psichiatrici e medico legali del danno psichico da mobbing*. Milano: Giuffrè.
- Cendon, P. (1998). Non di sola salute vive l'uomo. En AA.VV. *Studi in onore di Pietro Rescigno* (135-150). Milano: Giuffrè.
- Cendon, P. & Ziviz, P. (2000). *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè.
- Cruz, M. (2012). *El daño extrapatrimonial en el acoso laboral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Da Costa, A. (2008). Aspectos relevantes de la indemnización plena de perjuicios frente a riesgos profesionales. En *Trayectoria y retos del derecho del trabajo y la seguridad social en Colombia*. Bogotá: Legis.
- De Ángel Yagüez, R. (1993). *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: Civitas.
- De Cupis, A. (1975). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. [Trad. de la 2ª ed. por Angel Martínez Sarrión]. Barcelona: Bosch.
- Di Lembo, V. (2007). Osservazioni in tema di mobbing. En *Giur. Merito* (6), 1551.
- Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.
- Escartín-Solanelles, J. (2010). "Mobbing" o acoso laboral. Revisión de los principales aspectos teórico-metodológicos que dificultan su estudio. En *Revista Actualidad en Psicología*, (23-24), 1-19.
- Escobar, B. & Fernández, M. (2012). Mobbing: Acoso moral o psicológico en el trabajo. En *Verba Iuris*, (28), 135-151.
- Fernández, M. (2009). La falla "probada" del servicio médico-asistencial: ¿Vislumbre del retroceso del Consejo de Estado? *Revista IUSTA* (30), 73-92.
- Fuertes Rocañín, J. (2004). *Mobbing: acoso laboral. Psicoterrorismo en el trabajo. De los conceptos teóricos a la realidad práctica*. Madrid: Arán.
- Galuppi, G. (2008). Mobbing e maltrattamenti: Il punto de vista dello psicólogo. *Dir. Familia* (4), 2091.
- Gentile, M. (2009). *Il Mobbing problema e casi pratici nel lavoro pubblico*. Milano: Giuffrè.

- Gimeno, R. (2004). *La presión laboral tendenciosa (mobbing)*. [Tesis de Doctorado] Universidad de Girona.
- Gisbert Grifo, M. (2002). Mobbing. Aspectos médico-legales. *Rivista italiana di medicina legale* (6), 1429.
- Giubboni, S. (2006). Mobbing e tutela previdenziale. *Quaderni di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali* (29), 171-197.
- Greco, T. (2009). *Le violenze psicologiche nel mondo del lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Henao, J. (1998). *El Daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Josserand, L. (1943). *Cinco conferencias*. [Trad. Carlos Valencia Estrada]. Bogotá: Editorial Cromos.
- Lambert-Faivre, Y. (2004). *Droit du dommage corporel*. Paris: Dalloz.
- Liberati, A. (2009). *Rapporto di lavoro e danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè.
- Malaurie, P., Aynès, L. & Stoffel-Munck, P. (2007). *Les Obligations*. Paris: Defrénois.
- Mautone, G. (2006). Mobbing e onore della prova. En *Quaderni di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, (29), 91-108.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L., Mazeaud, J. & Chabas, F. (1998). *Leçons de Droit Civil. Obligations*. Paris: Montchrestien.
- Monateri, G. (1998). *La responsabilità civile*. Torino: Utet.
- Moreno, V., & Cortés, V. (2005). *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Oliva, U. (2007). Dal fenómeno alla fattispecie. Cos'è il mobbing? En Monateri, P. et al. *Accertare il mobbing. Profili giuridici, psichiatrici e medico legali*. Milano: Giuffrè.
- Pando, M. et al. (2010). Trastornos de sueño asociados a la violencia genérica en el trabajo y el *mobbing*. *Ciencia & Trabajo* (35), 267-271.
- Pérez Vives, Á. (1954). *Teoría general de las obligaciones*. II. Bogotá: Temis.
- Piñuel y Zabala, I. (2001). *Mobbing. Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*. Santander: Editorial Sal Terrae.

- Rossetti, M. (2001). *Il danno da lesione della salute*. Padova: Cedam.
- Tamayo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. II. Bogotá: Legis, 2007.
- Tunc, A. (1989). *La responsabilité civile*. Paris: Economica.
- Uribe Holguín, R. (1980). *De las obligaciones y del contrato en general*. Bogotá: Ediciones Rosaristas.
- Vásquez Ferreyra, R. (1988). *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*. Rosario: Vélez Sarsfield.
- Velásquez, O. (2009). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Temis – Universidad de la Sabana.
- Viney, G. (2008). *Introduction à la responsabilité*. Paris: LGDJ.

EL RESARCIMIENTO POR DAÑOS INTRAFAMILIARES

Sumario: 1. Introducción. 2. Pasados esbozos de convergencia entre familia y responsabilidad. 3. El avance jurisprudencial de 2005 y los aspectos problemáticos de carácter procedimental relacionados. 4. Separación de mutuo acuerdo y derecho a indemnización. 5. El ejercicio abusivo del llamado derecho "potestativo" a la separación. 6. El delito en la relación entre padres e hijos: la negativa a asumir el papel de padre. 7. Consideraciones críticas sobre las orientaciones jurisprudenciales. 8. Los delitos relacionados con el ejercicio de la patria potestad. 9. Los delitos ajenos a la función parental - 10. Exclusión de la acción de regreso por parte del hijo. 11. El derecho del hijo a indemnización por incumplimiento de las obligaciones conyugales. 12. El derecho de los padres a indemnización por responsabilidad civil de su hijo. 13. Conclusiones.

POR: MAURO PALADINI¹

¹ Ph.D. en Derecho Civil por la Scuola Superiore Sant' Anna de Pisa (Italia). Profesor Ordinario de la Universidad de Brescia (Italia), tratadista y abogado consultor.

1. INTRODUCCIÓN

El presupuesto formulado por una influyente doctrina (Patti, 1981) en las páginas de la *Revista de Derecho Civil*, según el cual sería “cada vez más frecuente recurrir a los tribunales para una indemnización por daños y perjuicios por parte del miembro de familia que ha sufrido el ilícito” ha encontrado estricta confirmación en las décadas subsiguientes, tanto en el ámbito de las relaciones entre cónyuges como en lo referente a la relación entre padres e hijos.

Ciertamente superado un presunto principio general de “inmunidad” – que, en efecto, a diferencia de lo sucedido en los Estados Unidos de América desde finales del siglo XIX, nunca ha sido codificado ni manifestado en los ordenamientos jurídicos europeos– las relaciones familiares también se confrontan hoy con la expansión, a veces exuberante, de la responsabilidad civil e imponen al intérprete la delicada tarea de delinear los límites a la reparación compensatoria propia de las peculiaridades de una relación interpersonal caracterizada no solo por los derechos y deberes para con los demás, sino sobre todo, por el fundamento natural del vínculo afectivo y/o biológico.

La jurisprudencia italiana manifiesta una creciente conciencia en la necesidad de convertir las conductas consumadas en violatorias de las obligaciones conyugales y paternas objeto de evaluaciones jurídicas ejecutadas a nivel de “injusticia” de los daños y de la necesidad de garantizar una adecuada reparación de los perjuicios a la personalidad de los miembros de la familia. Con referencia específica a las relaciones entre los cónyuges, la tasación de los efectos de la culpabilidad en la separación significa, en la práctica, que el cónyuge económicamente más débil (no obligado, por tanto, a la manutención de la otra), aun en presencia de violaciones graves de las obligaciones conyugales, prefiera a la solicitud de culpabilidad, la reclamación de indemnización por daños extrapatrimoniales en virtud del art. 2059 del Código Civil.

2. PASADOS ESBOZOS DE CONVERGENCIA ENTRE FAMILIA Y RESPONSABILIDAD

Tímidos esbozos de convergencia entre familia y responsabilidad se pueden encontrar ya en el contexto de la Reforma de 1975 al Derecho de familia, que –además de la importante (y siempre actual) figura de la responsabilidad por incumplimiento de promesa de matrimonio, ya prevista en el texto anterior del Código– introdujo el art. 129 bis del Código Civil, que, en el caso de nulidad del matrimonio, reconoce el derecho del cónyuge de buena fe a una indemnización congrua *a cargo del otro cónyuge o del tercero, al cual le sea atribuible la nulidad del matrimonio*. En la dirección de la convergencia de las instituciones se mueve, de hecho, la interpretación de la norma adoptada por la Suprema Corte², según la cual, a efectos de la responsabilidad en virtud del art. 129 bis del Código Civil, del cónyuge de mala fe al cual le sea atribuible la nulidad del matrimonio, no es suficiente la referencia objetiva de la causa de invalidez y tampoco es suficiente su conocimiento, cierto o probable, siendo necesario además un comportamiento posterior, por comisión u omisión, de la persona responsable, en contra del deber general de probidad, que haya contribuido a la celebración del matrimonio nulo.

En la hipótesis de incumplimiento de la así llamada promesa “solemne” de matrimonio, mientras que la devolución de los regalos es la consecuencia directa del mero hecho de la no celebración del matrimonio, la obligación de indemnizar daños y perjuicios solo podrá imputarse al promitente que se niega a cumplir la promesa realizada *sin justa causa o que, con su culpa, proporciona justa causa a la negativa del otro*. Con respecto al problema de si la obligación de indemnización regulada por el art. 81 constituye un caso de *responsabilidad contractual o extracontractual*, ha prevalecido la opinión que la norma –lejos de contener una asunción de responsabilidad en el sentido técnico– es una “expresión particular del principio, válido en términos de contratos, de acuerdo a la cual quien causó la inoperancia del negocio debe reembolsar a la otra los costos innecesariamente pagados”. El objeto de la obligación, por lo tanto, consiste en una asignación de acuerdo a los parámetros predeterminados por la ley y se circunscribe a los gastos realizados

2 Casación 13 de enero 1993, N° 348.

y las obligaciones contraídas por el promitente, con exclusión de los daños inmateriales.³

Sin embargo, superando una postura restrictiva precedente de la jurisprudencia de mérito⁴ - la Corte Suprema⁵ reconoció el derecho a una indemnización en favor de la mujer seducida con promesa de matrimonio, afirmando que *el seductor tiene la obligación de indemnizar los daños porque realiza una actividad dolosa... dirigida a hacer creer en la seriedad de la promesa de matrimonio o superar la timidez o modestia de la mujer y a determinar la voluntad; y, además, de forma tal que establezca una relación de causalidad entre la promesa y la llamada traditio corporis, por parte de la mujer.*

Todavía a principios de los años 90, por otra parte, la jurisprudencia confirma que, en el ámbito de la relación interna de los cónyuges en el momento de una separación de cuerpos, *la pretensión de resarcimiento en virtud del art. 2043 del C.C. no se puede invocar por falta de un daño injusto, que presupone la lesión de una posición subjetiva activa tutelada como derecho perfecto, mientras que la carga de la separación a un cónyuge implica solo los efectos previstos por la ley, pero no concreta la violación de un derecho del otro cónyuge*⁶.

3 Casación 02 de enero 2012 N° 9. También recientemente, el Tribunal de Bari, 28 de septiembre de 2006 (Corriere Merito, 2007, 3, p. 295), ha descartado una indemnización por daño extrapatrimonial, afirmando que *"la obligación indemnizatoria del art. 81 del Código Civil es una obligación de derecho que escapa de los patrones del art. 2043 ibídem y está regulada únicamente por el art. 81, que solo menciona los gastos incurridos y las obligaciones contractuales"* (en el mismo sentido restrictivo, Tribunal Monza 06 de junio 2006, Tribunal Reggio Calabria del 12 de agosto de 2003, *Der. de Familia*, 2004, p. 484).

4 Trib. de Treviso 29 de enero de 1982, *Der. de Familia*, 1982, 1313: carece de fundamento la pretensión de indemnización formulada, en términos de la violación de su derecho a la integridad moral y la libertad, por la mujer contra quien la hubiera seducido con la promesa de futuro matrimonio, porque el hecho no constituye delito, dada la edad madura de la mujer, ya que no es posible en este caso reconocer ninguna violación del precepto general de *"neminem laedere"*, dado que no existen normas jurídicas que sancionen, en las relaciones pertenecientes a la esfera sexual, el respeto de los deberes comunes de fidelidad, buena fe, equidad y diligencia.

Tribunal de Verona, 29 de enero 1982, *Jurisprudencia it.*, 1983 I, 2, 118: *La seducción con promesa de matrimonio no constituye responsabilidad civil, de acuerdo con los principios de la responsabilidad extracontractual, y solo da lugar a las consecuencias jurídicas previstas en los arts. 80 y 81 del Código Civil.*

5 Casación, Secc. III, 08 de julio de 1993 N° 7493, *Foro it.*, 1994, I, 1878, según la cual *"la evaluación del requisito de una relación causal entre la promesa y la traditio corporis involucra una apreciación de hecho, para cuyos fines el juez, dada la dificultad de la prueba, puede valerse de evidencia circunstancial y pruebas de presunción, aunque es necesario, sin embargo, que la indagación preliminar se base en elementos particularmente graves y concordantes, a ser evaluados también en relación con las condiciones ambientales y culturales de los sujetos (cf. enviado. Casación N° 510 de 1976)"*.

6 Casación, Secc. I, 22 de marzo de 1993 N° 3367.

La separación de cuerpos –se afirma⁷– constituye un derecho que se puede enmarcar entre aquellos que garantizan la libertad de la persona (es decir, un bien de suma importancia constitucional) y teniendo en cuenta que el legislador especificó analíticamente las consecuencias en la disciplina del derecho de familia (es decir, en sede propia), debe excluirse, –precisamente en consideración al principio según el cual “inclusio unius, exclusio alterius”– que a tales consecuencias se puedan añadir aquellas propias de la responsabilidad aquiliana en virtud del art. 2043 del Código Civil.

Una primera apertura se encuentra en la Sentencia del 26 de mayo de 1995 N° 5866, en la cual se afirma que *la carga de la separación, considerada en sí misma, no es fuente de responsabilidad extracontractual en virtud del art. 2043 CC., pero... la reparación de los daños adicionales solo se puede configurar si los hechos que dieron lugar a la carga integran los extremos del ilícito alegado por la cláusula general de responsabilidad expresado por la citada ley.*

3. EL AVANCE JURISPRUDENCIAL DEL AÑO 2005 Y LOS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA PROBLEMÁTICA DE CARÁCTER PROCEDIMENTAL

El verdadero avance se produjo –como se sabe– con la Casación, Secc. I, del 10 de mayo de 2005, N° 9801, que reconoció la obligación de la reparación de daños y perjuicios a cargo del cónyuge que, antes de la boda, no hubiera informado a la mujer de su impotencia en general y, después de la boda, que se hubiera negado a someterse a los remedios necesarios. Recordando la orientación en cuanto a daño inmaterial suscitado por la Casación N° 8827-8828 de 2003, el pronunciamiento establece que el respeto por la dignidad y la personalidad de cada miembro de la familia asume la connotación de un

7 Casación, Secc. I, 06 de abril 1993 N° 4108.

derecho inalienable, cuya lesión por parte de otro componente constituye presupuesto de responsabilidad civil.

La circunstancia que el comportamiento del cónyuge constituya causal de separación o de divorcio no excluye que pueda integrar los extremos de un ilícito civil, siempre que la conducta del cónyuge, por su gravedad intrínseca, constituya una agresión a los derechos fundamentales de la persona.

La jurisprudencia de mérito posterior se ciñó de inmediato a esta apertura, al punto de volver *ius receptum* que la conducta de un cónyuge, dentro de la relación conyugal, puede configurar un acto lesivo a la dignidad y la libertad del otro, al punto de ser calificado al mismo nivel de hecho ilícito fuente de responsabilidad extracontractual.

No han faltado, sin embargo, aspectos problemáticos que han colmado los numerosos debates doctrinales y reflexiones de los operadores en lo que respecta a los límites, las condiciones y la forma de hacer valer la responsabilidad por incumplimiento de los deberes entre cónyuges.

Un primer problema es de carácter estrictamente procesal, pero lleno de importantes implicaciones prácticas y en capacidad de condicionar el ámbito de pertinencia de los requisitos de fondo: se trata del problema de la admisibilidad de la demanda de reparación de daños en el ámbito de los juicios de separación y divorcio.

Como es bien sabido, la jurisprudencia de legitimidad supone la naturaleza especial del rito de separación y divorcio y, por tanto, afirma la inadmisión

bilidad de demandas diferentes en el ámbito de tales procedimientos⁸. En sentido contrario, sin embargo, se ha observado que los procedimientos de separación y divorcio, aunque sean introducidos mediante recurso y se caractericen por una primera fase de instrucción sumarial ante el Presidente de la Corte, se desarrollan en la fase subsiguiente con instrucción plena de acuerdo a la forma procedimental del rito ordinario, al que se refieren las disposiciones pertinentes y a las cuales son, por lo tanto, aplicables las correspondientes confiscaciones y embargos.

En esta nueva fase, las excepciones de los artículos 163 y ss. del Código de Procedimiento Civil, son más bien marginales y poco significativas, teniendo en cuenta, además, que:

1. La sentencia no definitiva sobre el *status* no se considera una excepción, sino una aplicación del artículo 277, párrafo 2º del Código de Procedimiento Civil;⁹

8 Véase, en particular, Casación 25 de marzo 2003, N° 4367 "Los casos di acumulación subjetiva (art. 33 CPP) y objetiva (artículo 104 ibidem) de demandas –expresiones de la denominada conexión por coordinación, en la cual el tratamiento conjunto depende únicamente de la voluntad de las partes, y la separación de causas siempre es posible, con el único riesgo de una contradicción entre cosas juzgadas– no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 40, párrafo tercero del Código de Procedimiento Civil, introducido por la Ley 353/1990, en el que no se permite que el cambio de procedimiento, impuesto por dicha disposición, sea resultado de una mera elección del demandante en relación con causas no conexas o no conectadas por relaciones de evidente subordinación, siendo vulnerado, en caso contrario, el principio del juez natural establecido por la ley, de conformidad con el art. 25 de la Constitución (quedó así excluida la posibilidad del "simultaneus processus", en el ámbito de la acción de divorcio sujeta al procedimiento de la sala de Consejo, en lo que respecta a las demandas relativas a la propiedad de bienes inmuebles o el incremento del valor de los mismos, por haberse considerado inaplicable la regla a la que se refiere el art. 40 del Código de Procedimiento Civil)"; Casación 19 de enero de 2005, N° 1084 "El tratamiento conjunto de causas sujetas a procedimientos diferentes puede ser implementada, de acuerdo a las reglas del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley N° 353 de 1990, siempre que dichas causas sean conexas en el sentido de los artículos. 31, 32, 34, 35 y 36 del Código de Procedimiento Civil. Por lo tanto, no pueden acumularse en un solo proceso la demanda de separación legal de los cónyuges, sujeta al procedimiento fiscal, y la de valoración de la propiedad de la vivienda conyugal, sujeta al procedimiento ordinario, por tratarse de demandas no ligadas por vínculos de conexión, sino autónomas y distintas una de la otra"; Casación 06 de diciembre de 2006, N° 26158 "El tratamiento conjunto de causas sujetas a procedimientos diferentes puede ser implementada, de acuerdo a las reglas del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley N° 353 de 1990, siempre que dichas causas sean conexas en el sentido de los artículos 31, 32, 34, 35 y 36 del Código de Procedimiento Civil. Por lo tanto, no pueden acumularse en un solo proceso la demanda de divorcio, sujeta al procedimiento fiscal, y la de división de los bienes comunes, sujeta al procedimiento ordinario, por tratarse de demandas no relacionadas por vínculos de conexión, sino autónomas e independientes una de la otra". En este sentido, para jurisprudencia de mérito, ver, entre otros, Tribunal de Bari, Secc. I, 19 de abril de 2006; Tribunal de Monza, Secc. IV, 12 de diciembre 2005; Tribunal de Módena, Secc. II, 1º de diciembre de 2005.

9 Casación 20 de febrero 1996, N° 1314, "la sentencia no definitiva sobre el status, aun sin petición de parte, en caso que el proceso deba continuar para la determinación de asignaciones, configura, no una excepción, sino una hipótesis de aplicación del principio general establecido en el artículo 277, párrafo segundo del Código de Procedimiento Civil, con el único elemento distintivo de la sustitución a petición de parte y la necesaria confirmación de la subsistencia de un interés apreciable concreto de ésta en las peticiones de la demanda, de una valoración general y en abstracto del cumplimiento de la resolución no definitiva a un interés semejante".

2. Los poderes oficiosos del juez constituyen la proyección procesal de la tutela sustantiva de los menores, y se otorgan al órgano judicial independientemente del procedimiento, según lo confirma el parágrafo 2º del artículo 4 de la Ley 8ª de febrero de 2006, No. 54;
3. Los eventuales subprocedimientos del artículo 709 del Código de Procedimiento Civil, cual paréntesis que implican la aplicación de las medidas relativas a la patria potestad y la custodia de los hijos menores, son asimilables a los subprocedimientos que caracterizan a otros juicios de procedimiento ordinario (piénsese, por ejemplo, los procedimientos relativos a la aplicación de las medidas cautelares dictadas en el curso de la sentencia de mérito);
4. El juez de instrucción, no obstante la inaplicabilidad del artículo 183, parágrafo 3º del Código de Procedimiento Civil, siempre puede disponer la comparecencia de las partes de conformidad con el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil.

Ni siquiera el procedimiento fiscal en el juicio de apelación constituye una desviación significativa respecto del modelo procedimental del llamado procedimiento ordinario, puesto que fue previsto con la finalidad de facilitar y acelerar el proceso.

Por lo tanto, la calificación del procedimiento en los procesos de separación y divorcio, en términos del procedimiento ordinario, haría posible la proposición contextual de todas las demandas conexas, sujetas a procedimiento ordinario y, en lo que aquí interesa, de la demanda de reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones familiares.

La demanda de reparación de daños y perjuicios, sin embargo, introduce elementos históricos de valoración que no solo no pueden considerarse ajenos a los hechos constitutivos de la separación o el divorcio, sino que presentan perfiles de coincidencia que llevarían a considerar que el tratamiento conjunto de la demanda de divorcio contencioso y la indemnización por daños y perjuicios respondan también a exigencias de economía procesal.

No subsiste, en cambio, una conexión técnica entre la demanda de reparación de daños y perjuicios y la demanda de divorcio contencioso: aun presentando tanto el caso de culpabilidad como el de delito intrafamiliar una identidad parcial de hechos históricos, o el elemento común del incumplimiento de los deberes conyugales, la aceptación de la demanda de indemnización de daños y perjuicios parece depender de la aceptación de la demanda de divorcio contencioso.

El incumplimiento de los deberes conyugales adquiere un significado diferente en los dos casos:

- en el de divorcio contencioso surge como resultado de la intolerabilidad en la cohabitación continua;
- en el de delito como causa de daño injusto.

Es, por tanto, posible que la demanda de divorcio contencioso sea rechazada en el caso en el cual se haya excluido, o en todo caso no se haya demostrado el nexo de causalidad entre el incumplimiento de los deberes conyugales de uno de los cónyuges y una crisis familiar, y por el contrario, la demanda de indemnización de daños y perjuicios se haya admitido, en caso de que se demuestre que el incumplimiento de los deberes conyugales cometido por uno de los cónyuges, aunque no fuere la causa de la crisis familiar, causó un daño injustificado al otro cónyuge.

Esto nos permite afirmar que la demanda de indemnización por daños y perjuicios puede proponerse en el proceso de separación o divorcio, aun en ausencia de la proposición contextual de la demanda de divorcio contencioso.

Otro problema que se plantea es la del momento en que debe proponerse la demanda de indemnización de daños y perjuicios en la sentencia de separación o divorcio.

A propósito de la demanda de divorcio contencioso, la Corte Suprema (Tribunal de Casación, Secc. I, 07 de diciembre de 2007 No. 25618, Casación 2818 del 2006) afirma que en el proceso de separación de cuerpos de los cónyuges la demanda de divorcio contencioso:

- si la propone el demandante, debe insertarse en el libelo de demanda del proceso, excediendo los simples “*emendatio libeli*” permitidos durante el procedimiento;
- si la toma la parte demandada, está sujeto a los tiempos y formas de la demanda de reconvencción;
- no se puede configurar la “*reconventio reconventionis*”.

No parece que las mismas afirmaciones puedan formularse también con respecto a la demanda de resarcimiento de daños y perjuicios.

4. SEPARACIÓN DE MUTUO ACUERDO Y DERECHO A INDEMNIZACIÓN

La intervención de la Corte Suprema en septiembre de 2011¹⁰ reitera que el incumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio no se sanciona únicamente con las medidas típicas como la culpabilidad de la separación, si no que, si la lesión causa una lesión de los derechos protegidos por la Constitución, integra los extremos de la infracción civil y da lugar a una indemnización por daño moral de acuerdo con el artículo 2059 del Código Civil.

La sentencia se destaca por haber declarado que la falta del pronunciamiento de culpabilidad en caso de separación no causa la preclusión de la acción de indemnización por daños y perjuicios, no solo cuando, en el ámbito de la separación judicial, la culpabilidad de la separación no haya sido solicitada, sino también en el caso de que se hubiera elegido el procedimiento de separación consensual. Se puede afirmar, en otras palabras, que la adhesión voluntaria a la separación de cuerpos no implica renuncia a la verificación de las causas de la crisis del matrimonio, judicialmente verificables solo en el juicio de separación con la específica demanda de divorcio contencioso. Por lo tanto, incluso después de la separación consensual, el cónyuge puede hacer valer los perjuicios personales consecuentes al incumplimiento de las obligaciones conyugales.

Del mismo modo, si en el juicio de separación no se demandó la culpabilidad, o se renunció al pronunciamiento de culpabilidad de la separación, el caso juzgado solo se conforma en relación al “*petitum*” accionado y no subsiste, por lo tanto, ninguna preclusión al ejercicio de la acción de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio.

El incumplimiento de las obligaciones conyugales atribuye el derecho a la indemnización por concepto de daños patrimoniales, conforme al art. 2059 del Código Civil, en las siguientes condiciones, según lo establecido en las sentencias de las Secciones Unidas del 2008:

10 Casación, Secc. 15 de septiembre de 2011, No. 18853.

- que el incumplimiento del deber de fidelidad haya provocado la vulneración de un derecho constitucionalmente protegido, ya que el daño, para ser relevante a este propósito, no puede consistir simplemente en el sufrimiento mental causado por la infidelidad y la percepción de ofensa resultante de la infracción –objetivamente inherente en el incumplimiento de la obligación de fidelidad– en sí mismo no es indemnizable constituyendo un perjuicio derivado de la infracción a la ley común;
- la lesión de un interés constitucionalmente protegido puede producirse si se demuestra –por ejemplo– que la infidelidad, por sus modalidades y en relación con la especificidad del caso, ha dado pie (con la prueba del nexo de causalidad) a una lesión a la *salud* del cónyuge o a la *dignidad* de su persona;
- que la lesión del interés sea grave, en el sentido de que el perjuicio exceda un umbral mínimo de tolerancia, como lo exige el deber de solidaridad del artículo 2° de la Constitución o que el daño no sea fútil, sino que tenga una consistencia que pueda considerarse jurídicamente relevante.

La Corte Suprema acoge, entonces, el argumento según el cual el perjuicio resultante del incumplimiento del deber de fidelidad no sería en sí mismo indemnizable, ya que el derecho a la fidelidad estaría consagrado en el derecho común y no tendría protección constitucional.

Precisamente en aplicación de estos principios, en una sentencia posterior, la Corte Suprema¹¹ confirmó la sentencia de mérito, que –no obstante la culpabilidad de la separación al cónyuge infiel– había negado la indemnización al cónyuge víctima de la infidelidad, en ausencia de evidencia de conductas específicas, dotadas de la gravedad intrínseca y de la consiguiente lesión injusta de un derecho protegido por la Constitución del otro cónyuge.

Más recientemente, el Tribunal de Casación¹² –continuando con la negativa que el derecho a la fidelidad conyugal constituye una situación digna de calificación autónoma y protección compensatoria– ha reiterado la necesidad

11 Casación, Secc. VI, 17 de enero de 2012, N° 610.

12 Casación, Secc. I, 01 de junio de 2012 N° 8862.

de que la infidelidad, por ser causal de obligaciones compensatorias, deba consistir en una conducta lesiva de “otros” derechos de la persona, como “la salud, la intimidad, las relaciones interpersonales, [...] la reputación”.

Puede inferirse, por tanto, del análisis jurisprudencial una indicación dual:

- el derecho a la fidelidad no tiene protección constitucional y, por esa razón, no merece ser protegido en el plano indemnizatorio.
- el incumplimiento del deber de fidelidad constituye un delito civil únicamente cuando determina la lesión de otros derechos de la persona.

Ambas declaraciones provocan perplejidad.

En primer lugar, no se entiende por qué razón no merece protección indemnizatoria el incumplimiento de una obligación expresamente prevista por el Código Civil y tan solemne como para que la ley prevea un recurso meramente suspensivo (como la separación de cuerpos) antes de acceder al único instrumento judicial constituido para el divorcio.

En segundo lugar, es dudoso que los derechos y deberes matrimoniales no tengan ningún tipo de protección constitucional, teniendo en cuenta el artículo 29 de la Constitución, que asigna al matrimonio la función de fundamento jurídico de la familia.

En definitiva, se puede decir que la jurisprudencia ha acogido, en materia de indemnización por daños intrafamiliares, una concepción compensatoria y completamente carente de lógica punitiva, como parece afirmarse, en cambio, en la interpretación y aplicación del artículo 709 del Código de Procedimiento Civil¹³.

13 Sobre la incidencia del nuevo artículo 709 del Código de Procedimiento Civil sobre el tema de la responsabilidad civil en la familia, A. D'ANGELO, *¿La compensación de daños y perjuicios como sanción? algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 709 del Código de Procedimiento Civil*, en Familia, 2006, pp. desde 1031-1051.

5. EL EJERCICIO ABUSIVO DEL LLAMADO DERECHO “POTESTATIVO” A LA SEPARACIÓN

Un enfoque tan estricto, especialmente en materia de prueba de un nexo causal entre la conducta infiel y el perjuicio del derecho personal del cónyuge-víctima parece sufrir, además, de la concepción “potestativa” acogida por la Corte Suprema sobre el derecho a la separación personal.

En este punto, la jurisprudencia no ahorra afirmaciones “fuertes” cuando, por ejemplo, proclama que, “con el matrimonio,... según la concepción normativa sancionada por el legislador, los cónyuges no se conceden un irrevocable, mutuo y exclusivo “*ius in corpus*”... válido para toda la vida, al cual pueda corresponder a un “derecho inalienable” de cada uno contra el otro, pudiendo hacer cesar cada uno los deberes relativos en cualquier momento con un acto unilateral de la voluntad expresado en las formalidades de la ley”¹⁴, o cuando presenta demanda de separación de derecho subjetivo potestativo¹⁵, sobre el supuesto que “en una visión evolutiva... la relación conyugal [debe considerarse] en el estado actual de la sociedad, incoercible y ligada al consenso permanente de cada cónyuge” a tal punto que “el juez, para pronunciar la separación, debe verificar, con base en los datos objetivos que hayan surgido, así como en el comportamiento procesal de las partes, con particular referencia a los resultados del intento de conciliación y prescindiendo de cualquier elemento de culpabilidad, la existencia, incluso en solo uno de los cónyuges, de una condición de tal desafecto al matrimonio como para hacer incompatible, aún prescindiendo de elementos de culpabilidad a cargo del otro, la convivencia”¹⁶.

Parece extraño, en efecto, que tal concepción se considere una emanación directa del mismo art. 29 de la Constitución, que –lejos de “constitucionalizar” el derecho a la separación– sanciona, por el contrario, la garantía de la unidad familiar.

14 Casación, Secc. I, 15 de septiembre 2011, No. 18853.

15 Así, expresamente, Casación, Secc. I, 9 de octubre de 2007, No. 21099.

16 Casación, Secc. I, 14 de febrero de 2007, No 3356.

Pero aun queriendo acoger –uno se sentiría tentado a decir... *per absurdum*– tal perspectiva, sería necesario preguntarse si el derecho a la separación de cuerpos, cuando se ejerce de forma imprevista, pueda causar un desequilibrio entre la ventaja que se propone el cónyuge que lo ejerce y el perjuicio que se provoca en contra del cónyuge que tenía una legítima e inocente confianza en la continuación del proyecto conjunto existencial y familiar, no legítima las mismas evaluaciones en términos de abuso del derecho, que la jurisprudencia hace tiempo practica en el ámbito de las relaciones obligacionales y contractuales.

Tampoco se puede admitir que –como sostienen algunos autores¹⁷ la separación o el divorcio no puedan constituir en sí mismos causa de “daño” a cargo del cónyuge que haya sufrido la ruptura del vínculo matrimonial. Como ya lo ha replicado una doctrina autorizada, “tal opinión, independientemente de la aspereza ideológica, termina por describir el vínculo matrimonial, incluso como más laxo que un contrato, con respecto al cual, por otra parte, nadie se atreve a invocar la libertad para excluir la responsabilidad de la parte infiel”.

Debe considerarse, por tanto, que el derecho a la separación no pueda prescindir, teniendo en cuenta la legalidad de su ejercicio, del fundamento objetivo, o al menos subjetivamente plausible y razonable, de la efectiva intolerabilidad de la convivencia. La demanda de separación (o de divorcio), motivada únicamente por el “deseo de” recuperar el estado de libre, disimula un inexistente *ius poenitendi* respecto del vínculo matrimonial, que no puede permanecer inmune de valoraciones en términos de delito intrafamiliar.

17 Por ejemplo, Facci, *La injusticia del daño en las relaciones familiares*, Contr. impr., 2005, 1244, según la cual “cada cónyuge tiene derecho a separarse, divorciarse, contraer un nuevo matrimonio y formar una nueva familia.”

6. EL DELITO EN LA RELACIÓN ENTRE PADRES E HIJOS: LA NEGATIVA A ASUMIR EL PAPEL DE PADRE

Pasando al examen de las figuras de delito intrafamiliar en la relación entre padres e hijos, un primer problema consiste en determinar si se puede calificar como hecho ilícito la negativa injustificada a asumir el papel de padre que se deriva del acto de la procreación.

Nuestro ordenamiento reconoce, en el estado actual de la legislación, tanto la voluntariedad general del acto de reconocimiento (art. 250 del Código Civil), como la facultad de la madre a no ser nombrada en el certificado de nacimiento (artículo 30, párrafo 1, DPR N° 396/2000) (Renda, 2008) y la correspondiente prohibición de expedir, antes del transcurso de cien años, una copia integral del certificado de asistencia en el parto o de los registros médicos, incluyendo los datos personales que hagan identificables a la madre que haya declarado no querer ser nombrada (artículo 93, párrafo 2, D. LVO no. 196/2003)¹⁸. Añádase a esto la imposibilidad de reconocimiento legal como hijo natural de quien resultare hijo legítimo ajeno.

A excepción de este último caso –en la cual realmente no se entiende cómo pueda ser también teóricamente compatible la imposibilidad del reconocimiento con la obligación de reparación por falta de reconocimiento– es controvertido si la falta o el retraso del ejercicio de la facultad de reconocimiento puedan ser considerados al mismo nivel de una conducta lesiva del derecho del hijo a crecer y desarrollarse en un entorno familiar y social de acuerdo con el estado que tendría conforme al vínculo biológico.

18 Sobre este punto, Tar Marche, secc. Ancona, 13 de noviembre de 2008 N° 1914, en *Jurisprudencia de mérito*, 2009, 6, 1529, con nota de: Santarsiere, según la cual *la prohibición de revelar los orígenes biológicos del hijo natural abandonado a la asistencia pública sin el consentimiento de su madre fue sancionada por ley y como resultado se ha establecido a través del derecho al anonimato de la madre, que, en el momento del parto, declare que no desea ser identificada, permitiendo, si hubiera interés, la emisión de una copia del certificado de asistencia en el parto o del registro médico transcurridos cien años desde la formación. Antes de este período, dichos documentos pueden expedirse omitiendo los datos que permitan identificar a la madre. Por tanto, la prohibición de acceso a los actos administrativos, donde sea identificable la madre que quiera permanecer en el anonimato, se considera norma especial, haciendo una excepción a las normas generales que regulan los plazos y formalidades para obtener información, cuya finalidad se evitaría si la identidad de la madre fuera determinable antes de tiempo.*

La orientación jurisprudencial favorable a la tesis de la ilegalidad de la falta de reconocimiento del hijo natural fue inaugurada por la famosa decisión de la Corte Suprema de Justicia¹⁹, que había sido aclamada como el primer reconocimiento de la figura del daño existencial por parte de la jurisprudencia de legitimidad. En dicha sentencia, la Corte de Casación reconoció el derecho a la indemnización por daños y perjuicios al hijo natural como resultado de la conducta del padre (judicialmente reconocido como tal), que durante años se había negado obstinadamente a responder al hijo con los medios de subsistencia. La Corte declaró que

...dado que el artículo. 2043 del Código Civil, en relación con los artículos 2° y ss. de la Constitución, necesariamente debe ampliarse para abarcar no solo el daño patrimonial en el sentido estricto, sino todos los daños que al menos potencialmente obstaculicen las actividades ejecutoras de la persona humana, la lesión de los derechos de relevancia constitucional va de acuerdo con la sanción compensatoria por el hecho en sí de la lesión (daño evento), independientemente de las eventuales pérdidas patrimoniales que la misma pueda comportar (daño consecuencia).

Son de notar algunos pronunciamientos jurisprudenciales que afirman la misma responsabilidad. El Tribunal de Venecia²⁰ sostuvo que

...el hijo no reconocido, que no pudo beneficiarse de la figura del padre natural, sufre la infundada y dolorosa privación de una contribución que nuestra Carta fundamental garantiza plenamente el art. 30 y, por lo tanto, tiene derecho a la indemnización del llamado daño existencial... aunque hagan falta signos evidentes sobre el plano psicopatológico que podrían, sin embargo, configurar el daño biológico, porque lo lesionado en este caso es un derecho

19 Casación, 7 de junio de 2000, N° 7713, en *Fam y der.*, 2001, p. 159, con nota de Dogliotti, la familia y otros derechos: responsabilidad civil, daño biológico, daño existencial, en *Corr. Jur.*, 2000, p. 873, con nota de De Marzo, La casación y el daño existencial, en *Daño y resp.*, 2000, p. 835, con notas de Monateri, En los umbrales: la primera victoria en casación del daño existencial y de Ponzanelli, Atención: no es daño existencial, sino una verdadera pena privada; en *Resp. Civ. prev.*, 2000, p. 923, con nota de Ziviz, Continúa el camino del daño existencial.

20 Trib. de Venecia, 30 de junio de 2004, en *Fam y der.*, 2005, p. 297.

fundamental del hijo a la educación y la asistencia no solo económica.

De acuerdo con este punto de vista,

...la concepción, nos guste o no, no se reduce al hecho puramente material, como es el caso en gran parte del reino animal... sino que implica sin excepción, incluso por postulado constitucional, el deber de guiar a su prole a lo largo de su, no tan fácil, camino de desarrollo psicofísico y de maduración; en consecuencia, comete un acto ilícito el progenitor biológico que nunca haya (desde el nacimiento del hijo) de cualquier forma prestado a este último una mínima ayuda material, moral, emocional y psicológica, negándose, a pesar de los reiterados y dolorosos intentos del hijo de tener con él relaciones aun esporádicas de cualquier tipo e, incluso, a verlo.

De acuerdo con los dos pronunciamientos citados, entonces, subsistiría, por un lado, el derecho constitucional del hijo al reconocimiento de su estado y la afirmación de los consiguientes derechos de la personalidad resultantes de la confirmación de la filiación, y por el otro, el deber de los padres naturales de guiar a su prole y garantizarle un desarrollo mental y físico de acuerdo con el vínculo sanguíneo.

El mismo Tribunal de Venecia –en pronunciamiento posterior²¹– expresamente refutó la tesis del contraste lógico/jurídico entre la voluntariedad del reconocimiento y la antijuridicidad de la consciente omisión del reconocimiento mismo. Se ha afirmado, en efecto, que

...parece difícil sostener el carácter no obligatorio de una conducta que, si no se mantiene, puede ser "sustituida" por una decisión judicial que produzca el mismo efecto. Con el fin de reconocer el hijo ilegítimo el padre biológico no tiene derecho a elegir: si no tiene la intención de reconocer espontáneamente al hijo natural, está sujeto a las consecuencias de la sentencia que establezca dicho estado; así, si el padre no puede sustraerse a los efectos del reconocimiento del es-

21 Trib. Venecia, 18 de abril de 2006, en *Fam y der.*, 2007, p. 927, con nota de Facci, *La responsabilidad del padre que decide no reconocer al hijo y no provee su manutención: una sentencia importante.*

tado de filiación, con todas las consecuencias no solo patrimoniales si no primero familiares, si la determinación judicial de dicho estado es una consecuencia inevitable de la determinación en términos de la relación de filiación, al parecer debe suponerse que el reconocimiento del hijo natural, precisamente donde el padre no puede sustraerse, solo puede ser visto como un comportamiento obligatorio.

Pero –según los jueces venecianos– incluso prescindiendo del reconocimiento del hijo o del pronunciamiento de la sentencia (declarativa) que determine el *estado* de filiación, la fuente de la obligación de manutención del hijo reside en el hecho mismo de la filiación, como se desprende de lo dispuesto en el art. 279 del Código Civil, que establece que el hijo natural puede iniciar un procedimiento contra el padre para obtener de él manutención, ilustración y educación, aun en aquellos casos en los que no se pueda proponer acción judicial para la declaración judicial de paternidad.

Dado, entonces, que el elemento objetivo del ilícito consistiría en el incumplimiento de la obligación de manutención derivada de la procreación, el elemento subjetivo requeriría por lo menos la culpa, que vendría a configurarse en el supuesto de que *“una conducta deficitaria de un esfuerzo diligente... destinado a salvaguardar los intereses de aquel [el hijo natural], con quien surja un contacto social, al cual se debe una forma de respeto, dentro de los límites señalados por los modelos de conducta típicos del tipo concreto de relaciones sociales que se produjeron en este caso”*.

En lo referente a la cuantificación de los daños sufridos, otro pronunciamiento²² sostuvo que el daño debe evaluarse teniendo en cuenta *“la proyección, sobre un plano probabilístico, de las posibilidades existenciales del hijo, en un sentido amplio, pero muy significativo (actividad profesional, inclusión social, nivel de la vida, capacidad económica), si hubiera podido sacar provecho de los aportes, no solo de carácter financiero, de su padre.”* En el presente caso, el juez cuantificó en 4.000 millones de euros el daño sufrido por el hijo, teniendo en cuenta *“[...] los prejuicios relacionados con la pérdida de la posibilidad de una inclusión social y laboral adecuada a la clase socioeconómica a la que pertenece el padre, pérdida directamente relacionada con ese déficit, no solo de aquellos aportes financieros que le permitieran un nivel de educación de alto nivel y la realización de actividades empresariales o profesionales acordes*

22 Apelación de Bolonia, 10 de febrero de 2004, en *Fam y dir.*, 2006, p. 511, con nota de Facci, *El delito intrafamiliar entre daño in re ipsa e indemnizaciones multimillonarias*

a la familia, sino también de los consejos, las sugerencias, ese apoyo moral que auspiciara –en ausencia de factores adversos– la formación de una personalidad, de una cultura, de la capacidad de mantener relaciones sociales de alto nivel, directamente relacionados al patrimonio moral y cultural de la familia paterna”.

7. CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LAS ORIENTACIONES JURISPRUDENCIALES

La jurisprudencia descrita anteriormente se presta a algunas reflexiones problemáticas y evaluaciones críticas.

En primer lugar, si fuera verdad la tesis de la obligatoriedad del reconocimiento del hijo natural, no veo por qué el Código no la sancionó expresamente y, de hecho, haya preferido una expresión literal claramente atribuyendo al padre la mera *facultad* del reconocimiento²³. En segundo lugar, resulta difícil relacionar la obligación del reconocimiento con la previsión del “consenso” para el mismo reconocimiento por parte del hijo que hubiera cumplido dieciséis años o, en el caso del menor de dieciséis, por el otro padre que hubiera ya efectuado el reconocimiento, el cual no podría negarlo, aun más, si es en el mejor interés del hijo. Es notorio cómo la jurisprudencia²⁴ tiene en cuenta la falta de interés del hijo en presencia de un riesgo grave para el desarrollo físico y mental del menor, potencialmente derivado del reconocimiento. Pero se trata de una afirmación poco coherente con la tesis del derecho absoluto del hijo, y la consiguiente responsabilidad civil del padre reacio, ya que, frente al reconocimiento, nada se opone a la adopción de las medidas restrictivas de la potestad o de la convivencia con el hijo (art. 333 Código Civil, Art. 155 Código Civil, etc.)

La combinación de las directrices legales descritas anteriormente es probable que conduzca a la paradoja de considerar el derecho del niño y la obligación

23 Art.-250 cc: Un hijo natural puede ser reconocido [...]

24 Por último, Casación, 5 de junio de 2009, Nº 12984, Just. Civ., 2010 I, 1442; Casación 27 de Mayo de 2008, Nº 13830, Foro it., 2008, 9, I, 2457.

de los padres al reconocimiento solo en los casos en que de la valoración de la relación de filiación puedan derivar *chances* concretas de mejorar la condición socioeconómica del propio hijo, con la perniciosa aplicación de una especie de criterio críticamente plutocrático en el contexto de las relaciones familiares.

Por otra parte, la tesis de la obligatoriedad del reconocimiento es presagio de algunas implicaciones sistemáticas, de las cuales la misma jurisprudencia no parece, de momento, plenamente consciente. Si el padre biológico está obligado a reconocer al hijo y, de todas formas, a mantenerlo de acuerdo con las condiciones económicas y sociales apropiadas, habría que, *per absurdum*, predicar la responsabilidad en cabeza de todos aquellos que, obstaculizando el cumplimiento de tal obligación, afecten en concreto la realización del correspondiente derecho del hijo. Tal razonamiento llevaría a sugerir incluso la obligación de ejercer las acciones judiciales necesarias para la eliminación de la condición de hijo legítimo (art. 235 C.C.: acción de impugnación de la paternidad) que se interponga en la concreción del supuesto *derecho* del hijo al reconocimiento legal jurídico correspondiente al hecho de la procreación y la correspondiente obligación del padre de manutención y educación de la prole derivada de la procreación.

En última instancia, parece posible afirmar que la tesis jurisprudencial de la *ilicitud* de la falta de reconocimiento deriva mucho más de la evolución de la sensibilidad cultural con respecto a la responsabilidad del acto procreador que de una lectura armónica de los datos normativos generales que rigen la materia de la filiación: una tesis de *iure condendo*, que prefiere “lanzar el corazón por encima del obstáculo”, representado por una legislación aún centrada en una concepción voluntarista del *status* de los padres.

8. LOS HECHOS ILÍCITOS RELACIONADOS CON EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

En el caso que subsista la relación parental, el problema del ilícito del padre hacia el hijo afecta, en primer lugar, a los límites del ejercicio de la potestad:

límites ya notorios desde la antigüedad, si es cierto que Adriano declaraba que *patria potestas in pietate debet non atrocitate consistere*.

Aún sin el reconocimiento de un principio dogmático de inmunidad, similar al desarrollado en los Estados Unidos a finales del siglo XIX, antes de que se declarara la reforma de la doctrina del derecho de familia se afirmó en la doctrina un ámbito de exención de responsabilidad por actos dañosos realizados por el padre en ejercicio del *ius corrigendi* corolario de la *potestas* parental. El derogado artículo 319 del Código Civil –que reconocía al padre el poder de “frenar la mala conducta del hijo”– se interpretaba, de hecho, en el sentido de que “el poder, dentro de los límites de un ejercicio legítimo, adecuado a las circunstancias y el daño que el padre quiere evitar al hijo, determina la inmunidad por las consecuencias perjudiciales de dicho acto” (Rescigno, 1961, p. 439).

La sustitución de la norma tras la reforma de 1975 ha eliminado cualquier fundamento para la idea de la legalidad de los actos violentos o abusivos del padre, aun dirigidos a la supresión de la “mala conducta del hijo”, y ha venido a reforzar la creencia, del todo coherente con la superación de la concepción autoritaria de las relaciones familiares, según la cual “un acto que determine un daño al hijo no pueden ser normalmente entendido como explicación de la potestad” (Patti, p. 403).

En el ordenamiento español se quiso sancionar legislativamente un cambio idéntico de la noción de potestad en las relaciones familiares y en el 2007²⁵ se reformó el Art. 134 Código Civil, sobre el contenido de la potestad, eliminando el último inciso, que establece que “[Los padres]... podrán también corregir *razonable y moderadamente* a los hijos”, limitando el texto de la norma a la disposición en virtud de la cual *Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad*. Se extirpó así cualquier pretexto textual *al ius corrigendi* en la educación de los hijos, con el propósito expreso de tutelar principalmente la esfera de los derechos personales del menor, pero en concreto la reforma no tuvo efecto sobre la práctica, ya de por sí marcada hacia un cambio en tal dirección de la evolución de las costumbres, ni sobre las aplicaciones de carácter jurisprudencial.

El perfil de la responsabilidad puede subsistir en presencia de conductas supuestamente asumidas en la explicación de la potestad aun a la luz de la ley sobre violencia doméstica, ya que –como se ha observado puntualmente (Pa-

25 Disposición Final 1.2 de la Ley de Adopción internacional, Ley 28 de diciembre de 2007 no. 54.

tti, 2004, p.1536)– las órdenes de protección no solo no excluyen, sino que son totalmente compatibles con el remedio compensatorio.

Del mismo modo, la aplicabilidad de las medidas judiciales de revocación o restricción de la patria potestad no se opone a la expectativa del resarcimiento del daño, que se sitúa sobre el plano general de la protección de la esfera mínima de los derechos de la persona (Patti, 1981..., p. 43).

La singularidad actual del *ius corrigendi* en el ejercicio de la potestad parece confirmado por el lenitivo por medio del cual regresa al contenido de la potestad la obligación del padre de proteger la integridad física y mental del hijo, en particular previniendo e impidiendo posibles peligros y perjuicios provenientes de terceros, por lo que sería paradójico que la violencia pueda ser una conducta discriminada *a priori* precisamente si el autor es el padre.

En el campo del Derecho penal, por ejemplo, al padre que ejerce la potestad sobre hijos menores de edad se le ha reconocido por la jurisprudencia²⁶ una posición de “garantía” en relación con la protección de la integridad psicofísica de los mismos, con la consecuencia que es penalmente responsable, de conformidad con el art. 40, parágrafo 2º, del Código Penal, por los actos de violencia sexual realizados, por ejemplo, por el cónyuge (o pareja) sobre los hijos, cuando subsistan las siguientes condiciones:

- a. el conocimiento o cognoscibilidad del evento;
- b. el conocimiento o reconocimiento de la obligación que incumbe al “garante”;
- c. la posibilidad objetiva de impedir el evento.

La fuente de esta posición de “garantía” debe ser interpretada en el Art. 147 del Código Civil, que, en el ámbito de los deberes que afectan a los padres, establece, en particular, la obligación de proteger la vida, la seguridad y la moralidad sexual de los hijos menores frente a eventos naturales o agresiones de terceros, incluso intrafamiliares, a través de la adopción de medidas más drásticas con miras a la consecución de este fin.

²⁶ Casación Penal 05 de marzo de 2008, Casación penal. 14 de diciembre de 2007, Casación penal, 19 de enero de 2006.

Bajo tal perspectiva, entre las intervenciones “imperativas” que el padre está obligado a poner en práctica se incluyen las soluciones extremas, como la denuncia del autor del ilícito y su alejamiento de la habitación conyugal.

La violencia –afirma la Corte Suprema–²⁷ resulta incompatible tanto con la protección de la dignidad del sujeto menor de edad como con la necesidad de un desarrollo equilibrado de la personalidad del mismo, por lo que nunca puede considerarse apartada del ejercicio de la patria potestad.

La jurisprudencia concuerda, del mismo modo, en descartar correctamente que la lesión pueda ser desechada por el presunto *ius corrigendi* “cuando el contenido de la expresión ofensiva pronunciada, perentoria y resentida, así como la vulgaridad insólita y brutal, sea tal que excluya toda posibilidad de considerarla una simple reprimenda con fines educativos”.²⁸

La definitiva singularidad del *ius corrigendi* con el contenido de la potestad está consagrada por la reciente Ley No. 219 de 2012, cuyo artículo 1, párrafo 7, introduce el nuevo art. 315 bis del Código Civil, según el cual

El hijo tiene derecho a ser mantenido, educado, instruido y asistido moralmente por los padres, respetando sus capacidades, sus inclinaciones naturales y sus aspiraciones. El hijo tiene el derecho de crecer en familia y mantener relaciones significativas con sus padres. El hijo menor que haya cumplido doce años y aún menor que sea capaz de discernir, tiene el derecho a ser escuchado en todos los asuntos y procedimientos que le conciernan. El hijo debe respetar a sus padres y contribuir, en relación con sus propias capacidades, sus recursos y sus ingresos, a la manutención de la familia mientras viva con ella.

Perfiles de interés –en especial en la dogmática– muestra la configuración de la potestad como una situación jurídica subjetiva caracterizada por la obligatoriedad en cabeza del padre y a la que ahora corresponde una situación de pleno derecho subjetivo del hijo. Mientras que, de hecho, el art. 147 del Código Civil indica como “deber” de los padres el de *instruir, mantener y educar a la prole*, el nuevo art. 315 bis del Código Civil atribuye al hijo el “derecho a ser mantenido, educado, instruido y asistido moralmente por los padres,

27 Casación pen., secc. V, 10 de octubre de 2012 N. 45859.

28 Casación Pen. 03 de noviembre de 1994, Fioravanti: caso en el que el padre había llamado a su hija menor con las siguientes expresiones: *¿Todavía eres virgen? Eres una p...., ¿Con cuántos te has acostado?*

respetando sus capacidades, sus inclinaciones naturales y sus aspiraciones”. La norma corresponde no solo a la evolución de las costumbres y el sentimiento social, sino también a lo establecido en el art. 155 del Código Civil tras la reforma de la confianza compartida en 2006, donde ya había sido previsto el derecho del hijo menor de edad, incluso, en caso de separación de los padres, de mantener una relación equilibrada y continua con cada uno de ellos, de recibir atención, educación e instrucción de ambos y mantener relaciones significativas con los ascendientes y los parientes de cada una de las ramas familiares. Salvo, entonces, la importancia simbólica del actual reconocimiento normativo de la posición del menor, no corresponde conjeturar innovaciones aplicativas revolucionarias, aun bajo el perfil de la responsabilidad civil.

Naturalmente, la peculiaridad del *ius corrigendi* con el contenido de la patria potestad no excluye la necesidad de una evaluación de conductas, que se asuman inherentes al ejercicio del deber de educación, de acuerdo con parámetros diferentes de aquellos que se podrían adoptar al mismo nivel del derecho común. Independientemente, de hecho, del caso más grave –que, como es lógico, se elevan a la importancia de casos jurisprudenciales– no parece probable que la conducta ilícita del “passante” (Nicolussi, 2008)²⁹ pueda equipararse a la del padre, si la incidencia sobre la esfera psicofísica del menor resultara transitoria, débil y conexas a la amonestación educativa y moral³⁰.

9. LOS DELITOS AJENOS A LA FUNCIÓN PARENTAL

La conclusión favorable a la expectativa del remedio compensatorio respecto de conductas que representen exceso o desviación del ejercicio de la patria potestad debe confirmarse más aún en presencia de actos lesivos de la integridad y dignidad de la persona que no hayan sido cometidos en cumplimien-

29 Por una tesis totalmente contraria a la aplicación general de las reglas de responsabilidad civil en el ámbito de la familia, por el solo hecho de una concepción restrictiva de la institución de la responsabilidad aquiliana.

30 En este sentido, no parece constituir un modelo valioso el sistema sueco que considera en cada caso al mismo nivel de maltrato el acto violento contra el niño. Por esta razón, el verano pasado, fue arrestado y acusado un turista italiano que, para reprimir el capricho del hijo de doce años de edad, le dio una bofetada: <http://www.cnrmedia.com>

to de la función parental. Consideremos, por ejemplo, las expensas por los crímenes cometidos por el padre contra el hijo y, en relación con los delitos culposos, de un accidente de tráfico en el que sufra daños el hijo del conductor responsable.

Desde el primer punto de vista, ha sido reconocida³¹ la responsabilidad, incluso civil, del padre, luego de la consumación del delito de violencia sexual conjunta en contra del menor, afirmando que “*de conformidad con el art. 147 del Código Civil [La madre] tenía a su cargo una obligación jurídica específica, no solo moral, de proteger el desarrollo y la misma educación sexual de [la] hija menor*”.

Con respecto a los delitos culposos, se debe señalar que la exclusión inicial de los beneficios del seguro obligatorio –prevista en el texto del art. 4, Ley n.º. 990/69– surgió primero con la reforma de ley de 1992 y luego repetida en el Código de Seguros vigente, cuyo artículo 129 excluye la sola indemnización de los daños sufridos por el cónyuge no separado legalmente, la pareja de hecho, los ascendientes y descendientes.

Hoy pertenece a la historia del pensamiento jurídico la influyente tesis (Rescigno, 1961, p. 440) de la inmunidad de los padres aun por ilícitos similares, sobre la base del deber de manutención, en el sentido que “en la práctica, por lo general, la compensación del daño se llevará a cabo como parte del deber de manutención (que se extenderá, por ejemplo, a los cuidados, la atención, la hospitalización); otra sanción a cargo del patrimonio del esposo o del padre, será la pérdida –por un período más o menos largo– del aporte de trabajo y, en un sentido más general, de la colaboración que la esposa o el hijo, antes de sufrir el daño, aprovechan de la comunidad familiar”

10. EXCLUSIÓN DE LA ACCIÓN DE REGRESO POR PARTE DEL HIJO

Si bien es cierto que los padres responden por los delitos civiles consumados contra los hijos, debe sin embargo descartarse que los padres puedan ser des-

31 Casación pen. 27 de septiembre de 2011, n.º. 34900.

tinarios de la acción de regreso por parte del hijo como resultado del ilícito de este último cometido en perjuicio de un tercero que hubiere invocado la responsabilidad solidaria del art. 2048 del Código Civil.

Teniendo en cuenta que el hijo responde directamente por el daño en razón a su capacidad de comprender y querer, su responsabilidad directa absorbe toda posibilidad de hacer valer, al mismo nivel del tercero perjudicado, el incumplimiento de la obligación de educar y supervisar a los hijos. En este caso, no es escindible –a los efectos del art. 2055 del Código Civil– la culpa del menor en la realización del ilícito, de la culpa *in educando* o *in vigilando* de los padres. En consecuencia, si los bienes del menor son suficientes para hacer frente a la reclamación del tercero, no sería admisible una acción de regreso contra los padres, lo que implicaría la negación de la capacidad de absorción y reelaboración de los preceptos educativos que deben necesariamente asumirse en el menor imputable.

11. EL DERECHO DEL HIJO A INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONYUGALES

Una reflexión merece la hipótesis de la reclamación del hijo por aquellos mismos hechos que pueden fundamentar la acción de indemnización por parte de otro miembro de la familia. La pregunta debería ser si la violación del derecho a la integridad de las relaciones familiares no puede legitimar la acción del hijo contra la decisión imprevista, por ejemplo, del padre de romper la unidad familiar o como consecuencia de conductas lesivas a las obligaciones con el cónyuge (y, por lo tanto, el otro ascendiente) o por el deseo caprichoso de recuperar el estado de soltero.

Teniendo en cuenta que en otros ordenamientos se ha reconocido, también en la relación entre los cónyuges, el llamado daño de divorcio³², también nos ha llegado la hora de preguntarnos si existe y puede ser ejercido sin limita-

32 Art. 266 *Código Civil* francés.

ción el derecho del cónyuge de solicitar la separación o el divorcio, cuando esa decisión ocasione perjuicio grave no solo al cónyuge, sino también a los otros miembros de la comunidad familiar, casi siempre descrita, con una retórica figurativa que aún no se ve reflejada en aplicaciones jurídicas, como las “víctimas inocentes” (y –se debería añadir– “no indemnizadas”) de la desintegración de la familia³³.

12. EL DERECHO DE LOS PADRES A INDEMNIZACIÓN POR RESPONSABILIDAD CML DE SU HIJO

Hay que reconocer, asimismo, la admisibilidad del derecho del padre a la indemnización de daños y perjuicios derivados del hecho ilícito cometido por el hijo. Tal novedad permitiría superar incluso algunos límites anticuados, que todavía permanecen en el ámbito del Derecho penal, en el que aún no se ha reconsiderado la congruidad de la causa de no punibilidad del art. 649 del Código Penal, que impide el castigo de los delitos más comunes contra la propiedad si no se cometen con violencia contra las personas. La experiencia –especialmente de los delitos cometidos con el fin de obtener la liquidez necesaria para adquirir sustancias estupefacientes– conduce a algunas dudas sobre la idoneidad permanente de tal solución, sobre todo cuando el comportamiento del hijo no resulte subsumible en la categoría de abuso familiar y no permita, por tanto, ni siquiera la medida (preventiva frente a la repetición del ilícito) del alejamiento de la casa familiar.

33 En este sentido, el argumento de que “cada cónyuge tiene derecho a separarse, divorciarse, volver a casarse y formar una nueva familia” (Facci, *La injusticia de los daños en las relaciones familiares*, cit., 1244), ha sido duramente criticado por quienes han sostenido que “una opinión similar [...] termina por describir el vínculo matrimonial como aun más flexible que un contrato, con respecto al cual, por otra parte, nadie se atreve a invocar la libertad para excluir la responsabilidad de la parte infiel” (Nicolussi, *Deberes de protección*, cit., nota 49).

13. CONCLUSIONES

El marco jurisprudencial sobre el tema del ilícito intrafamiliar y la pluralidad de las opiniones doctrinales presentan, en definitiva, datos complejos y variados, al punto de no permitir hoy predicciones fáciles sobre la evolución del sistema jurídico y el derecho vivo. La misma reconducción del ilícito familiar al redil de la responsabilidad civil puede ser refutada si la jurisprudencia considerara proseguir en algunas aperturas que tienen que ver con los llamados deberes de protección que –para que puedan ser considerados subsistentes en las relaciones contractuales– puedan asimismo hallarse en el interior de las relaciones familiares, íntimamente caracterizadas por deberes preexistentes de contenido amplio y sin una específica prestación predeterminada. Si, por el contrario, la jurisprudencia siguiera prefiriendo la dimensión de la responsabilidad civil, habrá que profundizar, sin atajos constitucionales, el perfil de la injusticia del daño, ya para evitar el riesgo de contradicciones en el sistema (como por ejemplo, en términos del daño causados por la falta de reconocimiento), como para determinar el contenido de situaciones jurídicas que –como la potestad– sufren más que otros de los cambios culturales y de las costumbres.

A la jurisprudencia hay que reconocer, por otra parte, el mérito (y el valor) de haber atribuido relevancia jurídica a la responsabilidad, en el pasado solo moral, tanto del incumplimiento de las obligaciones conyugales de fidelidad y cuidado, como de la realización del acto de la procreación: en torno a estos principios de civilización es necesario reconstruir la coherencia del sistema, con la firme esperanza de que el legislador quiera, siempre con prudencia y rigor técnico, contribuir a la adaptación de las normas a los valores morales y sociales compartidos.

BIBLIOGRAFÍA

- Ferrando, G. (2007). Responsabilidad civil y relaciones familiares a la luz de la L. N° 54/2006, *Fam. Pers. Suc.*, p. 590 y ss.

Nicolussi, A. (2008). Obligaciones familiares de protección y responsabilidad, en *Europa y der. priv.*,

Patti, S. (München 2004). Violencia entre miembros de familia: de la inmunidad a la sanción, *Festschrift für Erik Jayme*, Bd. 2, 1536.

Patti, S. (1981). La decadencia de la immunity doctrine en las relaciones familiares, *Rev. Der. Civ.*, 378 ss.

Renda, A. (2008). *La aserción de la maternidad*, Turín.

Rescigno, P. (1961). Inmunidad y privilegio, *Rev. Der Civ.*, I, p. 439.

CAPÍTULO VIII

LA AMENAZA A UN DERECHO COMPORTA UN DAÑO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Responsabilidad civil. 2.1 Presupuestos. 2.2 Crítica a la redacción del artículo 186 del Código Civil. 2.3 Consecuencias. 3. ¿La amenaza a un derecho comprende un daño? 3.1 Definición y alcance de daño. 3.2 Diferencia entre daño y perjuicio. 3.3 El principio neminen laedere y la función social de la responsabilidad civil. 4. Consideraciones finales.

POR FERNANDA IVO PIRES¹

¹ Abogada, Master Sc y Ph.D. en Derecho Civil por la PUC de São Paulo, profesora de Derecho en la Facultad Social y en Unijorge. e-mail: fipires@uol.con.br

1. INTRODUCCIÓN

En el análisis del daño como presupuesto de la responsabilidad civil debe haber una ponderación acerca del alcance del mismo, particularmente con el objetivo de verificarse si la amenaza a un derecho comporta un daño pasible de responsabilidad.

Obviamente que, en esta perspectiva, tiene que indagarse no solamente los matices que involucran la definición de daño, sino también los fundamentos y la función social de la responsabilidad civil.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL

Etimológicamente, la palabra responsabilidad tiene origen, en su raíz, a la expresión latina *sponsio*, de la figura *stipulatio*, en que el deudor solemnemente confirmaba tener con el acreedor, en los contratos verbales de Derecho Romano, una obligación, que era, entonces, garantía por una caución o *sponsor*. (Villey, 2005, p. 136; Lalóu, 1949, p. 1; Lotufo, 2002; Donnini, 2009, p. 450; Días, 1954, p. 6).

La definición y la comprensión de la responsabilidad, no obstante, pasan por numerosas transformaciones a lo largo de los tiempos.

Imagina salir de un contexto en que la deuda estaba unida a la persona del deudor, como un enlace indisoluble (Larenz, 1958, p. 34), y adentrar en el universo actual, donde tiene que considerarse, por ejemplo, que la responsabilidad ocurre no solo como consecuencia del incumplimiento de una obligación, sino también en decurso de una determinada situación jurídica, en que, buscando la solidaridad de los prejuicios sociales, alguien responde por el acto de otro.

Michel Villey (2005) no esconde la preferencia por el sentido etimológico de la palabra (p. 141), pero resalta que, actualmente, en una concepción jurídica, son responsables “todos aquellos que pueden ser convocados ante un

tribunal, porque pesa sobre ellos una determinada *obligación*, proceda o no la deuda de un acto de su voluntad libre”.

Álvaro Villaça de Azevedo (2002, p. 273) entiende que la responsabilidad es el “deber de indemnizar el daño”, lo que encuentra garantía en el patrimonio del deudor (Larenz, pp. 36-37). De otro lado, expone Hans Kelsen (1998, p. 138) que la responsabilidad no es un deber “sino la relación del individuo contra el cual el acto coercitivo es dirigido con el delito por él o por otro cometido”.

La responsabilidad civil, de esa manera, es el tratamiento que recibe el hecho lesivo, no importando si es proveniente de un acto en que concurrió el factor culpa, si la misma es presuntiva, o hasta incluso, ignorada.

Con el fin de no hacer exhaustivo el tratamiento del tema, se transcribe la apreciación de Jorge Bustamante Alsina (1997, pp. 101-102), el cual trata de la responsabilidad civil en la actualidad, en su aspecto de la finalidad:

[...] Responsabilidad como categoría del pensamiento ético concierne el deber de responder; esto es, el deber de dar cada uno cuenta de sus actos. En el ámbito del derecho, la responsabilidad civil significa la instrumentación de un sistema jurídico que permita la determinación de un responsable, o sea, de quien tiene el deber de dar respuesta al reclamo de la víctima inocente de un daño injusto, sea este causado por culpa de aquel o por cualquier otro factor de atribución objetiva del daño que con fundamento en la equidad, la seguridad, la solidaridad y la justicia le imponga el deber de reparar.

2.1 PRESUPUESTOS

Los presupuestos para la responsabilidad civil son expuestos de las más variadas formas, revisadas las diferentes legislaciones y modificaciones tiempo / espacial producidas en este campo. Sobre todo cuando son observadas las exigencias que se hacen para las responsabilidades civiles subjetiva y objetiva.

HECHO LESIVO

Como primer requisito, se tiene el hecho lesivo, puesto que es el género del cual el acto ilícito y demás tipos de hechos lesivos sean especies.

Cabe aclarar que no es el objetivo apartar la idea de acto ilícito. Por el contrario, tal acto como conducta comisiva u omisiva, contrario al derecho, asociado a la noción de dolo o culpa, continúa caracterizando un presupuesto de responsabilidad, apenas en la modalidad subjetiva.

Al considerar la responsabilidad objetiva, no hay que indagarse por la culpa y ni tampoco por quién practicó el acto, lo que consecuentemente la aparta de la comprensión de acto ilícito. En este caso, será responsable quien objetivamente “se encuentra en la posición más adecuada a conducir el análisis costo-beneficio”, asumiendo, inclusive, la posibilidad de evitar el daño (Castrotrouveau, 1997, p. 65).

De ahí la explicación por la adopción de la locución *hecho lesivo* en detrimento de *acto ilícito* como presupuesto general de la responsabilidad civil. O sea, se busca con este apunte atender a los dos sistemas de responsabilidad civil que coexisten actualmente en el ordenamiento jurídico brasileño.

CULPA

Aunque la culpa sea un presupuesto afecto apenas a la responsabilidad subjetiva, se discurrirá sobre la misma en razón de la proximidad que posee con la problemática que involucra el tema de la amenaza a derecho como daño.

Para Orlando Gomes (2007, p. 439), la culpa es el “término general con que se designa el elemento subjetivo de la injuria en Derecho Civil”. Siendo que, en sentido amplio, comprende el dolo. También se puede decir, como Erik Frederico Gramstrup (2006, p.28), que la culpa en sentido amplio es el estado psicológico que incluye tanto la situación en que el sujeto se aparta del deber general de cautela, como la circunstancia en que el mismo consciente y voluntariamente se dirige al resultado antijurídico (dolo).

Ya la culpa en sentido estricto puede ser compuesta de: 1) voluntariedad del comportamiento del agente; 2) previsibilidad; 3) violación de un deber de cuidado. Pudiendo presentarse de tres formas: 1) negligencia (falta de observancia de deber de cuidado); 2) imprudencia (el sujeto actúa contra las reglas

básicas de cautela); 3) impericia (falta de habilidad específica para la realización de una actividad técnica o científica) (Gagliano & Pampliona Filho, 2008, pp. 126-129).

Históricamente la doctrina diferencia el “delito” del “cuasidelito”, se da este, cuando el agente obra por culpa (negligencia, imprudencia o impericia), y en aquel, cuando obra intencionalmente para violar un deber jurídico, aproximándose al dolo (Josserand, 1933, pp. 210-211). En aquel caso, la culpa todavía puede ser fraccionada en grados: grave, leve y levísima.

Caio Mario da Silva Pereira (1991, p. 79) afirma que por la culpa grave, aunque no sea intencional, su autor “se comportó como si él hubiere querido”, el que inspiró el adagio “*culpa lata dolo aequiparatur*”. Ya la culpa leve es la falta de diligencia media que el hombre normal tendría, y la culpa levísima es la “falta cometida en razón de una conducta que escaparía al patrón medio, pero que un *diligentissimo pater familias*, especialmente cuidadoso, guardaría”.

Un hecho bastante curioso, recuerda Michel Villey (p. 140), es el hecho de que la graduación de culpa, al ser actualmente considerada, apenas se aplica en la esfera extranegocial, cuando en la verdad, se originó de la responsabilidad contractual:

Pero, fue especialmente en materia de responsabilidad actualmente nombrada *contractual* que surgió, en el Derecho romano, la clasificación de las culpas, y claramente en una especie particular de contratos donde el deudor estaba vinculado a cumplir su obligación *de buena fe*: “*prestare fiden*”. Aquí tenemos un vínculo establecido con la moral; la ciencia jurídica romana se dirige a valorar las obligaciones que la *bona fides* implica; y, sacando nuevo provecho de la Ética y de la Retórica de Aristóteles, a distinguir entre los varios grados de inobservancia a la buena fe prometida –culpa grave o más leve– o de simple negligencia– en vista de que el deudor debería responder. Donde la buena fe hubiere sido prometida, el derecho consideraría las *intenciones subjetivas* del deudor.

Carlo Castronuevo (pp. 64-65) resalta que, aunque haya una tendencia moderna a no considerar la culpa, esta no puede ser descartada visto que ella es necesaria para que se fije la imputación, bajo pena de no asegurarse la responsabilidad. Además, la responsabilidad civil basada en la culpa es más armónica con los casos en que no tiene ese desequilibrio entre las partes.

Es verdad que un sistema basado apenas en la culpa tiene como uno de los efectos colaterales transmitir a las personas la idea de que ellas apenas se de-

ben preocupar cuando incurren en culpa, lo que es reprobable moralmente (Villey, p. 145).

El posicionamiento más razonable, por lo tanto, es aquel en que se puede armonizar la responsabilidad civil basada en la culpa inclusive con la posibilidad de presumirla o ignorarla en algunos casos, con la responsabilidad civil objetiva.

DAÑO

Considerando la particularidad del tema propuesto, el presupuesto daño será tratado pormenorizadamente en el próximo tópico.

NEXO DE CAUSALIDAD

Normalmente al ingresar en el tema del nexo causal, no hay una preocupación en definir la causa, se pasa inmediatamente al examen del contingente de la misma. En sentido inverso, Erik Frederico Gramstrup (p.107), al investigar el origen de la palabra causa, descubre que, sorprendentemente, la misma tiene origen griego y era empleada con sentido jurídico, significando “acusación” o “imputación”, lo que tendría dado origen al verbo latino *caveo*, “me prevengo” o “me defiendo”.

Importa desde ya resaltar que el nexo causal no puede ser confundido con la culpa, pues no hay investigación si el sujeto obró con culpa o si asumió el riesgo para causar la lesión (Annoni citado en Carvalho, 2009, pp. 70-71).

La definición del nexo de causalidad, no obstante, no es tarea fácil. Por un lado, hay quien defiende ser un concepto decurrente de las leyes naturales, ya que sería la asociación entre causa y efecto, o sea, entre la conducta y el daño (Cavalieri Filho, 2008, p. 46).

Pontes de Miranda (1958, p. 184) afirma que el “nexo causal tiene que ser verificado entre el *hecho* y el *daño*, y no siempre entre el deudor y el daño, porque el acto ilícito no es la única fuente de los deberes de indemnizar” (Loureiro, citado en Lotufo, p. 729).

Según Karl Engisch (2004, pp. 59-60 y 65) todas las veces que se persiste en el paralelo entre la causalidad jurídica y la causalidad natural se levantan para el jurista dificultades prácticas difíciles de ser solucionadas. Así, entre la hipótesis legal y la consecuencia jurídica existe una causalidad que no es basada en la naturaleza, sino en la voluntad de la ley; pues, “el Derecho puede coligar a cualesquiera hechos cualesquier consecuencias jurídicas”.

Ricardo Luiz Lorenzetti (2003, pp. 62-63) resalta que la pregunta no se sitúa mucho más en si “causó o no el daño”, sino en si “es justo o no que el sujeto responda”.

La dificultad de comprensión del nexo causal, así, se origina de un posible efecto cascada, o sea, un hecho desencadenó otro, que a su vez desencadenó otro, y así sucesivamente hasta la ocurrencia del daño. Entonces, ¿cual nexo deberá prevalecer? O también, un hecho ocasionó un daño, que a su vez desencadenó otro daño, y así sucesivamente. De esa forma, ¿hasta dónde existe el deber de indemnizar?

Diversas teorías fueron creadas en la tentativa de solucionar los problemas. Luiz da Cunha Gonçalves (1951, p. 576) así las ejemplifica: teoría de la culpa inicial; teoría de la última condición; teoría de la causa eficiente; teoría de la equivalencia de las condiciones; teoría de la causalidad adecuada. Siendo que las dos últimas poseen papel de mayor relevancia.

La teoría de la equivalencia de las condiciones (*condictio sine qua non*) entiende como causa todos los factores que hayan concurrido para la producción del efecto dañoso. Así, faltando cualquiera de ellos, el evento no ocurriría (Alvim, 1972, p. 345). Como consecuencia, trae una simplicidad que favorece a la víctima, sin embargo tiene el riesgo de “eternizar la cadena de causalidad”, o de crear una “infinita espiral de concausas” (Loureiro, p.729).

En la causalidad adecuada, no se busca precisar verdaderamente, si un hecho produjo determinado daño, pero sí posee grado elevado de probabilidad. O sea, si la causa en abstracto y aisladamente tuviere la facultad de tener el daño como consecuencia natural, será considerada como nexo causal.

Sumadas a las arriba citadas corrientes, se encuentra la explicación de Agostinho Alvim (p. 356) para el nexo causal. Se trata de la teoría del daño directo e inmediato (también llamada de interrupción del nexo causal), la cual estaría presente en los códigos de 1916 y 2002. Esta teoría,

según el autor, dio origen a diversas escuelas doctrinarias, pero la que mejor la explica es la que se reporta a la necesidad de la causa. Así,

Supuesto cierto daño, se considera causa de él la que le es próxima o remota, pero, con relación a esta última, es menester que ella se asocie al daño, directamente.

Ella es la causa necesaria de ese daño, porque a él se origina necesariamente; es causa única, porque opera por sí, dispensadas otras causas.

Así, es indemnizable todo el daño que se origina a una causa, aunque remota, desde que le sea causa necesaria, por no existir otra que explique el mismo daño.

En caso de que, por ejemplo, concurren dos o más causas de forma simultánea para la verificación del perjuicio, habrá la responsabilidad solidaria de todos los agentes.²

En tratándose de culpa concurrente, prevista en el artículo 945³ del Código Civil, este hecho no sirve para quebrar el nexo de causalidad, pero apenas resulta en la posibilidad de reducción de la indemnización.

De esta forma, en el entendimiento de Agostinho Alvim, la teoría del daño necesario es la explicación que mejor se encaja al actual Código Civil. Aunque, resalta el autor que esta forma atribuida al nexo causal (entiéndase relativamente tanto a la cadena de hechos como a la cadena de daños) “debe ser bastante elástica para adecuar los casos en que se recomienda la equidad”.

Según Gustavo Tepedino (p. 4), este entendimiento llamado de nexo causal dentro de la teoría de la causalidad directa o inmediata –también conocida como teoría de la interrupción del nexo causal–, es la que prima en el Supremo Tribunal Federal. Además, en la jurisprudencia brasileña,

[...] delante de una pluralidad de causas, la investigación del magistrado realiza-se mediante tres indagaciones: (1.º) Se cuida de causas

2 Art. 942, *caput*: “Los bienes del responsable por la ofensa o violación del derecho de otro quedan sujetos a la reparación del daño causado; y, si la ofensa tuviere más de un autor, todos responderán solidariamente por la reparación”.

3 Art. 945. “Si la víctima tuviere concurrido culposamente para el evento dañoso, su indemnización será fijada teniéndose en cuenta la gravedad de su culpa en comparación con la del autor del daño”.

sucesivas (una directa y las demás indirectas, que le dieron causa) o simultáneas (todas directas y concurrentes)? Si todas las causas son directas, evidenciándose, pues, el vínculo de necesidad de todas ellas en relación al daño, procediéndose en seguida a la valoración de la preponderancia, de modo a excluir algunas de ellas, o a la distribución del deber de indemnizar entre sus responsables, cuando no es posible establecer la preponderancia.

En tratándose, al revés, de causas sucesivas, se pregunta: (2.º) ¿Hay necesidad entre el conjunto de causas y el evento dañoso? si la respuesta fuere negativa, se excluye el deber de indemnizar. Si fuere positiva, se pasa a la tercera indagación: (3.º), relativamente a la preponderancia o equivalencia de una o de algunas causas indirectas. En tratándose de la pluralidad de causas necesarias (concurrentes o sucesivas), la solución se traslada para el criterio de la preponderancia de las causas o, considerándolas equivalentes, para la distribución del deber de reparar.

Erik Frederico Gramstrup (pp. 116 y 120-121) resalta que la responsabilidad civil y la responsabilidad penal también se aproximan en cuanto a la solución ecléctica que involucra el nexo de causalidad. Pues, como es bien recordado, el Código Penal, en su artículo 13 adopta la teoría de la equivalencia de condiciones, que, sin embargo, es fortalecida, en el § 1.º, por la teoría de la causalidad adecuada.⁴ Siendo que “la indagación de lo que sea causa obedece a consideraciones de valor y equidad que se imponen en inevitable casuística”.

IMPUTACIÓN

Antes de adentrar el estudio de la imputación, último presupuesto de la responsabilidad civil, conviene esclarecer que la misma no se confunde con la imputabilidad.

⁴ “Art. 13. El resultado, de que depende la existencia del crimen, solamente es imputable a quien le dio causa. Se considera causa la acción u omisión sin la cual el resultado no tendría ocurrido. §1.º La superveniencia de causa relativamente independiente excluye la imputación cuando, por sí solo, produjo el resultado, los hechos anteriores, entretanto, se imputan a quien los practicó”.

La palabra imputabilidad, cuando así fuere empleada, trae como su significado las condiciones personales (consciencia y voluntad) de aquel que practicó el acto lesivo. Para que ocurra es necesario que haya capacidad de entendimiento y de autodeterminación del agente (Diniz, 2010, p. 47). Siendo que, la imputabilidad no sirve para definir la culpa como uno de sus elementos, pues se trata apenas de una de sus consecuencias (Mazeaud, 1938, pp. 461-462).

Por otro lado, la imputación, afirma Francisco Eduardo Loureiro (p. 722), es la “atribución del daño injusto la determinada persona, aproximándose a la causalidad jurídica”.

Retornando a la idea inicial de que causa, en su origen etimológico, significa imputación, también se hace necesario el esclarecimiento de esta palabra, la cual según Pontes de Miranda (p. 70) se tiene:

La noción de imputación tiene aquí lugar propio para ser precisada y esclarecida. Imputar, imputare, es oriundo de puto, putare, que es cortar; imputar es cortar de modo que quede algo dentro, es marcar. Quien amputa retira lo que corta. Quien reputa recuerda el corte. Todo pasa objetivamente. Por eso, se puede imputar al deudor, o al acreedor, la responsabilidad o carga de los riesgos. No importa quien lo causó, ni la imputación depende de dolo o culpa. [...] Imputar no es inculpar.

Modernamente la obligación es entendida como un proceso, o sea, un complejo de hechos direccionados a un fin. Así, la responsabilidad civil, como fuente de obligación, también debe ser situada como proceso. Por lo tanto, se tiene que la responsabilidad civil es imputación del deber de reparar el daño causado, aunque el nexo de causalidad haya ocurrido en virtud de la equidad. De esta manera, no habría de hablarse de responsabilidad civil si no hubiere una sanción para la conducta indebida.

La imputación viene exactamente en este sentido de cerrar el ciclo de la responsabilidad civil, o sea, atribuir a alguien el deber de cumplir la sanción que está establecida en leyes.

Nuevamente se habla de un lazo y de un corte en las contingencias, pero este nexo no debe ser confundido con la causal.

Tal como ya se ha evidenciado, el nexo causal relaciona el hecho lesivo al daño en concreto, al paso que la imputación promueve el lazo entre aquel

que recibe la configuración de deudor y el deber de cumplir una sanción establecida.

Kelsen (pp. 91 y 102-103) también observa que la imputación no es la asociación de una determinada conducta con la persona que así se conduce. En este caso, no sería necesaria una norma jurídica para decirlo, pues “la conducta de manera alguna se deja separar del hombre que la realiza”. Y más:

Quando, en la hipótesis de que un hombre practique un acto meritorio, un pecado o un crimen, se pone la cuestión de la imputación, esta no es la cuestión de saber quién practicó el acto meritorio, el pecado o el crimen. Esta es una cuestión de hecho. La cuestión moral o jurídica de la imputación se pone así: quién es responsable por la conducta en aprecio? Y esa cuestión significa: ¿quién debe por ella ser premiado, hacer penitencia o ser castigado? Son la recompensa, la penitencia y la pena que son imputadas, como consecuencias específicas, a un específico presupuesto. Y el presupuesto es la conducta que representa el mérito, el pecado o el crimen. La imputación de la recompensa al mérito, de la penitencia al pecado, de la pena al crimen incluye en sí la imputación a la persona –única imputación que es puesta en evidencia en el uso corriente del lenguaje.

En fin, de las lecciones de Machado Neto (1988, p.137) se desprende que la causalidad se sitúa en la lógica del ser, “que es categoría específica del mundo natural (si es A, es B), mientras que la imputación es una categoría peculiar de la normatividad, la cual trata de un enlace normativo entre supuesto normativo y su consecuencia (dado A debe ser B)”.

2.2 CRÍTICA A LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 186 DEL CÓDIGO CML

El término ilícito⁵ es proveniente del latín (*illicitus = il + licitus*), lo que traduce la idea de aquello que es contrario a la ley. También corresponde a las expresiones *torto* en italiano, y *entuerto* en español. Lo que deja clara la idea de que no es cierto, que aquello que contiene una distorsión y no necesariamente lo que produce un daño (Meira, 2010, p. 2).

Orlando Gomes (citado en Perlingieri, 1999, p. 62) observa que la conducta ilícita y el acto ilícito no se confunden, lo que, consecuentemente, demuestra que el acto ilícito no es sinónimo de antijurídico. Y más, “[a la] acción humana contraria al Derecho se denomina, *lato sensu*, *acto ilícito*, pero toda conducta ilícita del individuo no configura *necesariamente* acto ilícito”.

La explicación para este pensamiento es que el acto ilícito en sentido estricto sería una infracción directa e inmediata de un precepto jurídico, sumado a la conciencia por el sujeto de que estaba procediendo ilícitamente. Incluso, según Orlando Gomes (citado en Perlingieri, 1999, p. 62), si no existieren estos dos factores, el “acto que practica no es, en este caso, *acto ilícito*, a pesar de ser antijurídico”.

Así, relativamente a la redacción del Código, se encuentran las pertinentes críticas de José Carlos Moreira Alves (2003, pp. 24-25); José de Aguiar Días (pp. 33-34) y, João de Matos Antunes Varela (2005, p.532) en cuanto a la opción de incluir el daño en la configuración del ilícito, presente en la redacción del artículo 186. Pues, en la verificación de la ilicitud no hay la necesidad de verificación del efecto que la misma produce (Gallo, 1996, p. 8).

5 “[...] proveniente del latín (*illicitus = il + licitus*) tiene dos sentidos: a) en sentido estricto, significa lo que es prohibido por ley; b) en sentido amplio, quiere decir lo que es vedado moralmente, por las buenas costumbres y por los principios generales de derecho”.

2.3 CONSECUENCIAS

Ya que la imputación consiste en promover la relación entre el deudor y la atribución de la sanción impuesta en virtud del acto indebido, es válido, en primer plano, esclarecer cuáles son las posibles sanciones jurídicas para, solo entonces, pasar a las modalidades que se presentan en la responsabilidad civil.

Según María Helena Diniz (2005, pp. 372-374), la sanción está siempre asociada a la posible violación de una norma. La norma moral puede tener una sanción individual e interna (arrepentimiento, vergüenza). La norma de trato social puede comportar sanción externa (desconsideración social). En cuanto al ordenamiento jurídico, es válido esclarecer que la sanción es la consecuencia prevista en la norma, y la coacción es su aplicación efectiva.

No existen órdenes sociales completamente desprovistas de sanción. Se podría dar como ejemplo la moral, que, por eso mismo, se acostumbra distinguir del Derecho, como orden instituidora de sanción. Pero el propio Kelsen (p. 30) habla del carácter retributivo que también puede estar contenido en el sistema moral, ya que Dios evidentemente ofrece recompensas celestiales. O incluso, la desaprobación o aprobación moral, por parte de los semejantes, constituye una especie de sanción. “La única distinción de órdenes sociales a tener en cuenta no reside en que unas estatuyen sanciones y otras no, pero en las diferentes especies de sanciones que estatuyen”.

La sanción jurídica, en el entendimiento de Norberto Bobbio (1999, pp. 110-113), se distingue de la sanción moral por ser externa, así como también se diferencia de la social por estar institucionalizada, o sea, “por estar regulada con las mismas formas y por medio de las mismas fuentes de producción de las reglas primarias.” Tal institucionalización, sin duda, confiere una mayor eficacia normativa la cual está relacionada a la sanción.

Evidentemente, la moral refuerza la imperativa jurídica, pero la mayoría de las normas jurídicas posee sus propias sanciones, las cuales son “consecuencias desfavorables” previstas en la norma para el caso de infracción del reglamento de esta. Entretanto, las sanciones no son hechos, pero el “contenido de una regla jurídica que prevé la violación de una regla de conducta” (Ascensión, 1987, pp. 30-31 y 51).

Machado Neto (pp. 144-145), siguiendo la doctrina de Cósio, expone que son dos los enunciados presentes en la norma jurídica. El primero, llamado

de endonorma, es el presupuesto básico del derecho cuyo contenido se refiere a la prestación o al deber jurídico. El otro enunciado, denominado perinorma, está asociado a la consecuencia por el incumplimiento del deber jurídico, o sea, contiene una sanción.

Las normas jurídicas pueden ser clasificadas en cuanto a la previsión de una sanción de la siguiente forma: *leges perfectae* (la sanción es la inexistencia o nulidad del acto contrario a la disposición endonormativa); *leges plus quam perfectae* (posee una sanción que además de retornar la situación al *status quo ante* ilícito, puede conllevar un castigo); *leges minus quam perfectae* (no anula el acto, apenas castiga a su autor) y *leges imperfectae* (no poseen sanciones establecidas) (p.137).

En las lecciones de Francesco Carnelutti (1999, pp.111-116), de modo general, un precepto es la formulación de la regla ética para un caso específico, o sea, es la fórmula de aplicación de esta regla. Siendo que, en la mayoría de las situaciones, para que tal precepto sea atendido, el mismo precisa de una imposición. Así, o el precepto es atendido o puede haber una imposición para su incumplimiento, la cual puede ser física o económica. “Estos medios de diferente naturaleza en que se resuelve la imposición del precepto reciben el nombre de sanciones. Sancionar significa precisamente tornar, cualquier cosa que es el precepto, inviolable o sagrada”.

Para José de Aguiar Dias (p.109), aunque las sanciones se subdividan en represiva y restitutiva, fundamentalmente las mismas se identifican por la finalidad que se les aplica, la de preservar la norma establecida.

La sanción, en el entendimiento de Carnelutti (1999, p. 115), se subdivide en:

1. restitución; restablecimiento de la situación anterior a la observancia del precepto;
2. pena; alude al mal que debe afligir el transgresor, “denuncia el carácter económico de la sanción, la cual coloca quien tenga la tentación de transgredir, entre dos males: el mal de la observancia [...] y el mal de la inobservancia del precepto”;

En la diferenciación entre la restitución y la pena, aduce Carnelutti (p. 115):

la restitución se resuelve en el sacrificio de un interés idéntico, y la pena en el sacrificio de un interés diverso del interés a sacrificar según el precepto; correlativamente, la restitución tiene carácter de satisfacción y la pena, carácter afflictivo.

3. resarcimiento: especie híbrida entre la restitución y la pena, la cual se constituye “en el sacrificio de un interés diferente del interés sacrificado por el precepto, pero a él equivalente”;
4. reparación (Casilo, 1987, p. 50) también es una forma híbrida, ya que posee al mismo tiempo carácter afflictivo y satisfactorio, sin embargo, se trata del “sacrificio de un interés compensativo de ese mismo interés”.

José de Oliveira Ascensão (1987, pp. 50-51) destaca la necesidad de estudiar los tipos de sanción para que se pueda alcanzar el sentido de la coercibilidad, ya que esta desemboca siempre en susceptibilidad de aplicación de sanciones. De esta manera, el citado autor complementa su idea:

Las varias especies de sanciones no se distinguen entre sí por trazos estructurales, o por representar específicas figuras jurídicas: se distinguen por la función que desempeñan. Se proponen siempre imponer una consecuencia desfavorable en reacción a la violación de una regla, pudiendo tener finalidad: - compulsoria; - reconstitutiva; - compensatoria; - preventiva; - punitiva (1987, pp. 50-51).

La compulsoria procura restablecer el orden que fue incumplido, lo más próximo posible antes de la violación. Así, tiende a llevar al infractor a adoptar la conducta debida, aunque tardíamente. Se citan como ejemplos: la prisión, en el caso de prisión por deuda, y el derecho de retención (Ascensão, p. 52).

De manera más frecuente, aparecen las reconstitutivas, entendidas como reconstitución en especie, *in natura*, del estado anterior (p. 54).

De otro modo, si la reconstitución natural no fuere posible, o no fuere equitativa, surge la compensación como un posible remedio en substitución a aquella o en concomitancia con la misma. Ocurre siempre a través de una indemnización por los daños sufridos. “Con esta no se procura llegar a una identidad de la fotografía final con la que se verificaría si hubiere habido la

observancia de la regla, antes se procura constituir una situación que, aunque diferente, sea todavía, valorativamente equivalente a la primera” (p. 58).

La sanción punitiva, a su vez, posee un carácter simultáneo de sufrimiento y de reprobación para el infractor. Es una pena que puede representar no apenas penas criminales, sino también penas civiles, como en el caso de la indignidad, y todavía en la esfera administrativa, como las penas disciplinarias (Ascensão, p. 60).

En fin, la sanción preventiva objetiva –como indica la propia nomenclatura–, evitar violaciones futuras. Por ejemplo, la libertad condicional o vigilada, vencimiento anticipado de deuda parcelada por falta de pago de una de las cuotas, etc. (p. 61).

Ante las variadas formas en que la sanción se presenta, importa resaltar que una sanción no excluye a otra, o sea, puede haber la acumulación de variadas sanciones en relación a una única violación (p. 51).

Particularmente en cuanto al tema en estudio, se observa que responsabilidad civil, todavía que en principio procure compensar los perjuicios sufridos por las víctimas, no cierra los ojos en cuanto a la represión de comportamiento indebidos a los causadores de daños (Carval, 1995, p. 22).

3. ¿LA AMENAZA A UN DERECHO COMPRENDE UN DAÑO?

Según Mosset Iturraspe (2007, pp. 252 y 256) existe una fuerte tendencia en los derechos francés, belga e italiano en admitir el daño no apenas sobre la base del derecho lesionado, sino también sobre la de interés suficientemente estable y cierto.

El daño como amenaza a un derecho no se confunde, no obstante, con lucro cesante, ni con la idea de pérdida de una oportunidad: “Lo que importa distinguir, insistimos, es si la situación es ya definitiva, un hecho consumado, o si por el contrario, depende de un acontecimiento a devenir futuro e incierto, como es la probabilidad de atenuación o agravación del daño ya ocurrido” (2007, p. 265).

Por otro lado, cabe resaltar que no se trata de una simple amenaza o de una situación puramente eventual o hipotética, sino una amenaza a derecho con probabilidad suficiente de una existencia futura (2007, pp. 258-259).

La respuesta al citado cuestionamiento: ¿la amenaza a un derecho comprende un daño? – implica la solución de intrincados problemas de responsabilidad civil contemporánea, como la posibilidad de mejoría de cuantías reparatorias en el objetivo de prevenir otros daños que puedan ser provocados no apenas por el propio agresor, sino también referente a terceras personas.

Según parece, el Código Civil y el Código de Proceso Civil ya respondieron parcialmente este cuestionamiento cuando viabilizan medidas cautelares protectivas de derechos, los cuales todavía no sufrieron una lesión en concreto. En estos casos, aquellos que ofrecen amenazas a derechos de otro(s) son llamados a responder civilmente por sus conductas indebidas.

En este contexto, observando la realidad brasileña acerca de los presupuestos y de las consecuencias de la responsabilidad civil es que se discutirá en los próximos tópicos sobre el alcance del daño y los objetivos de la responsabilidad para, solo entonces responder al cuestionamiento ora formulado.

3.1 DEFINICIÓN Y ALCANCE DE DAÑO

Entre las innumerables definiciones ofertadas por la doctrina relativamente al daño, se cita aquella que parece ser al mismo tiempo la más precisa y demuestra mayor precisión. Así, Antônio Menezes Cordeiro (2007, p. 419) afirma que el daño es la “supresión o disminución de una situación favorable que estaba protegida por el ordenamiento”.

En respaldo a la definición antes citada, se transcribe la advertencia de Clóvis do Couto e Silva (1991, p. 8) “[la] importancia de la noción jurídica de interés es que ella determina la extensión del daño que alguien esté obligado a indemnizar”.

El daño, tanto como el hecho lesivo y el nexo de causalidad, es elemento imprescindible para la responsabilidad, aunque sea considerado de forma presuntiva (Gomes, p. 440). De esa manera, el mismo no puede ser considerado como el único elemento o el más importante para la responsabilidad civil.

Algunos ejemplos comúnmente son citados como excepción a la regla de la imprescindibilidad del daño, tales como intereses, cláusula penal, multa penitencial, arras etc. Se trata de equívoca interpretación, pues no se trata de casos en que necesariamente falte el daño, pero sí de excepción de comprobación del mismo, por la presunción de su ocurrencia.

En este mismo sentido, Agostinho Alvim (p.180) elogia la redacción del artículo 927⁶ del Código de 1916, reproducida en el actual artículo 416, cuando menciona que para la exigencia de la pena convencional independiente de alegato de perjuicio y no “independiente de perjuicio” como se podría pensar.

La doctrina ofrece diversas clasificaciones para el daño. Como ejemplo se tiene el rol presentado por Antônio Menezes Cordeiro (p. 419): a) lícito e ilícito [dependiendo del tipo de actuación que le dio origen]; b) naturales y humanos; c) resarcibles y compensables [dependiendo de la posible indemnización]; d) emergente y lucro cesante [variable si la utilidad ya era existente o si estaba por venir]; e) patrimonial y moral [dependiendo de la naturaleza del bien afectado].

En los dos primeros casos, no parece haber tipos diferentes de daños. Ora, lícita o ilícita es la conducta que dio origen al daño, pero no el daño en sí. Igualmente, ocurre con la clasificación del daño en natural y humano, ya que se está refiriendo a la causa del daño, y no a una modalidad de daño.

En Brasil, el daño patrimonial no está asociado a la noción de previsibilidad. La regla es que el deudor responde por todos los daños decurrentes de su conducta, previsibles o no (Alvim, p. 212). Por tanto, el artículo 402⁷ determina que en la cuantificación del daño se debe observar no solo aquello que se perdió, sino también lo que razonablemente se dejó de ganar.

Relativamente al daño moral, considerable doctrina (Fachin, 2007, p. 62)⁸ se entiende que la nomenclatura más adecuada sería daño extrapatrimonial. Normalmente el fundamento es que el daño moral es especie del cual el daño

6 Art. 927. “Para exigir la pena convencional, no es necesario que el acreedor alegue perjuicio”.

7 Art. 402. “Salvo las excepciones expresamente previstas en leyes, las pérdidas y daños debidas al acreedor incluyen, además de lo que efectivamente perdió, lo que razonablemente dejó de ganar”.

8 Cf. Sanseverino, citado en Carvalho Neto, Casilo. Kroetz, Venturi, Thaís G. Pascoaloto. O papel do superior tribunal de justiça na revisão das indenizações por danos extrapatrimoniais citado en: Fachin, (coord.). Cf. todavía, en el mismo sentido, el Código Civil portugués [arts. 494 y 496] y el Código Civil alemán (§§ 253, 847 y 1.300).

extrapatrimonial es género, cuyo contenido además de moral, sería físico (Alvim, p. 221)⁹, estético (Kroetz citado en Fachin, 1999, p. 161),¹⁰ etc.

No hay como imaginar, no obstante, una posibilidad de daño extrapatrimonial que, al mismo tiempo, prescindiera del dolor (Alvim, p. 220).

Al adoptar el entendimiento del daño extrapatrimonial, ocupado por diversos tipos de daños, se obtiene como resultado, en verdad, una ejemplificación de las diversas fases de los derechos de personalidad.¹¹

Jorge Mosset Iturraspe (pp.10-12)¹², aunque entienda que la terminología sea inadecuada —por existir la posibilidad de confusión entre las obligaciones moral y jurídica—, utiliza la designación de daño moral por la tradición jurídica en torno de la misma. Y en cuanto a la substancia de este daño, afirma que “sin sufrimiento no hay daño moral”.

En este mismo sentido, se coloca el profesor Agostinho Alvim (p. 220):

Todavía adoptando la locución preconizada por estos autores, daño no-patrimonial, vemos en seguida que son dos elementos en ella existentes: 1.º daño y 2.º no-disminución del patrimonio.

En seguida, si el daño, por supuesto, no habla respecto al patrimonio; y si por supuesto, también, no puede haber dolor moral ni físico [...]; si así es, no sabemos en qué consistirá ese daño moral, que ni es dolor, ni perjuicio.

Yussef Said Cahali (1980, p.7) explica que la expresión daño moral no se contrapone al físico, sino al patrimonio. Y es por este motivo sumado a la fuerza de la tradición con que el “daño moral” se impuso en el derecho —, por lo que tal autor también prefiere esta expresión.

9 Cf. Agostinho Alvim, el cual defiende que el daño moral obviamente incluye el dolor físico.

10 “El daño estético es entendido como el perjuicio decurrente de la pérdida, deformación o disminución funcional de los órganos o miembros en virtud de lesión corporal al individuo. El es distinto de los sentimientos, sufrimientos, disgustos, amarguras, fenómenos psíquicos, en fin, todo aquello a que se refiere a las reacciones íntimas producidas en la víctima en decurso de tal lesión y que derivan en daño moral indemnizable”.

11 Cf. en preferencia de la terminología, “daño moral”, además de los autores ya citados, Azevedo, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: Filomeno, José Geraldo Brito et al (Coord.). Carlos Alberto Bittar Filho. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro.

12 Según el autor, mejor sería daño a la persona.

Rosa María de Andrade Nery (2995, p.15) opta por la terminología daño moral, incluso por la comprensión que tiene de patrimonio. Este no debe ser entendido como un compuesto económico formado por activo y pasivo; sino como el conjunto de aquello que es susceptible de tornarse objeto de derecho, los “bienes”. Entonces, concluye que los derechos en cuestión hacen parte, en un lenguaje coloquial, del patrimonio “moral” de alguien. Además, llega incluso a afirmar que no es correcta la diferenciación entre daño moral y daño material (Lorenzetti, p.55).

Aún acerca de los daños morales, cabe la afirmación de que los mismos también pueden ser oriundos de una relación negocial (Alvim, p. 240; Cahali, 2005, pp. 527-528). Obviamente, no se trata de cualquier incomodidad causada por el simple incumplimiento, sino que se refiere a la situación en que verdaderamente el sujeto es afectado en su personalidad en virtud a la extrapolación de la función social del negocio jurídico.

Con el objetivo de apartar las críticas referentes a las reparaciones millonarias fijadas en razón de daños morales en los Estados Unidos, Catherine Sharkey (2003, p. 347) presentó una nueva categoría de daño/reparación: la compensación por daños sociales; los cuales son los perjuicios materiales o inmateriales que afectan la colectividad como un todo.

La referida autora defiende incluso, que la distribución debe ser mediante un fondo especializado en beneficio de las personas afectadas por el daño, o que sean distribuidas indemnizaciones directamente a los perjudicados, o hasta con otras soluciones que atiendan a la misma finalidad. Como ejemplo de esta última posibilidad, cita la decisión creativa de un juez en el Estado de Ohio que –al apreciar el caso de un marido viudo que litigaba contra una compañía de seguro, la cual maliciosamente dejó de prestar cobertura para tratamiento de cáncer de su esposa–, determinó que el montante considerable fijado como *punitive damages*¹³ podría ser destinado a la pesquisa del cáncer en vez de ser atribuido a un fondo.

En posicionamiento semejante, Antônio Junqueira de Azevedo (p. 371) entiende que la categoría de “daño social” es la mejor forma de huir a la limitación presente en el *caput* del artículo 944, *in verbis*, “La indemnización se mide por la extensión del daño”.

También según el citado autor:

13 Indemnización punitiva.

[...] un acto, si es doloso o gravemente culposo, o si negativamente ejemplar, no es lesivo solamente al patrimonio material o moral de la víctima pero si, afecta a toda la sociedad, en una disminución desmedida del nivel de vida de la población. Causa el daño social. Esto es particularmente evidente cuando se trata de la seguridad, que trae disminución de la tranquilidad social, o de pérdida de confianza, en situaciones contractuales o para-contractuales, que acarrea reducción de la calidad colectiva de vida (p. 374).

3.2 DIFERENCIA ENTRE DAÑO Y PERJUICIO

Importante observación a ser formulada en la observación del daño es en cuanto a su relatividad. Así, pregunta Agostinho Alvim (p. 213): “el deudor está obligado a indemnizar el daño abstractamente considerado, o el daño que el acreedor efectivamente sufrió?”

De ahí hay quien haga la diferenciación entre el daño y el perjuicio, en la cual el daño se sitúa en el plano material y el perjuicio, en el campo jurídico (2008, p. 35). En este sentido, se observa el tenor del artículo 1069 del Código Civil argentino: “El daño comprende no solo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que este Código se designa por las palabras pérdidas e intereses”.

En otros términos, el daño también puede ser analizado bajo la perspectiva de una lesión al interés de otro(s), o apenas como un resultado objetivamente considerado. Por eso Juan M. Prévôt (2008) afirma que el daño posee funciones polivalentes, pudiendo ser traducidas en las siguientes acepciones: daño injusto¹⁴ –relativo al interés jurídico (daño evento); y daño como perjuicio, o sea, las consecuencias que deben ser reparadas (daño consecuencia). Enfatiza, el citado autor que, hace mucho, en el Derecho Penal se hace la distinción entre los crímenes de conducta y los crímenes de evento, exigiendo también modificación de la realidad social.

14 Art. 2043 del Código Civil italiano: “*Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno* (Cod. Pen. 185)”.

Clásicamente, no se admite el daño evento aisladamente, ya que para configurarse la principal función de la responsabilidad civil, el resarcimiento, se haría necesaria la presencia del perjuicio (Prévôt, pp. 3-4).

En posición diametralmente opuesta, existe el entendimiento de que el ilícito civil puede subsistir independientemente de algún perjuicio en concreto (pp. 3-4).

Juan Prévôt afirma que la corriente intermediaria demuestra mayor plausibilidad en el contexto actual, ya que entiende ser necesaria la distinción de las hipótesis de daños patrimoniales y daños morales. En este caso, la lesión por sí misma ya es dañosa para la víctima, al paso que en aquel caso, se hace necesaria la consecuencia dañosa. Así, muchas veces, cuando se habla de daño presuntivo en lesiones morales, en concreto, se trata del resarcimiento del daño evento en sí (lo que servirá de fundamento para la indemnización por pérdida de una oportunidad) (p. 5).

3.3 EL PRINCIPIO *NEMINEN LAEDERE* Y LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Volviendo los ojos para el origen histórico de la responsabilidad civil, se evidencia que no es fácil precisarla. Además, tal como fue mencionado, parece ser inherente al ser humano la necesidad de reacción ante una lesión.

La idea de proporcionalidad –implícita en el principio *neminem laedere*–, puede ser situada antes de Cristo, a través de las enseñanzas griegas. Pues, aunque no hayan construido una ciencia del Derecho, ni mucho menos, una sistematización del derecho privado, los griegos fueron los primeros en elaborar una ciencia política, la cual acabó por influenciar los regímenes políticos de las civilizaciones occidentales (Gramstrup citado en Lotufo, 2008, p. 73).

En la perspectiva de la proporcionalidad, las enseñanzas de Aristóteles (385-322 a.C.) se destacan sobremanera, para quien el Derecho Natural es “aquel conjunto de prescripciones, emanadas de la naturaleza del hombre, y que este debe seguir, a fin de afectar su finalidad en la existencia, que es la realización de sus potencialidades”. O sea, tales atributos se encuentran en cada hombre,

e iguales proporcionalmente por tener las mismas prescripciones y posibilidades de ejercicio (Galves, 1996, p. 114).

Y así completa Carlos Nicolau Galves (p.115) acerca de los pensamientos de Aristóteles:

Pero el hombre vive en sociedad: es un 'animal político'. Esto impone que se precise más el asunto. El Derecho es un conjunto de reglas de conducta que los hombres deben obedecer en su vida social, a fin de que pueda ser en ella respetada su naturaleza. Así, el fin del Derecho es asegurar que, en la vida social, cada hombre pueda encontrar aquellas condiciones para realizar su ser: el Derecho procura dar a cada uno lo suyo. Ora, dar a cada uno lo suyo es la definición de la Justicia. El Derecho tiene por objetivo la Justicia. Esta es, como vimos, algo vinculado a la naturaleza humana, sirve a esta.

Precisamente, el principio *neminem laedere* se encuentra en las lecciones de Ulpiano, en el Digesto:

ULPIANUS, LIBRO PRIMO REGULARUM

*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, **alterum non laedere**, suum cuique tribuere. Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia (sin negritas en el original).*

Traducción:

La justicia es la voluntad constante y perpetua de atribuir a cada uno lo suyo. Los preceptos del derecho son los siguientes: vivir honestamente, no perjudicar a otro, atribuir a cada uno lo suyo. La jurisprudencia es la ciencia de lo justo y de lo injusto, basada en un conocimiento de las cosas divinas y humanas (Gilissen, 2001, pp. 97-98).

Alterum non laedere es expresión sinónima del conocido principio *neminem laedere* y significa el imperativo de que las personas no pueden perjudicar a las demás.

Miguel Reale (1999, pp. 630-631), al realzar la alta comprensión moral que los juriconsultos romanos tuvieron de la vida jurídica, así caracteriza los preceptos fundamentales del Derecho: “vivir honestamente” – inspiración estoica, según el ideal de alcanzar felicidad con fiel subordinación a la naturaleza, a los dictámenes de la razón; “no perjudicar a otro(s)” – de forma negativa, no imponiendo el deber de hacer algo, sino la obligación de no causar daño; “dar a cada uno lo que es suyo” – lección aristotélica de la justicia distributiva, como proporción del hombre para el hombre según sus méritos.

Tradicionalmente, se entiende que este segundo precepto del derecho, cual sea, el *neminem laedere* es el principio inspirador para la responsabilidad civil.

Actualmente es posible comprender que la amplitud del *neminem laedere* permite consecuencias como medidas represivas, así como preventivas de daño, como se desprende de su positivación en la Constitución Federal, especialmente, artículo 5º, incisos X y XXXV:

X - Son inviolables la intimidad, la vida privada, la honra y la imagen de las personas, asegurado el derecho a indemnización por el daño material o moral decurrente de su violación.

XXXV - La ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a derecho.

Pietro Perlingieri (p. 40)¹⁵ destaca que la única posibilidad de efectivación de la democracia en la sociedad bilateral es el respeto recíproco, la igualdad moral y jurídica, en que hay un direccionamiento hacia la dignidad de la persona humana. Y, ciertamente, uno de los medios a ser utilizados para alcanzarla es a través de medidas socio-educativas y punitivas.

Otro aspecto constitucional que integra esa tentativa es la preservación de la dignidad de la persona humana como principio fundamental. En este sentido, la Constitución Federal trae consigo el deber de respeto mutuo entre todos los ciudadanos como un derecho innato y vital, en el sentido de no violación (Nanni citado en Lotufo, p.178).

15 En el mismo sentido, ver Tepedino, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil Geral e Especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set/1993 n. 65, p. 26-27, para quien “Negar tal actitud hermenéutica significaría admitir un ordenamiento asistemático, inorgánico y fragmentado, en el cual cada núcleo legislativo respondería a tejido axiológico propio, desprovisto de unidad normativa, traduciéndose en manifiesto irrespeto al principio de la legalidad constitucional”.

También, Luigi Ferri (1969, pp. 243-244) apunta que la dignidad de la persona humana presupone la existencia de una sociedad jurídica en la cual la persona pueda realizarse en sí misma. Así, la lesión a la individualidad de los otros es negar la propia individualidad (Alvim, 2009, p. 5).¹⁶

Paralela a la dignidad, se encuentra la solidaridad, la cual se refiere al interés superior del pleno desarrollo del hombre, o sea, al principio fundamental de orden público (Perlingieri, p. 37), lo que viene al encuentro de la finalidad preventiva y, hasta incluso, punitiva de la responsabilidad civil.

Así, aunque haya una idea inicial de que la función social de la responsabilidad civil se circunscriba únicamente a las posibilidades de indemnización y reparación; con una visión crítica sobre tal función se concluye que, además de tales objetivos, incluye también las posibilidades de prevención y punición.

En este sentido, la Constitución Federal cuando estatuye que el derecho de respuesta será proporcional al agravio además de la indemnización, indudablemente considera que en la medición del *quantum debeatur* la gravedad de la conducta lesiva debe ser considerada.

No está por demás resaltar que entre los derechos y libertades fundamentales se encuentran el principio de la prevención de daños y la integridad de la persona, inclusive teniendo eficacia y efectividad en las relaciones de derecho privado (Donnini, 2009, p. 494). De esta forma, una de sus consecuencias es la posibilidad de la punición de quien quiera que amenace o lesione el derecho de otro.

Frecuentemente, se dice que al Derecho Civil no le cabe punir, puesto que sería volver en el tiempo y reunificar las responsabilidades civil y penal. En Brasil, tal vez este equívoco se dé por la interpretación aislada del artículo 944 del Código Civil¹⁷, el cual, en su *caput*, determina que la indemnización sea medida por la extensión del daño.

Al interpretar tal artículo, recuérdese que el daño no puede ser comprendido apenas como daño consecuencia, sino también en la acepción daño evento.

José de Aguiar Días (p. 37) reprende el citado dispositivo, pues en su párrafo único, posibilita la reducción de la indemnización cuando hubiere des-

16 Según José Manuel de Arruda Alvim, se puede hablar de dignidad social para componer mejor la valorización del individuo presente en la sociedad en que vive.

17 *Caput* del art. 944: "La indemnización mede-se por la extensión del daño".

proporción entre la culpa y el perjuicio. Tal como indica el autor, “pequeñas faltas pueden producir grandes daños, como muestra la fábula de la guerra perdida en consecuencia de la herradura que se soltó del caballo del guerrero”.

Por otro lado, tampoco se puede desconocer que existen pequeños daños que fueron provocados por actos inescrupulosos y que, ni por eso, deberían conllevar una pequeña indemnización.

Abstrayéndose del texto legal, toda persona, en mayor o menor medida, tiene idea de la rectitud de conducta. Más que esto, el niño crece con la noción de cierto y errado, con criterios de culpa. De esta forma, parece obvio que una falta intencional debe ser castigada con mayor severidad de que aquella involuntaria (Josserand, p. 223).

El propio Código Civil, a lo largo de su texto, diferencia la gravedad de la conducta, lo que posibilita el efecto punitivo de la responsabilidad civil.¹⁸

Inclusive en comentario al citado artículo 944, el mismo es blanco del enunciado de número 379 de la IV Jornada de Derecho Civil: “El artículo 944, *caput*, del Código Civil no aparta la posibilidad de reconocerse la función punitiva o pedagógica de la responsabilidad civil” (Aguar Júnior, 2007).

4. CONSIDERACIONES FINALES

La responsabilidad civil posee un importante papel en la sociedad que es el de apaciguar los conflictos, así como prevenir eventuales daños que puedan derivar. Consecuentemente, no se puede restringir su función atribuyéndole un carácter meramente indemnizatorio.

Al tratar puntualmente del daño como presupuesto de la responsabilidad civil, el mismo debe ser comprendido en sus dos aspectos: el daño evento y el daño consecuencia.

Así, el daño entendido como una lesión a una situación favorable comprende la idea de que la amenaza a derecho es un daño. Obviamente que no se pretende en todos los casos conllevar a una indemnización, sino a atribuir una respuesta relativamente a la conducta indebida; de conformidad con las

18

Cf. los artículos 392, 416, 418, 768, 769, 929, etc.

posibles modalidades de sanción conferidas por el ordenamiento jurídico. En este caso, se resalta que responder no significa necesariamente ofrecer cierta suma en dinero en beneficio de la víctima.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiar Júnior, R. R. de (coord.) (2007). IV Jornada de direito civil. Brasília: Conselho da Justiça Federal, v. 1 e 2. Disponible en: <<http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-derecho-civil-enunciados-aprovados?searchterm=jornada>>. Acceso el: 08 fev. 2010.
- Alsina, Jorge Bustamante (1997). *Teoría general de la responsabilidad civil*. 3.^a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 101-102.
- Alves, José Carlos Moreira (2003). Conferência Inaugural da I Jornada de Direito Civil, (Organización Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.). Brasília: CJF, pp. 24-25.
- Alvim, Agostinho Neves de Arruda (1972). *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4. ed. Actual. São Paulo: Saraiva, p. 345.
- Annoni, Danielle (2009). A teoria do abuso de direito e os novos direitos: uma releitura dos pressupostos da responsabilidade civil. In: CarvalhO Neto, Inácio de Carvalho (coord.). *Novos Direitos - Após Seis Anos de Vigência do Código Civil de 2002*. Curitiba: Juruá, pp. 70-71.
- Ascensión, José de Oliveira (1987). *O direito: introdução e teoria geral*. Uma perspectiva luso-brasileira. 4. ed. rev. Ed. Verbo, p. 30-31 y 51.
- Azevedo, Álvaro Villaça de (2001). *Teoría geral de las obrigações*. 9. ed. rev. e actúa. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, p. 273.
- Bobbio, Norberto. (1999). *Teoría general del derecho*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá – Colombia: Temis, p. 110-113.
- Cahali, Yussef Said (1980). *Dano e indenização*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, p. 7.

- Carnelutti, Francesco (1999). *Teoría geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, p. 111-116.
- Carval, Suzanne (1995). *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J, p. 22.
- Casilo, João. (1987). Dano à pessoa e sua indenização. São Paulo: *Revista de los Tribunales*, p. 50.
- Castronuevo, Carlo (1997). *La nuova responsabilità civile*. Seconda edizione. Milano: Giuffrè, p. 65
- Cavaliere Filho, Sérgio (2008). *Programa de responsabilidade civil*. 8 rev. y ampl. São Paulo: Atlas, p. 46.
- Cordeiro, Antônio Menezes (2007). *Tratado de direito civil português*. v. I - Parte geral, tomo I. Coimbra: Almedina, p. 419
- Diniz, Maria Helena (2010). *Curso de direito civil brasileiro*. v. 7: responsabilidade civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, p. 47.
- Donnini, R. Ferraz. (2009). Prevención de daños y la extensión del principio *neminem laedere*. In: *Responsabilidad civil: estudos em homenagem al profesor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista de los Tribunales, p. 494.
- Donnini, Rogério (coords.) (2009). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 450.
- Dias, José de Aguiar (1954). *Da responsabilidade civil*. v. I,3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, p. 6.
- Engisch, Karl (2004). *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Caloste Gulbenkian, pp. 59-60 y 65.
- Fachin, Luiz Edson (coord.) (2007), *Apontamentos Críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, p. 62
- Fachin, Luiz Edson (coord.) (1999), *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Rener, p. 161.

- Ferri, Luigi (1969) *La autonomía privada*. Traducción española. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, pp. 243-244.
- Gagliano; Pampliona Filho, Pablo Stolze; Rodolfo (2008). *Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil*. v. II. 6 rev. y atua. São Paulo: Saraiva, p. 126-129.
- Galves, Carlos Nicolau (1996). *Manual de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, p. 114.
- Gilissen, John (2001). *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 97-98.
- Gomes, Orlando (2007). *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev. actua. e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, p. 439.
- Gonçalves, Luiz de la Cunha (1951). *Princípios de direito civil luso brasileiro*. v. I – Direito das Obrigações. São Paulo: Max Limonad, p. 576.
- Gramstrup, Erik Frederico (2006). *Responsabilidade civil na engenharia genética*. São Paulo: Federal, p. 28.
- Jorge, Fernando de Sandy Lopes Persona (1999). *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, p. 62.
- Josserand, Louis. (1933) *Cours de droit civil positif françaises*. v. I. 3. ed. Paris: Recueil Sirey, p. 210-211.
- Kelsen, Hans (1998). *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fuentes, p. 138.
- Lalou, Henri (1949). *Traité pratique de la responsabilité civile*. 4. ed. Paris: Libraire Dalloz, p. 1.
- Larenz, Karl (1958). *Derecho de obligaciones*. tomo I. Trad. y notas Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, p. 34.
- Lorenzetti, Ricardo Luís (2003). La responsabilidad civil. *Revista de Direito del Consumidor*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. v. 46, p. 41-76, p. 62-63.
- Lotufo, Renan. *A responsabilidade civil e o papel do juiz no código civil de 2002*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade.

- Lotufo, Renan; Nanni, Giovanni Ettore (coords) (2008). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, p. 73.
- Machado Neto, Antônio Luís (1988), *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, p. 137.
- Mazeaud, Henri; Mazeaud, Leon (1938). *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delectuele et contractuelle*. t. 1. 3. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, p. 461-462.
- Meira, José de Castro (26 mar. 2008). O ilícito civil e o ilícito penal. BDJur. Brasília - DF.- Disponível en: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16730>>. Acceso el: 01 fev. 2010, p. 2.
- Mosset Iturraspe, Jorge (2007). *Responsabilidad por Daños*. t. I – Parte general. Santa Fé: Rubinzal–Culzoni, p. 252 y p. 256..
- Nery, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrad (2005). Dano moral e patrimonial: fixação do valor indenizatório. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 21, p. 11-22, , p. 15.
- Nucci, Guilherme de Souza (04 set. 2006). Da ilegitimidade. *Jornal Carta Forense*. Divulgado. Disponível en: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=475>>. Acceso el: 21 abr. 2010).
- Pereira, Caio Mario da Silva (1991). *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 79.
- Perlingieri, Pietro (1999). *Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renuevar, p. 92.
- Prévôt, Juan M. (2008). *La polivalente función del daño y sus concomitancias con la relación de causalidad*. Disponível en: <<http://www.astrea.con.ar/frames.php?what=/files/articles/doctrina0233.pdf>>. Acceso el: 10 jan. 2010, p. 1.
- Pontes De Miranda, Francisco Cavalcanti (1958). *Tratado de direito privado*. t. XXI. Rio de Janeiro: Borsoi, p. 184
- Reale, Miguel (1999). *Filosofia do direito*. 19. ed., São Paulo: Saraiva, pp. 630-631.

- Sharkey, Catherine (2003). Punitive Damages las Societal Damages. *The Yale Law Journal*, v. 113:347. Disponible en: <<http://www.yale.edu/yalelj>>. Acceso el: 1 abr. 2010.
- Theodoro Júnior, Humberto (2008). *Comentários ao novo código civil: dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da Decadência. Da prova.* v. II, t. I (arts. 185-232). 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 35.
- Tepedino, Gustavo (abr-jun/2002). Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 2, v. 6, p. 1-19, p. 6.
- Varela, João de Matos Antunes (2005). *Das Obrigações em geral.* v. I, Coimbra: Almedina, p. 532.
- Villey, Michel (maio/2005). Esboço histórico sobre o termo responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. *Revista Direito GV*. São Paulo. v. 1, n. 1, p. 136.

CAPÍTULO IX

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN.

UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO CHILENO

En homenaje póstumo a mi maestro, el ilustre civilista François Chabas.

Sumario: I. Introducción. I Ausencia de influencia del principio de precaución en materia de indemnización. A. Jurisprudencia sobre indemnización en materia de riesgos ciertos e inciertos. B. Ley AUGE (n°19.966) y la exigencia de responsabilidad por riesgo de desarrollo. II Influencia incipiente del principio de precaución en materia de prevención de daños. A. Jurisprudencia en materia de instalación de antenas de telefonía móvil (una aplicación muy limitada). B. Ley n°20.599 (2012) sobre instalación de antenas de servicios de telecomunicaciones

POR MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ¹

¹ Abogado y Profesor de derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Master en derecho privado de la Université de Paris – Est. Ha sido profesor invitado de la Université Paris I Panthéon-Sorbonne (Francia), Ecole Normale Supérieure (Francia), de la Université Montpellier I (Francia) -de la que actualmente es profesor “visitante”-, de la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y de la Universidad de la República (Uruguay). mtapia@derecho.uchile.cl.

1. **Introducción.** La discusión sobre el moderno principio de precaución en la responsabilidad civil en Chile tiene importancia desde el momento que permite discernir los límites entre los riesgos conocidos y que deben prevenirse (que es uno de los fines de la responsabilidad) y la circunstancia de que existen riesgos inciertos gravísimos cuyo régimen debe abordarse². Estos “ultra-riesgos” -como los calificara el jurista Jean Carbonnier (2004, p. 2264), presentan una doble interrogante en materia de responsabilidad civil, como lo ha destacado en sus notables publicaciones sobre la materia la profesora Mathile Boutonnet (2005 y 2010, p. 2662-2670): Por una parte, el daño generado con infracción a este principio, ¿puede dar lugar a la indemnización?; y, por otra, una amenaza de un riesgo incierto, mediante los instrumentos de la responsabilidad civil, ¿se puede prevenir?

2. Sin duda, en materia de “**indemnización**” el principio tiene en Chile un alcance limitadísimo o inexistente, desde el momento que el derecho chileno recoge la trilogía clásica de requisitos de la responsabilidad civil: culpa, causalidad y daño. Como es sabido, dos de estos elementos difícilmente concurren en un daño causado con infracción al principio de precaución. En primer lugar, difícilmente puede establecerse la **culpa**, desde el momento que la jurisprudencia chilena la define como “una posibilidad de prever lo que no se ha previsto” (Corte Suprema, 29 de marzo de 1962), y estos sucesos escapan a la previsión de una persona prudente, por ser riesgos inciertos. En segundo lugar, también es difícil establecer la **causalidad**, pues la consideración normativa de la misma la sitúa sobre la misma previsibilidad, sin contar que la incertidumbre científica, y que es uno de los elementos constitutivos de este último, vuelve difuso el origen preciso del daño³.

3. De esta forma, veremos que en el derecho chileno es posible extraer dos conclusiones en materia de principio de precaución e indemnización de daños: por una parte, que la jurisprudencia con frecuencia utiliza las reglas de la responsabilidad civil para sancionar actuaciones que provocan daños previsibles, pero tales casos no alcanzan a los riesgos inciertos. No obstante, una sentencia reciente en materia de contaminación por “asbesto” -que no se encuentra ejecutoriada- plantea una interesante evolución. En segundo lugar, la posición de rechazo a extender la indemnización a riesgos inciertos

2 Existe un muy interesante y comprensivo trabajo en el derecho chileno sobre el principio de precaución, pero con acento en su función en el derecho público (Moya, 2012, p. 325). Asimismo, puede consultarse con énfasis en el análisis de la regulación comparada, el trabajo de Bravo (2011, p. 108).

3 Sobre estos elementos de la responsabilidad civil en Chile, he tenido oportunidad de revisarlos (Tapia, 2007, p. 41-75).

ha sido confirmada recientemente por una ley, específicamente referida a la responsabilidad pública en materia sanitaria, que excluye expresamente de la responsabilidad por estos riesgos (riesgos de desarrollo).

4. En cuanto a la **prevención** de daños provocados por riesgos inciertos, el derecho chileno presenta algunas evoluciones jurisprudenciales y legislativas más interesantes. Si bien la legislación ambiental especial se centra preferentemente en la reparación de daños ambientales y civiles provocados, y no da un espacio inequívoco a la prevención, la jurisprudencia, mediante la utilización de acciones de urgencia, ha tenido oportunidad de actuar -pero muy excepcionalmente- impidiendo la realización de actuaciones que generan riesgos inciertos. En la materia, es posible citar algunos casos del mundialmente conocido problema de las antenas de telefonía móvil. Cabe mencionar desde ya que en Chile, en ausencia de una acción civil de urgencia efectiva, es una acción constitucional (denominada “recurso de protección”) la que ha permitido procesalmente ese objetivo, de la misma forma como esa acción ha dado lugar también el incipiente desarrollo de algunos criterios en materia de molestias de vecindad en el derecho chileno. En efecto, la única acción civil que prevé nuestro derecho civil en materia de prevención de “daño contingente”, por sus propios requisitos no ha cumplido este rol, además de ser un instrumento muy poco utilizado en la práctica chilena por sus dificultades procesales. Por otra parte, una reforma reciente del derecho positivo chileno en materia regulación sobre instalación de antenas, fundada explícitamente en el “principio precautorio”, podría reforzar los instrumentos preventivos y ellos podrían utilizarse por la jurisprudencia, aunque, ya veremos, su alcance es limitado. Con todo, se sostendrá que los casos judiciales en que extraordinariamente se ha aceptado esta prevención sobre riesgos inciertos, se han hecho más bien sobre la base de infracciones reglamentarias de naturaleza administrativa que sobre el respeto a la salud humana o al medio ambiente.

5. En consecuencia, esta exposición, centrada en el derecho civil común, se dividirá en esas dos partes: **I.** En primer lugar, la ausencia de influencia del principio de precaución en materia de indemnización; y, **II.** En segundo lugar, la incipiente influencia de este principio en materia de prevención de daños.

I. AUSENCIA DE INFLUENCIA DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN MATERIA DE INDEMNIZACIÓN

6. El Código Civil chileno contiene una regla general y amplísima de responsabilidad civil por negligencia (arts. 2314 y s.). Andrés Bello, preocupado de no descuidar las referencias españolas en las fuentes del Código, afirmó que para redactar los artículos 2314 y siguientes del Código Civil tuvo presente las normas de las Siete Partidas. Pero en esta materia las Partidas eran casuísticas, como su fuente romana, y en realidad la verdadera inspiración de las reglas del Código Civil chileno se encuentra en las normas del Código Napoleón. De esta forma, desde su formulación legal, como por la aplicación de la jurisprudencia y la opinión de los autores, el derecho chileno ha seguido una evolución muy cercana a la del derecho francés⁴. Como consecuencia de lo anterior, así como en Francia la noción de culpa y de causalidad presentan obstáculos para aceptar la reparación de daños generados por riesgos inciertos y en infracción del principio de precaución, así también en Chile se presentan similares inconvenientes. Una temprana publicación sobre el principio de precaución en la responsabilidad civil, del recordado civilista chileno Gonzalo Figueroa Yáñez, profesor de la Universidad de Chile, puso también en evidencia lo anterior (Figueroa, 2004, p. 65-73).

7. No obstante, ello no impide, evidentemente, **(A)** que los tribunales decreten la indemnización de daños cuando se trata de generación de daños por riesgos ciertos (y previsibles), afirmando al mismo tiempo que, cuando se trata de riesgos de desarrollo (inciertos), no es procedente la indemnización de perjuicios. Veremos, sin embargo, que un caso reciente resulta interesante en cuanto a los límites de los daños ciertos e inciertos. Por otra parte, **(B)** una reforma relativamente reciente del derecho en materia de responsabilidad médica de los órganos públicos, ha reforzado la exclusión de responsabilidad del Estado por riesgos inciertos (abordándola como eximente de responsabilidad).

⁴ He tenido oportunidad de revisar estos vínculos históricos entre el derecho civil francés y el derecho civil chileno (Tapia, 2005).

A. JURISPRUDENCIA SOBRE INDEMNIZACIÓN EN MATERIA DE RIESGOS CIERTOS E INCIERTOS

8. La culpa civil en Chile se aprecia en abstracto, conforme al parámetro general del “buen padre de familia” (art. 44 del Código Civil). Ello ha conducido a la jurisprudencia a evaluar, en particular, la previsibilidad de los daños (sobre todo en términos de probabilidad) sobre la base de parámetros abstractos. En ese contexto, es evidente que cualquier acción que envuelva un desprecio a la prevención de daños previsibles, da origen a la indemnización de daños que de ello se deriven. Es toda la distinción entre prevención y precaución, pues se trata aquí de riesgos ciertos, esto es, aquellos que conforme a la experiencia pueden devenir normalmente de una determinada conducta. Los casos en la materia son, como se entiende, abundantes, pero he querido destacar tres (dos de ellos muy recientes) que en mi opinión permiten discernir adecuadamente las fronteras entre los riesgos ciertos y los riesgos inciertos en el derecho chileno.

9. El primer caso es de prevención y no precaución. La Corte de Apelaciones de Antofagasta, confirmó una decisión de instancia, el 24 de julio de 2013, que condenó a una cadena de Farmacias a pagar la indemnización del daño patrimonial y moral sufrido por una familia (Corte de Apelaciones de Antofagasta, 24-2013, 24 de julio de 2013). En la especie, la pareja, frente a un cuadro de bronquitis aguda de su hijo, había consultado un médico, quien le había recetado una serie de medicamentos. Los padres del menor, al concurrir a comprarlos a la Farmacia, a sugerencia de la dependiente de ésta, adquieren “medicamentos de marcas alternativas”. La Farmacia retiene la receta médica en su poder (no les entrega copia), y les proporciona sus propias recomendaciones sobre las dosis de medicamentos a administrar. Con los medicamentos alternativos, y sin la receta médica en su poder, los padres siguen las instrucciones de la Farmacia, generándose una sobremedicación de antibióticos en el menor. El resultado fue que durante dos días el menor presentó hiperactividad (corría eufóricamente por la casa), alucinaciones, llanto incontrolable, diarrea y otros diversos efectos físicos adversos. Lo relevante en este caso es que la Corte de Apelaciones justifica la condena no sólo en la protección de la salud del menor, sino también en el potencial atentado a la “salud pública de los consumidores” proveniente de esta práctica. El fallo, por lo demás, es interesante, en un contexto nacional donde existen múltiples

denuncias contra cadenas de farmacias por anteponer el interés lucrativo por sobre la salud de las personas (hay casos recientes escandalosos de colusiones de precios en medicamentos para enfermos crónicos y negativa de venta de productos bioequivalentes). En todo caso, es evidente que a la luz de los principios generales de la responsabilidad civil este caso resulta completamente justificable, por cuanto tales efectos nocivos podían ser perfectamente previsibles (desde el momento que se alteró el medicamento y la dosis). Se trataba, por ello, de riesgos ciertos y no inciertos, y en consecuencia no es una aplicación del principio de precaución.

10. El segundo caso que citaré en la materia es un poco anterior, se refiere a la responsabilidad médica, y muestra bien el rechazo de la jurisprudencia chilena a aceptar que la indemnización se extienda a riesgos que van más allá de los conocimientos adquiridos por la ciencia y la técnica en el momento en que ocurren los hechos (cuestión que está en el centro de la discusión del denominado “riesgo de desarrollo”). Tal posición, como adelanté, ha sido confirmada por una ley reciente aplicable a la administración pública hospitalaria.

En un juicio fallado en el año 2002, se excluyó la responsabilidad de un grupo médico que utilizó un instrumento electrónico en la cavidad abdominal para sujetar el intestino mientras se completaba una cirugía vaginal, que se activó espontáneamente provocando una peritonitis bacteriana que condujo a la muerte de la paciente, en atención a que en la época en que ocurrieron los hechos esa maniobra quirúrgica era aceptada y normalmente usada en ese tipo de intervenciones, técnica que posteriormente fue desaconsejada por la ciencia médica (Corte de Apelaciones de Copiapó, 25 de marzo de 2002, sentencia firme). En otros términos, este fallo considera que van más allá de las previsiones exigibles a los médicos, y por tanto de su responsabilidad, riesgos desconocidos al momento de la ocurrencia de los hechos.

11. El tercer caso que citaré en materia de indemnización se acerca más a los desafíos a que enfrenta el principio de precaución, y acaba de ser dictado hace un par de semanas. Se trata de uno de los primeros casos fallados en Chile por una Corte de Apelaciones en materia de “asbestosis” (enfermedad contraída por la exposición al asbesto), aunque la resolución no se encuentra firme (Corte de Apelaciones de Santiago, 3248-2011, 19 de noviembre de 2013).

Se trataba de un hombre que vivió entre 1974 y 1985 en una población alejada a una fábrica de pizarreños (revestimientos para techos de viviendas que

contenían asbesto). Producto del asbesto que respiró fue diagnosticado de mesotelioma pleural en 2005, enfermedad que lo condujo a la muerte.

La Corte en este caso efectúa interesantes apreciaciones sobre el carácter supuestamente “previsible” de los daños que podía originar esa actividad: que la empresa probó haber efectuado medidas preventivas para sus trabajadores y en el lugar de trabajo, pero no respecto de las familias que vivían en el entorno; que desde 1968 se sabía que este producto era dañino para la salud, a pesar de que sólo en 2000 se prohibió su uso en Chile; y, que la “responsabilidad social de la empresa” debe ser extendida “al medio ambiente y a la salud de la población”.

El fallo concede una indemnización cuantiosa (US \$700.000 aproximadamente), pero como se dijo existen recursos pendientes ante la Corte Suprema, y esta misma sentencia fue dictada contra el voto de un ministro que en sus prevenciones cita profusamente la doctrina nacional para demostrar que estos daños no serían “previsibles”, pues en la época en que ocurrieron los hechos “no era conocido como un hecho indubitable que el asbesto tuviera las propiedades que hoy la ciencia les atribuye de manera generalizada”.

Con todo, una importante reforma legal, que ya fue mencionada, es necesario destacar en esta materia, pues se pronuncia directamente sobre el carácter no indemnizable del riesgo de desarrollo en materia de responsabilidad pública de la administración.

B. LEY AUGE (Nº19.966) Y LA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD POR RIESGO DE DESARROLLO

12. En Chile, la responsabilidad civil médica de órganos públicos y entes privados ha estado sujeta, en esencia, al estatuto de la responsabilidad civil del derecho común. No existiendo una jurisdicción especial administrativa, los casos de responsabilidad médica estatal son fallados por los tribunales civiles, quienes utilizan generalmente y de manera explícita las normas del Código Civil. La ley que regula la administración del Estado sólo menciona la “falta de servicio” (traducción literal de la “faute de service”), pero en ausencia de un estatuto completo y suficiente, la jurisprudencia ha recurrido a las normas y criterios del derecho civil.

13. No obstante, la denominada Ley Auge (nº19.966), de 2004, referida a garantías de salud que se aseguran a todos los ciudadanos, introdujo normas especialmente aplicables a la responsabilidad estatal por falta de servicio en materia sanitaria. Entre las reglas que incorporó se encuentra la siguiente: “No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquéllos” (art. 41 inc. 2º).

14. Esta norma, inspirada de la legislación española, deja fuera de la reparación estos daños imprevisibles provocados por lo que se denomina riesgo de desarrollo⁵. La escasa doctrina que ha analizado esta norma ha sostenido que constituye una causal eximente de responsabilidad especial, desde el momento que releva del cumplimiento copulativo de los requisitos del caso fortuito (imprevisto e irresistible), que en nuestro derecho tienen una definición legal (art. 45 del Código Civil), muy cercana a la noción jurisprudencial francesa⁶.

15. No existen antecedentes claros en la gestación de esta ley en orden a si esta norma apuntaba a los casos de “sangre contaminada” o de manera más genérica a todo riesgo terapéutico. De hecho, siguiendo sus términos, las infecciones nosocomiales deberían quedar fuera de la responsabilidad del Estado, cuestión que contradice sendos fallos anteriores dictados por la Corte Suprema que declaraban indemnizables por el Estado los daños provocados por tales infecciones nosocomiales⁷.

Lamentablemente, tampoco existen pronunciamientos posteriores de las instancias superiores de Justicia que hayan aplicado esta disposición. Ello se debe, probablemente, a que esta reforma legal introdujo en la materia un sistema de mediación obligatoria que ha impulsado los acuerdos y, en ocasiones, simplemente retardado la judicialización de esos accidentes médicos.

Como puede apreciarse, el impacto del principio de precaución en materia de indemnización de perjuicios en Chile es extraordinariamente limitado, tanto por los antecedentes jurisprudenciales como por el categórico rechazo en materia sanitaria estatal en virtud de la ley que acaba de mencionarse.

5 Sobre las cercanías de esta regla con la legislación española: Urrutia Mendoza (2010, p. 777-787).

6 Sobre el carácter de eximente de responsabilidad: Pizarro (2010, p. 187-198).

7 Me refiero a los fallos de la Corte Suprema, de 24 de enero de 2002 y de 30 de abril de 2003. Un análisis de los mismos en el siguiente estudio de mi autoría (Tapia, 2003, p. 75-111).

Las conclusiones son, sin embargo, diversas tratándose de la prevención de daños, que se examina a continuación como segunda parte de este artículo.

II. INFLUENCIA INCIPIENTE DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE DAÑOS

16. El derecho chileno adolece de un problema grave -y que muchos consideramos de extrema necesidad abordar- en materia de acciones civiles de urgencia. En ausencia de mecanismos idóneos civiles para precaver daños futuros e inminentes, la práctica nacional ha recurrido a una acción constitucional de urgencia para abordar este vacío (recurso de protección), que debe fundarse en infracción de garantías constitucionales. Si bien esta acción constitucional permite la intervención rápida de las Cortes de Apelaciones, mediante “órdenes de no innovar”, lo cierto es que su uso, o abuso, ha desplazado un número considerable de conflictos civiles al ámbito constitucional, cuestión que ha empobrecido la riqueza argumentativa propia del derecho civil. Por eso, un autor nacional ha sostenido con razón que la práctica chilena en materia de acciones de urgencia es argumentativamente arcaica, pues los conflictos civiles más sutiles terminan reconduciéndose a la infracción de genéricos principios constitucionales (derecho a la vida, propiedad, etc.) (Peña, 1997, p. 154). Por lo demás, sus mismos requisitos procesales de procedencia lo erigen en un instrumento de alcance muy limitado. Como se entiende, estas falencias también repercuten en la posibilidad de que por estas vías se obtengan medidas preventivas fundadas en el principio de precaución.

17. Escapa a los propósitos de este artículo -centrado en la revisión del estado del derecho civil común en la materia- efectuar una exposición exhaustiva de estos mecanismos procesales a la luz del principio de precaución, y examinar en detalle las falencias de la acción constitucional denominada recurso de protección (en particular, lo restrictivo que resulta el concepto de “amenaza” de derechos como requisito para su procedencia), y también las falencias de

los instrumentos clásicos y poco utilizados del Código Civil, como la acción preventiva de daño contingente (que en general, procede sobre daños ciertos y exige previsibilidad en su ocurrencia) y las querrelas o acciones posesorias (cuyo objeto es particularísimo y que, además, también exigen en términos generales una “certidumbre”).

Asimismo, no me referiré en detalle a conflictos ambientales recientes que han dado lugar a la paralización de obras mineras por la justicia (Pascua Lama, por ejemplo) o termoeléctricas (Barrancones, por ejemplo)⁸. En esos proyectos los problemas, no obstante, no dicen tanta relación con la precaución de riesgos inciertos sino más bien con la generación de daños ciertos a pesar de que los proyectos contaban con las autorizaciones ambientales correspondientes, como consecuencia de que fueron mal otorgados o porque existen infracciones a los permisos otorgados. En todo caso, esa cuestión se relaciona con una dificultad mayor vinculada a la institucionalidad ambiental chilena, que es cierto ha sido mejorada (y esperemos que aún más con Tribunales Ambientales que se están creando y que conocerán de los daños ambientales⁹), pero que hasta la fecha presenta falencias que los tribunales ordinarios han tratado de mitigar con sus exiguas herramientas. Prueba de ello es el reciente fallo del desastre ambiental del Río Cruces (Valdivia), por contaminación provocada por la empresa de celulosa Celco, que generó la muerte masiva de cisnes y el deterioro del ecosistema, fallo que ordenó, en particular, interesantes medidas de mitigación (Juzgado Civil de Valdivia, 746-2005, 27 de julio de 2013). Con todo, observo simplemente que es cierto que la legislación ambiental chilena se orienta preferentemente a la reparación de daños ambientales y civiles (que siguen las reglas del derecho común, por expresa reconducción de la ley ambiental), pero que carece de instrumentos idóneos de prevención de daños ciertos e inciertos (de hecho, los conflictos en los que se demanda prevención de daños ambientales también se ventilan preferentemente vía acción constitucional de urgencia)¹⁰.

En consecuencia, sólo abordaré dos cuestiones en esta segunda parte vinculadas al derecho civil común y al principio de precaución: **(A)** Por un lado, citaré la muy limitada aplicación del principio precautorio con fines preventivos en materia de instalación de antenas telefónicas. **(B)** Por otro, mencionaré

8 Una revisión de varios casos recientes en: Urrutia Silva (2013, p. 475-507).

9 Me refiero a la Ley N°20.600, de 28 de junio de 2012, que crea los Tribunales Ambientales.

10 Respecto de las acciones en materia de daño ambiental: Vidal (2008, p. 191-210).

algunos aspectos sobre una ley reciente en la materia, que expresamente se fundó en el principio precautorio.

A. JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE INSTALACIÓN DE ANTENAS DE TELEFONÍA MÓVIL (UNA APLICACIÓN MUY LIMITADA)

18. Como se ha afirmado, la cuestión de la instalación de antenas de telefonía móvil en medio de centros urbanos se encuentra en el centro de la discusión en el presente respecto del principio de precaución, desde el momento en que no existen certezas del impacto de las ondas electromagnéticas en la salud humana (aunque sí las hay sobre el deterioro que provoca en el paisaje).

Como se dijo, estas cuestiones son ventiladas en Chile a través del recurso de protección (acción constitucional de urgencia), en ausencia de una acción civil apropiada. Por lo demás, es mediante ese mismo recurso que en el derecho chileno se han reconocido de manera incipiente algunos criterios de la teoría de las “molestias de vecindad”, que se vincula directamente con la materia en estudio. En efecto, la jurisprudencia nacional, aplicando particularmente la teoría del *abuso de derecho*, se ha pronunciado sobre esta cuestión conociendo recursos de protección. Confirmando el criterio de que el daño (las molestias) debe ser anormal o significativo, la jurisprudencia ha concluido que no constituyen molestias anormales las que “obedecen a hechos que son consecuencias inherentes de la propiedad y de la vecindad y que los copropietarios y comuneros generalmente deben soportar..”, siendo indispensable a su respecto una “tolerancia recíproca que haga posible el desenvolvimiento racional de la vida y las actividades de todos los interesados” (Corte Suprema, 4 de mayo de 1983).

19. En materia de antenas, la posición de la jurisprudencia chilena, conociendo en sede de recurso constitucional de protección, es rechazar las solicitudes de remoción de estas antenas, fundado en el doble argumento de que cumplen la normativa y tienen las autorizaciones administrativas, y que no se encuentra probado el deterioro que puedan generar en la salud humana (y, en

todo caso, que esa discusión es para un juicio ordinario de lato conocimiento y no para una acción de urgencia). En este sentido es posible encontrar innumerables fallos.¹¹

No obstante, cabe destacar dos fallos que, como veremos, tampoco efectúan grandes avances en la materia.

20. En el primer caso, fallado por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 28 de noviembre de 2009 (1416-2009), y confirmado por la Corte Suprema, el 13 de abril de 2010, se trataba de una mujer que reclamó por la instalación de una antena a pocos metros de su departamento, en un edificio que se encuentra en el centro de la ciudad de Santiago. La actora solicitó la remoción de la antena en atención a los trastornos psíquicos y físicos (alteración del sueño), producto del zumbido que emitiría la antena. La Corte de Apelaciones termina acogiendo el recurso y ordenando la remoción de la antena, fundado en un informe médico que respaldaba las alteraciones y trastornos mencionados, a pesar de que los órganos públicos y las mediciones efectuadas por éstos arrojaban valores conforme a la norma. La Corte Suprema confirma este fallo, pero de manera insólita elimina el considerando relativo a la alteración de la integridad física y psíquica de la actora (si agregar nada más), sólo pudiendo concluirse que implícitamente la máxima instancia consideró decisivo el que se habrían cometido errores en la solicitud de autorización administrativa y un equivocado emplazamiento de la antena (pues no se emplazó exactamente en el lugar autorizado por la asamblea de copropietarios del edificio). En definitiva, son los “errores administrativos”, y no la salud humana o el impacto ambiental, los que sirvieron de fundamento a este fallo¹².

21. El segundo caso que destacaré fue resuelto por la Corte de Apelaciones de Rancagua, el 3 de diciembre de 2009, pero posteriormente fue revocado por la Corte Suprema, el 24 de mayo de 2010 (464-2009). Se trataba de una antena instalada en medio del centro histórico de la ciudad de Santa Cruz (ciudad esencialmente turística). Una fundación sin fines de lucro que administra un museo de esa ciudad, interpuso un recurso de protección por la afectación que significaba para la salud humana y para el medio ambiente (en términos paisajísticos). La Corte de Apelaciones acogió el recurso, considerando que aunque “exista la menor posibilidad” de que se produzcan daños a las personas, ello es suficiente para aceptar el recurso, y al mismo tiempo afirmó la “contaminación visual” que significaba esa antena en un lugar emi-

11 Por ejemplo, uno reciente (Corte Suprema, 7.724-2009, 10 de noviembre de 2009)

12 Un comentario a este fallo en: Durán (2010, p. 313-319).

nentemente turístico. La Corte Suprema, sin embargo, consideró que en este caso se trataba de una acción popular encubierta (no estaban identificados los afectados), y que por ello no podía proceder la acción, pues el recurso de protección exige un “interés afectado que sea determinado” (que es otro inconveniente de esta acción), y que además no resultaban “concluyentes” los antecedentes sobre los posibles efectos adversos para la salud de las personas.

22. Como puede concluirse de lo anterior, la jurisprudencia chilena es más bien reacia a aceptar, bajo el argumento del principio de precaución, acciones cautelares preventivas relativas a la instalación de antenas de telefonía. El caso aislado citado se fundó, más bien, en las infracciones administrativas que en la protección de la salud.

Cabe mencionar que tampoco me parece que son muy auspiciosas las conclusiones que se podrían extraer de la utilización de la acción preventiva por “daño contingente” del Código Civil¹³. Además, de someterse a un procedimiento inadecuado para medidas de urgencia (y, por ello, no se utiliza en la práctica para estos efectos), sus requisitos en cuanto a la amenaza “cierta” de un daño y su vinculación con la culpa civil hacen extremadamente difícil su aplicación en la materia¹⁴.

No obstante, la legislación reciente en materia de antenas de telefonía es un poco más positiva, aunque no tanto, como veremos a continuación.

B. LEY Nº 20.599 (2012) SOBRE INSTALACIÓN DE ANTENAS DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

23. Se estima que existen en Chile una 6.200 antenas, de las cuales unas 2.900 se encuentran instaladas en la Región Metropolitana. Luego de una

¹³ Una explicación de la acción por daño contingente en el derecho chileno en: Corral (2003, p. 357 y s).

¹⁴ Así lo demuestra, por ejemplo, un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción (317-2010, 25 de enero de 2011).

larga tramitación de 5 años, una ley (N°20.599 de 2012) intentó establecer un procedimiento más riguroso para la instalación de estas antenas, sometiéndolas a autorizaciones de la autoridad urbanística si exceden ciertas medidas (12 metros de altura), fijando restricciones para evitar su instalación en ciertos recintos (colegios, hospitales, hogares de ancianos, etc.) y para que guarden una distancia respecto de los mismos (al menos 50 metros). Como se ve, las restricciones son bastante tímidas.

24. Durante la tramitación de esta ley -parece importante destacarlo- se señaló en reiteradas ocasiones que fundaba en el principio de precaución. Así, se sostuvo que ella sería la expresión del “principio precautorio, que se aplica cuando no hay evidencias que demuestren que hay un efecto claro, o que se demuestre que una situación es inocua” (y cita, en la materia, ciertas decisiones públicas francesas) (Senador Girardi, Primer Informe de la Comisión de Transportes, Historia de la Ley N°20.599, p. 285); y que la “salud está resguarda con un criterio precautorio y se establecieron ciertas distancias mínimas, porque no existe la garantía de que las antenas sean inocuas, pero tampoco la certeza que puedan dañar la salud de las personas” (Senador Girardi, Informe de la Comisión Mixta Historia de la Ley N°20.599, p. 905).

No obstante, otras voces hicieron presente la insuficiencia de esta ley, aunque como se pudo concluir tuvieron poco eco: “si existe debate científico, tomemos el principio precautorio: alejemos las antenas de las zonas urbanas densamente pobladas, generemos las condiciones necesarias para proteger la salud pública” (Senador Navarro, Discusión en Sala, Historia de la Ley N°20.599, p. 792).

25. Como lo demuestra el propio debate parlamentario, esta ley esta lejos de resolver el problema y, salvo algunas restricciones, permite la mantención y construcción de nuevas antenas en espacios densamente poblados. La única posibilidad de mejorar la situación actual es que la jurisprudencia (que tiene habilidad en ello, según se expuso) interprete muy estrictamente el cumplimiento de los requisitos técnicos de instalación, cuestión que podría dar lugar a casos judiciales interesantes.

26. **En síntesis**, como puede desprenderse de lo anterior, las conclusiones son bastante limitadas en materia de principio de precaución y responsabilidad civil en Chile: una casi inexistente influencia en materia de indemnización, por efecto de la jurisprudencia y de una ley en materia sanitaria (salvo lo que se pueda resolver en definitiva sobre el caso “asbesto” ya citado); y, una incipiente función preventiva, producto de las falencias procedimentales, pero también de las incertidumbres científicas asociadas a estos riesgos.

BIBLIOGRAFÍA

Boutonnet, Mathilde. (2005). *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, París: LGDJ.

Boutonnet, Mathilde. (2010). *Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz.

Bravo Söhrens, Sebastián & Menares Núñez, Fabiola. (2011). *Estado democrático de derecho e incertidumbre científica. Principio precautorio a nivel internacional y su posible aplicación en el derecho chileno*. (Tesis inédita de grado). Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago.

Carbonnier, Jean. (2004). *Droit civil. Les biens. Les obligations* (T. II). París: Quadrigue/PUF.

Corral Talciani, Hernán. (2003). *Lecciones de Responsabilidad civil extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, 24-2013, 24 de julio de 2013.

Corte de Apelaciones de Concepción, 25 de enero de 2011, rol 317-2010.

Corte de Apelaciones de Copiapó, 25 de marzo de 2002, Gaceta Jurídica N° 265, 2002, p. 127 y s.

Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de noviembre de 2013, rol 3248-2011.

Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de noviembre de 2009, rol 1416-2009.

Corte Suprema, 10 de noviembre de 2009, rol 7.724-2009.R

Corte Suprema, 24 de mayo de 2010, rol 9464-2009.

Corte Suprema, 29 de marzo de 1962, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LIX, sec. 4ª, p. 21.

Corte Suprema, 4 de mayo de 1983, Fallos del Mes, n°294, p. 162.

- Durán Roubillard, Luis. (2010). Antenas de telefonía celular. Derechos fundamentales y recurso de protección (sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, Corte Suprema). *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, V. XXIII N°1 (319-319).
- Figueroa Yáñez, Gonzalo. (2004). El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil. *Temas de Responsabilidad Civil, Cuadernos de Análisis Jurídico I* (65-73). Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Historia de la Ley N°20.599.
- Juzgado Civil de Valdivia, 27 de julio de 2013, rol N°746-2005.
- Ley que Crea los Tribunales Ambientales, N°20.600, de 28 de junio de 2012.
- Moya Marchi, Francisca. 2012. *El principio de precaución*. (Tesis inédita de grado). Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago.
- Peña González, Carlos. (1997). *Práctica constitucional y derechos fundamentales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
- Pizarro Wilson, Carlos. (2010). Controversias jurisprudenciales de la responsabilidad de los servicios públicos de salud. *Responsabilidad médica, Cuadernos de Análisis Jurídico VI*, (p. 187-198). Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Tapia Rodríguez, Mauricio. (2003). Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, XV (75-111). Valdivia.
- Tapia Rodríguez, Mauricio. (2005). *Código Civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Tapia Rodríguez, Mauricio. (2007). *Ciento Cincuenta años de responsabilidad extracontractual en Chile*". En *Responsabilidad civil. Liber amicorum a François Chabas* (41-75). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Urrutia Mendoza, Sebastián. (2010). *La exclusión de responsabilidad sanitaria por los riesgos del desarrollo en la Ley N°19.966*. En Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Concepción (coord.), *Estudios de derecho civil V*, Jornadas nacionales de derecho civil, Concepción 2009. Santiago: LegalPublishing.

Urrutia Silva, Osvaldo. (2013). Jurisprudencia nacional, nuevos Tribunales Ambientales y derecho internacional del medio ambiente. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, V. XL (475-507). Valparaíso.

Vidal Olivares, Álvaro. (2008). Las acciones emanadas del daño ambiental y el régimen de responsabilidad aplicable. *Regímenes especiales de responsabilidad civil, Cuadernos de análisis jurídicos IV* (191-2010). Santiago: Ediciones Universidad Diego Po

PARTE III

LA RESPONSABILIDAD FRENTE A SECTORES ECONÓMICOS



CAPÍTULO X

LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR POR GARANTÍA. ASPECTOS SUSTANCIALES Y PROCESALES

Sumario: Introducción, A. ASPECTOS SUSTANCIALES. 1. Marco legal. 2. Relación de consumo. 3. La solidaridad legal. 4. Aspectos que comprende la garantía legal. 4.1. La garantía como posibilidad real de disfrutar un producto. 4.2. La calidad y su estrecha relación con la información. 4.3. Las características estéticas como factor constituyente de la garantía. 4.4. La responsabilidad de los “intermediarios” por la garantía en las ventas a distancia. 5. De la sanción por incumplimiento de la garantía. 5.1. Sanción en la prestación de servicios. 5.2. Sanción como resultado del incumplimiento de la entrega. 5.3. Reparación o cambio del bien objeto de la relación de consumo. 5.4. Sanción como consecuencia de la entrega de un bien diferente al acordado. B. ASPECTOS PROCESALES 1. La reclamación en sede de empresa como requisito de procedibilidad. 2. La prueba de la relación de consumo. 3. Del archivo por imposibilidad en la notificación de la demandada. 4. El cumplimiento, la transacción y la conciliación. 5. La indemnización de los perjuicios. 6. De los medios de prueba. 7. La carga probatoria. 8. De las causales de exoneración de responsabilidad. 9. La procedencia de recursos sobre la sentencia. Conclusiones.

POR JUAN CARLOS VILLALBA CUÉLLAR¹

¹ Abogado, docente e investigador, miembro de la línea en Derecho Económico y de los Negocios, grupo en Derecho Privado del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Magíster LLM en Derecho francés, europeo e internacional de negocios de la Universidad Panthéon-Assas París II y el Instituto de Derecho Comparado de París (Francia). Especialista en docencia universitaria. Catedrático de la Universidad Sergio Arboleda y profesor de posgrado en la Universidad Santo Tomás, Universidad del Norte, Universidad de La Sabana y Universidad de Medellín. Director de la Liga de Consumidores de Bogotá. Email: juan.villalba@unimilitar.edu.co

INTRODUCCIÓN

La garantía de bienes y servicios se constituye en una herramienta legal valiosa con que cuentan los consumidores para proteger sus derechos en la medida en que esta permite al consumidor, a través de procedimientos cortos, hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones del productor o proveedor, específicamente, la obligación que tienen de responder por la calidad e idoneidad de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. Desde 1982, este tema se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico y con la expedición de la Ley 1480 de 2011 y el recientemente expedido Decreto 0735 de 2013, se configura un marco normativo cada vez más concreto sobre la garantía. Al tenor de dichas normas, la garantía es una obligación solidaria y temporal que pesa sobre el productor y/o proveedor de bienes y servicios en el mercado, en virtud de la cual responden al consumidor por la calidad e idoneidad de los mismos (Zentner, 2010, p. 248)². La garantía por la calidad e idoneidad implica que un producto (bien o servicio) cumpla con las características inherentes a la misma clase de bienes en el mercado, que sirva para lo que está fabricado o para lo que dijo el consumidor que lo necesitaba, y además que cumpla con la calidad esperada por el consumidor o la anunciada por el productor o proveedor. Esta obligación, según la norma de protección al consumidor, cobija una gran variedad de eventos en los que se hace exigible la garantía, tales como mal funcionamiento, información inapropiada, no cumplimiento de lo ofrecido, falta de servicio técnico, entre otras; ante los cuales no opera siempre la misma consecuencia jurídica. Igualmente,

La Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con funciones jurisdiccionales en esta materia y actúa como juez en la resolución de estos casos, a través de la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales, competencia que comparte con los jueces ordinarios. Igualmente, en esta materia tiene funciones administrativas. No obstante que la normatividad sobre la materia ha avanzado, queda latente el cuestionamiento acerca de los alcances de la misma, es

2 El profesor Diego Zentner dice que en el Derecho del Consumidor, a diferencia de otras disciplinas, el término “garantía” debe ser entendido con un alcance estricto, orientado a la protección de los usuarios a través de normas que aseguren el efectivo cumplimiento por parte de los proveedores de los deberes derivados de la comercialización de los bienes y servicios que introducen en el mercado de consumo, y más concretamente, la adecuación de tales bienes y servicios para su destino específico.

decir, hasta qué punto los consumidores cuentan con este mecanismo para lograr la efectividad de sus derechos y los linderos de la aplicación de las normas relativas a esta, conforme a los pronunciamientos de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la SIC), todo en aras de la búsqueda de la justicia en las relaciones de consumo y para nuestro caso concreto, la efectividad de la garantía.

En ese orden de ideas, este capítulo pretende hacer un estudio sobre la garantía de calidad e idoneidad de los bienes y servicios en el derecho colombiano, para el cual se tomará como apoyo una muestra de sentencias y resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio (la SIC) sobre el tema, para identificar aspectos sustanciales y procesales que permitan medir en alguna medida los alcances de este asunto en la praxis del derecho nacional. Con esta finalidad, se tomó una muestra de 100 decisiones de la entidad, expedidas en el periodo de 2009 a 2012. Esta es, sin duda alguna, la primera vez que se emprende en Colombia la tarea de analizar las decisiones de la entidad en materia de garantías y se espera con este capítulo contribuir a crear doctrina sobre el tema y analizar los defectos y virtudes de este sistema de protección al consumidor. El hecho de que muchos de estos pronunciamientos hayan sido expedidos bajo la vigencia del Decreto 3466 de 1982 no reviste gravedad para la validez de este trabajo, en la medida que esa norma tenía reglamentado el tema y lo regulado posteriormente en la Ley 1480 de 2011 sobre la garantía recoge de manera evidente lo expresado por la norma anterior, con una mejora sustancial en las precisiones conceptuales y mayor claridad en la regulación de algunos temas puntuales, pero sin un cambio de fondo en la materia. La finalidad de este capítulo no es agotar la doctrina sobre el tema, de por sí escasa, sino centrarse en los hallazgos de la revisión planteada, cuestión que consideramos de mayor novedad. También debe aclararse que por tratarse de una muestra correspondiente a un periodo determinado, lo que se afirme con base en ellas solamente es válido para dicho lapso en cuanto a la actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio.

A. ASPECTOS SUSTANCIALES

1. MARCO LEGAL

En primera instancia y como evidencia del material estudiado se examinarán las normas que reglamentan la materia, tanto en el régimen anterior como en la actualidad.

Los fundamentos legales en que se basaba la SIC al momento de fallar asuntos en materia de garantías son reducidos, de hecho se encontró que en términos generales siempre citaba (para fundar sus decisiones) los siguientes artículos: 11³, 13⁴, 23⁵, 26⁶ y 29⁷ del derogado Decreto 3466 de 1982.

Igualmente, se evidenció que la entidad nunca se apoyaba en artículos como el 27, 29 y 30 del decreto anterior. Además, no se hacía alusión alguna al registro o licencia que deben tener los productores o importadores⁸, como tampoco a las normas técnicas oficializadas relativas a calidad e idoneidad, pues no se encontró pronunciamiento por parte de la SIC en el cual se basara en una licencia o norma técnica para establecer condiciones de calidad e idoneidad de una garantía.

El artículo 13 del Decreto 3466 de 1982 establecía los “Aspectos que comprenden la garantía mínima presunta y las garantías diferentes a la mínima presunta”. Se infería en consecuencia de dicha norma:

3 Los artículos del Decreto 3466 de 1982 citados en este escrito se transcriben en un anexo que se puede consultar en la parte final del mismo. Ver Artículo 11 en anexo.

4 Ver artículo 13 en anexo.

5 Ver artículo 23 en anexo.

6 Ver artículo 26 en anexo.

7 Ver artículo 29 en anexo.

8 Art. 3, del Decreto 3466 de 1982.

- Como resultado de las garantías, los proveedores o expendedores de bienes y servicios están obligados a brindar: (i) asistencia técnica, (ii) reparación y (iii) suministros de los repuestos necesarios.
- Esas obligaciones, al igual que la garantía mínima presunta constituían una presunción de derecho, una vez celebrado el contrato de compraventa o de prestación de servicios.
- Si la garantía se reclama estando en vigencia, no se puede causar costo alguno a cargo del consumidor⁹.
- Si se repitiere la falla, el consumidor tiene la potestad de solicitar el cambio¹⁰ del bien por otro, siempre que esté vigente la garantía. Salvo convención expresa en que se pacte el no cambio¹¹.

La Ley 1480 de 2011 desarrolló el tema y estableció tres (3) clases de garantía, la garantía legal, la garantía suplementaria y la garantía obligatoria. La garantía legal es obligatoria y está a cargo de todo productor y/o proveedor, el término de esta puede ser el legal o “convencional”, el primero tiene carácter suplementario y entra a regir en caso de que el productor no haya expresado un término de garantía diferente al consumidor. La garantía suplementaria es aquella que se ofrece adicionalmente al consumidor, más allá de los términos de la garantía legal, la cual puede ser gratuita u onerosa. Cuando sea onerosa se deberá obtener el consentimiento expreso del consumidor y dejar constancia escrita de la misma. Finalmente, la garantía obligatoria es aquella que

9 Sobre este punto en específico, véase la Sentencia 61 del 22 de julio de 2011, mediante la cual la SIC ordenó la efectividad de un garantía sin cobrar gastos de transporte, tal y como lo pretendía la demandada.

10 No en todos los casos tenía que darse una reparación previa para que procediere el cambio del producto. De hecho, este fue uno de los temas en que la SIC fallaba de distinta forma. Por ejemplo, en la Sentencia 505 del 27 de febrero de 2012, ordenó el cambio de un IPAD sin disponer su previo arreglo, lo cual va en contra de la “tendencia” que se encontró en el presente trabajo, conforme a la cual la entidad primero ordenaba la reparación. Otro caso que puede aplicar es el citado en la Sentencia 901 del 5 de marzo de 2012, en el que en vez de ordenar la entrega de un producto, simplemente ordenó la devolución del dinero, a diferencia de otras órdenes de devolución del 2012, en esta última, no ordenó la actualización acorde al IPC.

11 Esta regla fue relativizada por la SIC, ya que en muchos casos a pesar de existir una reparación previa por parte del expendedor o proveedor, la entidad ordenaba nuevamente la reparación del bien.

para ciertos bienes o servicios la norma o la Superintendencia de Industria y Comercio le da tal carácter.

El artículo 23 del derogado decreto consagraba “Responsabilidad de los productores por la idoneidad y calidad de sus bienes y servicios”. Por lo tanto:

- Los términos y condiciones del registro o licencia, o las respectivas normas técnicas eran criterios importantes para determinar la responsabilidad de los productores, salvo que se demostrara una causal de exoneración de responsabilidad.¹²
- Existía solidaridad en materia de bienes importados, entre el importador y el productor.

A su turno, la Ley 1480 de 2011 en su artículo 6º, establece que las condiciones de calidad e idoneidad de los bienes y servicios que se ofrezcan en el mercado no pueden ser nunca inferiores o contravenir lo dispuesto en reglamentos técnicos o medidas sanitarias o fitosanitarias, para luego establecer la obligación solidaria entre productor y proveedor en la materia. Adicionalmente, esta norma considera como productor al importador para todos los efectos.

En cuanto a la causales de exoneración, el Decreto 3466 de 1982 establecía que el productor, expendedor o proveedor de bienes y servicios solo puede exonerarse de responsabilidad si prueba que existió (i) fuerza mayor, (ii) caso fortuito no sobrevenido por su culpa, o (iii) la existencia de un uso indebido del bien o servicio por el consumidor, y que ese hecho sea causante de la falta de idoneidad y calidad del producto o servicio prestado.

12 Pero se evidenció en el estudio efectuado que en la práctica la SIC nunca acudió a este referente.

Nótese que la norma actual consagró igualmente unas causales de exoneración en el artículo 16¹³, acudiendo a las causales tradicionales de exoneración por causa extraña y adicionando que el consumidor no atendió las instrucciones del manual del producto, lo cual no sería otra cosa que uso indebido por parte del consumidor. Pero debe resaltarse que la reiteración de causales de exoneración por la garantía de calidad e idoneidad es desafortunada en el régimen de “protección al consumidor” colombiano, porque se aleja de la concepción tradicional de este tipo de obligación en el derecho comparado, desnaturalizándola, ya que se trata de una obligación de garantía, aunque la Corte Constitucional colombiana dijo que se trata de una responsabilidad a cargo del productor y proveedor por incorporar bienes al mercado, quienes deben asumir los riesgos de esta actividad (Sentencia C -1141 de 2000) (Villalba Cuéllar, 2013, pp. 45-67; 2012, p. 229). El profesor Calais-Auloy al respecto dice que “El defecto de conformidad resulta a veces de la culpa del vendedor. Pero la culpa no es una condición jurídica de la obligación de garantía a la que este está obligado. Ni su ignorancia del defecto, ni la fuerza mayor lo pueden exonerar. Se trata de una garantía, en el sentido que tiene esta palabra en el derecho francés” (Calais & Steinmetz, 2006). La discusión acerca de la naturaleza jurídica de la garantía queda abierta.

El artículo 29 del Decreto 3466 de 1982 igualmente se refirió al “Procedimiento para asegurar la efectividad de las garantías”, del cual se puede extraer lo siguiente:

- El consumidor podía solicitar (i) la efectividad de la garantía, (ii) cambiar el bien por otro, o desistir de compraventa o prestación del servicio con la respectiva devolución del dinero, y (iii) la indemnización de daños y perjuicios.

13 Artículo 16. Exoneración de responsabilidad de la garantía. El productor o proveedor se exonerará de la responsabilidad que se deriva de la garantía, cuando demuestre que el defecto proviene de:

1) Fuerza mayor o caso fortuito; 2) El hecho de un tercero; 3) El uso indebido del bien por parte del consumidor, y 4) Que el consumidor no atendió las instrucciones de instalación, uso o mantenimiento indicadas en el manual del producto y en la garantía. El contenido del manual de instrucciones deberá estar acorde con la complejidad del producto. Esta causal no podrá ser alegada si no se ha suministrado manual de instrucciones de instalación, uso o mantenimiento en idioma castellano. Parágrafo. En todo caso, el productor o expendedor que alegue la causal de exoneración deberá demostrar el nexo causal entre esta y el defecto del bien.

- En consonancia con lo anterior la SIC debía disponer en la parte resolutive de la sentencia (i) ordenar la efectividad de la garantía, (ii) cambiar el bien por otro, o la devolución del dinero y (iii) el valor que el consumidor hubiere demostrado por concepto de perjuicios.

Estas consecuencias jurídicas fueron contempladas en el artículo 11 de la Ley 1480 de 2011, el cual establece que proceden: en primer lugar, la reparación gratuita del bien; y en segundo lugar, cuando la reparación no proceda o una vez efectuada el bien vuelva a fallar por el mismo motivo, a voluntad del consumidor, el cambio del bien por otro igual o de similares características o la devolución del precio. Además, este artículo establece otras obligaciones accesorias que hacen parte de la garantía de calidad e idoneidad, como aquellas de suministrar asistencia técnica, la entrega material del producto, la obligación de contar con repuestos, entre otras.

2. RELACIÓN DE CONSUMO

La relación de consumo (Rusconi, 2009, pp.140-141)¹⁴ se convierte, por regla general, en el criterio decisivo para saber si hay lugar a la aplicación de las normas de protección al consumidor. Tanto el derogado Decreto 3466 de 1982 (Villalba Cuéllar, 2009)¹⁵ como la Ley 1480 de 2011 definieron jurídicamente a los sujetos que conforman la relación de consumo, el consumidor y el productor y/o proveedor. De esta manera, para que la garantía de bienes y servicios del régimen de protección al consumidor sea exigible, el primer paso será establecer la existencia de dicho vínculo obligacional.

Como regla general, la SIC examina el criterio de la relación de consumo para admitir la procedencia de la garantía. Sin embargo, se encontró un

14 El tratadista Dante Rusconi dice que “La relación de consumo es un vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor y usuario [...] Lo dicho nos lleva a razonar de la siguiente forma: todo hecho o acto atribuible al hombre es susceptible de generar una relación de consumo en la medida en que involucre o afecte, directa o indirectamente, a un “consumidor”, y se dé como consecuencia o en el marco de una actividad desarrollada, directa o indirectamente ‘por un productor’”.

15 Esa definición que era exageradamente amplia fue delimitada por la Superintendencia de Industria y Comercio y por la Corte Suprema de Justicia, aspectos que fueron recogidos en la definición de la Ley 1480 de 2011.

caso¹⁶ en el cual no es claro, si el vendedor de un vehículo, actuó en calidad de comerciante o no, por cuanto no se probó tal calidad, o tampoco se desprende que dicha persona natural hubiese representado o fuese dueño de un establecimiento de comercio. Sin embargo la SIC, sin indagar acerca de esa calidad, decidió ordenar la devolución de un abono efectuado en un contrato de compraventa, en el cual el vendedor (sancionado) no cumplió con la entrega del vehículo. La entidad además se refirió a temas como la falta de calidad, por cuanto el producto estaba “pignorado” y dicha situación no fue informada dentro de las características del vehículo al comprador. La duda radica en si verdaderamente existió una asimetría de información y si el vendedor era o no comerciante¹⁷. Dicha información no se desprende de la sentencia, sin embargo, en caso de no serlo, la SIC extendió la protección que brinda el estatuto de manera generosa.

Es menester destacar la Resolución 18510 del 22 de abril de 2009, en la cual, la SIC, con base en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 3 de mayo de 2005, declaró que dos personas naturales, quienes adquirieron un camión marca XXX, no ostentaban la calidad de consumidores, por el hecho de inscribirlo en una empresa de transporte público. Para la SIC la adquisición del camión no fue con el objeto de satisfacer una necesidad privada, lo que trajo como consecuencia la no consideración de ellos como consumidores

La SIC fundamentó en este caso de la siguiente manera:

En este orden, con fundamento en la necesidad de garantizar la protección de los consumidores, esto es, de quienes se encuentra en una posición de debilidad frente al mercado, bajo la idea de un destinatario final del bien o servicio, la Corte indicó las siguientes directrices básicas para la calificación de consumidor: (i) Para ser reputado consumidor, se requiere probar que el acto de consumo pretende la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial –no vinculada directamente con la actividad económica del usuario, aunque pueda estar relacionada, de algún modo, con su

16 Sentencia 252 del 14 de febrero de 2012.

17 Por ejemplo, en Sentencia 902 del 5 de marzo de 2012, decidió sancionar al señor XXXXX, pero hizo la salvedad que dicha sanción fue en calidad de “propietario del establecimiento de comercio XXXXXXXX y, por ende, en calidad de comerciante y proveedor.

objeto social y, (ii) la adquisición del bien o la utilización del servicio debe estar ubicada por fuera de la actividad profesional o empresarial de quien dice ser consumidor; esto implica que puedan quedar por fuera del ámbito de protección de los consumidores– empresarios, es decir, quienes realizan actos de consumo con el propósito de adelantar procesos productivos de naturaleza similar”

(subrayado fuera del texto original).

Igualmente en el análisis manifestó la SIC:

Así pues es claro que el régimen de protección desarrollado en el Decreto 3466 de 1982, tiene la finalidad de equilibrar la asimetría de las relaciones de mercado y garantizar la protección de los consumidores frente a las fuerzas económicas predominantes, finalidad que sería irrealizable si se protegen de manera indiscriminada todas las transacciones independientemente de los propósitos que busquen satisfacer los sujetos adquirentes.

En ese mismo sentido, en la Sentencia 503 del 5 de septiembre de 2011, en el cual se negó la efectividad de una garantía por no tener la calidad de consumidor final, la entidad dijo:

En ese orden de ideas, para el caso que nos ocupa se debe tener en cuenta que de conformidad con la actividad de la sociedad reclamante, se puede establecer que los pisos objeto de queja, están relacionados con la actividad económica descrita enmarcados en:

[...] El ejercicio y desarrollo integral de todas las actividades propias de la ingeniería; y la arquitectura, como el diseño, contratación, construcción, interventoría, explotación económica y comercial de los diferentes ramos en las mismas. En consideración del problema jurídico planteado, para efectos del presente fallo, este Despacho estima que corresponde la negación de la garantía en la presente actuación, pues de los hechos indicados y por la calidad del demandante se co-

*ligo la imposibilidad de aplicar el Decreto 3466 de 1982 debido a que la reclamante, no ostenta la calidad de consumidor final.*¹⁸

También es sabido que la calidad de consumidor se identifica con destinatario final (Rusconi, 2009; Gual Acosta & Villalba Cuéllar, 2013, pp. 84-85)¹⁹ afirman que consumidor es la persona que disfruta o utiliza el bien, por lo tanto, esta calidad, sin ser necesariamente el comprador o adquirente del bien, lo legitima para exigir la garantía. En este sentido, la SIC en la Sentencia 64 del 22 de julio de 2011 especificó que:

En este punto cabe anotar, que la relación de consumo no se limita a quien figura inicialmente como persona que adquirió el producto, pues es factible que este pase a manos de un nuevo propietario bajo diferentes títulos, llámese donación o compraventa, sin que se requiera mayor formalidad en los supuestos de bienes muebles, para la tradición, diferente a la puesta a disposición del bien, o incluso mostrándola.

Con base en lo anterior, se puede afirmar que la titularidad y, por ende, la legitimidad para solicitar la garantía de un bien o servicio, se trasmite vía negocio jurídico (de manera gratuita u onerosa) a través de los diferentes títulos que la legislación contempla²⁰.

3. LA SOLIDARIDAD LEGAL

Las normas de protección al consumidor consagran la solidaridad entre el productor y el proveedor para efectos de la obligación de garantía, en ese

18 Véase además la Sentencia 953 del 28 de octubre de 2011.

19 Señala el profesor Dante Rusconi que esta noción corresponde a la “teoría subjetiva o finalista” adoptada en algunos ordenamientos legales, según la cual el concepto de consumidor debe ser subjetivo, “se considera consumidor quien retira el bien de su circulación económica con la finalidad específica de consumirlo para satisfacer una necesidad eminentemente personal.”

20 Véase la Sentencia 955 del 28 de octubre de 2011, mediante el cual la Superintendencia de industria y Comercio, decidió aplicar el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil declarando la falta de legitimación por activa, al encontrar que el demandante no correspondía al titular de un vehículo (objeto de garantía) según el RUN. No obstante, en la Sentencia 102 del 30 de enero de 2012, la SIC aceptó como válida para efectos de legitimación por activa, para la garantía de un X BOX 360, el hecho de afirmar que la demandante era la esposa de adquirente. Se resalta que se fundamentó en el principio constitucional de la buena fe.

aspecto son coincidentes el decreto anterior, cuyo alcance fue aclarado por la Corte Constitucionall, y el nuevo estatuto (Valderrama, 2013, pp. 230-233)²¹. Así, tanto el productor como el proveedor deben responderle al consumidor por la garantía, y no les es dable exonerarse de esta responsabilidad, salvo las causales legales. Dentro del material que fue objeto de estudio existe un caso que vale la pena comentar, dada la naturaleza del mismo, sobre la solidaridad legal entre productor y proveedor en materia de garantías. Se trata de la Sentencia No. 71 del 22 de julio de 2011, la cual tiene origen en la adquisición por parte de un consumidor de un computador portátil en un establecimiento de comercio. La especialidad del caso radica en que el computador era remanufacturado, y el establecimiento de comercio que vendió el aparato no era un canal autorizado para la distribución de la marca (según la defensa de la marca). A primera vista, es de recibo el argumento esbozado por la multinacional, sin embargo, la empresa no pudo librarse de la declaratoria de solidaridad, por el simple hecho de no probar que el establecimiento de comercio demandado no estaba autorizado para la venta de sus portátiles. Al respecto la entidad dijo lo siguiente:

Para el caso sub-examine, se tiene que, la sociedad XXXXXXXX LTDA., alega que las empresa SYS XXXXX E.U. no es un canal autorizado para la venta de sus equipos, no obstante al plenario, no se allegó prueba con la cual se acredite que el distribuidor no era un establecimiento autorizado para la venta de sus equipos.

Se pone de manifiesto así la presunción de solidaridad entre el proveedor y el productor, aun en tratándose de bienes remanufacturados. En líneas posteriores será analizado el tema de la carga de la prueba; sin embargo, para el caso se puede deducir que en principio, el productor y el proveedor siempre están obligados en materia de garantía, aun si se trata de productos remanufacturados a menos que el productor aporte plena prueba al proceso para exonerarse de responsabilidad.

La Ley 1480 de 2011, a diferencia de su antecesora, se refiere a la garantía de bienes usados y establece que estos tendrán una garantía de tres (3) meses salvo que se le haya informado y el consumidor haya aceptado expresamente adquirirlo sin garantía.

21 Vale la pena aclarar que los artículos 11 y 29 del Decreto 3466 de 1982 hacían recaer la responsabilidad en el proveedor y expendedor, quienes podían repetir contra el productor, pero la Corte Constitucionall aclaró los alcances de estas normas en la Sentencia C-1141 de 2000 estableciendo que el consumidor también podía exigir al productor el cumplimiento de la garantía de calidad e idoneidad de productos.

4. ASPECTOS QUE COMPRENDE LA GARANTÍA LEGAL.

La garantía de un bien o servicio comprende un abanico extenso de obligaciones según el artículo 11 de la Ley 1480 de 2011²². Por lo tanto, se puede afirmar que esas obligaciones se hacen exigibles por falta de calidad e idoneidad del producto (numerales 1, 2, 3, 8 y 9) o también quedan incluidas legalmente otras obligaciones a pesar del buen funcionamiento del producto (numerales 4, 5, 6 y 7)(Villalba Cuéllar, 2013). A continuación, revisaremos algunos de estos aspectos derivados de la garantía del producto evidenciados como novedosos en la muestra de sentencias y resoluciones revisada.

4.1 LA GARANTÍA COMO POSIBILIDAD REAL DE DISFRUTAR UN PRODUCTO.

En la Resolución 15896 de 2010, la SIC hizo un pronunciamiento especificando el momento dentro de la relación de consumo en que opera la garantía, veamos:

Al respecto, es de señalar que la garantía comienza desde el momento mismo en que se realiza el contrato y consiste en la posibilidad de poder obligar al

22 Artículo 11. Aspectos incluidos en la garantía legal. Corresponden a la garantía legal las siguientes obligaciones: 1) Como regla general, reparación totalmente gratuita de los defectos del bien, así como su transporte, de ser necesario, y el suministro oportuno de los repuestos. Si el bien no admite reparación, se procederá a su reposición o a la devolución del dinero; 2) En caso de repetirse la falla y atendiendo a la naturaleza del bien y a las características del defecto, a elección del consumidor, se procederá a una nueva reparación, la devolución total o parcial del precio pagado o al cambio parcial o total del bien por otro de la misma especie, similares características o especificaciones técnicas, las cuales en ningún caso podrán ser inferiores a las del producto que dio lugar a la garantía; 3) En los casos de prestación de servicios, cuando haya incumplimiento se procederá, a elección del consumidor, a la prestación del servicio en las condiciones en que fue contratado o a la devolución del precio pagado; 4) Suministrar las instrucciones para la instalación, mantenimiento y utilización de los productos de acuerdo con la naturaleza de estos; 5) Disponer de asistencia técnica para la instalación, mantenimiento de los productos y su utilización, de acuerdo con la naturaleza de estos. La asistencia técnica podrá tener un costo adicional al precio. 6) La entrega material del producto y, de ser el caso, el registro correspondiente en forma oportuna; 7) Contar con la disponibilidad de repuestos, partes, insumos, y mano de obra capacitada, aun después de vencida la garantía, por el término establecido por la autoridad competente, y a falta de este, el anunciado por el productor. En caso de que no se haya anunciado el término de disponibilidad de repuestos, partes, insumos y mano de obra capacitada, sin perjuicio de las sanciones correspondientes por información insuficiente, será el de las condiciones ordinarias y habituales del mercado para productos similares. Los costos a los que se refiere este numeral serán asumidos por el consumidor, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 1) del presente artículo. 8) Las partes, insumos, accesorios o componentes adheridos a los bienes inmuebles que deban ser cambiados por efectividad de garantía, podrán ser de igual o mejor calidad, sin embargo, no necesariamente idénticos a los originalmente instalados. 9. En los casos de prestación de servicios que suponen la entrega de un bien, repararlo, sustituirlo por otro de las mismas características, o pagar su equivalente en dinero en caso de destrucción parcial o total causada con ocasión del servicio defectuoso. Para los efectos de este numeral, el valor del bien se determinará según sus características, estado y uso.

vendedor del bien o al prestador del servicio a que entregue el bien o realice el trabajo para el cual fue contratado, en adecuadas condiciones de calidad e idoneidad.

Además de quedar claro que la garantía comienza desde el momento en que se celebra el contrato, independientemente de si se verifica la entrega del bien o la prestación del servicio, es importante señalar que en esa oportunidad la SIC aclaró que la naturaleza de la misma implica obligar a (i) la entrega del bien o (ii) el cumplimiento del servicio.

Siguiendo esa línea de pensamiento, en la Sentencia 700 del 29 de septiembre de 2011, la SIC determinó lo siguiente, para efectos de definir qué es garantía:

Atendiendo a lo dispuesto en los artículos 11, 13 y 29 del decreto 3466 de 1982, la garantía mínima de calidad e idoneidad de un bien o servicio comprende también su entrega o realización oportuna. Es decir, la garantía consiste en la posibilidad real de disfrutar de un bien, y satisfacer las necesidades que se tenían cuando este se adquirió. En consecuencia, la garantía comienza desde el momento mismo en que se realiza el contrato, y consiste en la posibilidad de poder obligar al vendedor o al prestador del servicio a que entregue el bien o que realice el trabajo para el cual fue contratado. Así, se estaría acorde con la definición de idoneidad que establece el Estatuto de Protección del Consumidor, en los siguientes términos:

Idoneidad de un bien o servicio: su aptitud para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido, así como las condiciones bajo las cuales se debe utilizar en orden a la norma y adecuada satisfacción de la necesidad o necesidades para las cuales está destinado.

La Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para garantizar la idoneidad (en el sentido de satisfacer una necesidad) de un bien o la prestación de un servicio desde el momento mismo en que se realice el contrato de compraventa o de prestación de servicios si

no se estuviese sometido a un contrato a plazo, o al término de este si así lo fuera.

Vemos que para la SIC la no entrega de un bien o la no prestación de un servicio lesiona la posibilidad de satisfacer la necesidad para la cual fueron comprados o contratados, siendo procedente por ello su protección a través de la obligación de garantía. El artículo 11 de la Ley 1480 de 2011 en su numeral 6º incluyó expresamente la obligación de entregar materialmente el producto como parte de la garantía, a diferencia del extinto decreto 3466 de 1982, que a nuestro modo de ver no incluía específicamente esta obligación, pero que la SIC diligentemente hacía exigible a través de una interpretación de los artículos 11, 13 y 29 de dicha norma.

Señalan además Giraldo, Caycedo y Madriñan (2012) que,

Durante mucho tiempo se discutió si era posible exigir la entrega de un bien o el cumplimiento de un servicio por las normas del consumidor o si ese tipo de pretensiones debían ser ventiladas en un proceso ordinario por incumplimiento contractual. Por suerte, la nueva ley hizo total claridad del derecho que le asiste al consumidor de reclamar la entrega, no solo material sino jurídica cuando ella depende de un registro, de los bienes y servicios que adquiere.

4.2 LA CALIDAD Y SU ESTRECHA RELACIÓN CON LA INFORMACIÓN

La relación entre la información dada al consumidor y la garantía ha sido una constante bajo la vigencia de los dos estatutos de protección al consumidor, por lo cual se predica que la garantía incluye el cumplimiento de las características atribuidas en la información dada por el productor y proveedor. En consecuencia, una discordancia entre la información dada y las características del producto hace exigible la obligación de garantía del mismo.

Dentro del análisis realizado, se encontró un caso que sirve de referencia para entender el desarrollo que la Superintendencia de Industria y Comercio le daba a la noción de calidad, en la prestación de servicios.

En el caso contenido en la Resolución No. 56509 del 30 de octubre de 2009, se trata de una venta hecha a través de telemarketing, sin duda, una forma de

contratación que acentúa la desigualdad negocial de las partes (hablando en términos de asimetría de información), al quedar el consumidor a la merced de la información que decida entregarle el proveedor, para con base en ella tomar una decisión.

En el caso que se expone, el consumidor fue contactado vía telefónica para ofrecerle un curso de inglés con duración de 6 meses. Dentro del mismo paquete, le ofrecieron la posibilidad de programar tres horas semanales de clase en cualquier momento, lo cual no se logró. La sociedad contestó que existía un contrato entre el quejoso y la investigada, que se le entregó el material de autoaprendizaje sin problema alguno, y que los tutores estuvieron siempre dispuestos para dar las tutorías.

La SIC hizo las siguientes apreciaciones al respecto:

*Y es que es de la esencia del derecho del consumo la asimetría entre los dos polos de la relación negocial, el consumidor y el expendedor/ productor. Por ello surge como un deber mayúsculo a cargo de este último la obligación de suministrar una **información clara, completa, veraz y suficiente** respecto de las características del producto [negritas fuera de texto original].*

Continuó la SIC, a definir la noción de calidad:

*Ahora bien, en el entendido de que la calidad –que es un concepto relativo– está referida a la conformidad del bien o del servicio con las legítimas expectativas del consumidor, necesario resulta concluir que se **está frente a una falta de calidad cuando el producto adquirido no corresponde a la información suministrada sobre sus condiciones**, aun en el evento en que aquellas no consten en la convención [negritas fuera del texto original].*

El párrafo citado permite sacar conclusiones respecto de la calidad, que es uno de los dos componentes (junto a la idoneidad) de la garantía:

- a. La calidad va de la mano de la conformidad que tienen el consumidor del bien o servicio, con base en las expectativas legítimas (elemento subjetivo).

- b. Se configura falta de calidad, cuando el producto o servicio no corresponde a la información suministrada sobre las condiciones (elemento objetivo).

La entidad hace hincapié en la importancia de la información, al ser esta un factor determinante para la configuración de la garantía. Esta información adquiere mayor transcendencia de acuerdo al medio que el vendedor usó para contactar el cliente, como lo es en este caso, el telemarketing o las ventas a distancia.

Adicionalmente la SIC dijo:

En ese orden de ideas, la información que el productor y/o expendedor brinde al consumidor, es el cimiento sobre el cual se erige la voluntad del consumidor y sobre el cual se crean razonablemente las expectativas respecto del bien o del servicio contratado. Por ello, la falta de conformidad entre las características que fueron enunciadas en la etapa precontractual y aquellas que en efecto tiene el bien o el servicio, se constituirá en una falla de calidad, que hará responsables al expendedor o al productor en los términos de las disposiciones vigentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, la entidad ordenó la devolución del dinero. Lo afirmado en este párrafo además evidencia que para la SIC, la garantía cobija lo informado al consumidor porque con base en esta información se forma su consentimiento contractual y se liga a las expectativas legítimas del consumidor, expresión última que nos hace pensar en la teoría de los actos propios, considerada en la doctrina moderna como una derivación de la buena fe (López Mesa, septiembre de 2007).

4.3 LAS CARACTERÍSTICAS ESTÉTICAS COMO FACTOR CONSTITUYENTE DE LA GARANTÍA

Tal y como se ha expuesto, la información recibida por el consumidor en la etapa de la formación del consentimiento está ligada a la garantía del bien. Esa información hace parte de las expectativas que se forma el consumidor para la celebración del negocio jurídico e incluye lo expresado de manera

verbal, por escrito o a través de imágenes por el productor y el proveedor. Las características estéticas del bien quedan por lo tanto allí cobijadas, es decir, sin importar que el producto funcione adecuadamente, si la estética del bien no corresponde a la anunciada, nos encontramos frente a un problema de garantía. Así que los comerciantes en general e, inclusive, aquellos que venden productos exclusivamente ornamentales tienen una obligación de garantía de los mismos sobre este aspecto.

Sobre esta posibilidad, en el material analizado la SIC tuvo la oportunidad de manifestarse sobre las características estéticas del bien, veamos:

En este orden de ideas, si la inconformidad radicó en que desde el momento de la entrega el carro estaba en las condiciones de latonería y pintura citadas en las comunicaciones, lo que ante el común de la gente corresponde al concepto de un carro “usado” o en sentido contrario, que no es nuevo, el repararle todos los imperfectos relacionados con la no uniformidad de la pintura, era lo menor que debía haberse efectuado ante la primera reclamación, debido a que el no solucionarlas agravaba el nivel de deterioro y demuestran la no correspondencia de las condiciones de vitrina de un vehículo nuevo.

Se hace importante precisar que las características estéticas de un bien necesariamente van inmersas dentro de las expectativas, que tienen los consumidores al momento de la compra del mismo, toda vez que ellas hacen parte intrínseca de la motivación interna del cliente al momento de decidir sobre la adquisición del producto²³ (negritas y subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, podemos concluir:

- La entrega de un bien nuevo, debe corresponder a las mismas condiciones del bien expuesto en vitrina.

²³ Sentencia 49638 del 17 de septiembre de 2010. A pesar de los múltiples reclamos de la consumidora con respecto a un vehículo, la SIC ordenó la reparación del mismo y no el cambio del bien, sabiendo que ya era procedente.

- Con base en lo anterior, las características estéticas son parte de las expectativas que tiene un consumidor al momento de la celebración del negocio jurídico (móviles determinantes).
- Al ser las características estéticas parte de las expectativas, estas últimas tienen un vínculo estrecho con la calidad (como ya se vio antes) y, por lo tanto, son exigibles como parte de la garantía.

Finalmente, debe decirse que este asunto, desde la perspectiva del derecho privado tradicional, tal y como lo dijimos citando a López Mesa, puede leerse como una infracción al principio de la buena fe. Sin embargo, el derecho del consumo recurre a una figura objetiva, la garantía de idoneidad y calidad, más efectiva para proteger al destinatario final del bien.

4.4 LA RESPONSABILIDAD DE LOS "INTERMEDIARIOS" POR LA GARANTÍA EN LAS VENTAS A DISTANCIA

La Resolución 20782 del 22 de abril de 2010, constituye un caso que vale la pena señalar, para determinar así la postura de la SIC con relación a las ventas *on-line*, y, en especial, aquellas que se hacen a través de portales o páginas web que sirven de "intermediarios" para que particulares vendan bienes u ofrezcan servicios.

En el caso de marras, la demandante compró una serie de artículos (gafas, una cámara fotográfica, una filmadora, una licuadora, una faja y un reloj de hombre), de los cuales la licuadora y la filmadora nunca funcionaron según la consumidora.

Se resalta el argumento que adujo una de las investigadas al afirmar que ella simplemente se encargaba del recaudo en virtud de un contrato de prestación de servicios con los comerciantes de las ventas. Luego dicha sociedad tenía un contrato de prestación de servicios con XXXXX (proveedor), señalando con posterioridad que el contrato fue terminado dada los constantes incumplimientos del comerciante.

La SIC al decidir hizo una serie de consideraciones entre las cuales se resalta:

Así las cosas, es importante mencionar que la sociedad vinculada XXXXXX S.A., no puede ser catalogada como la responsable para efectuar la garantía puesto que está plasmado en el contrato de prestación de servicios, que la responsabilidad del comercio o vendedor corre por cuenta de la misma (folio 17), lo que indica que se debe establecer es la efectividad de la garantía contra el señor XXXXX propietario del establecimiento de comercio XXXXXX por Colombia, quien es el que vende el producto..

Efectivamente en la página web de dicha sociedad²⁴, se confirma que tan solo son un canal para recaudar el dinero de las transacciones que tienen los consumidores con los comerciantes (funge como un canal de pago), lo cual lo excluye de plano del deber de garantía en el caso que se está exponiendo.²⁵

Por otro lado, se destaca el caso resuelto mediante Resolución 34861 del 30 de junio de 2010, en el cual el consumidor realizó una compra a través de Mercadolibre.com, pero el bien pagado nunca llegó al domicilio del adquirente. En su defensa, la empresa arguyó que “simplemente prestan una plataforma para que los compradores y vendedores realicen sus negocios”, liberándose así de responsabilidad. Nótese que en este caso sí resulta discutible la responsabilidad del “intermediario” por la garantía de los bienes ofrecidos, pues este sí ofrece todo su andamiaje comercial (página web y medios de pago) para que se lleve a cabo este contrato y además recibe remuneración del vendedor. El hecho de contar con un portal de Internet con artículos para la venta, podría encuadrarse en el verbo rector que introdujo el Decreto 3466 en su artículo primero, “u ofrezca al público en general”, siendo consecuente su clasificación de proveedor, aplicándose el mismo argumento para la Ley 1480 de 2011 que lo define: “Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos” (subrayado fuera de texto original).

No obstante, al respecto la SIC declaró:

24 http://www.pagosonline.com/index.php?option=com_content&view=article&id=126&Itemid=362.

25 El Decreto-Ley 3466 de 1982, en su artículo primero: b) Proveedor o expendedor: toda persona, natural o jurídica, que distribuya u ofrezca al público en general, o a una parte del él, a cambio de un precio, uno o más bienes o servicios producidos por ella misma o por terceros, destinados a la satisfacción de una o más necesidades de ese público.

En el presente caso es importante señalar que si bien es cierto el reclamante adquirió un celular a través del Sitio Web Mercadolibre, también lo es que la sociedad vinculada es un tercero que no interviene en la negociación, simplemente facilita el espacio para que se lleven a cabo negociaciones sin hacer parte de ellas.

Así mismo, al momento de registrarse en la Web, el declarante declaró (sic) haber leído, comprendido y aceptado los términos y condiciones de uso, en los cuales claramente se expresa que la sociedad vinculada no se hace responsable por lo artículos ofrecidos por cuanto no es el propietario ni el poseedor de los mismos.

Cabe preguntarse además, si es válida esa cláusula de exoneración de responsabilidad frente a una norma de orden público como el estatuto de protección al consumidor, lo que a nuestro modo de ver no tiene cabida conforme al principio de protección.

Como excepción a la regla establecida en el caso anterior, se encuentra la Resolución 28713 del 31 de mayo de 2010, caso en el cual, el demandado es igualmente Mercadolibre, pero a diferencia del caso anterior, el consumidor hizo uso del MercadoPago, que es uno de los servicios que ofrece la demandada. Luego de la defensa de la demandada, la SIC concluyó:

Que la vinculada ofrece unos sistemas de gestión de pago denominados MercadoPago y Mercadolibre, convirtiéndose en un sistema de pago por Internet, de manera tal que cualquier usuario registrado previa la aceptación de unos términos y condiciones, puede abonar compras efectuadas a vendedores que anuncien en el sitio web Mercadolibre (subrayado fuera del texto original).

Que en este mismo orden de ideas, MercadoLibre participó en la transacción comercial celebrada entre la señora XXXXXXXX y el señor XXXXXXXX, en la compraventa de la cachorrita Basset Hound, por la suma de \$280.000,00 pesos moneda legal corriente, situación que está debidamente probada en los estados de cuenta aportados por la reclamante de la Tarjeta de Crédito No. 5471290009240116, (fls. 5

y 6), donde aparece un débito contra la precitada tarjeta, a favor de MercadoLibre Colombia Ltda (subrayados fuera de texto).

Para la SIC, en este caso, la empresa por el hecho de ofrecer un sistema de pago (a diferencia del caso anterior) interviene en la transacción y tiene que proceder a la reversión del pago, aunque no es claro que comprometa su responsabilidad por la garantía del animal vendido, sino más bien, por la prestación del servicio de pago. No obstante, esa relación de consumo entre la empresa y los compradores se puede predicar doble:

1. En un primer evento por la prestación del servicio de MercadoPago; del cual surge una relación de consumo entre los compradores y Mercadolibre como administrador del servicio MercadoPago.
2. En segunda medida por la intervención de MercadoPago en la “obligación” de realizar el posterior desembolso del dinero al vendedor, para que el mismo le hiciera entrega del objeto contractual a la consumidora.

Así las cosas, en este caso la SIC ordenó la devolución del dinero a la compradora del animal; luego es viable afirmar que el argumento que llevó a la entidad a tomar esa decisión fue el incumplimiento de la prestación de un servicio, que para el caso era la transacción que debía realizar MercadoPago (transferir los fondos al vendedor), ordenando así la resolución del negocio jurídico y la consecuente devolución del dinero. Nos encontramos entonces frente a un caso de contratos coligados de consumo aplicado por la SIC.

5. DE LA SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LA GARANTÍA

A partir de lo expuesto, el artículo 29 del anterior estatuto de protección del consumidor daba la oportunidad al consumidor de:

- Solicitar la efectividad de la garantía.

- Solicitar el cambio del bien por otro²⁶.
- La posibilidad de desistir de la compraventa o de la prestación del servicio con la respectiva devolución del dinero.
- La indemnización de daños y perjuicios.

La Ley 1480 de 2011 en su artículo 11, igualmente establece esas mismas posibilidades, siendo más precisa en el orden de prioridad en que se puede hacer uso de ellas, así:

- La reparación gratuita del bien.
- Una segunda reparación, el cambio del producto o la devolución del dinero a elección del consumidor.

Ahora vamos a estudiar la postura de la SIC con relación al cumplimiento de las posibilidades que el estatuto brinda a los consumidores. Por regla general la SIC procedía a ordenar la reparación o el cambio del producto, incluso, si el mismo ya fue reparado o cambiado con anterioridad²⁷. La devolución del dinero,²⁸ independientemente de si con anterioridad se había cambiado o reparado el bien, simplemente era la excepción a la regla general. Se encontró que a partir de 2012, la SIC ordenó con mayor frecuencia la devolución del

26 En la Resolución 32910 del 28 de junio de 2010, se procedió al cambio de un computador por otro de la misma especie y características. También véase la Resolución 48185 del 13 de septiembre de 2010, mediante el cual se ordenó el cambio de un portón y un vidrio, por presentar manchas y defectos en la fabricación. En la Sentencia 250 del 14 de febrero de 2012 se ordenó el cambio de un colchón por cuanto las reparaciones que le hicieron no fueron adecuadas.

27 En la Sentencia 503 del 27 de febrero de 2012, se encontró una excepción en la que la SIC, en lugar de ordenar la reparación de una nevera (tal como fue la constante), ordenó la devolución del dinero. También véase la Sentencia 504 del 27 de febrero de 2012 y la Sentencia 903 del 5 de marzo de 2012.

28 La Resolución 13979 del 27 de marzo de 2009, es uno de los pocos casos en los cuales se ordenó la devolución del dinero. Desafortunadamente, dicha sentencia no indica si con anterioridad ya se había cambiado el bien por parte del proveedor, o no. En ese sentido véase también la Sentencia 346 del 19 de agosto de 2011, donde la SIC ordenó la devolución del dinero, por cuanto el computador portátil objeto de la garantía había sido objeto de reparaciones sin éxito. Véase también la Sentencia 100 de 2012, en la que después de varias intervenciones infructuosas por concepto de garantía a una nevera, la SIC decidió ordenar la devolución del dinero.

dinero a título de sanción y adicionalmente ordenaba actualizar la suma de acuerdo con el IPC²⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior y después de analizar la muestra de sentencias, no se pudo establecer un fundamento legal del por qué la SIC decidía ordenar el cambio del bien y no la devolución del dinero al tenor del extinto Decreto 3466 de 1982. No obstante, recordemos que para la Ley 1480 de 2011, la devolución del dinero solamente es viable una vez que se ha reparado el bien y este falla o, cuando la reparación no es procedente, como en muchos casos de prestación de servicios.

En la muestra analizada se encontraron dos sentencias en que la entidad ordenó la devolución del dinero. En sentencia que resuelve el radicado No. 40585 de 14 de agosto de 2009, ordenó la devolución de \$60.000 a título de garantía. Veamos:

CUARTO: Que en consecuencia, se ordenará al investigado XXXX propietario del establecimiento de comercio XXXXX que haga efectiva la garantía a favor de la reclamante XXXXXX, para lo cual deberá, reintegrarle la suma de \$60.000 por concepto del abono para la compra de un reloj de acuerdo con los recibos No. 7997 y 0852 obrantes a folio 4 del expediente.

En el presente caso la devolución del dinero operó como consecuencia de la no entrega del bien por parte del vendedor.

Caso similar sucedió en la Resolución 56509 del 30 de octubre de 2009³⁰, en la cual ordenó la devolución del dinero que el consumidor entregó al contratar un curso de inglés. Asumimos que en este caso, la entidad entendió que se trataba de la prestación de un servicio.

En síntesis, se evidenció que la devolución del dinero procede en principio cuando se trata de la prestación de servicios. Lo anterior entendiendo a la naturaleza del mismo, ya que estos no se pueden cambiar ni reparar por regla general, aunque, se puede ordenar el cumplimiento del servicio contratado en los términos pactados; lo cual procede esporádicamente de acuerdo al buen juicio del juzgador, tal y como lo vamos a explicar a renglón seguido.

29 Sentencia 502 del 27 de febrero de 2012.

30 En este caso, la SIC además de basarse en el incumplimiento de la garantía, se fundó en la información errónea que le brindó el proveedor.

5.1 SANCIÓN EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La Ley 1480 de 2011 define “producto” como “todo bien o servicio” por lo tanto, el régimen de garantías se aplica a toda clase de servicios sin excepción hecha por la ley. Este asunto en materia de prestación de servicios tradicionales no ha generado mayor discusión, pues la SIC desde la vigencia del antiguo estatuto aplicaba la norma a los mismos. No obstante, dada la naturaleza de la prestación de servicios, las consecuencias jurídicas cambian, ya que se puede deducir que en materia de prestación de servicios no procede generalmente el cambio por cuanto la prestación de un servicio no es un bien material, ni tampoco, por vía general, la reparación bajo el argumento anterior. Entonces, al no proceder, en principio la reparación, proceden la repetición del servicio o la devolución del dinero. La Ley 1480 de 2011 y el Decreto 735 de 2013 expresamente se refirieron a este tema reiterando que en materia de prestación de servicios proceden la repetición del servicio en los términos pactados o la devolución del dinero³¹.

Al respecto la SIC dijo en Sentencia de 2010:

De otra parte, si el bien objeto de reclamación no puede ser reparado, o habiéndose reparado, la falla persiste, se ordenará el cambio del bien, por uno nuevo de las mismas características o especificaciones al inicialmente adquirido, en adecuadas condiciones de calidad e idoneidad, sin que ello implique, un costo adicional para el consumidor o podrá ordenar el reintegro del dinero cancelado cuando resulte procedente; en caso de servicios, de no ser posible su repetición, ordenará el reintegro del dinero cancelado por el mismo³² [resaltado fuera del original].

Por lo tanto, en el caso de la prestación de servicios de manera poco frecuente se ordenará la repetición de la prestación del servicio contratado, tal y como ocurrió en la Resolución 34991 de fecha 30 de junio de 2010, mediante

31 Ley 1480 de 2011, artículo 11, numeral 3. En los casos de prestación de servicios, cuando haya incumplimiento se procederá, a elección del consumidor, a la prestación del servicio en las condiciones en que fue contratado o a la devolución del precio pagado. Decreto 735 de 2013, artículo 16. Garantía legal en los casos de prestación de servicios. En los casos de prestación de servicios, el proveedor del servicio deberá dejar constancia escrita de la elección del consumidor sobre la forma de hacer efectiva la garantía legal, la cual puede ser la repetición del servicio o la devolución del dinero.

32 Resolución 31778 de fecha 22 de junio de 2010.

la cual la SIC ordenó la “revisión y reparación” de una instalación de un gas natural, instalación que se produjo como resultado de una prestación de servicio. Del material analizado, fue el único caso en el cual no se ordenó la devolución del dinero sino la revisión y reparación del servicio prestado. Si se analiza con detenimiento la sentencia, se evidencia que la quejosa fue puntual al solicitar la devolución del dinero que pagó por la prestación del servicio y la entidad no acogió su solicitud, motivo por el cual no se puede establecer el fundamento lógico sobre el cual se tomó tal determinación.

En otro caso, en el cual se vendió, vía telefónica, un curso de inglés (¿prestación de servicios o venta?) con sus respectivos libros, es notorio que la SIC fue diligente al pronunciarse de fondo sobre el asunto para esclarecer que aquello que motivó (elemento volitivo precontractual) al consumidor fue el aprendizaje del inglés, y no la compra de unos libros.

El análisis hecho por la SIC en este caso es plausible, ya que se interpretó de la manera más acertada el contexto para proteger debidamente los derechos del consumidor.

Igualmente, encontramos la Sentencia 60 del 22 de julio de 2011, en la cual por concepto de garantía de prestación de servicios, además de ordenar la devolución del dinero, se incluyó en la liquidación la actualización del monto inicial pagado por el consumidor acorde al IPC³³.

5.2 SANCIÓN COMO RESULTADO DEL INCUMPLIMIENTO DE LA ENTREGA

Es claro que para la SIC bajo la vigencia de ambos estatutos el incumplimiento en la entrega del bien o de la prestación del servicio hace exigible la garantía, ya sea por la imposibilidad de disfrutar del producto a que se ve sometido el consumidor como por el incumplimiento a las expectativas generadas por la información dada al mismo sobre el momento de la entrega. Esta consecuencia jurídica es más clara en el texto de la Ley 1480 de 2011.

En la Resolución 25984 de 24 de mayo de 2010, se encontró otro caso que constituye la excepción a la regla, dada la especial circunstancia, se trataba del incumplimiento en la entrega “instalación” del bien objeto de la relación

³³ En este sentido véase la Sentencia 104 del 30 de enero de 2012 y 253 del 14 de febrero de 2012. A partir del año 2012 se empieza a dar aplicación a esta actualización.

de consumo. La SIC en este caso, ordenó la devolución del dinero y no el cumplimiento de la entrega del bien, como factor constituyente de garantía³⁴. Tal vez por tratarse de un caso asumido por la vía administrativa la SIC evitó involucrarse en el cumplimiento del contrato.

Otro caso que vale la pena revisar en materia de incumplimiento en la entrega de bienes, está en la Sentencia 700 del 29 de septiembre de 2011, mediante la cual ordenó la reversión de una transacción pagada a través de tarjeta de crédito, por cuanto la demandada no entregó los bienes objeto del negocio jurídico.

5.3 REPARACIÓN O CAMBIO DEL BIEN OBJETO DE LA RELACIÓN DE CONSUMO

Existen casos en los cuales de forma llamativa la SIC ordenó la reparación de bienes que no es posible reparar, y menos por un proveedor; motivo por el cual debieron ser objeto indiscutiblemente de un cambio. Es el caso de la Resolución 17889 de 20 de abril de 2009, en la que textualmente, la SIC dispuso:

ARTICULO PRIMERO: *Ordenar que en el término de quince (15) días, contados a partir de la ejecutoria de la presente resolución, XXXXXX, identificada con C.C. XXXX de Neiva, haga efectiva la garantía realizando las reparaciones y arreglos que demandan el par de zapatos marca Nike, referidos en el folio 11 del expediente, a favor del señor XXXXXXXXXXXX, identificado con C.C. XXXXX de Gigante, hasta quedar en óptimas condiciones de calidad e idoneidad, según lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución [subrayado y negrilla fuera del texto original].*

Cabe preguntarse al respecto: ¿Es viable que el proveedor pueda hacerle una reparación a unos zapatos nuevos de una marca reconocida como parte de la garantía? Además, se evidencia que se trataba de un producto original.

34 En este sentido, ver Sentencia 904 del 5 de marzo de 2012. Resolución. 31769 del 22 de junio de 2010. En esta sentencia se ordenó la devolución de un abono de \$12.500.000, que dio la compradora por la compra de una camioneta, vehículo que nunca fue entregado por la demandada.

Estas decisiones no resuelven la petición del consumidor insatisfecho con un producto defectuoso, y peor aún, no tienen en cuenta la finalidad de la garantía y los presupuestos del artículo 29, que como ya se dijo, dispone para este caso (i) la efectividad de la garantía, (ii) cambio el bien por otro y (iii) la devolución del dinero.

No es comprensible por qué se ordena la reparación de un bien que no es susceptible de ser reparado, existiendo otras posibilidades que resuelven satisfactoriamente esta situación como el cambio del producto o la devolución del dinero.

Igualmente, se puede argumentar que al ordenar la reparación de un bien nuevo este pierde en algunos casos tal calidad, para ser considerado como remanufacturado y, por lo tanto, su valor comercial se disminuye en perjuicio del consumidor, quien pagó por un bien nuevo. Valga la pena distinguir, una cosa es cambiarle una pieza a un aparato nuevo, lo cual no le quita tal calidad, pero otra bien diferente es “reparar” unos zapatos nuevos, los cuales se pueden considerar remanufacturados o más bien “remendados”, en perjuicio claro del consumidor. Sin embargo, es frecuente en la práctica que los comerciantes de este sector asuman como garantía la reparación de los zapatos. El análisis se tiene que dar caso por caso por el juzgador, a nuestro modo de ver, ya que una fórmula general tampoco cabe.

Se encontró un caso “similar”³⁵ en el cual de forma incoherente³⁶ a pesar de que el proveedor ya había ordenado el cambio de un teléfono celular, la SIC ordenó el cambio de una de las piezas en lugar del cambio del aparato, omitiendo así la orden impartida por la misma investigada a sus empleados de cambiar el celular por otro nuevo.

Toda vez que la investigada no aportó prueba alguna relacionada con la entrega a satisfacción del equipo a la reclamante, este Despacho ordenará la efectividad de la garantía del bien objeto de queja.

SÉPTIMO: Que en conclusión, esta Superintendencia ordenará a título de efectividad de la garantía a la sociedad GTM Grupo de Tecnología Móvil S. A. [...] procedan a efectuar el cambio e instalación de los dispositivos transceiver y XCVR, por unos nuevos que cumplan las condiciones de calidad e idoneidad para el celular Motorola V 360 [...].

³⁵ Resolución 17295 de fecha 26 de marzo de 2010.

³⁶ Véase la Resolución 32907 de fecha 28 de junio de 2010, mediante la cual se ordenó el cambio de tapizado a unos muebles.

Lo anterior corrobora que la Superintendencia no tuvo, bajo la vigencia del Decreto 3466 de 1982, un criterio uniforme para ordenar la efectividad de las garantías³⁷, de acuerdo con el artículo 29.

Finalmente, en la Sentencia 58 del 22 de julio de 2011, la SIC planteó la posibilidad de cambiar un vehículo, pero al final del ejercicio hizo la salvedad de que no procede el cambio cuando el daño no compromete el adecuado funcionamiento del mismo procediendo a ordenar por lo tanto la reparación.

5.4 SANCIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA ENTREGA DE UN BIEN DIFERENTE AL ACORDADO

En la Resolución 48133 de 13 de septiembre de 2010, la SIC ordenó la devolución del dinero a un proveedor que envió un colchón diferente al acordado con el comprador en días anteriores. Vale la pena señalar que la entidad tampoco indica los argumentos legales de la decisión, simplemente, cita la normatividad recurrente (como lo hace en todas las sentencias), y dispone la devolución del dinero. No obstante lo anterior, la especificidad del caso radica en que ya no se trata de un producto no idóneo, que presente una falla, sino de un producto totalmente diferente al acordado; pese a lo anterior la SIC en nombre de la efectividad de la garantía, ordena la devolución del dinero, por lo que en principio se podría afirmar que en caso de entregar objetos diferentes a los acordados, procede el desistimiento del negocio jurídico a título de efectividad de la garantía. En efecto, esta hipótesis se considera parte de la garantía, tanto bajo la vigencia del decreto 3466 de 1982 como bajo la Ley 1480 de 2011. Es por ese motivo que hemos resaltado que la garantía de calidad e idoneidad de los bienes y servicios va mucho más allá de los vicios que puedan presentar los mismos, cobijando incumplimientos por no entrega, no entrega oportuna o no coincidencia de los bienes (Villalba Cuéllar, 2013, pp. 45-67).

37 En la Resolución 20731, de fecha 22 de abril de 2010, ocurrió otro caso similar, en el cual a pesar de ya haber un cambio previo del bien objeto de la relación contractual, y que el investigado había ordenado el cambio del mismo, la SIC decidió el cambio del computador y no la devolución del dinero.

B. ASPECTOS PROCESALES

Previo a abordar algunos aspectos procesales en materia de garantías, debe advertirse que la Ley 1480 de 2011 creó la “acción de protección al consumidor”, procedimiento bajo el cual hoy en día se deben tramitar todas las demandas relativas a la garantía de productos, procedimientos que debe ser leídos en concordancia y conforme a algunas modificaciones que le hizo el Código General del Proceso. A continuación se examinarán los principales hallazgos en materia procesal dentro del material analizado.

1. LA RECLAMACIÓN EN SEDE DE EMPRESA COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

Esta reclamación en sede de empresa, es uno de los primeros aspectos que la SIC siempre tiene en cuenta para evaluar la procedencia de la demanda³⁸; siendo apenas lógico su estudio por cuanto sin ella se torna infundado solicitar una garantía que no ha sido reclamada ante el expendedor o proveedor de un bien o servicio.

En la Sentencia 53 del 22 de julio de 2011, se encuentra que la SIC negó la efectividad de la garantía afirmando lo siguiente:

Siguiendo con este derrotero, se advierte que al plenario no se allegó prueba alguna que acredite, que la reclamante haya hecho la pertinente reclamación al expendedor antes de interponer la queja que ahora se estudia (lo que se conoce como reclamación en sede de empresa), es decir, no se probó que se haya exigido al demandado el cumplimiento de la garantía otorgada, requisito sin el cual, no es posible acceder a su amparo en esta instancia.

38 A modo de ejemplo, véase Sentencia 054 del 22 de julio de 2011.

En consecuencia, la SIC por regla general³⁹ siempre exigió probar la reclamación en sede de empresa, lo cual se lograba por medio de (i) aceptación tácita por parte del demandado en la contestación de la solicitud de explicación⁴⁰ o (ii) mediante prueba escrita. Concluimos así, que la entidad en principio exige al demandante prueba escrita de la reclamación en sede de empresa, pero esta también se podrá probar por otros medios como la afirmación bajo la gravedad del juramento del demandante o la misma aceptación tácita del demandado al responder la demanda. La Ley 1480 de 2011 consagró expresamente la necesidad de acudir ante la empresa como requisito de procedibilidad (art. 58 num. 5).

2. LA PRUEBA DE LA RELACIÓN DE CONSUMO

Los comerciantes tienen la obligación legal de entregar la factura y este documento se constituye generalmente en la prueba que tiene que allegar el consumidor para probar la relación de consumo.

En el material estudiado existe un caso específico⁴¹, en el cual la SIC, esclareció la naturaleza de la obligación que tienen los comerciantes de entregar un documento o garantía, a los consumidores:

Si bien es cierto la vinculada no niega que los productos adquiridos tengan una garantía, también lo es el hecho de que no hace entrega de la factura al reclamante al momento de efectuar la compra, situación que le preocupa al reclamante ya que la única manera de hacer efectiva la garantía es la presentación de la factura y como lo reconoce el vinculado, esta no ha sido entregada al interesado.

Además se debe dejar en claro que es obligación del vinculado, hacer entrega de la factura al comprador al momento de

39 Otra sentencia en la que ordenó el archivo por no probar la reclamación en sede de empresa se puede encontrar en la Sentencia 65 del 22 de julio de 2011, con su consecuente archivo.

40 Véase, en ese sentido la Sentencia 349 del 19 de agosto de 2011. Se hace la salvedad que en este caso, primero declaró surtido el requisito de reclamación en sede de empresa como resultado de la aceptación expresa por parte del demandado, pero además, aceptó un e-mail que la demandante había enviado a la demandada haciendo el respectivo reclamo.

41 Resolución 24979 del 13 de mayo de 2010.

realizar cualquier compra y de igual manera está en la obligación de hacer entrega de la garantía o documento que así lo acredite.

También debe tenerse en cuenta que la situación anterior tiene al reclamante en un situación complicada con respecto al cambio del mueble de televisor que presentan fallas de calidad e idoneidad y que hasta el momento no ha podido resolver, debido a la falta de documento alguno que acredite la garantía del producto [negrilla y subrayado fuera de texto].

Sin embargo, la prueba de la relación de consumo no queda supeditada bajo la vigencia de ambos estatutos a un documento en específico, el consumidor tiene allí plena libertad probatoria. La Ley 1480 de 2011 no exige tampoco la entrega de certificado de garantía o documento alguno, por lo cual la obligación de responder por la garantía legal opera sin formalidad alguna y la reclamación para hacer exigible la garantía no queda supeditada a la presentación de un documento en especial. Por el contrario, esta norma sí exige que se entregue una constancia escrita por quien se hace cargo de la garantía cuando se entregue un bien para ser reparado.

3. DEL ARCHIVO POR IMPOSIBILIDAD EN LA NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDADA

El presente estudio mostró que la SIC ordenaba el archivo de la demanda dada la imposibilidad de notificar al demandado. Para tal efecto manifestó la entidad:

SEGUNDO: *Que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política se debe garantizar el derecho de defensa y contradicción del investigado.*

TERCERO: *Que como quiera que no se logró la vinculación del denunciado, en tanto que hay constancia de la devolución de la solicitud de explicaciones que le fueran remitidas, este Despacho procederá al archivo de la presente actuación, sin perjuicio de que la quejosa*

*presente una nueva reclamación con los datos exactos que permitan la ubicación del investigado*⁴².

Al respecto se puede decir:

- a. El demandante debía tener plena certeza de la dirección de la demandada, so pena de que fuera archivada su reclamación. La SIC trasladaba al consumidor la carga de aportar la ubicación del proveedor o distribuidor incumplido de la garantía. Esto cambió con la Ley 1480 de 2011 como lo veremos una líneas abajo.
- b. A pesar de lo anterior la entidad da la oportunidad de volver a presentar la demanda, el tiempo máximo en el cual el denunciante puede volver a interponer la misma suponemos que será el término de prescripción de la acción (Burgos Durango, 2013, p. 448).⁴³

En la Resolución 61011 del 29 de octubre de 2010, se encuentra una excepción a la regla⁴⁴, por cuanto la SIC sancionó a una investigada a la cual se le enviaron varios correos solicitando explicaciones, por el hecho de no tener actualizada su dirección. Los argumentos se transcriben a continuación:

Que la denunciada no dio respuesta a la solicitud de explicaciones remitida para el efecto, y, no obstante haberse presentado correo devuelto por la causal “desconocido” (lo cual para este caso implica que la persona objeto de comunicación se trasladó de la dirección a que fue enviada la comunicación en comento) (folios 58 y 65 vuelto), esta Superintendencia agotó en debida forma el trámite respectivo en aras de salvaguardar el derecho al debido proceso de la vinculada, por cuanto las comunicaciones contentivas de las explicaciones en

⁴² Resolución 24707 de 9 de mayo de 2009.

⁴³ Al respecto dice Burgos que la SIC no puede rechazar de plano la demanda por haberse presentado extemporáneamente, porque la Ley 1480 de 2011 no contempló la caducidad sino la prescripción de la acción.

⁴⁴ En este sentido, véase la Sentencia 345 del 18 de agosto de 2011, en la cual la SIC tomó las últimas direcciones registradas en el RUE y al no obtener notificación negativa por parte de la empresa de correo certificado, dio por notificada a una de las demandadas. También la Sentencia 501 del 5 de septiembre de 2011.

cuestión, se remitieron a la dirección que obra en el Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio vigente, el cual, es fuente de información idónea y confiable, pues es obligación legal de todo comerciante mantener actualizados los datos que deben estar consignados en dicho instrumento (arts. 19 num. 1, 31, 32 y 33 del Código de Comercio y 1° del Decreto 668 de 1989).

El argumento resultaba útil en los casos en que las investigadas no tuvieran sus datos al día, para evitar así conductas defraudatorias por parte de las personas jurídicas o comerciantes que al verse inmersos en investigaciones o demandas, simplemente optaban por trasladar sus establecimientos de comercio, generando el archivo de las investigaciones dada la imposibilidad de localizarlos⁴⁵.

No obstante, con buen tino la Ley 1480 de 2011 corrigió esta situación al disponer en su artículo 58, numeral 6, que en el caso de que el consumidor no conozca el domicilio del productor y/ proveedor deberá indicar el sitio en que adquirió el bien y toda la información con que cuente para que la Superintendencia individualice al demandado. Si dentro del término de dos meses la entidad no ha localizado al demandado se archivará el proceso sin perjuicio de que el consumidor pueda interponer la demanda posteriormente.⁴⁶

45 Véase igualmente la Sentencia 56 del 22 de julio de 2011 en la cual dispuso el archivo como consecuencia de la imposibilidad de ubicar al demandado.

46 Artículo 58, numeral 6) La demanda deberá identificar plenamente al productor o proveedor. En caso de que el consumidor no cuente con dicha información, deberá indicar el sitio donde se adquirió el producto o se suministró el servicio, o el medio por el cual se adquirió y cualquier otra información adicional que permita a la Superintendencia de Industria y Comercio individualizar y vincular al proceso al productor o proveedor, tales como direcciones, teléfonos, correos electrónicos, entre otros. La Superintendencia de Industria y Comercio adelantará las gestiones pertinentes para individualizar y vincular al proveedor o productor. Si transcurridos dos meses desde la interposición de la demanda, y habiéndose realizado las gestiones pertinentes, no es posible su individualización y vinculación, se archivará el proceso, sin perjuicio de que el demandante pueda presentar, antes de que opere la prescripción de la acción, una nueva demanda con los requisitos establecidos en la presente ley y además deberá contener información nueva sobre la identidad del productor y/o expendedor.

4. EL CUMPLIMIENTO, LA TRANSACCIÓN Y LA CONCILIACIÓN

En el presente estudio se evidenció que la SIC aceptaba “soluciones” celebradas entre la parte demandante y el demandado, con el fin de archivarlas⁴⁷ con base en el artículo 3 del anterior Código Contencioso Administrativo⁴⁸.

Aunque la entidad no precisa en qué etapa de la actuación se aportó la solución dada por la demandada, en teoría se puede afirmar que se podía allegar al proceso con anterioridad a la toma de decisión por parte de la SIC.

Se asume entonces que se trataba del cumplimiento de la garantía, caso en el que resulta necesaria la cesación de la investigación por cumplimiento o eventualmente de “transacciones” llevadas a cabo entre la empresa demandada y el consumidor que le ponían fin al proceso. Sobre este último aspecto cabe preguntarse si el acuerdo de transacción, que efectivamente le pone fin al proceso por solicitud de las partes, debe implicar la terminación de la actuación por parte de la SIC, o si por el contrario, en aras de proteger el interés general de los consumidores, cuando se evidencia que la conducta se aplicó a

47 En ese sentido, revisar la Resolución No. 8458 del 25 de febrero de 2009 y Sentencia 351 del 19 de agosto de 2011.

48 El artículo tercero del C. C. Administrativo anterior, disponía: “Artículo 3o. PRINCIPIOS ORIENTADORES. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera. En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa. En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados. El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario. En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo a petición del interesado. En virtud del principio de imparcialidad las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos.

En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código y la ley. En virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales. Estos principios servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento. Las autoridades deberán observar estrictamente los principios consagrados en este artículo al expedir los reglamentos internos de que tratan los artículos 1o., de la Ley 58 de 1982 y 32 de este código.

un número indeterminado de consumidores, debe continuarse con la investigación por la vía administrativa para imponer las sanciones a que haya lugar.

Aunque en los casos encontrados, la SIC no señaló puntualmente el principio sobre el cual se basó para el archivo de la demanda, una vez analizado el artículo 3 del C. C. A, consideramos que fue con fundamento en el principio de eficacia:

En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias

Ahora bien, teniendo en cuenta que la finalidad del proceso es el cumplimiento de la garantía, es coherente el fundamento dado por la Superintendencia de Industria y Comercio para el caso expuesto.

En cuanto a la conciliación, en la Sentencia 63 del 22 de julio de 2011, la entidad dijo:

En relación con la solicitud presentada por la reclamante (Folio No. 4) y coadyuvada por la sociedad reclamada (Folio No. 36), encaminada a que se efectúe una audiencia de conciliación, este Despacho no consideró pertinente proceder a citar a las partes a la conciliación, toda vez que de conformidad con el artículo 34 de la Ley 640 de 2001 la diligencia es facultativa.⁴⁹

A modo de hallazgo, la única sentencia dentro de la muestra analizada en la que la SIC accedió a realizar una audiencia de conciliación haciendo uso de las facultades legales contempladas en el artículo 34 de la Ley 640 de 2001, el demandado no asistió a la misma⁵⁰.

5. LA INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS

Según se analizó y mencionó en la parte inicial de este capítulo, en los artículos 26, 29 y 36 del anterior Estatuto de protección del consumidor se contempló la posibilidad de solicitar la indemnización de los perjuicios.

49 Véase también la Sentencia 101 del 30 de enero de 2012, mediante la cual la SIC negó una audiencia de conciliación argumentando que el artículo 34 de la Ley 640 de 2001 dejó al arbitrio del ente a realizarlas o no.

50 Sentencia 502 del 27 de febrero de 2012.

El Decreto 3466 de 1982 efectivamente contempló una acción indemnizatoria a favor de los consumidores y la entidad encargada de conocerla era la Superintendencia de Industria y Comercio.

A pesar de lo anterior, la SIC se negó siempre a decretarlas, tal y como lo veremos a continuación⁵¹.

En la decisión 54930 de 2010⁵², la Superintendencia de Industria y Comercio se niega puntualmente a una solicitud de indemnización de perjuicios que solicitó una persona jurídica en calidad de consumidor⁵³, bajo los siguientes argumentos:

*Respecto a la solicitud de indemnización de perjuicios y de intereses, alegada por el reclamante tenemos que, si bien es cierto que el artículo 29 del Decreto 3466 de 1982 consagra la posibilidad de solicitar la indemnización de perjuicios a que hubiere lugar en cada concreto, es menester aclarar que fue la Ley 446 de 1998 la normatividad que le otorgó funciones jurisdiccionales a esta Superintendencia y lo hizo de forma taxativa, **delimitando las materias sobre las cuales tendría dichas atribuciones.** El artículo 145 de dicha ley, en su literal b) dispone [...]*

*Así pues, la Ley 446 de 1998 dotó a la Superintendencia de Industria y Comercio de facultades jurisdiccionales, **sin embargo, la misma las limitó, de forma taxativa, quedando excluida entonces la posibilidad de reconocer indemnizaciones de perjuicios,** para lo cual, podrá el afectado acudir ante las autoridades jurisdiccionales competentes, con el fin de que sean ellas las que establezcan la responsabilidad y la tasación de los perjuicios a que hubiere lugar [subrayado y resaltado fuera de texto original].*

No obstante, se considera que la argumentación expuesta por la entidad era errada ya que el artículo 145 de la Ley 446 de 1998, se consagró textualmente

51 En las Sentencias 55 del 22 de julio de 2011 y 954 del 28 de octubre de 2011, la SIC negó la declaratoria de los perjuicios causados por el demandado.

52 Véase también las Sentencias 16150 del 24 de marzo de 2010 y 22757 de fecha 29 de abril de 2010.

53 En este mismo sentido, véase la Sentencia 500 del 5 de septiembre de 2011.

“sin perjuicio de otras facultades que por disposición legal le correspondan”, luego no se trataba de una enunciación taxativa tal y como lo afirmaba la SIC, quedando vigentes las demás facultades que ya estaban consagradas en otros cuerpos normativos. El artículo 167 no derogó las facultades ni las acciones contempladas en el Decreto 3466 de 1982, por lo que quedaba incólume, el anterior Estatuto de protección del consumidor, con todas sus disposiciones vigentes.

Bajo la vigencia de la Ley 1480 de 2011, persiste la aplicación de ese argumento, porque la misma norma no se refirió a esta posibilidad y, además, el decreto 0735 de 2013 en su artículo 22, expresa que el reconocimiento de la garantía no impide que el consumidor exija la indemnización de perjuicios ante la justicia ordinaria. Al respecto se debe ratificar la crítica a semejante disposición que deja a la SIC como un juez que puede actuar “a medias” en materia de garantías en desmedro de la aplicación efectiva de la administración de justicia a los consumidores.

6. DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Por regla general, siempre las partes aportaron las pruebas en dos etapas procesales (i) en la denuncia o, (ii) en la contestación a la solicitud de explicación.

Con respecto a la utilización de la prueba pericial, en un caso⁵⁴ la SIC resolvió una solicitud de dictamen pericial:

En relación con la solicitud de que se efectúe un dictamen pericial, este Despacho considera que es superflua por lo que procederá a su recha in límite de acuerdo con lo previsto en el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil.

Así las cosas, la solicitud de prueba elevada por XXX, en el sentido de que se practique un dictamen pericial al vehículo para que se revisen los posibles daños graves que dice tener el reclamante en el parachoque trasero resulta innecesario como quiera que existen suficientes pruebas documentales que dan certeza sobre el daño que

54 Sentencia 15896 de 2010.

tenía el carro en el momento de la entrega porque se dejó citado en un documento firmado por el asesor de venta con el visto bueno de la gerencia [...]

En el caso resuelto mediante Resolución 31778 de fecha 22 de junio de 2010, la investigada pidió también que se practicara un dictamen pericial, a lo que la SIC contestó:

Finalmente, en relación con la solicitud elevada por la vinculada XXX S.A., para que se efectúe un dictamen pericial con el fin de establecer el estado actual en el cual se encuentra la motocicleta, este Despacho, por todo lo anterior, la rechazará, dado que resulta innecesaria porque debido a la conducta omisiva de la vinculada esta Entidad contó con todos los argumentos necesarios para resolver la reclamación, de modo que, de llegar a accederse a la mencionada petición probatoria, se estaría auspiciando la conducta abiertamente negligente de la vinculada, la cual ni siquiera aportó, como mínimo, las órdenes de servicio.

Esta solicitud de dictamen pericial era para determinar el estado “actual” de una motocicleta, por cuanto fue objeto de un accidente. La solicitud parecía viable, sin embargo, la entidad lo niega como una especie de sanción por la negligencia de la demandada al no aportar determinado material probatorio.

Con respecto a la utilización de otros medios de prueba, en la Sentencia 53 del 22 de julio de 2011, la parte demandada solicitó un interrogatorio de parte y la SIC lo negó en los siguientes términos:

1.4.2.1 Interrogatorio de parte:

Este Despacho considera procedente RECHAZAR el decreto y práctica del interrogatorio de parte formulado por XXXX, como quiera que el Despacho cuenta con todos los elementos de juicio para adoptar una decisión de fondo, y por lo tanto, la misma se torna innecesaria.

Vemos así que la SIC tenía una tendencia a la negación de pruebas adicionales, luego tan solo se basaba en las que el demandante agregara en su escrito o el demandado aportara mediante las respectivas explicaciones⁵⁵.

7. LA CARGA PROBATORIA

En virtud de la inversión de la carga de la prueba que establecen las normas de protección al consumidor y como regla general, se encontró que el demandado era el que debía desvirtuar las afirmaciones realizadas por el demandante⁵⁶. En caso de que la parte demandada no lo hiciera, simplemente la entidad daba por cierto las afirmaciones del demandante⁵⁷.

En la Resolución 19992 de fecha 19 de abril de 2010, la SIC tomó por cierto el mal estado de un producto, para con base en ella ordenar la efectividad de la garantía. Es menester mencionar, que en la mayoría de casos, el demandado acepta los hechos de forma tácita o expresa, lo que da más peso a la forma de resolver los casos por parte de la entidad.

Es evidente la inversión de la carga de la prueba que deben soportar los demandados, al respecto en la Sentencia 49638 del 17 de septiembre de 2010, en el cual manifestó:

A propósito de las pruebas, es de advertir que es responsabilidad de las vinculadas sustentar sus afirmaciones a través de material probatorio que allegue al plenario. No puede el Despacho proceder a dar por cierto un hecho que ha sido manifestado y no ha sido probado dentro del proceso, aun más cuando de dicha aseveración se desprende la procedencia o no de la responsabilidad de la demanda.

Igualmente en Resolución 28713 del 31 de mayo de 2010 la entidad dijo:

55 En este sentido, revisar la Sentencia No. 101 del 30 de enero de 2012, mediante el cual negó un dictamen pericial y un interrogatorio de parte.

56 Se aclara que la demandante siempre debía probar (i) la relación de consumo, (ii) el hecho de haber realizado la reclamación en sede empresa, y (iii) la vigencia de la garantía.

57 En ese sentido, ver la Resolución 22757 de fecha 29 de abril de 2010, en la que una de las dos investigadas guardó silencio, por lo que la SIC dio por cierto los hechos que afirmó el demandante. También las Sentencias 28713 del 31 de mayo de 2010, 28713 del 31 de mayo de 2010 y 954 del 28 de octubre de 2011, entre otras.

Es de advertir que la sociedad XXXXX, tenía la carga probatoria para demostrar la inexistencia del pago hecho por la señora XXXXX, a su favor, o, probar la existencia de alguna de las causales de exoneración de responsabilidad contenidas en el artículo 26 del Decreto 3466 de 1982, por lo cual, y ante la ausencia de prueba se hace obligatorio ordenar la efectividad.

Sucede lo mismo cuando un demandado asevera algo y no aporta la prueba de ello, se tiene por no probado y generalmente es sancionado.

Debe recordarse adicionalmente que conforme a la norma el demandante solamente tiene la carga de la prueba de la relación de consumo, de la reclamación en sede de empresa y de la falta de calidad del producto, esta última no es de carácter técnico basta con probar que no funciona. En la sentencia 53 de 2011, en la que la SIC exigió prueba escrita de (i) la reclamación en sede de empresa y (ii) del daño para probar la falta de calidad del producto⁵⁸.

En la Sentencia 66 del 22 de julio de 2011, a pesar de que la investigada afirmó que el bien objeto de reclamación, después de varias reparaciones estaba por fuera del término de la garantía, la entidad, invocando inversión de la carga probatoria establecida en la Sentencia C-1141 de 2000, declaró que no fue probado por el demandado el hecho de que el producto estaba por fuera del término de garantía.

El extracto de dicha sentencia C-1141 de 2000, citado en la sentencia 54 de 2011, es el siguiente:

Corresponderá al empresario⁵⁹ demostrar los hechos y circunstancias que lo eximan de responsabilidad y que, en su caso, conforme a las reglas legales y a las pautas jurisprudenciales, le permitan excluir la imputabilidad causal del hecho dañoso sufrido por aquella.

Para finalizar, cabe destacar que la consagración de la carga dinámica de la prueba en el Código General del Proceso (artículo 167) le prestará un grato servicio a los procedimientos de protección al consumidor.

58 Con respecto a la falta de prueba del daño, véase la Sentencia 352 del 19 de agosto de 2011.

59 Este mismo aparte es citado en la Sentencia 65 del 22 de julio de 2011.

8. DE LAS CAUSALES DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD

En la Resolución 22757 de fecha 29 de abril de 2010, se encontró el único caso en el cual un investigado probó una de las causales contempladas en el artículo 26 del Decreto 3466 de 1982⁶⁰, al respecto se dijo:

La sociedad XXXX S.A., argumenta en su defensa que la instalación realizada por parte del establecimiento de comercio vinculado, no fue de forma correcta, debido a que no cumple con la norma técnica referente a los dispositivos de seguridad, en cuanto no se instaló la válvula de presión y temperatura, para evitar roturas y explosiones, dispositivo siempre entregado, con el fin de realizar una instalación adecuada.

[...]

Por tal razón, se encuentra probada la causal de exoneración esgrimida por la sociedad vinculada referente al uso inadecuado del bien, debido a la errónea instalación del calentador realizada por el establecimiento de comercio XXXXX XXX y el incumplimiento de la norma técnica para tal fin.

La SIC en este caso dio por probada la causal de uso indebido del bien como consecuencia de la mala instalación del mismo por parte de un tercero.

Vale la pena destacar la uniformidad de criterios que usó la entidad a partir del 2011 en materia de exoneración de responsabilidad, evidenciándose que exigía al demandado acreditar las causales legales de exoneración para evitar sanciones⁶¹.

Recordemos que las causales para eximirse de responsabilidad, se encontraban en el artículo 26 deL anterior estatuto, dentro de las cuales se contemplaban (i) la fuerza mayor, (ii) el caso fortuito no sobrevenido por su culpa

60 También se puede consultar la Resolución 25983 de 2010, pero se aclara que en esta se declaró la ausencia de responsabilidad de una de las vinculadas, mas no una causal de exoneración de responsabilidad.

61 Véase a modo de ejemplo las Sentencias 501 del 27 de febrero de 2012 y 502 del 27 de febrero de 2012.

(iii) el uso indebido del bien o del servicio por parte del consumidor o (iv) el hecho de un tercero debidamente probado.

En la Resolución 54930 de 2010⁶², la SIC encontró una causal de exoneración a favor del productor en el hecho de que el consumidor tuvo la posibilidad de examinar las características del bien y, posteriormente, encontró que no se adecuaba a sus necesidades. La SIC en este caso, recalcó que el consumidor también tiene unos deberes a su cargo:

Debe este Despacho reconocer que si bien la normatividad existente en materia de protección al consumidor no ha establecido un catálogo de deberes de los consumidores, no puede afirmarse que en cabeza de Estos no recaigan obligaciones.

*En este sentido, la responsabilidad por la calidad e idoneidad de los bienes o servicios a la que **están sujetos los productores y/o expendedores, en los términos del Decreto 3466 de 1982, no los puede vincular ilimitadamente.** En el espíritu de la norma, la regulación vigente va dirigida a proteger a los consumidores frente a los posibles abusos de los comerciantes, sean productores o expendedores, por la posición dominante que detentan en la relación de consumo. Siendo así, no significa lo anterior que el consumidor no deba verificar el cumplimiento de unos deberes que le son propios, y que el desconocimiento de dichas obligaciones no produzca ningún tipo de responsabilidad.*

Por tanto, no puede este Despacho proceder a declarar la responsabilidad de la vinculada habiendo el consumidor aceptado las características de los bienes ofrecidos, toda vez que la adquisición fue posterior a la inspección de sus especificaciones, y esto conlleva a

62 En síntesis, los hechos consistieron en lo siguiente: el reclamante en 2008 adquirió una válvula, una trampa para cabello y otros elementos por valor de \$1.102.500, pero los equipos no cumplieron las funciones para las cuales fueron adquiridas. Pese al cambio tampoco, se sirvió para las necesidades que se adquirieron, motivo por el cual solicitó la devolución del dinero. La investigada dijo que se cambió una válvula, y que la quejosa, luego de varios días de uso, solicitó que se le devolviera el dinero, petición a la que se negó, argumentando que devolvían el valor de la válvula siempre y cuando sea devuelta a la investigada una nueva por cuanto el consumidor devolvió los bienes después de varios días de uso.

la aceptación de las características de calidad e idoneidad que el producto posee.

Debe entenderse que la SIC le reprocha al consumidor en este caso su falta de diligencia al informarse sobre las características del bien conforme a sus necesidades, asunto que no vincula la responsabilidad del vendedor si se verifica que ofreció la información debida al consumidor. Pero, más que una causal de exoneración, en este caso, se trataba de la inexigibilidad de la garantía.

Finalmente, es menester reiterar la crítica frente a la existencia de unas causales de exoneración de responsabilidad en materia de garantías.

9. LA PROCEDENCIA DE RECURSOS SOBRE LA SENTENCIA

En materia de recursos, es pertinente citar un aparte de común uso en las sentencias analizadas para sustentar la no procedencia de los recursos.

OCTAVO: Es de señalar que de conformidad, con lo previsto en el Artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999, en concordancia con el Artículo 19 del Código de Procedimiento Civil, modificado a su vez por el Artículo 1º de la Ley 572 de 2000, en contra de la presente decisión jurisdiccional no procede la interposición de recurso alguno⁶³.

La regla general es que dada la cuantía de los bienes o servicios sobre los cuales recaía la garantía, no procedían los recursos. La SIC utiliza en el material estudiado recurrentemente la siguiente fórmula:

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de la presente providencia a la reclamante [...] entregándoles copia e informándoles que contra la presente decisión jurisdiccional **no procede recurso alguno** en razón de la cuantía⁶⁴.

Los eventos en los que procede recurso de apelación se encuentran fundamentados en la Resolución 49638 de 2010⁶⁵, oportunidad en la cual la Superintendencia de Industria y Comercio se pronunció:

63 Resolución 34861 de 2010.

64 Resolución 34991 de 2010 y 24841 de 2010, entre otras.

65 En este mismo sentido, ver la Sentencia 350 del 19 de agosto de 2011.

La Ley 446 de 1998, en el literal b) de su Artículo 145, otorgó facultades jurisdiccionales a prevención, en materia de protección al consumidor a la Superintendencia de Industria y Comercio, para ordenar la efectividad de las garantías de bienes y servicios establecidas en las normas de protección al consumidor, para la reparación, cambio del bien o devolución del dinero.

Adicionalmente, el Artículo 148 de la misma Ley, modificado por el Artículo 52 de la Ley 510 de 1999, estableció el procedimiento que las Superintendencias en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, deben seguir al señalar:

El procedimiento que utilizarán las Superintendencias en el trámite de los asuntos de que trata esta parte será el previsto en la Parte Primera, Libro I, Título I del Código Contencioso Administrativo, en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular y las disposiciones contenidas en el capítulo VIII. Para lo no previsto en este procedimiento, se aplicarán las disposiciones del Proceso Verbal Sumario consagradas en el procedimiento civil.

En este sentido, y para dilucidar lo dispuesto en el artículo transcrito, la Corte Constitucional, en Sentencia C-415 del 28 de mayo de 2002, estableció que:

Si la Superintendencia sule excepcionalmente la competencia de un juez dentro de la estructura jurisdiccional ordinaria, la autoridad jurisdiccional llamada a tramitar la apelación será entonces el superior jerárquico del juez al cual desplazó la Superintendencia.

El recurso de apelación contra la decisión en la cual se declara incompetente o el fallo definitivo que dicten las Superintendencias en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, debe surtirse ante las autoridades jurisdiccionales, es decir, interponiendo el recurso de apelación ante el superior jerárquico.

Así las cosas procede el recurso de apelación contra las sentencias de menor y mayor cuantía. Atendiendo a estos argumentos, la SIC utilizaba la siguiente fórmula en los casos en que procedía el recurso de apelación:

ARTICULO TERCERO: Informar a las partes que contra la presente decisión jurisdiccional **procede el recurso de apelación** interpuesto mediante apoderado, por escrito y con presentación personal ante la Superintendente Delegada para Asuntos Jurisdiccionales, para ante el Juez Civil del Circuito de Bogotá (Reparto) en el acto de notificación o dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la misma⁶⁶.

⁶⁶ Sentencia 49638 de 2010.

CONCLUSIONES

El tema de la garantía de calidad e idoneidad de productos se reguló tanto bajo la vigencia del Decreto 3466 de 1982 como en la Ley 1480 de 2011. Esta última norma fue más precisa que su antecesora en la regulación del tema, aunque recae en defectos como la consagración de causales de exoneración por la obligación de garantía y la falta de competencia de la SIC para decretar perjuicios en este asunto.

Las decisiones jurisdiccionales de la SIC en materia de garantías, durante el periodo analizado y conforme a la muestra tomada, evidencian coherencia en algunos aspectos y falta de coherencia en otros. Así, por ejemplo, la entidad se muestra coherente en aspectos como la prueba de la relación de consumo, las causales de exoneración, la carga de la prueba en cabeza del productor y del proveedor. Mientras que en asuntos como la procedencia de la devolución del dinero se mostró dubitativa y con una tendencia marcada a considerarla como la última posibilidad. Afortunadamente, la Ley 1480 de 2011 acaba con esa discrecionalidad. Igualmente se mostró incoherente la entidad en algunos casos con respecto a la orden de reparación o de cambio de los bienes, ordenando en algunos casos reparar bienes que merecían cambio o devolución del dinero. A pesar de que en algunos casos se tramitaba por vía administrativa y en otros por vía jurisdiccional los criterios de la entidad deben mostrar coherencia.

Los estatutos de protección al consumidor y la SIC han sido consistentes en afirmar que la posibilidad de disfrutar de un bien hace parte de la garantía, así que la no entrega del mismo se asume como un problema de garantía que deriva las consecuencias jurídicas que imponen dichos estatutos. De la misma forma, quedan comprendidos los casos de la entrega de un bien diferente al ofrecido dentro de la obligación de garantía, sobre todo en casos de ventas a distancia.

De la definición del término “calidad”, incluido en la Ley 1480 de 2011, nace un vínculo entre la garantía y la información, de tal forma que es necesario el cumplimiento de la información dada al consumidor y en caso de que no se cumpla se hace exigible la garantía.

El cumplimiento de las características estéticas del bien hace parte de la obligación de garantía como parte de las expectativas que se formó el consumidor al celebrar el contrato.

Según las sentencias analizadas las empresas que sirven de intermediarios a través de portales de Internet no son consideradas en principio proveedores, asunto que en algunos casos puede ser discutible. No obstante, los contratos que celebran con sus clientes se ven comprometidos cuando existe un problema de garantía entre las partes (el oferente y el adquirente del bien), generándose una relación de contratos coligados.

En materia procesal el agotamiento de la reclamación en sede de empresa es necesaria y su prueba le atañe al consumidor. La prueba de la relación de consumo está a cargo del consumidor demandante, quien tiene libertad de medio probatorio para establecer la existencia del vínculo obligacional. Además el consumidor tiene que probar la existencia del defecto o el incumplimiento de lo ofrecido.

Con respecto al productor y el proveedor, existe inversión de la carga de la prueba, culpa presunta, en lo atinente a la responsabilidad, pues esta se presume mientras no prueben las causales legales de exoneración de la responsabilidad.

La SIC se negaba a decretar indemnizaciones de perjuicios bajo la vigencia del estatuto anterior alegando impedimento legal y hoy en día se mantiene esa imposibilidad conforme a lo establecido en la Ley 1480 de 2011 y en el Decreto 735 de 2013. Lo anterior en detrimento de la economía procesal y sobre todo de la eficaz administración de justicia a los consumidores.

Las sentencias que dicta la SIC en asuntos de mínima cuantía son de única instancia y en asuntos de menor y mayor cuantía admiten recurso de apelación ante el superior jerárquico del juez que desplazó la entidad en primera instancia.

BIBLIOGRAFÍA

Calais, A. J., & Steinmetz, F. (2006). *Droit de la consommation*. Paris: Dalloz.

- Giraldo López, A., Caycedo Espinel, C. & Madriñán Rivera, R. (2012). *Comentarios al nuevo estatuto del consumidor* (1ª. Ed.). Bogotá: Legis.
- Gual, J. M. & Villalba, J. C. (2013). *Derecho del consumo, problemáticas actuales*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- López Mesa, M. (septiembre, 2007). *La doctrina de los actos propios y su importancia práctica en el derecho argentino y español. Proyecciones de la misma en Latinoamérica. Principales aspectos y requisitos de aplicación*. [Ponencia] en el V Congreso Iberoamericano de Derecho Civil, Cartagena, Colombia.
- Rusconi, D. (Coord.). (2009). *Manual de Derecho del Consumidor*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Valderrama, C. L. (Dir.). (2013). *Perspectivas de Derecho del Consumo*. Bogotá: Universidad Externado.
- Villalba Cuéllar, J. C. (2013). La responsabilidad del productor por garantías de bienes y servicios en el derecho colombiano. *Prolegómenos Derechos y Valores*, Universidad Militar Nueva Granada, (enero – junio), 45-67.
- Villalba Cuéllar, J. C. (2012). *Introducción al Derecho del Consumo*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Villalba Cuéllar, J. C. (julio-diciembre, 2009). La noción de consumidor en el derecho colombiano y en el derecho comparado. *Revista Vniversitas*, Universidad Javeriana, No. 119.
- Zentner, D. H. (2010). *Contrato de Consumo*. Buenos Aires: La Ley.

Páginas Web

<http://www.sic.gov.co/>

Jurisprudencia, Sentencias y Resoluciones de la SIC

Resolución 8458 del 25 de febrero de 2009

Resolución 18510 del 22 de abril de 2009

Resolución 24707 de fecha 9 de mayo de 2009

Resolución 13979 del 27 de marzo de 2009
Resolución 17889 de 20 de abril de 2009
Resolución 20757 de 9 de abril de 2009
Resolución 35480 de 16 de julio de 2009
Resolución 40585 de 14 de agosto de 2009
Resolución 46909 de 18 de septiembre de 2009
Resolución 56509 del 30 de octubre de 2009
Resolución 20782 del 22 de abril de 2010
Resolución 29131, del 31 de mayo de 2010
Resolución 34861 del 30 de junio de 2010
Resolución 45393, del 27 de agosto de 2010
Resolución 54930 de 2010 Quessep Bitar Arquitectos EU. Vs Filtroaguas
Resolución 15896 de 2010, de fecha 24 de marzo de 2010
Resolución 16150 del 24 de marzo de 2010
Resolución 17295 de fecha 26 de marzo de 2010
Resolución 19992 de fecha 19 de abril de 2010
Resolución 20731, de fecha 22 de abril de 2010
Resolución 22757 de fecha 29 de abril de 2010.
Resolución 24842 de fecha 12 de mayo de 2010
Resolución 25983 del 24 de mayo de 2010
Resolución 25984 de 24 de mayo de 2010
Resolución 28713 del 31 de mayo de 2010
Resolución 31769 del 22 de junio de 2010
Resolución 31778 de fecha 22 de junio de 2010

Resolución 32907 de fecha 28 de junio de 2010
Resolución 32910 de fecha 28 de junio de 2010
Resolución 34991 de fecha 30 de junio de 2010
Resolución 48133 de fecha 13 de septiembre de 2010
Resolución 48185 del 13 de septiembre de 2010
Resolución 49638 del 17 de septiembre de 2010
Resolución 54930 de 2010
Resolución 61011 del 29 de octubre de 2010
Resolución 72610 de fecha 24 de diciembre de 2010
Sentencia 052 de fecha 22 de julio de 2011
Sentencia 53 de fecha 22 de julio de 2011
Sentencia 054 del 22 de julio de 2011
Sentencia 55 del 22 de julio de 2011
Sentencia 56 del 22 de julio de 2011
Sentencia 57 del 22 de julio de 2011
Sentencia 58 del 22 de julio de 2011
Sentencia 59 del 22 de julio de 2011
Sentencia 60 del 22 de julio de 2011
Sentencia 61 del 22 de julio de 2011
Sentencia 62 del 22 de julio de 2011
Sentencia 63 del 22 de julio de 2011
Sentencia 64 del 22 de julio de 2011
Sentencia 65 del 22 de julio de 2011
Sentencia 66 del 22 de julio de 2011

Sentencia 67 del 22 de julio de 2011
Sentencia 68 del 22 de julio de 2011
Sentencia 69 del 22 de julio de 2011
Sentencia 70 del 22 de julio de 2011
Sentencia 71 del 22 de julio de 2011
Sentencia 345 de 18 de agosto de 2011
Sentencia 346 del 19 de agosto de 2011
Sentencia 348 del 19 de agosto de 2011
Sentencia 349 del 19 de agosto de 2011
Sentencia 350 del 19 de agosto de 2011
Sentencia 351 del 19 de agosto de 2011
Sentencia 352 del 19 de agosto de 2011
Sentencia 500 del 5 de septiembre de 2011
Sentencia No. 501 del 5 de septiembre de 2011
Sentencia 502 del 5 de septiembre de 2011
Sentencia 503 del 5 de septiembre de 2011
Sentencia 700 del 29 de septiembre de 2011
Sentencia 701 del 29 de septiembre de 2011
Sentencia 950 del 28 de octubre de 2011
Sentencia 951 del 28 de octubre de 2011
Sentencia 952 del 28 de octubre de 2011
Sentencia 953 del 28 de octubre de 2011
Sentencia 954 del 28 de octubre de 2011
Sentencia 955 del 28 de octubre de 2011

Resolución 20590 de 2011

Sentencia 100 de enero 30 de 2012

Sentencia 101 de enero 30 de 2012

Sentencia 102 de enero 30 de 2012

Sentencia 103 de enero 30 de 2012

Sentencia 104 de enero 30 de 2012

Sentencia 250 de febrero 14 de 2012

Sentencia 251 de febrero 14 de 2012

Sentencia 252 de febrero 14 de 2012

Sentencia 253 de febrero 14 de 2012

Sentencia 254 de febrero 14 de 2012

Sentencia 501 de febrero 27 de 2012

Sentencia 502 de febrero 27 de 2012

Sentencia 503 de febrero 27 de 2012

Sentencia 504 de febrero 27 de 2012

Sentencia 505 de febrero 27 de 2012

Sentencia 900 del 5 de marzo de 2012

Sentencia 901 del 5 de marzo de 2012

Sentencia 902 del 5 de marzo de 2012

Sentencia 903 del 5 de marzo de 2012

Sentencia 904 del 5 de marzo de 2012

ANEXO

Decreto 3466 de 1982, artículos citados:

Artículo 11. “Garantía Mínima Presunta”. Se entiende pactada en todos los contratos de compraventa y prestación de servicios la obligación a cargo del productor de garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad señaladas en el registro o en la licencia correspondiente, con las adecuaciones derivadas de la oficialización de normas técnicas o de la modificación del registro, así como las condiciones de calidad e idoneidad correspondientes a las normas técnicas oficializadas aunque el bien o servicio no haya sido objeto de registro. Para los efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, es requisito obligatorio de todo registro indicar el término durante el cual se garantizan las condiciones de calidad e idoneidad que se ofrecen, cuando la autoridad competente no haya fijado mediante resolución el término de dicha garantía mínima presunta, según la naturaleza y clase de los bienes y servicios; cuando el término señalado por la autoridad competente afecte algún término ya registrado, este último se entenderá modificado automáticamente de acuerdo con aquel, a menos que el término registrado previamente sea mayor al fijado por la autoridad competente, caso en el cual prevalecerá el registrado por el productor. Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía mínima presunta de que trata este artículo, recae directamente en los proveedores o expendedores, sin perjuicio de que estos puedan, a su turno, exigir el cumplimiento de dicha garantía mínima a sus proveedores o expendedores, sean o no productores.

La garantía de que trata este artículo podrá hacerse efectiva en los términos previstos en el artículo 29.

Artículo 13. Aspectos que comprenden la garantía mínima presunta y las garantías diferentes a la mínima presunta. Tanto la garantía mínima presunta como las garantías diferentes a ella se extenderán, según la naturaleza del bien o servicio, a las obligaciones de proporcionar la asistencia técnica indispensable para la utilización, de reparar y de suministrar los repuestos necesarios para este último efecto. Estas obligaciones se entenderán pactadas en todos los contratos de compraventa de bienes y de prestación de servicios, sometidos al régimen de garantía mínima presunta o respecto de los cuales se haya otorgado garantías diferentes. Siempre que se reclame la efectividad de la garantía antes del vencimiento de su plazo, no podrá cobrarse suma alguna al

consumidor por los gastos y costos que implique la reparación por fallas en la calidad o en la idoneidad del bien ni por el transporte o acarreo de este para su reparación y devolución al consumidor, todos los cuales correrán en todo caso por cuenta del proveedor o expendedor. En caso de repetirse la falla se procederá al cambio del bien por otro de la misma especie, si lo solicitare el consumidor, salvo convención expresa en contrario y a condición de que la solicitud se haga estando aún vigente el plazo mencionado.

Artículo 23: Responsabilidad de los productores por la idoneidad y calidad de sus bienes y servicios. Respecto de los bienes y servicios cuya calidad e idoneidad haya sido registrada en los términos del presente decreto o respecto de los cuales sea legalmente obligatorio el registro o licencia, o cuya calidad e idoneidad haya sido determinada mediante la oficialización de una norma técnica, la responsabilidad de los productores se determinará de conformidad con los términos y condiciones señalados en el registro o licencia o en la disposición que haya oficializado la norma técnica teniendo en cuenta las causales de exoneración previstas en el artículo 26. Cuando la calidad e idoneidad de los bienes y servicios no haya sido objeto de registro bastará para establecer la responsabilidad por la mala o deficiente calidad e idoneidad, la demostración del daño, sin perjuicio de las causales de exoneración de responsabilidad señaladas en el citado artículo 26. Salvo el caso de que la calidad e idoneidad de los productos agropecuarios sea objeto de registro o licencia o que la autoridad competente fije para ellos normas específicas de calidad e idoneidad, la responsabilidad de los productores se establecerá con referencia a la calidad e idoneidad que ordinaria y habitualmente se exija para tales productos en el mercado, y serán igualmente admisibles las causales de exoneración de que trata el artículo 26. Tratándose de bienes importados serán solidariamente responsables el importador y el productor de dichos bienes; solidaridad que se deducirá de conformidad con las normas legales pertinentes.

Artículo 26. Causales de exoneración: solo son admisibles como causales de exoneración de la responsabilidad del productor que da lugar a la aplicación de las sanciones administrativas previstas en los artículos 24. y 25. y a la indemnización de perjuicios contemplada en el artículo 36., la fuerza mayor, el caso fortuito no sobrevenido por su culpa, el uso indebido del bien o servicio por parte del afectado, o el hecho de un tercero ligado o no al productor mediante relación de trabajo o contractual de cualquier clase debidamente probados conforme al procedimiento indicado en el artículo veintiocho. En todo caso deberá probarse también el nexo de causalidad entre el motivo de exoneración invocado y la falta de correspondencia entre la calidad e idonei-

dad registradas o las contenidas en la licencia o en la norma técnica oficializada, o con las que ordinaria y habitualmente se exijan en el mercado y las que efectivamente tenga el bien o servicio respectivo. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucionall mediante Sentencia C-973 de 2002.

Artículo 29. Procedimiento para asegurar la efectividad de las garantías del Decreto 3466 de 1982. En caso de incumplimiento total o parcial de la garantía mínima presunta o de las demás garantías de un bien o servicio, el consumidor afectado podrá solicitar que se obligue al proveedor o expendedor respectivo a hacer efectiva la garantía o garantías o, si fuere procedente de acuerdo con el artículo 13. del presente decreto, a cambiar el bien por otro o, si se manifestare que se desea desistir de la compraventa del bien o de la obtención del servicio, a reintegrar el precio pagado por el bien o servicio. En todo caso, se podrá también solicitar la indemnización de los daños y perjuicios a que hubiere lugar. La solicitud formulada conforme al inciso precedente se tramitará por las autoridades jurisdiccionales competentes, de conformidad con las reglas propias del proceso verbal previsto en el Título XXIII del libro 3o. del Código de Procedimiento Civil y las adicionales señaladas en el artículo 36. La sentencia mediante la cual se decida la actuación solo podrá ser favorable al expendedor o proveedor si este demuestra que ha habido violación de los términos o condiciones de la garantía o garantías por parte del consumidor o que no ha podido dar cumplimiento a la garantía o garantías debido a fuerza mayor o caso fortuito, siempre y cuando no haya podido satisfacerla por intermedio de un tercero. En la parte resolutive de la providencia que decida la actuación se ordenará al productor, según lo haya solicitado el reclamante, hacer efectiva la garantía o garantías no satisfechas, reintegrar el precio pagado por el bien o servicio, o cambiar el bien por otro de la misma especie, en un plazo razonable a juicio de quien emita la providencia; así mismo, se dispondrá el pago del valor demostrado por el reclamante, por concepto de los perjuicios causados. En la misma providencia se indicará que se causa una multa, en favor del Tesoro Público, equivalente a una séptima parte del valor del salario mínimo legal mensual vigente en Bogotá, D.E., al momento de expedición de aquella, por cada día de retardo en su cumplimiento.

CAPÍTULO XI

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LAS ACTIVIDADES MINERAS

Sumario: 1. Introducción. 2. Breve recuento sobre la responsabilidad civil. 3. Descripción del ciclo minero colombiano. 4. De la responsabilidad civil en el ciclo minero. 5. De la Responsabilidad Civil derivada de sus partes e intervinientes. 6. La responsabilidad por daño ecológico y al medio ambiente. 7. La responsabilidad por desarrollo minero ilegal. 8. Conclusiones.

POR DANIEL RICARDO SARMIENTO CRISTANCHO¹

¹ Abogado de la Universidad Sergio Arboleda, con estudios en Filosofía y Humanidades de la misma Universidad; especialista en Derecho de la Responsabilidad Civil y del Estado de la Universidad de la Sabana; LLM. en Derecho Minero y Petrolero de la Universidad Externado de Colombia. Se ha desempeñado como Gerente General de la empresa Karbón y Progreso Ltda., analista jurídico de contratación en INGEOMINAS, hoy (ANM), coordinador académico y ejecutivo del Instituto de Hidrocarburos, Minas y Energía de la Universidad Sergio Arboleda; paralelamente desempeña actividades como docente universitario.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo científico tiene como objetivo el estudio del régimen de la responsabilidad civil en las actividades mineras en Colombia.

Por lo tanto, la causa eficiente que motiva este presente escrito, tiene su asidero en el crecimiento importante que ha tenido nuestro país en este renglón de la economía, lo cual exige de los profesionales en Derecho, un amplio conocimiento sobre la materia que regula las inversiones sobre este tema en particular y cómo realizar un completo análisis jurídico dependiendo de la etapa en la que se encuentre el proyecto minero. De esta forma, el jurista podrá identificar los elementos que estructuran la responsabilidad civil en el desarrollo de esta actividad extractiva, logrando el propósito de este escrito en el momento de implementar estas consideraciones en el ámbito práctico del abogado bueno y del buen abogado. Entre las fuentes expuestas, encontrará la ley, la jurisprudencia y la doctrina calificada sobre este tema.

BREVE RECUENTO SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La Responsabilidad Civil se genera cuando se presenta un incumplimiento a una de las fuentes de las obligaciones², estas se han agrupado por la doctrina tradicional en voluntarias e involuntarias. Las voluntarias son el contrato y el cuasicontrato; y las involuntarias, el delito y el cuasidelito. Estas fuentes están consagradas en los artículos 1494, y 34 de la Ley 57 de 1887, subrogatorio del artículo 2302 del Código Civil (Emiliani Román, 2004, p. 4).

2 Código Civil, Libro Cuarto, De las Obligaciones en General y De Los Contratos, Título I. Definiciones, Artículo 1494. “Fuente de las Obligaciones”. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

Actualmente se ha discutido si las fuentes de las obligaciones mencionadas mantienen vigencia, y se ha llegado a la conclusión que unas han desaparecido y otras han mantenido su vigor. Así las cosas, podemos afirmar que en las fuentes voluntarias podemos encontrar la autonomía de la voluntad, los actos jurídicos: el contrato y el compromiso unilateral. Y por otro lado, en cuanto a las fuentes involuntarias encontramos la responsabilidad delictiva, hechos ilícitos: como el delito y la culpa; el enriquecimiento sin justa causa, y la imperatividad de la ley. (Emiliani Román, 2004, p. 4).

De acuerdo con lo anterior, la responsabilidad civil es la obligación que pesa sobre alguien de resarcir un daño causado por un acto propio o de otra persona por quien está legalmente llamada a responder (Hinestrosa Forero, 2007, p. 73)

En palabras del tratadista Javier Tamayo Jaramillo,

En general, la responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar. Podemos decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros. Como se ha dicho, ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia (Tamayo Jaramillo, 2010, p. 8).

DESCRIPCIÓN DEL CICLO MINERO COLOMBIANO

Nuestro país cuenta con recursos mineros importantes, por lo tanto, el actual gobierno del presidente Juan Manuel Santos, se juega una de sus cartas en

este sector de la economía nacional, denominándolo: la locomotora minera. Esta política obedece al intento por mejorar el nivel de vida de la población.

La actividad minera en Colombia, está compuesta por ciclos, los cuales nos permiten saber en qué etapa del proceso productivo se encuentra el proyecto minero, el cual obedece al contenido del contrato de concesión minero que suscribe un pequeño, mediano o gran empresario minero (persona natural o jurídica) con el Estado, en cabeza del Ministerio de Minas y Energía, con su delegada: la Agencia Nacional de Minería (Congreso de la República de Colombia, 2011).

El ciclo minero en Colombia está compuesto por las siguientes etapas: 1) la prospección; 2) los trabajos de exploración; 3) la construcción y montaje; 4) las obras y trabajos de explotación; y 5) el cierre y abandono de la mina (Sistema de Información Minero Colombiano, SIMCO, 2009).

Antes de iniciar la actividad minera, se requiere la licencia de exploración, la cual es el título minero por el cual una persona natural o jurídica es facultada para adelantar investigaciones que lo lleven a detectar la existencia en calidad y cantidad de un mineral (Torres Rico, 1995, p. 103).

En la etapa de prospección, el interesado identifica si el área en la que busca un determinado mineral, es de su interés; al establecerlo, solicita la adjudicación de esa área, la cual se hace por medio de un contrato de concesión y se fijan unos términos de referencia. La prospección minera no requiere de autorización o permiso alguno de orden ambiental.

Posteriormente, se da paso a la etapa de exploración, donde se desarrollan varias actividades, que se llevan a cabo por fases: en la fase I, se hacen actividades de exploración geológica de superficie; en la fase II, actividades de exploración geológica del subsuelo; en la fase III, la evaluación y modelo geológico; y, en la fase IV, se presenta el Programa de Trabajos y Obras (PTO), conjuntamente con la información acerca de la viabilidad técnica y económica, como el cumplimiento a las guías ambientales y el Estudio de Impacto Ambiental (EIA).

A continuación, y después de ser aprobado el PTO, el EIA y el presupuesto, se continúa con la etapa de construcción y montaje, en la cual se harán los ajustes a que haya lugar del PTO, y se dará la apertura y desarrollo de los frentes mineros y las obras de infraestructura para el beneficio y transformación de los minerales, así como también a las obras civiles.

Seguidamente, se da trámite a la etapa de obras y trabajos de explotación, en la cual debemos distinguir si se trata de explotación minera a cielo abierto o bajo tierra. Una vez extraído el mineral, se traslada al patio de acopio y de allí al proceso de beneficio y transformación del mineral. Finalmente, el concesionario, se encuentra listo para cerrar y abandonar la mina.

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CICLO MINERO

En cada una de las etapas del ciclo minero se puede presentar incumplimiento de obligaciones, ya sea por hechos o actos jurídicos, voluntarios o involuntarios, los cuales dan lugar a la obligación de responder, a la responsabilidad civil.

Etapa Precontractual. En el periodo formativo del contrato, las partes actúan con lealtad y corrección pues lo contrario supone el reconocimiento de un derecho a la reparación del daño causado (Rubén S. Stiglitz & Gabriel A. Stiglitz, 1992).

En otras palabras, la elaboración del contrato supone que las partes actúan con rectitud, honestidad, corrección y lealtad; “lo que se pretende es que el derecho de no contratar sea cabalmente funcional y no importe un abuso”. Agrega la doctrina que “lo que parece innegable es que si el acuerdo no es factible de ser alcanzado como consecuencia de que una de las partes infringió el deber genérico de obrar con diligencia y no dañar, la responsabilidad en que incurre quien así obra, es de naturaleza extracontractual” (Matallana Camacho, 2005, p. 1080).

De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, cuando el adjudicatario de una licitación pública no suscribe el contrato correspondiente dentro del término señalado en los pliegos de condiciones, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconoci-

miento de los perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósitos o garantías.

A la par, con la sanción pecuniaria que puede sufrir el oferente que se abstiene de suscribir el contrato, se encuentra el hecho que puede ser objeto de una medida administrativa adicional, aquella que se encuentra en el literal (e) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, que establece: “Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales [...] quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado”.

En la etapa de prospección, se deberá indemnizar el daño que se cause como consecuencia de esta actividad a título de responsabilidad civil extracontractual, toda vez que al no existir un contrato, estaríamos frente a un hecho jurídico que genera la obligación de responder. Valga aclarar que quien pretenda la indemnización por el daño a él causado, deberá ceñirse a los postulados clásicos de la reparación del daño, los cuales están comprendidos en que el daño debe ser: *cierto, personal e ilícito o antijurídico* (Velásquez Posada, 2009), es así que en nuestra jurisprudencia y doctrina son unívocas al compartir las mencionadas características para que se pueda hablar de daño resarcible o indemnizable (Tamayo Jaramillo, 2010).

El resarcimiento del cual estamos hablando, está contemplado en el artículo 44 de la Ley 685 de 2001, el cual señala: “Las personas que lleven a cabo trabajos y estudios de prospección, estarán obligadas a resarcir los daños y perjuicios que causen a terceros. Estos podrán pedir al alcalde, la comprobación de dichos daños y su inmediato resarcimiento, por los procedimientos establecidos en el Capítulo XXV de este Código. Mientras no cubran el valor de los daños, las citadas personas no podrán continuar su labor en los predios afectados”. Valga aclarar que el minero, “podrá constituir una caución para asegurar los daños y perjuicios que les pueda ocasionar” (Congreso de la República de Colombia, 2001).

Etapa Contractual. En la etapa de exploración y una vez adjudicado el contrato de concesión, el concesionario deberá constituir una garan-

tía de cumplimiento³ con la cual se amparan además las obligaciones de carácter ambiental. Este tipo de responsabilidad es contractual, debido a la celebración del contrato de concesión minera. Ahora bien, puede surgir la pregunta si este contrato es de carácter público o privado, y está bien la formulación, toda vez que en el sector de hidrocarburos es privado por expresa disposición legal, a pesar de tener principios de derecho público en lo que respecta al cumplimiento de ciertos principios de la ley de contratación estatal y a la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

El numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 define los contratos de concesión como los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público; o la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público; así como también todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio; todo lo anterior, por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

3 Artículo 202, Ley 685 de 2001 del Código de Minas: “Garantía. Al celebrarse el contrato de concesión y constituirse la garantía de cumplimiento, con esta quedarán aseguradas, además de las obligaciones mineras las de carácter ambiental. Seguidamente el artículo 280 del mismo Código, señala sobre la Póliza minero-ambiental que: “Al celebrarse el contrato de concesión minera, el interesado deberá constituir una póliza de garantía de cumplimiento, que ampare el cumplimiento de las obligaciones mineras y ambientales, el pago de las multas y la caducidad. En el evento en que la póliza se haga efectiva, subsistirá la obligación de reponer dicha garantía. El valor asegurado se calculará con base en los siguientes criterios: a) Para la etapa de exploración, un cinco por ciento (5%) del valor anual de la cuantía de la inversión prevista en la exploración para la respectiva anualidad (la Resolución 020 del 10 de mayo de 2001 proferida por Minercol Ltda., establece la tasación de pólizas para contratos de aporte de esmeraldas, piedras preciosas, oro, plata, platino y demás metales preciosos); b) Para la etapa de construcción y montaje el cinco por ciento (5%) de la inversión anual por dicho concepto; c) Para la etapa de explotación equivaldrá a un diez por ciento (10%) del resultado de multiplicar el volumen de producción anual estimado del mineral objeto de la concesión, por el precio en boca de mina del referido mineral fijado anualmente por el Gobierno. Dicha póliza, que habrá de ser aprobada por la autoridad concedente, deberá mantenerse vigente durante la vida de la concesión, de sus prórrogas y por tres (3) años más. El monto asegurado deberá siempre corresponder a los porcentajes establecidos en el presente artículo”.

De esta manera al concesionario que se le ha adjudicado el contrato, quien puede ser una persona natural o jurídica y esta un consorcio o una unión temporal, se le deberá establecer su grado de responsabilidad.

La entidad que adjudica el contrato, como el contratista, responderán por el incumplimiento total o parcial de cada una de las obligaciones inmersas en el contrato [obligaciones esenciales, naturales o meramente accidentales], bajo el artículo 26 (Congreso de la República de Colombia, 1993) del Estatuto General de la Contratación Pública, o principio de Responsabilidad. Ahora bien, dentro de esta responsabilidad deberá ir inmerso el estudio de la graduación de la culpa del Artículo 1604 (Congreso de la República de Colombia, 1887) del Código Civil y su respectiva indemnización de perjuicios conforme con el artículo 1613 (Congreso de la República de Colombia, 1887) y siguientes del mismo estatuto.

En esta etapa de exploración, el concesionario deberá suscribir contratos con proveedores y con el personal que necesite para cumplir con su objeto social y con el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de concesión. Por tanto, deberá saber que dicha responsabilidad será contractual en virtud de aquellos contratos, y laboral en virtud del vínculo empleado-patrono, pero valga la aclaración que si los contratos son por obra o labor contratada, la responsabilidad será la primera, mas no la segunda. Igual suerte correrá la etapa de construcción y montaje.

En esta etapa, se debe mantener la correspondencia económica de la relación contractual frente a las lesiones o daños antijurídicos que pueden padecer por efecto del incumplimiento de las obligaciones contractuales de parte de la Administración Pública (Matallana Camacho, 2005).

La Corte en Sentencia C-333 del 1^a de agosto de 1996, agregó que la responsabilidad contractual constituye el único mecanismo de defensa con que cuentan los particulares que colaboran con la gestión de los servicios públicos, para lograr que se reemplace la prestación que no efectuó la administración, con una indemnización integral (utilidades y ganancias no percibidas), complementada con el resarcimiento de los perjuicios directos que se pudieran derivar del incumplimiento de la entidad.

Etapa Postcontractual. En la etapa de cierre y abandono de la mina, el concesionario habrá cumplido con todas y cada una de las obligaciones para que la Agencia Nacional Minera le autorice el cierre y abandono, y por consiguiente la terminación y liquidación del res-

pectivo contrato de concesión minera que conforme con el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, derogado por el inciso primero del artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que establece que en el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo (Consejo de Estado, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros, 1995).

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE SUS PARTES E INTERVINIENTES

La Responsabilidad de los dependientes y subcontratistas. Los particulares, en principio, en su condición de contratistas no son objeto de responsabilidad fiscal, pues la ley solo les asignó responsabilidad de carácter civil y penal. Por lo tanto para efectos de determinar si les cabe algún tipo de responsabilidad fiscal se debe remitir a la Ley 610 de 2000, para lo cual es necesario acogerse al criterio general, según el cual, los actos desplegados por el productor del daño patrimonial tienen que estar asociados a la gestión fiscal (Matallana Camacho, 2005, p. 1148).

En otras palabras, lo anterior significa que “el particular contratista no puede ser sujeto de responsabilidad fiscal, así haya causado un daño al patrimonio público por la inejecución del contrato, o la apropiación indebida de recursos, *v. gr.*, si no está ejerciendo obligaciones contractuales propias de la gestión fiscal: esto es, que el objeto del contrato sea precisamente el de administrar recursos o patrimonio público, caso en el cual sí es titular de gestión fiscal (función pública), y por lo tanto, de una eventual responsabilidad de esa naturaleza” (Amaya Olaya, 2002, pp. 237-240).

Por esta razón, el autor citado agrega que, en el evento de que el particular contratista incumpla con sus obligaciones, solo le cabría la responsabilidad civil por el daño causado, pero no responsabilidad fiscal, y esto lo confirma la postura de la Corte Constitucional que en Sentencia C-563 de 1998, estableció que aquellos contratistas que tienen una vinculación con una entidad

estatal a través de un contrato esto no les confiere una investidura pública, pues si bien, dentro del contrato se les confiere el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, ello no conlleva que ejerzan una función pública (Matallana Camacho, 2005, p. 1149).

Esta postura se reafirma con el contenido del artículo 53 de la Ley 80 de 1993, que establece con propiedad que los consultores, interventores y aseguradores, responderán civil y penalmente, por los hechos y omisiones que le fueren imputables y que le causen daño o perjuicio a las entidades.

Por otro lado, la Corte Constitucional en la Sentencia C-563 de 1998, señaló que el contrato ‘estatal’ eventualmente puede constituir una forma de atribuir funciones públicas a un particular como en los casos en que el contratista adquiere la condición de concesionario, o de administrador delegado, o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales, o el manejo de bienes públicos. En estos casos, el particular contratista se convierte en un gestor fiscal y, por lo tanto, sujeto a la responsabilidad fiscal: “si llegase a afectar o dañar el patrimonio público encomendado contractualmente para su administración”; y agrega: con este entendimiento debe leerse, entonces, la prescripción del artículo 1º de la Ley 610 de 2000, cuando establece que mediante el proceso de responsabilidad fiscal se pretende determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

Igual es el alcance hermenéutico frente a la norma contenida en el artículo 4º de la citada ley, según la cual la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal (Amaya Olaya, 2002, pp. 247-253).

El artículo 87 de la Ley 685 de 2001, establece que, “El concesionario podrá ejecutar todos los estudios, trabajos y obras de exploración, por medio de sus dependientes o por medio de subcontratistas. En ambos casos, será directamente responsable ante la autoridad concedente, de los actos u omisiones de unos y otros hasta por la culpa leve⁴”. Frente a terceros dicha responsabilidad

4 Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano (Artículo 63 del Código Civil.)

se establecerá en la forma y grado en que prevén las disposiciones civiles⁵ y comerciales⁶ ordinarias.

La Responsabilidad en la participación por delegación. El artículo 150 de la Ley 685 de 2001, señala que,

Cuando el Estado participe en la exploración y explotación minera, delegando su representación en particulares, estará exclusivamente a cargo de Ley 685 de 2001, estos, tanto el derecho de representación pagadero por anticipado, como toda erogación que impliquen los trámites ante la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos. En el correspondiente contrato de representación se establecerá además, en forma expresa, que toda responsabilidad por daños o incumplimientos que se originen por causa de los trabajos mineros, ante la Autoridad Internacional o en relación con terceros, estará a cargo del particular representante, sin término o limitación alguna.

La Responsabilidad del Estado. Conforme a la letra del artículo 90 de la Constitución Política, los elementos de la responsabilidad de la administración pública quedan reducidos a la comprobación de un daño antijurídico y a su imputación a una entidad o autoridad estatal (Gil Botero, 2011, p. 54).

La imputación o atribución de ese daño constituye un proceso dirigido a establecer a quién se le puede atribuir la lesión o afectación que aquél representa (Gil Botero, 2011, p. 54).

En ese orden de ideas, la imputación va más allá de la simple casualidad, puesto que esta presupone la existencia de un daño como entidad material o fenoménica. Es decir, una vez verificada la existencia de un daño, es indiscutible que este tuvo una génesis material o causal, hecho irrelevante para el derecho, en relación causa y efecto (Gil Botero, 2011, p. 54).

El primer segmento normativo, señala que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables [...]”, hasta allí la norma contempla los dos elementos de la responsabilidad patrimonial: daño antijurídico e imputación. La segunda parte de la norma se refiere a

5 Código Civil Colombiano y demás normas concordantes y complementarias.

6 Código de Comercio y demás normas concordantes y complementarias.

“[...] causados por la acción u omisión de las autoridades públicas”, esto constituye ni más ni menos que la imputación (Gil Botero, 2011, p. 54).

Dentro de una visión de la causalidad material, “las acciones u omisiones de las autoridades públicas que causen daños antijurídicos que le sean imputables al Estado originan su responsabilidad patrimonial”. Este enfoque es coherente con la concepción tradicional de la responsabilidad, en la que el análisis comenzaba a partir de la falla del servicio o del comportamiento irregular de la administración, conducta consecuente con el concepto de daño propio del sistema en el que el fundamento de la responsabilidad derivaba de los factores subjetivos, esto es, sin falla o sin culpa no habría responsabilidad (Gil Botero, 2011, p. 106).

Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado, concluyó que la responsabilidad del Estado se origina, de un lado, cuando existe una lesión causada a la víctima que no tiene el deber jurídico de soportar y, de otro, cuando esa lesión es imputable fáctica y jurídicamente a una autoridad pública. De hecho, esa tesis fue avalada por la Corte Constitucional en Sentencia C-333 de 1993, en la cual expresó que: “es menester, que además de constatar la antijuridicidad del daño, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la *imputatio juris* además de la *imputatio facti*” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2006, citado en Gil Botero, 2011, p. 614).

El daño que se le cause al administrado obedece a los postulados clásicos de la reparación del mismo, los cuales tiene que reunir tres requisitos *sine qua non*: el daño debe ser personal, cierto y directo, como se explicó en la parte primera de este estudio, al igual que la indemnización de perjuicios: el lucro cesante, el daño emergente y los perjuicios inmateriales.

El Estado responderá entonces por la acción u omisión del funcionario público que le cause perjuicios a la persona natural o jurídica (concesionario) desde el momento de presentar la propuesta para la adjudicación del contrato de concesión, en la etapa precontractual, o en el desarrollo del contrato de concesión, etapa contractual, hasta en la etapa de terminación y liquidación del contrato.

Al respecto, la Ley 685 de 2001 o Código de Minas, establece en su artículo 298 que:

Los funcionarios que en el ejercicio de sus funciones exijan o soliciten documentos o diligencias distintos de los que para cada caso se establecen en este Código o en las disposiciones legales a que haga remisión, o no resuelvan dentro de los términos fijados los asuntos de su competencia, serán responsables disciplinariamente. Adicionalmente, responderán civilmente por los perjuicios que cause en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.

Por otro lado, el Código de Minas, en su artículo 246 establece una excepción de responsabilidad mencionando que: “En los casos de prenda y de titularización de flujos futuros de caja, ni el Estado ni la autoridad concedente o asociada, asumen responsabilidad alguna ante los acreedores hipotecarios o prendarios, ni ante los adquirentes de títulos, de que trata el presente capítulo”.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Para desarrollar este tema, primero es preciso preguntarnos ¿quiénes son servidores públicos?, de esta respuesta surgirán elementos conceptuales para adentrarse en la responsabilidad de estos funcionarios (Gil Botero, 2011, p. 614).

No todas las personas que tienen contacto con el Estado y con los órganos que lo integran, tienen la naturaleza de servidores públicos. También debe admitirse que no siempre es fácil distinguir quiénes lo son y quiénes no, pues existen relaciones entre el Estado y los particulares que son difíciles de clasificar (Gil Botero, 2011, p. 614).

Por lo pronto, la respuesta inmediata se encuentra, directamente, en la Constitución Política, que dispone en el inciso 1º del artículo 123:

Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

Según esta norma, los empleados públicos y los trabajadores oficiales son servidores públicos, al igual que los miembros de las corporaciones públicas. De igual forma, la Constitución también deja en manos del legislador el establecimiento de la responsabilidad de los servidores públicos, cuando en su artículo 124 indica que: “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”.

El artículo 90, analizado en el acápite de la Responsabilidad del Estado (4.4), regula las modalidades de responsabilidad patrimonial a cargo del Estado cuando esta sea consecuencia de los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de las autoridades públicas. Este artículo adicionalmente consagra la acción de repetición en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial, siempre que se demuestre que el servidor público actúe en forma dolosa o gravemente culposa (Matallana Camacho, 2005, p. 1221).

Como una reiteración del artículo 90, el artículo 50 de la Ley 80, establece que las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que le sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos, deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

En efecto, la protección constitucional del patrimonio de los particulares se configura bajo tres presupuestos, un daño antijurídico o lesión, una acción u omisión imputable al Estado y un nexo causal. 1) Daño antijurídico: menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos (daño moral), sin tener el deber jurídico de soportarlo. 2) Incumplimiento del Estado. Se presenta cuando la Administración Pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas y será indemnizable cuando el daño sufrido por la víctima (el contratista) no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente (Matallana Camacho, 2005, p. 1222).

De igual forma, la Ley 678 reglamentó la responsabilidad de los funcionarios públicos y particulares que ejerzan funciones públicas, a través de la acción de repetición o llamamiento en garantía, cuando por su causa sea dolosa o gravemente culposa, hagan incurrir al Estado en responsabilidad patrimonial que genere la reparación de perjuicios (Matallana Camacho, 2005, p. 1222).

La responsabilidad de los contratistas. De acuerdo con los numerales 7 y 8 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, estableció dos tipos de responsabilidad a cargo de los contratistas, uno por el hecho de haber ocultado al contratar encontrarse incurrido dentro de algunas de las causales de inhabilidad e incompatibilidad; o el haber incurrido en alguna prohibición, o por haber suministrado información falsa.

De esta forma, el contratista que incurra en estas conductas puede generar que él mismo responda por la comisión de un delito. También los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado (Matallana Camacho, 2005, p. 459).

La responsabilidad penal. La responsabilidad penal, tiene como base determinante, la culpa, la cual debe distinguirse del principio nulla poena sine culpa o postulado de culpabilidad, del que es una derivación; estos dos conceptos se diferencian también de la culpabilidad en sentido procesal, entendida como la resultante de la presencia de todos los requisitos de la conducta punible y de la prueba de este, siguiendo el debido proceso legal (Constitución Política, artículo 29, inciso 4o., cuando habla de la “persona... judicialmente culpable”). El concepto de “culpabilidad”, pues, se usa de manera polivalente, no solo en derecho penal moderno, sino también aun en disciplinas metajurídicas (Velásquez, 2004, p. 390).

La culpabilidad se mide con criterios jurídicos y se comprueba públicamente ante la instancia de un tribunal Estatal, con arreglo a un procedimiento legalmente reglado, todo ello a diferencia de la moral. Se trata entonces de un juicio de carácter eminentemente normativo fundado en la exigibilidad, idea que preside toda concepción de la culpabilidad y en cuya virtud el agente debe responder por su comportamiento ante los tribunales legalmente constituidos –según un rito procesal consagrado con anterioridad al hecho por el ordenamiento jurídico estatal–, por no haber actuado conforme a la norma.

Así las cosas, incurrirá en responsabilidad penal, conforme con el tenor del artículo 408 del Código Penal (Ley 599 de 2001)

El servidor público que en el ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de cuatro a doce años, multa de 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco a doce años; esta pena fue aumentada por el artículo 890 de 2004 (Matallana Camacho, 2005, p. 1225).

La Corte Constitucional en Sentencia C-652 del 5 de agosto de 2003 señaló que, si con la comisión del delito hay menoscabo al patrimonio público, ya no se aplican las inhabilidades temporales del delito, sino la inhabilitación in-temporal del artículo 122 de la Constitución Política (Matallana Camacho, 2005, p. 1225).

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 3 de septiembre de 2001 (ref. 16.837), señaló con respecto a este delito que lo mínimo que le incumbe al servidor público que suscribe el contrato es identificar o reconocer al contratista, como corresponde a las reglas del manejo de bienes ajenos y como lo demuestra la experiencia acumulada de funcionarios que saben que no solo van a comprometer el patrimonio público sino también su responsabilidad personal. Entonces, frente a un contratista-persona jurídica, obviamente se escruta el certificado de existencia y representación legal, porque lo común en la experiencia de los funcionarios es el temor a las inhabilidades e incompatibilidades, determinación que por estar fundada en elementos personalísimos, de confianza funcional o incluidos dentro del círculo de servidores más cercanos, regularmente no se deja a la iniciativa o decisión de un asesor jurídico sino que se asume personalmente (Matallana Camacho, 2005, p. 1225). Lo anterior está encuadrado dentro del título XV, sobre los Delitos contra la Administración Pública.

Por otro lado, tenemos la responsabilidad penal que se genera por la infracción al deber objetivo de cuidado en cuanto al título XI, sobre los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, que con función o con ocasión el contratista o sus dependientes y subordinados, llegaren a cometer antes, durante y después de adjudicado el derecho de exploración y explotación minera, en virtud del contrato de concesión.

LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO ECOLÓGICO Y AL MEDIO AMBIENTE

Como pudimos ver, el contratista responde penalmente por los daños que cause al medio ambiente y a los recursos naturales, pero veamos ahora, la responsabilidad civil propiamente dicha para el campo ecológico y al medio ambiente.

En la actualidad, la legislación y la jurisprudencia solo miran por los “daños ambientales”, esto es, por los daños que afectan la esfera personal, patrimonial y moral. Es prácticamente imposible encontrar pronunciamientos en los que se decida la reparación de los “daños ecológicos”, salvo que se encuentre en conexión con el derecho a la salud, o con el pseudo-derecho a la “calidad de vida” (Briceño Chaves, 2009, p. 18).

Las razones, como los condicionantes, son variadas: la teoría general define el daño como el menoscabo, depreciación o vulneración de intereses individuales o que pueden ser individualizantes; la lógica del daño exige que se demande la vulneración de un derecho subjetivo, radicado en cabeza de un determinado sujeto; la relación de causalidad obedece a premisas ligadas a la acción material concreta y a la lesión patrimonial (o bien, a la actividad y el daño) (Briceño Chaves, 2009, p. 18).

Hasta ahora, la legislación y la jurisprudencia han podido, con dificultad, deducir la lesión en el patrimonio de las personas cuando se producen concretos fenómenos de contaminación: por ruido, contaminación atmosférica, del agua. En dichos casos, se deduce que los daños causados por tales fenómenos de contaminación tienen ciertos y determinables efectos en las personas y en los bienes (incluso se reconocen efectos en la esfera moral, cuando resulta afectado el paisaje) (Briceño Chaves, 2009, p. 18).

Se convierte el daño en límite arbitrario y abusivo de derechos como la propiedad, a la salud, a la vida, o a la inviolabilidad del domicilio. En otras ocasiones, en una dimensión intermedia entre lo colectivo y lo individual, se aborda la cuestión identificando la afectación en la “calidad de vida” de las personas, de modo que sin requerirse la identificación concreta de la vulneración en un derecho, se entiende que el normal desenvolvimiento y desarrollo de las personas se ve vulnerado (Briceño Chaves, 2009, p. 18).

La dificultad está en que los “daños ecológicos” son ajenos a la racionalidad jurídico-antropocéntrica. Se trata de daños que se causan en los ecosistemas, en los recursos naturales, en la biodiversidad. Está relacionado con afectar bienes y sistemas que hacen parte de todos los patrimonios, pero que no se contienen completamente en ninguno. De ahí que se identifique a los bienes ambientales como componentes de lo que se denomina “patrimonio común” o “patrimonio de la humanidad”. Sin embargo, si en muchas ocasiones se logra delimitar ciertos efectos como lesivos de derechos individuales, ¿por qué no cabe pensar en deducir daños para una comunidad o para un colectivo, así sea apoyado en el concepto de “calidad de vida”? (Briceño Chaves, 2009, pág. 19).

Quizás la respuesta se encuentre en el planteamiento según el cual cabe deducir la existencia de tales daños, no porque correspondan a intereses concretos, o a un patrimonio determinado, sino porque se convierten en la compensación que cabe exigir al Estado por no asumir su papel activo de protección, de tal manera que sea la comunidad o grupo la que tenga que asumir los efectos nocivos de los daños, de la contaminación, cuando debía ser el Estado el que adelantándose a su ocurrencia promoviese y exigiese la adecuación o ajuste de las actividades a las “condiciones mínimas ambientales” (Briceño Chaves, 2009, p. 19).

Como se trata de eventos en los que concurren daños tanto ambientales como ecológicos, frente a estos últimos, se prescriben obligaciones de prevención con el objetivo de impedir que se reproduzcan aquellos en el futuro (Briceño Chaves, 2009, pág. 19).

Por supuesto que el daño ecológico y el daño ambiental son conceptos que superan la lógica tradicional del derecho, que superan los contornos de la norma jurídica, que superan los razonamientos jurisprudenciales, que hacen ver que las instituciones jurídicas y sociales son imperfectas para su asunción y comprensión (Briceño Chaves, 2009, p. 19).

El daño ecológico y el daño ambiental superan la concepción patrimonialista que se ha venido edificando desde el derecho romano. La lógica de tales daños no se expresa conforme al concepto de patrimonio, sino que se indaga si el concepto de “patrimonio de la humanidad” puede dar cobertura a su alcance. La fórmula básica nos indica que toda contaminación amenaza un patrimonio colectivo.

Ahora bien, en Colombia se han implementado el Principio de Precaución y el Principio de Prevención, los cuales persiguen, como propósito último, el

dotar a las respectivas autoridades de instrumentos para actuar ante la afectación, el daño, el riesgo o el peligro que enfrenta el medio ambiente, que lo comprometen gravemente, al igual que a los derechos con él relacionados. Así, tratándose de daños o de riesgos, en los que es posible conocer las consecuencias derivadas del desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente pueda adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con el fin de reducir sus repercusiones o de evitarlas, opera el principio de prevención que se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente; en tanto que el principio de precaución o tutela se aplica en los casos en que ese previo conocimiento no está presente, pues tratándose de este, el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual tiene su causa en los límites del conocimiento científico que no permiten adquirir la certeza acerca de las precisas consecuencias de alguna situación o actividad, aunque se sepa que los efectos son nocivos (Corte Constitucional de la República de Colombia, 2010).

Si bien el principio de precaución hace parte del ordenamiento positivo, con rango legal, a partir de la expedición de la Ley 99 de 1993, la Corte ha considerado que se encuentra constitucionalizado, pues se desprende de la internacionalización de las relaciones ecológicas y de los deberes de protección y prevención contenidos en Carta, constitucionalización que deriva del deber impuesto a las autoridades de evitar daños y riesgos a la vida, a la salud y al medio ambiente (Corte Constitucional de la República de Colombia, 2010).

Si bien las medidas preventivas en materia ambiental aparecen establecidas ya en la Ley 99 de 1993, la Ley 1333 de 2009 es la que establece su aplicación por presunción de culpa o dolo del infractor, asignándole a dichas medidas preventivas la función de prevenir, impedir o evitar la continuación de la ocurrencia de un hecho, la realización de una actividad o la existencia de una situación que atente contra el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana; precisando, asimismo, que las medidas preventivas que la autoridad ambiental puede imponer son: la amonestación escrita; el decomiso preventivo de productos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción; la aprehensión preventiva de especímenes, productos y subproductos de fauna y flora silvestres y la suspensión de la obra

o actividad cuando pueda derivarse daño o peligro para el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana o cuando el proyecto, obra o actividad se haya iniciado sin permiso, concesión, autorización o licencia ambiental o ejecutado, incumpliendo los términos de los mismos (Corte Constitucional de la República de Colombia, 2010).

LA RESPONSABILIDAD POR EL DESARROLLO MINERO ILEGAL

En primera instancia, debemos diferenciar la minería de hecho de la minería ilegal: la minería de hecho es aquella que se desarrolla sin tener el título minero o la licencia, permiso o autorización para explorar y explotar un mineral.

La Ley 675 de 2001 del Código de Minas trae a colación en el título cuarto: Minería sin Título, el cual corresponde a unos capítulos alusivos a determinadas situaciones fácticas y jurídicas que le permiten a una persona, extraer minerales sin necesidad de un título minero y sin incurrir en un delito o una actividad ilícita.

El artículo 152 del mencionado estatuto menciona que:

La extracción ocasional y transitoria de minerales industriales a cielo abierto, que realicen los propietarios de la superficie, en cantidades pequeñas y a poca profundidad y por medios manuales, no requerirá de concesión del Estado. Esta explotación ocasional solamente podrá tener como destino el consumo de los mismos propietarios, en obras y reparaciones de sus viviendas e instalaciones, previa autorización del dueño del predio. Todo otro destino industrial o comercial que le den a los minerales extraídos, al amparo de este artículo, les está prohibido. En uso de la autorización contemplada en el presente artículo, los propietarios están obligados a conservar, reparar, mitigar y sustituir los efectos ambientales negativos que puedan causar y a la readecuación del terreno explotado.

El Código en comento, menciona el *barequeo* como una actividad popular de los habitantes de terrenos aluviales, permitiéndoles la actividad minera con las restricciones ya revisadas (Congreso de la República de Colombia, 2001).

LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE MINAS

El artículo 159 de la Ley 685 de 2001 del Código de Minas, establece que:

La exploración y explotación ilícita de yacimientos mineros, es constitutivo del delito contemplado en el artículo 338⁷ del Código Penal, el cual se configura cuando se realicen trabajos de exploración, de extracción o captación de minerales de propiedad nacional o de propiedad privada, sin el correspondiente título minero vigente o sin la autorización del titular de dicha propiedad.

De igual manera, podemos relacionarlo con normas concordantes del ya citado artículo 159, por ejemplo, con los artículos 160, 161, 162, 163 y 164 del mismo estatuto minero, alusivos a la definición de aprovechamiento ilícito, a la competencia de los alcaldes para efectuar decomisos provisionales de minerales que se transporten o comercien sin factura o constancia de las minas de donde provengan; a la inhabilidad por cinco (5) años, para obtener concesiones mineras, como consecuencia de condena por aprovechamiento,

7 Artículo 338 del Código Penal, Ley 599 de 2000. “Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales. El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente explore, explote o extraiga yacimiento minero, o explote arena, material pétreo o de arrastre de los lechos de los ríos por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente, incurrirá en prisión de 2 a 8 años y multa de 100 a 50.000 salarios mínimos legales mensuales”. La Corte Constitucional en Sentencia C-674 de 1998, sostuvo que en cuanto a la explotación ilícita, “El propósito del legislador, en consecuencia, no era el de convertir el tipo penal ‘explotación ilícita de yacimiento minero’ en delito de resultado, sino en agregar al tipo ya existente una hipótesis nueva aunque jurídicamente independiente de la anterior consistente en la producción de un daño grave en los ecosistemas naturales por parte de quien –con o sin permiso– explore, explote, transforme, beneficie o transporte recurso minero o yacimiento de hidrocarburos. No obstante, la redacción final del precepto traiciona la intención del autor de la norma, puesto que la frase que aparece en él –y ocasiona daño grave en los ecosistemas naturales–, contribuye de manera inequívoca a conformar objetivamente un injusto típico de resultado. En consecuencia, la disposición legal innova el ordenamiento precedente en el sentido de exigir dos condiciones concurrentes como presupuesto de la pena: explotación ilícita y daño en los ecosistemas naturales”.

exploración o explotación ilícita de recursos minerales; al deber de poner en conocimiento del alcalde de la jurisdicción, y todo aprovechamiento, exploración o explotación ilícita de minerales respectivamente (Procuraduría General de la Nación de la República de Colombia, 2011 y 2013).

Así las cosas, la minería ilegal no solo constituye un recto quebrantamiento de la ley, sino que, por lo demás, irradia efectos en distintos ámbitos como son el ambiental y el económico. Se trata de una situación que, al decir de la Organización de las Naciones Unidas, torpedea el control y la administración de los recursos del Estado y, en esa medida, genera un enorme costo social, toda vez que afecta las fuentes de empleo, de ingresos tributarios y, lo que es más grave, menoscaba descontroladamente la oferta ambiental, el corazón de la subsistencia de una comunidad (Procuraduría General de la Nación de la República de Colombia, 2011).

De igual forma, evade importantes y transversales sistemas de control sobre los recursos naturales renovables, como es el caso de la licencia ambiental, la cual permite de forma previa, una rigurosa evaluación técnica, para determinar los impactos negativos que un proyecto, obra o actividad que se puede generar en el entorno y determinar con suficiencia, todas aquellas medidas necesarias para hacer sostenible la ejecución de ese proyecto; se exonera del pago de cargas tributarias establecidas por el Estado, así como de las regalías que la producción debe generar, para beneficio directo, en términos de protección ambiental y cobertura en salud y educación, de la población asentada en ese territorio (Procuraduría General de la Nación de la República de Colombia, 2011).

Al escapar de la fiscalización y regulación de la administración, origina una dificultad evidente para el Estado, quien ve mermados los insumos básicos para trazar eficaces políticas públicas mineras y ambientales. Estas explotaciones ilegales, en algunos casos, se desarrollan en áreas de una especialísima protección ambiental, como parques naturales, páramos, zonas de reserva, las que al hacerse sin ningún control, pueden ocasionar daños irreversibles e irreparables a ecosistemas protegidos, no solo establecidos por la normatividad local, sino por estándares internacionales (Procuraduría General de la Nación de la República de Colombia, 2011).

Esta mala práctica minera incide clara y directamente sobre cualquier intento de un eficiente ordenamiento territorial, que permita conocer, entre otros, los usos y vocación del suelo y subsuelo, porque al permanecer en la ilegalidad, se aleja de cualquier régimen laboral que le permita a las personas que allí laboran, acceder a los beneficios de la seguridad social y ocupacional, porque

una gran mayoría de las personas ocupadas en esta actividad son menores de edad y mujeres cabeza de familia, a los que se les conculca todos los derechos y salvaguardas previstos en la Constitución y en la ley (Procuraduría General de la Nación de la República de Colombia, 2011).

De esta manera, podemos determinar que la minería ilegal puede tener varios juicios de reproche simultáneos y no excluyentes: 1) El que por vía administrativa se le da a través de un proceso sancionatorio ambiental, contemplado en la Ley 1333 de 2009, el cual realiza la autoridad ambiental, como consecuencia de los impactos nocivos sobre el ambiente y los recursos naturales que genera esa actividad. 2) El que por vía policiva, realiza el alcalde de la jurisdicción donde se ubica la actividad ilegal, con los instrumentos, procesos y discrecionalidades que le establece el Código de Minas, Ley 685 de 2001, y 3) El que se hace desde el ámbito penal, Ley 599 de 2000, cuando efectivamente esa actividad minera ilícita, se tipifica como delito.

CONCLUSIONES

Podemos concluir entonces, que la responsabilidad civil derivada de las actividades mineras en Colombia, se determina con los principios clásicos que componen la responsabilidad civil en general, es decir, que para establecer dicha responsabilidad civil, debe existir un factor de atribución, que en ocasiones, como vimos, será la culpa, la cual se graduará según la tripartición en: lata, leve y/o levísima, o, en algunas ocasiones como en el daño ambiental, será objetiva; un nexo de causalidad que me permita establecer que la conducta desplegada y el daño tienen relación directa con este y aquel; y finalmente el daño, como afectación al bien jurídicamente tutelado el cual se materializará en el perjuicio a ser indemnizable.

De igual manera, vimos cómo las fuentes de las obligaciones nos permiten determinar la génesis para identificar el factor de atribución en la responsabilidad; algunas veces será por la autonomía de la voluntad de las partes, o mejor en el incumplimiento de alguna de las obligaciones previamente pactadas; otras con base en un hecho que genera la obligación de resarcir el daño causado y otras en virtud de la ley.

Finalmente, vimos como se adecuaban los principios clásicos de la responsabilidad civil en cada una de las etapas del ciclo minero en Colombia para concretar: dónde y de qué forma, se adecua esta responsabilidad civil en las circunstancias expuestas por el legislador con base en el Código de Minas, Ley 685 de 2001 y la Ley 80 de 1993, o estatuto general de la contratación pública.

De esta manera, realizamos una revisión general de la responsabilidad civil derivada de las actividades mineras en Colombia, con el fin de que el lector pueda identificarla con más claridad y pueda saber cómo aplicarla en la vida práctica, pero también, como uno de los objetivos de este escrito, generar en el lector inquietudes, que puedan materializarse en críticas constructivas y, en un futuro, mejorar el presente planteamiento a este novedoso problema en el sector minero colombiano.

BIBLIOGRAFÍA

- Amaya Olaya, U. A. (2002). *Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Aspectos sustanciales y procesales*. (1ª. ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Briceño Chaves, A. M. (2009). *Aproximación a los conceptos de daño ecológico y de daño ambiental*. (1ª. ed., Daño Ambiental, Tomo I.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Emiliani Román, R. (2004). *Manual de Obligaciones Civiles* (1a. ed.). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Enrique R., Aftalión, F. G. (1967). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: La Ley.
- Fernando, V. V. (2004). *Manual de Derecho Penal, parte general*, (2a. ed.). Bogotá: Temis.
- Gil Botero, E. (2011). *Responsabilidad Extracontractual del Estado* (Quinta edición ed.). Bogotá D.C.: Temis.
- Hinestrosa Forero, F. (2007). *Tratado de las obligaciones, concepto, estructura y vicisitudes* (3ª. Ed., Vol. I). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Matallana Camacho, E. (2005). *Manual de contratación de la Administración Pública, reforma a la Ley 80 de 1993*, (2ª. ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Procuraduría General de la Nación. (2013). *Minería Ilegal en Colombia, Informe preventivo*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

Procuraduría General de la Nación de la República de Colombia. (2 de septiembre de 2011). Recuperado de: <http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/MINERIA%20ILEGAL%20EN%20COLOMBIA%20%20DOCUMENTO.pdf>

Stiglitz, R. S. & Stiglitz, G. A. (1992). *Responsabilidad precontractual. Incumplimiento del deber de información*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Sistema de Información Minero Colombiano, SIMCO. (13 de agosto de 2009). Recuperado de: http://www.simco.gov.co/Portals/0/archivos/Cartilla_Mineria.pdf

Tamayo Jaramillo, J. (2010). *Tratado de responsabilidad civil* (2010, Vol. I). Bogotá: Temis.

Torres Rico, A. (1995). *Manual práctico de derecho de minas* (1a. ed.). Ediciones Librería del Profesional.

Velásquez Posada, O. (2009). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá D.C.: Universidad de la Sabana – Temis.

Velásquez, F. (2004). *Manual de derecho penal general*. Bogotá: Temis.

Jurisprudencia

Congreso de la República de Colombia. (1887). *Código Civil Colombiano, Ley 57*. Bogotá: Gaceta del Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (1971). *Decreto 410 de 1971*. “Por el cual se expide el Código de Comercio.” Bogotá: Gaceta del Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (1993). *Ley 80 de 1993*, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.” Bogotá: Gaceta del Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (2001). *Ley 685 de 2001*, “Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: Gaceta del Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (2011). *Decreto No. 4134. Por el cual se crea la Agencia Nacional de Minería, ANM, se determina su objetivo y estructura orgánica.* Bogotá: Gaceta del Congreso.

Consejo de Estado, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros. (1995). *Sentencia del 6 de septiembre de 1995.* Bogotá: Relatoría del Consejo de Estado.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2006). *Sentencia de 1º de marzo de 2006 (exp. 13.764).* Bogotá: Relatoría del Consejo de Estado.

Corte Constitucionall de la República de Colombia. (1996). *Sentencia C-333 del 1º de agosto de 1996.* Bogotá: Relatoría de la Corte Constitucionall.

Corte Constitucionall de la República de Colombia. (2010). *Sentencia C-703 de 2010.* Bogotá: Relatoría de la Corte Constitucionall.

PARTE IV

PERSPECTIVAS INTERNACIONALES DE LA RESPONSABILIDAD



CAPÍTULO XII

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL Y ELEMENTOS DE LEGALIDAD E INTERÉS DE JUSTICIA DE LA CPI EN EL DERECHO INTERNO DE COLOMBIA

Sumario: Desarrollo en el Derecho Interno de la CPI. 2. Precisiones de la Corte Constitucional colombiana en relación con el Estatuto de Roma y el Derecho interno. 3. Conclusiones de la Corte Constitucional. 4. Elementos de legalidad de la CPI y sus efectos en el derecho interno. 5. El fundamento de la responsabilidad internacional derivada de los crímenes de la CPI, más allá de la legalidad penal interna. 6. Conclusiones.

POR JAIME ALBERTO SANDOVAL MESA¹

1 Abogado y especialista en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás Bogotá D.C. Especialista en instituciones jurídico-políticas y de Derecho Público de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho Penal Universidad Santo Tomás-Universidad de Salamanca. Estudiante de doctorado en Derecho de la Universidad Santo Tomás. Docente e investigador de la Universidad Militar Nueva Granada. Artículo Avance de Investigación.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo avanza de investigación, tiene por objeto analizar los principales elementos tanto históricos como normativos que permitieron el desarrollo de los fundamentos concebidos en el Estatuto de Roma de 1998 para el establecimiento de la Corte Penal Internacional, tanto a nivel internacional como en el derecho interno, los cuales tuvieron como fin, determinar hasta qué punto ciertas conductas constituyen principios de persecución internacional, en virtud de fenómenos de jurisdicción universal y concretamente, a través del Tribunal Penal Internacional en mención. Además, se debate hasta qué punto este desarrollo de instrumentos internacionales permitieron el desarrollo concreto de un concepto de legalidad internacional, motivado precisamente por el de la jurisdicción universal concebida en los crímenes más graves contra la humanidad. Finalmente, de los antecedentes analizados se muestra este desarrollo normativo tratado, a partir del Estatuto de Roma de 1998, su proceso de adopción, características e incorporación en el Derecho nacional, entre otros efectos, en materia de principios jurídicos en materia penal.

Precisamente, en virtud de este proceso en el ámbito nacional se presentan en la actualidad las consecuencias que se refieren a continuación frente al instituto del principio de legalidad, si se comparan las dos figuras consagradas tanto en el Estatuto en mención como en los principios constitucionales y penales vigentes en la ley interna. Para tal efecto, los supuestos señalados serán analizados en el presente artículo, de acuerdo con una exposición hermenéutica y propositiva, tomando como base elementos dogmáticos, descriptivos, históricos y en mayor medida comparativos.

1. DESARROLLO EN EL DERECHO INTERNO DE LA CPI

De manera breve, el proceso de incorporación del Estatuto de Roma al Derecho interno que se definió a través del proyecto de Acto legislativo 02 de

2001 a la Ley 742 del 5 de junio de 2002, requirió a nivel general de ciertas precisiones que fueron realizadas por la Corte Constitucional colombiana, al momento de la adopción del mismo, a fin de mostrar las principales discusiones que sobre este punto se realizaron en su momento. Sobre este aspecto, es importante verificar que a través de esos ocho debates para la adopción del Acto legislativo que permitió su implementación interna, se pudo obtener como resultado, una cláusula abierta a la interpretación, la cual, si bien no definió la razón para ratificar el Estatuto de Roma, trajo como consecuencia, las primeras bases de acierto para su eficaz integración en nuestro sistema jurídico. A partir de la interpretación de esta nueva cláusula que hace parte de nuestro ordenamiento constitucional, se puso en marcha el proyecto de ley que constituyó el mecanismo final de ratificación del Estatuto de Roma.

A grandes rasgos, el proyecto de acto legislativo que inicialmente se denominó Proyecto de acto N° 014, luego de su decisión y aprobación final, obtuvo la calificación de Acto legislativo N° 02 de 27 de diciembre de 2001, por medio del cual se modificó el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia.

El texto definitivo del Acto legislativo fue el siguiente:

[...] Artículo 1°. Adiciónese el artículo 93 de la Constitución Política con el siguiente texto:

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él

Artículo 2°. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación [...]

2 Diario Oficial N° 44663 del 31 de diciembre de 2001, p. 2.

Según la publicación efectuada en el Diario Oficial No. 44826 del 7 de junio de 2002, el Gobierno Nacional, sancionó la Ley 742 del 5 de junio de 2002, mediante la cual se expidió la ley aprobatoria del Estatuto de Roma. De acuerdo con las disposiciones consagradas en la aludida norma, la ley bajo discusión fue remitida de inmediato a la Corte Constitucional para el examen respectivo. En debate adelantado sobre el particular, en el Tribunal referido, la mayoría de instituciones coincidieron en expresar el cumplimiento de la Ley 742 de 2002, con los requisitos establecidos en la Constitución respecto de las normas aprobatorias de tratados. En igual sentido, afirmaron que la ley en cuestión concordaba con lo prescrito en los artículos 226 y 227, relativos a los principios que guían a Colombia en materia de relaciones internacionales.

Además, la mayoría al igual que la Corte, expresaron que la constitucionalidad de la ley se debía principalmente a su antecedente del Acto legislativo 02, y a la inclusión de la cláusula específica respecto del ámbito de la competencia del instrumento internacional. La Corte acoge todos estos conceptos en su providencia del 30 de julio de 2002, declarando la exequibilidad del Estatuto de Roma frente a la Constitución colombiana, por lo cual se reitera en esta decisión, la conformidad con la normatividad interna de nuestro país, de la Ley 742 de 2002, es decir, la ley aprobatoria del Tratado³.

La Corte Constitucional, además de reiterar en su providencia, el señalamiento referido a la posibilidad constitucional que otorgó el Acto legislativo 02 de 2001, al incluir en el artículo 93 de la Constitución Política la facultad del Gobierno nacional para aprobar el Estatuto de Roma, estableció una cláusula especial, según la cual, para todos los efectos, los aspectos controvertidos del Estatuto de Roma, examinados con anterioridad, se entenderán únicamente, bajo el ámbito de la competencia regulada en él y no dentro del ámbito de los que traten materias similares en el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución. Por el contrario, los mismos se entenderán ampliados en atención a dicho concepto⁴.

En este punto se tomó en cuenta también tanto las cláusulas interpretativas como el hecho de que el Estado colombiano al momento del depósito de instrumentos hizo uso de la cláusula transicional del artículo 124 del Estatuto de Roma la cual se mantuvo vigente desde el mes de noviembre de 2002 hasta el 1º de noviembre de 2009, fecha en que se cumplió el plazo indicado, sin

3 Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 30 de julio de 2002, M.P. Manuel José Cepeda.

4 *Ibidem*.

que fuera posible su renovación. Por ende, el proceso actual en Colombia corresponde a la vigencia en pleno de la CPI con todas sus consecuencias frente a las conductas descritas en el art. 5° del ER.

Así mismo, el proceso de reforma permitió adentrarse en el análisis de fondo del tratado, mediante el examen de la ley aprobatoria del tratado para verificar la discusión generada en torno a las dificultades contradictorias que presentaba el mismo frente a la Carta Política (Sandoval, 2003, p. 184). Frente a este punto la Corte debió realizar las recomendaciones que se examinan a continuación.

2. PRECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN RELACIÓN CON EL ESTATUTO DE ROMA Y EL DERECHO INTERNO

Luego de analizar el contenido del Estatuto de Roma, la Corte encontró que algunas de sus disposiciones establecen tratamientos diferentes a los previstos en nuestro ordenamiento constitucional, los cuales fueron expresamente autorizados por el Acto Legislativo No. 02 de 2001, siempre que se refieran a materias sustanciales y estas surtan efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en el Estatuto (Sandoval, p. 184). Entre dichas disposiciones se destacan las siguientes:

a) Los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma describen tres de las categorías de crímenes internacionales sobre las cuales la Corte Penal Internacional podrá ejercer su competencia: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Tales descripciones denotan un grado de precisión, certeza y claridad aceptado en el Derecho Penal internacional que resulta menos estricto que el exigido en nuestro ordenamiento interno. Este tratamiento diferente del principio de legalidad que hace el Estatuto de Roma ha sido autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001⁵. Como se puede observar aquí se reitera la primera diferencia del principio de legalidad internacional,

5 Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 30 de julio de 2002, M.P. Manuel José Cepeda.

frente al principio interno y sus posibles consecuencias que según la corte son factibles, pese a que se limita a su ámbito de competencia.

Frente a este punto, no solamente este criterio obedece al concepto erigido en el Estatuto de Roma, respecto de diferencias con el Derecho interno, sino que también constituye el objeto material de la obligación internacional de perseguir estas conductas aun frente a las diferencias anotadas. En efecto, generalmente el compromiso internacional de responsabilidad se centra en el deber de sancionar a los responsables a fin de preservar la obligación de garantía y exigir su cumplimiento diligente para evitar la impunidad, al igual que este tipo de hechos vuelvan a repetirse⁶. Se trata de postulados de persecución internacional de este tipo de conductas, en donde la obligación corresponde a la de sancionar al máximo responsable frente a toda la comunidad internacional.⁷

[...] b) El artículo 27 del Estatuto de Roma regula la improcedencia del cargo oficial como excusa para sustraerse del juzgamiento de la Corte Penal Internacional. Dicha disposición consagra un tratamiento diferente a los fueros especiales, a las inviolabilidades de los congresistas y al régimen de investigación y juzgamiento de otros altos funcionarios, consagrados en nuestra Carta, el cual fue autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001. Dicho tratamiento especial, solo será aplicable en el evento en que la Corte Penal

6 Frente a este punto se puede mencionar: a) Obligación del Estado de investigar los hechos del caso, identificar, juzgar y sancionar a los responsables, p. 399. El Estado debe realizar las debidas diligencias para activar y completar eficazmente las investigaciones para determinar la responsabilidad de todos los autores de la masacre y de las personas responsables por acción o por omisión del incumplimiento de la obligación estatal de garantizar los derechos violados. El Estado debe llevar a término el proceso penal sobre las masacres de Ituango, de forma que permita el esclarecimiento de todos los hechos y la sanción de los responsables. Los resultados de estos procesos deberán ser públicamente divulgados por el Estado, de manera que la sociedad colombiana pueda conocer la verdad acerca de los hechos del presente caso. Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. Párr. 399. p. 139. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia#>. Consultada el 20.01.2013.

7 Si bien parece complejo abordar el tema en el Derecho interno, también es cierto que en el caso de Justicia y Paz, este tipo de interpretaciones ha tenido lugar para casos como el de “[...] Gian Carlo Gutiérrez Suárez, quien fue juzgado como militante del Bloque Calima que se constituyó como actor armado en el conflicto interno colombiano, en este caso, tenía la obligación de respetar y hacer respetar el DIH; sin embargo, desconoció grave y deliberadamente aquellas obligaciones, con la comisión de asesinatos selectivos, desapariciones forzadas y exacciones, delitos cometidos todos en contra de la población civil, que, como se dijo es sujeto de especial protección por parte del DIH; por tanto, por estos comportamientos debe responder personal e individualmente. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. MP. Léster María González Romero. Rad. 110016000253200880786. Sentencia de 4 de septiembre de 2012.

Internacional ejerza su competencia complementaria y no modifica las disposiciones internas correspondientes...⁸

Este elemento es importante para los fines de la Corte Penal Internacional, en la medida en que suprime al menos en principio las posibles inmunidades de jurisdicción de jefes de Estado y de ciertas misiones, personalidades que en el corriente de las legislaciones y aún en el ámbito internacional, siempre reciben un trato preferencial, del cual es inobjetable el cuestionamiento con respecto a la imparcialidad en el desarrollo de algún tipo de juzgamiento en su contra (Sandoval, 2012, p.138). De todas formas este precepto distinto no adiciona mayores efectos frente al principio de legalidad, tan solo implica una variación frente a posibles fueros que en la práctica tampoco inciden en mayor medida respecto de la actuación en contra del procesado.

Sin embargo, el punto relevante en este caso lo constituye la delicada tensión entre inmunidad y Derecho penal internacional que en el caso de la CPI, se soluciona casi por completo a favor del Derecho penal internacional y pese a que subsiste un estrecho margen que está por fuera del alcance de la justicia penal internacional, el interés de la soberanía estatal frente al castigo efectivo queda relegada frente a la comisión de crímenes de Derecho internacional (Werle, 2011, p. 385). Por esta razón, para efectos de la responsabilidad penal, es irrelevante si el autor ostenta un cargo oficial en el momento de realizar el hecho y no se afecta en absoluto su responsabilidad penal internacional, más aún puede constituir un agravante de su conducta. En síntesis, la inmunidad de Derecho internacional *rationae materiae* no concierne a la comisión de crímenes de derecho internacional, fundamento comprendido en la protección que otorga la inmunidad de Derecho internacional, reconocido por el derecho internacional consuetudinario (p. 385). Así mismo, la inmunidad de jefes de Estado, de Gobierno, ministros de Asuntos Exteriores y Diplomáticos, solo impide su persecución durante el tiempo de ejercicio del cargo y solamente es válida frente a la competencia penal interna pero no frente a la CPI. Sin embargo, esta pretensión puede subsistir en su ámbito consuetudinario principalmente frente a jefes de Estado no parte del Tratado de Roma (pp. 389 y 390). En el caso nacional no habría lugar a tal excepción, no obstante, las pretensiones políticas sobre todo durante la permanencia de este tipo de funcionarios en sus cargos podrían dilatar el cumplimiento de

8 Ibidem.

la obligación de persecución, aun así este efecto, contrariamente, también puede dar lugar a causales de ejercicio de la competencia en el fuero interno.

Ahora bien, el siguiente punto también define el objeto de persecución y responsabilidad de conductas internacionales en los siguientes términos:

“...c) El artículo 28 del Estatuto de Roma establece la responsabilidad de jefes militares, ya sea de un ejército regular o de un grupo armado irregular, por crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional cometidos por fuerzas bajo su mando. Así mismo, extiende la responsabilidad del comandante a superiores civiles respecto de crímenes cometidos por sus subordinados en las circunstancias establecidas en el Estatuto de Roma. Este sistema de responsabilidad especial fue autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001 para los casos que lleguen al conocimiento de la Corte Penal Internacional”⁹.

El fundamento analizado le restringe la especialidad a los fueros castrenses, y presupone una normatividad que excluye las justificaciones que se derivan de este tipo de condicionamientos normativos, pero tampoco adiciona elementos complejos frente al principio de legalidad penal y a las posibilidades de persecución penal por parte del Estado colombiano para cumplir con este estándar internacional.

En concreto, en el artículo citado, se desarrollan dos presupuestos fácticos de responsabilidad del superior jerárquico, por un lado se encuentra el supuesto de que el ilícito es llevado a cabo por fuerzas bajo su comando y, por el otro, a la consumación de delitos por parte de subordinados (Aponte Cardona, 2011, p. 218)¹⁰. En este caso, los jefes militares deben controlar el actuar de sus subordinados so pena de incurrir en la prevención analizada, toda vez que se incorpora el estándar Yamashita pues se puede ser responsable tanto por acción como por omisión (Aponte Cardona, 2011, p. 218). En relación con la responsabilidad interna, más allá de las consideraciones de legalidad que no impiden tal circunstancia, se castiga la actuación de los mandos militares que promovieron o permitieron la comisión de conductas punibles e incluso si no adoptaron medidas necesarias y razonables para evitar la comisión de nuevos delitos o si no denunciaron ante las autoridades competentes (p. 219).

9 Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 30 de julio de 2002, M.P. Manuel José Cepeda.

10 En muchos casos en el Derecho interno se ha recurrido a la posición de garante (Omisión Impropia) bajo esta perspectiva. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, Rad. 24448 de 12 de septiembre de 2007.

d) El artículo 29 del Estatuto establece la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. Esta disposición consagra un tratamiento diferente al previsto en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 28 de la Carta. Tal tratamiento especial solo será aplicable por la Corte Penal Internacional cuando ejerza su competencia complementaria para investigar y juzgar cualquiera de los crímenes previstos en el Estatuto, así la acción penal o la sanción penal para los mismos haya prescrito según las normas jurídicas nacionales. Este tratamiento especial fue expresamente autorizado por el constituyente derivado a través del Acto Legislativo No. 02 de 2001¹¹.

Este era uno de los principales inconvenientes del Tratado que logró rebasar los obstáculos constitucionales consagrados en nuestra Carta Política, gracias a la amplitud del acto legislativo referido. En nuestro juicio creemos que antes de crear un fundamento contrario a la costumbre jurídica de nuestro país, impone un poder de reserva constitucional sobre dichas cláusulas (Sandoval, p. 39) Aunque la Corte no es clara al identificar los efectos de la imprescriptibilidad, este fundamento adiciona nuevos elementos frente al principio de legalidad penal. Sin duda, este aspecto comienza a ser modificado en el Derecho interno por el instrumento analizado.

e) De las causales eximentes de responsabilidad penal consagradas en los artículos 31, 32 y 33 del Estatuto de Roma, encontró la Corte que solo las causales referidas a la legítima defensa de la propiedad en casos de crímenes de guerra (numeral 1, literal c del artículo 31 ER) y la regulación del principio de obediencia debida (artículo 33 ER), establecen un tratamiento diferente al previsto en la Carta. Tales justificaciones han sido sometidas a requisitos concretos que difieren de los establecidos en la Constitución, como por ejemplo, el hecho de que solo se aplica a crímenes de guerra. Dicho tratamiento especial fue autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001 y, en virtud del principio de complementariedad, dichas causales podrán ser esgrimidas, de conformidad con el Estatuto de Roma, ante la Corte Penal Internacional, una vez esta haya asumido el conocimiento de un caso concreto¹².

f) En el artículo 77.1, literal b del Estatuto faculta a la Corte Penal Internacional a imponer la pena de reclusión a perpetuidad. Este tratamiento diferente de la prohibición de la prisión perpetua que consagra el artículo 34 de

11 Corte ConstitucionalL, Sentencia C-578 de 30 de julio de 2002, M.P. Manuel José Cepeda.

12 Corte ConstitucionalL, Sentencia C-578 de 30 de julio de 2002, M.P. Manuel José Cepeda. Sandoval Mesa Jaime Alberto. Ob. Cit. P. 39.

la Carta, fue autorizado el Acto Legislativo No. 02 de 2001, pero no habilita a las autoridades nacionales a aplicar este tipo de pena cuando juzguen alguno de los crímenes señalados en el Estatuto de Roma¹³. La interpretación generosa de la Corte Constitucional, establece el límite exacto para dar correcta observancia en un caso específico a dicha normatividad, sin llegar a contrariar los supuestos que regulan la materia en nuestra Carta Política (Sandoval, p. 40). Como se dijo antes, se constituye en virtud de dicha cláusula un poder de resguardo frente a la inobservancia estatal. Sin embargo, en gran medida se afecta el principio de legalidad de la pena, debido a las restricciones que en tal sentido aparecen en el art. 34 de la Carta Política. En este ámbito, el alcance de sus consecuencias todavía son futuras, sin que aparezcan mayores desarrollos actuales y en caso tal de intervención e imposición de una pena, el sistema interno seguramente cederá frente a las provisiones de la CPI.

g) En los artículos 61, párrafo 2, literal b y 67, párrafo 1, literal d, se admite la posibilidad de que la Corte Penal Internacional determine si es en interés de la justicia que una persona investigada o enjuiciada por ella esté representada por un abogado. En este caso, todavía persiste que se entiende por interés de la justicia y si efectivamente permite que aparezca un procesado sin representación técnica de la defensa como se le ha interpretado.

Por otra parte, asuntos como la competencia complementaria de la Corte Penal Internacional (artículos 17, 18 y 19 ER), las relaciones de la Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad (artículos 13, literal b y 16 ER), la posibilidad de que el Fiscal de la Corte Penal Internacional inicie de oficio investigaciones por los crímenes señalados en el artículo 5 del Estatuto (artículo 15 ER), el establecimiento de responsabilidad penal por la comisión de tales crímenes, en principio, solo cuando hayan sido cometidos con “intención y conocimiento” (artículo 30 ER), la detención de personas por orden de la Corte Penal Internacional (artículo 58 ER) y su entrega a esta (artículo 89 ER), así como las condiciones de reclusión que podrán imponer los Estados que acepten recibir condenados por la Corte Penal Internacional (artículo 106 ER), analizados como asuntos especiales, no establecen *prima facie* y en abstracto tratamientos diferentes a los previstos en nuestro ordenamiento constitucional (Sandoval, p. 40)¹⁴.

Según la Corte, los anteriores fundamentos normativos, se encuentran en armonía con los artículos 9 y 93 de la Carta, en materia de respeto a la sobe-

13 Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 30 de julio de 2002, M.P. Manuel José Cepeda.

14 Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 30 de julio de 2002, M.P. Manuel José Cepeda.

ranía y a los compromisos internacionales aceptados por Colombia; con el artículo 2º, que consagra el deber de protección que incumbe a las autoridades estatales respecto de la vida, la libertad, la honra y los bienes y derechos de los residentes en Colombia; del artículo 228, sobre independencia judicial; del artículo 28, sobre *habeas corpus*; del artículo 29, que consagra el derecho al debido proceso; así como con los demás derechos y libertades consagrados en la Carta¹⁵.

Finalmente, la Corte manifiesta que la regulación de la presunción de inocencia que hace el artículo 66 del Estatuto se encuentra dentro del margen que la Constitución reconoce al legislador. En efecto, según el artículo 66 la Corte Penal Internacional podrá condenar a una persona responsable de los crímenes señalados en el artículo 5, cuando no exista duda razonable sobre su responsabilidad. En este sentido, el artículo 29 constitucional no impide que el legislador establezca un criterio distinto también respetuoso de la presunción de inocencia, tal y como aparece en términos similares en la actualidad en el Código Procesal vigente (Ley 906 de 2004 – art. 381). Este fundamento ratifica la legalidad de la actuación y la conformidad a derecho con la ley procesal nacional. No obstante, sobre este aspecto procesal y principio de legalidad, aparecen diferencias relevantes que en su debido momento serán analizadas, también desde la perspectiva de la modificación interna de los presupuestos de legalidad procesal actuales.

3. CONCLUSIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONALL

Al terminar el análisis del contenido del Estatuto de Roma, en la Sentencia C-578-02 del 30 de julio de 2002, la Corte Constitucionall reitera los tratamientos diferentes en materias sustanciales que fueron permitidos por el Acto Legislativo 02 de 2001 exclusivamente dentro del ámbito del ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional. Por lo tanto, en su criterio, no se menoscaba el alcance de las garantías establecidas en la Constitución respecto del ejercicio de las competencias propias de las autoridades nacionales.

15 Corte Constitucionall, Sentencia C-578 de 30 de julio de 2002, M.P. Manuel José Cepeda.

Así, la declaratoria de exequibilidad de las disposiciones del Estatuto de Roma que contienen tales tratamientos diferentes no autorizan ni obligan, en criterio del organismo constitucional, por ejemplo, a los jueces nacionales a imponer la pena de prisión perpetua ni al legislador colombiano a establecer la imprescriptibilidad de las penas. Por consiguiente, la Corte Constitucional concluye, que no es necesario que el Jefe de Estado, como director de las relaciones internacionales, efectúe declaraciones interpretativas en relación con cada uno de los tratamientos diferentes advertidos en la providencia, al momento de ratificar el tratado¹⁶.

No obstante, la Corte advierte que debido a que el Acto Legislativo citado, forma parte del cuerpo permanente de la Constitución y, por tanto, ha de ser interpretado de tal forma que guarde consonancia con las otras disposiciones de la Carta.

En este contexto, con respecto a las materias de las cuales procede, puede ocurrir que el Presidente en el ámbito de sus atribuciones, declare cuáles son las interpretaciones de algunos apartes del mismo que armonizan plenamente la Constitución con el Estatuto de Roma.

Dicho señalamiento según la Corte, en ningún caso, supone que existe una inconstitucionalidad parcial del Estatuto. Esta determinación obedece al cumplimiento del principio fundamental según el cual todas las autoridades tienen como finalidad asegurar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2 CN), así como al propósito de concretar el mandato de colaboración armónica entre los órganos que integran las ramas del poder público, dentro del respeto a las órbitas de competencia de cada uno.

En este caso, de la Corte Constitucional a la cual se le ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la Carta y del Presidente de la República a quien se le ha atribuido la dirección de las relaciones internacionales de Colombia (artículo 113 CN). Tales materias son las siguientes:

a) Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos por parte del Estado Colombiano, siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y

16 Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 30 de julio de 2002, M.P. Manuel José Cepeda.

los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia.

b) Siempre será en interés de la justicia que a los nacionales colombianos les sea garantizado plenamente el derecho de defensa, en especial el derecho a ser asistido por un abogado durante las etapas de investigación y juzgamiento por parte de la Corte Penal Internacional (artículo 61, párrafo 2, literal b, y artículo 67, párrafo 1, literal d).

c) Si llegare a darse el caso de que un colombiano haya de ser investigado y enjuiciado por la Corte Penal Internacional, procede la interpretación del Estatuto de Roma de conformidad con los principios y normas que integran el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, siempre y cuando estos no sean incompatibles con dicho Estatuto ni restrinjan el alcance de sus disposiciones.

d) En relación con el artículo 17, párrafo 3, del Estatuto de Roma, las “otras razones” a fin de determinar la incapacidad del Estado para investigar o enjuiciar un asunto se refieren a la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo el juicio.

e) Como el ámbito del Estatuto de Roma se limita exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional y a la cooperación de las autoridades nacionales con esta, el tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que les son propias dentro del territorio de la República de Colombia.

f) Los artículos 9 y 51 del Estatuto de Roma, relativos a los Elementos del Crimen y a las Reglas de Procedimiento y Prueba cuya adopción compete a la Asamblea de los Estados Partes por una mayoría de los dos tercios de sus miembros, no sustraen dichos instrumentos de la aprobación por el Congreso de la República ni del control constitucional previstos en la Constitución Política.

Finalmente, estos instrumentos fueron adoptados mediante la Ley 1268 de 31 de diciembre de 2008, es decir, tienen plena vigencia en la actualidad en el Derecho interno, con las consecuencias que dicha normativa genera.

Con fundamento en las anteriores consideraciones y atendiendo las precisiones anotadas, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad tanto del tratado examinado, como de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”. El gobierno nacional, finalmente el 5 de agosto de 2002, envió el canje de notas a las Naciones Unidas, declarando la ratificación del Estatuto de Roma con el uso de la cláusula descrita en el artículo 124 examinado con anterioridad y con ello se iniciaron las consecuencias en el Derecho interno de los elementos objeto de estudio en el presente trabajo¹⁷.

A sí mismo resulta necesario reiterar, que precisamente, a través de dicho examen comienza a perfilarse la forma de adaptación de los diferentes condicionamientos de la jurisdicción universal del ER, en el Derecho interno, razón por la cual, era necesario identificar el anterior panorama constitucional, con el fin de arribar en concreto al análisis del principio bajo estudio y sus consecuencias en el Derecho interno. Más aún, si el paso siguiente impone los efectos concretos y las posibles formas de ejecución de la competencia internacional analizada frente a la responsabilidad individual y del Estado.

4. ELEMENTOS DE LEGALIDAD DE LA CPI Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO INTERNO

Ahora bien, en el terreno que nos ocupa, dejando a un lado los innumerables efectos referidos anteriormente, a continuación, serán examinados de manera concreta, los fundamentos y consecuencias del principio de legalidad, que hacen parte del artículo 22 ER y si los mismos pueden predicarse efectivamente en el caso colombiano, todo ello para el ejercicio real de su competencia.

17 Como se indicó anteriormente, esta cláusula dejó de tener efectos el día 1º de noviembre de 2009, debido al cumplimiento del término fijado para su establecimiento que correspondía a 7 años para los crímenes de guerra. Por ello, se denomina que ahora el texto corresponde a la vigencia en pleno de la Corte Penal Internacional, debido a que todos sus crímenes comprendidos en el artículo 5º se encuentran vigentes para Colombia.

En efecto, el principio de legalidad que aquí se analiza, inicialmente en su corriente tradicional de taxatividad, según la postura de Manuel Jaen Vallejo, ha sido definido tradicionalmente, como garantía de la libertad, para que el ciudadano sepa en todo momento, qué se puede hacer y qué está prohibido con amenaza de pena, de tal suerte que protege al ciudadano frente a la arbitrariedad del poder público que ejerce la jurisdicción penal (Jaen Vallejo, 2008, p. 31). Precisamente, este objeto de intervención claramente definido en nuestro Derecho en los artículos 6º y 8º de la Ley 599 de 2000 es el que tiene su primera consecuencia, si se observan los desarrollos de la adopción del Estatuto de Roma de 1998 analizados anteriormente.

El efecto anterior y su influencia, implica que solo hasta la vigencia del Estatuto de Roma (1998), se puede reconocer su alcance a nivel interno, en un contexto de conflicto interno que implica ciertos condicionamientos derivados de la legislación internacional bajo estudio con sus implicaciones en el principio de legalidad actual.

Frente a esta situación, es posible observar que este objeto de intervención implica los parámetros de juzgamiento del Estatuto de Roma y por ende de la comunidad internacional, en virtud de las actuaciones iniciadas por parte de la CPI, cuando no hubieren sido juzgados por otro Tribunal e, incluso, cuando habiendo sido juzgados, no hubieren sido atendidos los condicionamientos establecidos en el párrafo 3º del artículo 20 del ER (*Non bis in idem*). Es decir, en un panorama como el descrito este presupuesto por lo menos implica a primera vista un primer acercamiento a los efectos internos de tales fundamentos.

En el primer caso, es posible advertir las consecuencias del principio de legalidad, frente a los principios de comprendidos en el artículo 22 del Estatuto de Roma (ER, en adelante) y en el segundo evento, se advierten las consecuencias del principio de *non bis in idem*, bajo las condiciones del Estatuto de Roma¹⁸. En tercer lugar, se observa el diagnóstico actual de la legislación nacional frente a la posible competencia complementaria de la CPI.

En concreto, se puede establecer que el principio de legalidad del ER, excluye la posibilidad de que la Corte Penal Internacional ejerza su competencia sobre delitos no consignados en él (reglas de *lex scripta*, *lex praevia*, *lex stricta*

18 En este contexto, es preciso tener en cuenta inicialmente, además de lo señalado en el artículo 93 de la Constitución de 1991, que permitió la incorporación del Estatuto de Roma al Derecho interno, lo dispuesto en el art. 2º de la Ley 599 de 2000, que consagra en materia penal, el denominado principio de Integración de las normas e instrumentos de derechos humanos ratificados por el Estado colombiano (art. 2º Ley 599 de 2000).

y *lex certa*) (Ambos Kai & Guerrero, 1999, p.115), mediante el desarrollo de normas que señalan que nadie será penalmente responsable a menos que su conducta constituya, en el momento en que tiene lugar un crimen de competencia de la Corte (artículo 22.1 ER).

Además, en la competencia de la CPI, se consagra un principio de interpretación restrictiva de la definición de crimen y prohíbe su extensión por analogía (artículo 22.2 ER). Lo anterior, sin desmedro de la tipificación como se ha dicho, de una conducta como crimen de Derecho internacional, independientemente de lo estipulado en el Estatuto de Roma (artículo 22.3 ER). Por su parte, los artículos 22 y 23 consagran los principios *nullum crimen y nulla poena sine lege*, como también lo hace el artículo 29 de la Constitución política de 1991¹⁹. Desde este criterio se puede afirmar que los principios constitucionales que rigen el imperio de la ley en materia penal, aparecen desarrollados en el Estatuto de Roma, a través de las normas comentadas, excepto las previsiones del numeral 3º del Artículo 22 referido que permiten una interpretación aun por fuera del instrumento mencionado.

A su turno, el principio de irretroactividad "*ratione personae*" consagrado en el artículo 24 ER, más que una prohibición a los efectos retroactivos de la ley, impone que conductas como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, además de que se encontraban descritos en el derecho internacional de los derechos humanos y por el Derecho internacional humanitario antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, deben ser investigadas y sancionadas por las jurisdicciones nacionales o por otros tribunales internacionales.

Frente a este punto se reitera además, la existencia de un compromiso internacional para su represión y el reconocimiento de una jurisdicción universal para su juzgamiento por cualquier Estado.²⁰ Con respecto al Derecho interno, todavía falta revisar todos los alcances precisos de los diferentes crímenes en el sistema penal interno y si los mismos pueden tener fundamento en normas especiales por fuera del estatuto punitivo interno, como la Ley 1268 de 2008 que incorporó los elementos del crimen y las reglas de procedimiento y prueba del ER, al sistema interno.

19 Corte Constitucionall, Sentencia C-578 de 30 de julio de 2002. M.P. Manuel José Cepeda.

20 Principio de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de culpables de crímenes de guerra, o crímenes de lesa humanidad. Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas, 3 de diciembre de 1973. O'Donnell Daniel et al. Ob. cit. p. 92.

Ahora bien, para verificar de manera precisa los fundamentos normativos internos de los cuales se erige el principio analizado (legalidad de los delitos), Fernando Velásquez puntualiza que “[...] la denominación de principio de legalidad se justifica por cuanto la intervención punitiva del Estado, al configurar las conductas punibles y determinar y ejecutar sus consecuencias (penas y medidas de seguridad), debe regirse por el imperio de la ley [...]” (Velásquez, 2002, p. 57). De tal suerte que este principio desde el punto de vista formal “[...] significa una prerrogativa para la ley penal en virtud de la cual solo ella está autorizada para regular las materias susceptibles de punición [...]”²¹

De otra parte, es preciso advertir la presencia de normas que permiten la inclusión de instrumentos internacionales (Art. 2º Ley 599 de 2000) en el ordenamiento penal, que van a generar influencia en el alcance interpretativo de sus cláusulas (Fernández, 2000, pp.128-129)²². Frente a ello, es importante destacar en concreto, en lo concerniente al principio de taxatividad, que este debe tomarse en cuenta como una de las expresiones más determinantes del principio de legalidad descrito en el art. 6º de la Ley 599 de 2000²³.

Esta norma concuerda en lo referente a su primer inciso, con los preceptos del art. 6º de la Constitución Política de 1991, que señala la responsabilidad de los ciudadanos frente a la ley preexistente, aspecto que también es desarrollado en el artículo 28 de la Carta citada, al mencionar que nadie podrá ser detenido, ni arrestado o reducido a prisión sino conforme a las normas pre-

21 *Ibíd.*, p. 57.

22 Los postulados nacionales sobre el particular, en opinión de Juan Fernández Carrasquilla siguen esta corriente y en la Constitución de 1991, en su artículo 29.2., se enuncia en materia penal, el desarrollo de “leyes preexistentes al acto que se imputa” y cuyo artículo 150 atribuye privativamente al Congreso, la función de hacer las leyes. Es decir, existe un criterio de estricta legalidad.

23 El artículo 6º de la Ley 599 de 2000 señala: “...Art. 6 .- Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados. La analogía solo se aplicará en materias permisivas...(negrillas fuera de texto)”

viamente descritas en la ley²⁴. Por su parte, en los instrumentos internacionales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, se reitera esta necesidad de establecer un concepto preciso de ley preexistente para el juzgamiento de conductas punibles al indicar en su artículo 15.1., que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional²⁵. Este instrumento como se observa también conserva una base similar al numeral 3º del artículo 22 objeto de análisis, sin embargo, la fuente internacional no hace mayores consideraciones al respecto.

De la reunión de dichos criterios, tanto de legislación interna como internacional, se deduce con claridad que para efectos punitivos, es preciso la descripción concreta de la ley con anterioridad a la comisión del hecho punible²⁶. Es decir, no se sancionan las conductas *ex post facto*, con lo cual frente a la tipicidad, será de suma importancia, tener en cuenta este ámbito de aplicación en el terreno de las conductas que son advertidas desde el Estatuto de Roma con respecto al Derecho Interno. Para mayor claridad en este sentido, el artículo 10º de la Ley 599 de 2000 señala el alcance de la tipicidad en donde la ley define de manera inequívoca, expresa y clara las características

24 Los artículos de la Constitución de 1991 expresados, señalan lo siguiente: “[...] ART. 6º—Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

ART. 28.—Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles...”

25 Este pacto fue suscrito por Colombia en diciembre 21 de 1966, aprobado mediante Ley 74 de 1968, depósito de instrumento de ratificación en octubre 29 de 1969 y entrada en vigor para Colombia en marzo 23 de 1976. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/PACTO%20INTERNACIONAL%20DE%20DERECHOS%20CIVILES%20Y%20POLITICOS.php>. Consultada el 20.01.2013.

26 La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 / 72), establece lo siguiente en este aspecto: “[...] ART. 9º—Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello...” Esta convención también denominada Pacto de San José fue suscrita en San José de Costa Rica en noviembre 22 de 1969, aprobada mediante Ley 16 de 1972, depósito de instrumento de ratificación en julio 31 de 1973 y entrada en vigor para Colombia en julio 18 de 1978.

básicas estructurales del tipo penal. Frente al literal 3º del art. 22 ER, examinado no se derivan insumos relacionados con la amplitud jurídica observada y menos aún si tales aspectos se confrontan con el principio de favorabilidad en donde la discusión conserva el mismo nivel de inquietudes frente a su viabilidad interna.

De igual forma, este principio desarrollado en virtud de la conducta penal (Art. 9º Ley 599 de 2000) como elemento integrante de la misma para su configuración, de acuerdo con lo analizado, aparece desarrollado en los artículos 22.1 y 2 del ER. que señalan, que nadie puede ser condenado por un hecho no contemplado como crimen del Estatuto, al exigir como lo refiere la profesora Ana Cristina Andrés la analogía en perjuicio del reo (Andrés Domínguez, 2006, p. 126)²⁷. Sin embargo, la diferencia se torna ostensible frente al numeral 3º del art. 22 ER indicado anteriormente.

En este sentido, el principio de legalidad interno, se observa ampliado y genérico de igual forma, en las conductas descritas en el ER, en particular en las conductas de lesa humanidad definidas en el artículo 7 ER., pues allí aparecen definiciones amplias e indeterminadas, por ejemplo, en el literal K que se refiere a otros actos inhumanos de gravedad comparable y en el artículo 22.3 ER, que permite acudir a otras tipologías internacionales descritas en el Derecho internacional, como se anotó anteriormente. Sobre este punto, vale decir que en la redacción de esta última norma, en la Comisión de Derecho Internacional, no tuvo acogida la postura sobre los principios generales del Derecho y de todas formas, la legalidad estricta, permite por lo menos acudir a otras Fuentes del Derecho Internacional (Ambos Kai, 2001, p. 21).

Esto sin duda genera las discordancias con el Derecho interno, dadas las fuentes consuetudinarias de las cuales procede y desde la perspectiva expuesta, obliga necesariamente a su interpretación o a su adecuación normativa en el sistema penal interno. Es decir, su modificación resulta inevitable dada la importancia del instrumento en mención, sin embargo, ello se encuentra autorizado por el Acto legislativo 02 de 2001 que como se pudo observar, permite otros tratamientos diferentes, solamente en el ámbito de competencia regulado en el instrumento de Roma de 1998.

De acuerdo con lo anterior sin duda el desarrollo de instrumentos internacionales en materia de persecución de crímenes internacionales ha sido un factor preponderante desde la posguerra en 1945, adicionando elementos

²⁷ El artículo 23 recoge la garantía penal; y, por último, el artículo 24 contiene la prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables, así como la excepción de retroactividad de las normas penales más favorables.

que motivaron la generación de instrumentos destinados a su represión internacional. Los mismos, en el escenario de los tribunales de Nüremberg, así como de los posteriores juicios internacionales, como el Tribunal para la antigua Yugoslavia y Ruanda, tuvieron la virtud de configurar conductas que por su naturaleza deben ser acogidos por la comunidad de naciones en torno a principios como el de legalidad con una naturaleza más flexible que los del Derecho interno para lograr su eficaz represión.

Este fundamento se acompañó por principios de jurisdicción universal que permitieron en algunos países la apertura de investigaciones en contra de personas con motivaciones similares denominadas, interés de justicia; sin embargo, los mismos carecían de coercibilidad, hasta la adopción del Estatuto de Roma que no solo fundamentó el establecimiento de un consenso en torno a una jurisdicción penal internacional, sino también en la configuración de una estructura jurídica basada en principios que generan una nueva concepción de legalidad penal internacional.

De todas formas, el principio de legalidad desde este punto de vista internacional, en principio conserva la concepción según la cual, no hay tipo penal, pena, medida de seguridad sin ley escrita, estricta, cierta y previa (Velásquez Velásquez, pp. 60-61). Este principio rige tanto en el Derecho interno como en el ER (arts. 22 a 24) como límites del *ius puniendi*, tanto nacional como internacional, pues se trata de una definición tradicional, en frente de una cantidad de circunstancias conflictivas y legislaciones paralelas de índole penal. No obstante en materia procesal, se conserva el principio de interés de justicia (art. 53 ER) que podría tener cierto margen de discrecionalidad por parte del Fiscal, para ejercer la acción punitiva aun frente a situaciones que podrían contener desde la legalidad sustancial las conductas perseguibles en el ER (art. 5º).

Así mismo, se reitera el presupuesto actual en virtud del cual, si la ley es escrita (art. 22.1. ER), no es posible acudir en nuestro sistema al derecho consuetudinario para crear tipos penales, ni imponer la costumbre para tal efecto. Frente a este punto y dadas las modificaciones internacionales, persiste con respecto al Estatuto de Roma, lo señalado en definiciones indeterminadas derivadas del art. 22.3 ER que permite acudir a otras tipicidades descritas en el Derecho internacional, por fuera de los límites del propio instrumento, así como la establecida en el literal K del artículo 7º ER, relativa a otros actos inhumanos de carácter similar que supone un ámbito bastante indeterminado si se confronta con el Derecho interno. Así mismo, en cuanto a la ley estricta, no es posible acudir a la analogía para la determinación del tipo penal, para

llenar vacíos que se presenten, salvo la aplicación in *bonam parte* a favor del reo, por mandato exclusivo del artículo 6º del Código Penal referenciado anteriormente. Esta prevención puede ser contenida en el literal 2º del artículo 22 del ER. Por lo anterior, pese a los detalles anteriores, el sistema interno colombiano tiene elementos que hacen posible afrontar la responsabilidad de personas procesadas ante la Corte Penal Internacional.

5. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DERIVADA DE LOS CRÍMENES DE LA CPI, MÁS ALLÁ DE LA LEGALIDAD PENAL INTERNA

Frente a este punto conviene precisar que más allá de los efectos dogmáticos indicados e independientemente de las condiciones legales que se destacan anteriormente, el fundamento que permite inicialmente considerar en los puntos advertidos una posible prevalencia internacional del ER, sobre el Derecho interno, proviene del criterio de la jurisdicción universal que permite la persecución de actos que vulneran directamente valores e intereses comunitarios (Sánchez Legido, 2004, pp. 37-38).

Es decir, este fundamento de prevalencia que inicialmente aparece en el artículo 21 del ER destaca preocupaciones relevantes en materia de persecución de crímenes no solo de trascendencia internacional, sino también de hechos actualmente impunes. De tal suerte que la inquietud gira en torno a la justicia material, con los obstáculos y dificultades que se generan al no contar con límites más flexibles de la legalidad penal. En último término, estos valores se resumen en la lucha contra la impunidad internacional que es el objeto principal de la jurisdicción universal que se representa indudablemente en el ER, de allí la posibilidad de superar el criterio normativo interno incluso de alcance constitucional, para preservar valores constitucionales en materia punitiva internacional.

En tal sentido, en criterio de Zafaronni ER, este fenómeno de la impunidad se caracteriza por etapas de comisión de los crímenes, en donde el poder de contención judicial de la violencia criminal estatal siempre está reducido a la impotencia. Según su criterio, los crímenes que aquí interesan no son hechos

aislados, sino resultado de un plan sistemático, llevado a cabo por un aparato que puede ser del Estado (Zaffaroni, 2001, pp. 53-54).

El poder judicial ha sido marginado en este caso con la creación de dos sistemas penales paralelos: a) uno público encargado de las detenciones y juzgamientos llevados a cabo al margen del sistema penal formal; y b) otro subterráneo (organización criminal estatal) al que se encarga de la sistemática práctica de esos crímenes (pp. 53 y 54).

Siguiendo este argumento puede afirmarse que este fenómeno, puede verse con mayor evidencia en los crímenes que son objeto de la competencia de la CPI, en donde incluso pueden concurrir tales crímenes con episodios de agresión, confrontación, conflicto armado interno u otros. Sencillamente como lo señala Zaffaroni, este episodio pudo verse en las dictaduras regionales de Latinoamérica (pp. 53-59) y para adicionar este concepto también se puede advertir en la compleja situación de violencia política en Colombia. Sobre este aspecto, precisamente, en virtud del principio universal, estos fenómenos de criminalidad sistemática han tenido como consecuencia internacional, las causas abiertas en países europeos contra sus perpetradores, por ejemplo, las condenas en Francia contra un oficial argentino en razón de la nacionalidad de las víctimas y más recientemente, el señalamiento de la justicia italiana contra dos altos oficiales y algunos miembros de una policía fronteriza (Casese Antonio & Delmas-Marty Mireille, 2007, pp. 34-35).

Pues bien, atendiendo este desarrollo del principio universal, puede verse que en virtud de la CPI, el mismo cobra vigencia multilateral y ya no obedece a los principios de Derecho interno de determinado país. En todo caso, este principio de jurisdicción universal comienza a perder importancia en virtud del Estatuto de Roma, toda vez que definitivamente la CPI define los problemas de limitación de la Justicia Universal que residían en campos que eran de menor recibo en razón de su falta de fuerza vinculante.

En este contexto, los criterios expresados obedecen a las fuentes del Estatuto de Roma (ER), con la diferencia de que en este último, la competencia es de un organismo supranacional y no estatal vigente para el caso colombiano como pudo observarse anteriormente. Así mismo, el concepto de lesión de bienes jurídicos que interesan a la comunidad internacional, constituye el fundamento más relevante de la jurisdicción universal concebida en el art. 1º ER, y al mismo tiempo, le confiere a la CPI, la potestad de lucha en abstracto contra la impunidad en el plano internacional, bajo las condiciones que el ER establece para el ejercicio de su competencia, más aún en el caso nacional, en donde no solo en virtud del proceso constitucional de reforma e incorpo-

ración del tratado al Derecho interno nos incluye como Estados parte, sino también en razón de que el contexto nacional es propicio para el ejercicio de dicha competencia.

Frente a este punto, para analizar si las situaciones que activan la competencia de carácter complementario que en último término residen en la voluntad y la capacidad del Estado para adelantar las investigaciones que superen precisamente el umbral de gravedad que se refleja en el factor material de competencia (art. 5º ER), implican frente al Derecho interno, que en el caso colombiano se cuente con normas de referencia que permitan este reenvío de competencias y, por lo tanto, de dicha competencia por parte de la CPI. No solo se verifica esta posibilidad mediante la figura del bloque de constitucional, sino también en una serie de principios del sistema penal que así lo prevén.

En efecto, en primer lugar, con respecto a los fundamentos trazados en los numerales 1 y 2 del art. 20 ER, se desarrolla en el sistema penal, el principio de *non bis in idem*, que de igual forma se establece en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y en el artículo 8º del Código Penal, que en principio prohíbe la doble incriminación, pero a su turno permite el ejercicio de la competencia internacional (Aponte Cardona, 2003, p. 234).

Lo anterior además, puede verificarse en el orden interno, en asocio con lo dispuesto en el artículo 2º del Código Penal denominado principio de integración, que guarda armonía con la salvedad establecida en el art. 8º según el cual: “*A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales*”. Es decir que desde este fundamento aparecen elementos de activación de competencias internacionales en el caso nacional, lo cual aparece coordinado con la competencia de la CPI analizada.

Sin duda, la activación solamente podría darse con decisiones de su aceptación desde la autoridad central designada en el tratado que corresponde a la Cancillería colombiana, junto con las decisiones de los poderes judiciales respectivos, atendiendo incluso las normas sobre cooperación internacional destacadas en el art. 484 del Código de Procedimiento Penal colombiano y demás normas de cooperación internacional que faculden tal coordinación de competencias.

Atendiendo esta premisa, la norma comentada del artículo 8º del Código Penal, y antes de la reforma al artículo 93 de la Carta, siguiendo la exposición del profesor Alejandro Aponte, establecía la posibilidad de introducir excep-

ciones absolutamente limitadas al principio de *non bis in ídem* (p. 234). Se trata, como en otras materias tan polémicas como la imprescriptibilidad, la irretroactividad o, en general, el principio de legalidad, de normas que deben interpretarse de manera muy restrictiva. Según la postura de Alejandro Aponte, este principio debe entenderse, en función de la necesaria armonía con los arts. 17 y 20 del ER y con mayor razón con las nociones de competencia, admisibilidad y en función de las reglas sobre cosa juzgada (p. 234).

Sin embargo, pese a esta interpretación restrictiva que señala Aponte, lo cierto es que en la actualidad, las Cortes internas tienen en claro el alcance de esta relatividad de la cosa juzgada material y la posibilidad de su ruptura interna por virtud de la intervención de instancias internacionales de protección de derechos humanos, para ello basta con citar ejemplos claros del sistema interamericano que han intervenido en el Derecho interno como la masacre de la Rochela, Mapiripán entre otras decisiones proferidas en el caso colombiano²⁸.

Adicionalmente, deben observarse muy en detalle las condiciones exigidas por la Corte Penal para investigar conductas previamente juzgadas, a fin de evitar formas eventuales de uso arbitrario de su competencia (Aponte Cardona, p. 234). En general, este procedimiento de admisibilidad de una situación ante la Corte se encuentra regulado por los artículos 17, 18 y 19 del ER.

De igual forma, se observa que en todo caso se presenta en la práctica una prevalencia de los fundamentos del propio ER, por encima de los principios de Derecho interno, aunque de todas maneras para efectos de la competencia de la justicia internacional, resulta de apoyo a esta competencia, las normas internas que permiten articular las obligaciones internacionales del Estado colombiano para tales supuestos.

De igual forma, en torno al principio analizado, la Corte Constitucional destaca que la autonomía para el ejercicio de la jurisdicción de la CPI no es absoluta y que el Estatuto establece, no solo que dicho ejercicio se hará en las condiciones extraordinarias enumeradas en sus artículos 17 y 20, sino que además, si decide hacerlo, los Estados podrán impugnar dicho ejercicio (artículo 18).

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Sentencia de 11 de Mayo de 2007. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf. Consultada el 10.01.2014. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf. Consultada el 10.01.2014.

En tal caso, se debe determinar que la decisión de la CPI, no se encuentra dentro de las circunstancias autorizadas en los artículos 17 y 20, y por consiguiente se puede apelar ante la Sala de Cuestiones Preliminares, las decisiones que sobre el ejercicio de su competencia tome la Corte Penal o el Fiscal²⁹.

Precisamente este fundamento obedece a que el mandato de la CPI desde el su preámbulo es claro como organismo de juzgamiento que posee una competencia complementaria es decir secundaria (Emanuela Fronza, 2009, p. 64). Frente a este punto, Fronza precisa que debido a esta naturaleza subsidiaria, no se debe confundir un sistema de ejecución indirecta puesto que una vez efectuado el juicio de admisibilidad a nivel internacional, la Corte puede intervenir y de ninguna forma su actuación se subordina a la de los Estados nacionales. En segundo lugar, la Corte como suplementaria es distinta de un juez de apelación o de última instancia o como las Cortes de Derechos Humanos que pueden intervenir cuando se hayan agotado todos los recursos internos (p. 64).

En tal virtud, resulta con mayor razón conveniente los recursos de apelación que realice el Estado sobre la competencia, debido a que una vez definida la admisibilidad se pierde toda potestad judicial por parte de la jurisdicción intervenida. De allí en adelante, la responsabilidad individual penal será objeto de persecución por otra instancia en este caso internacional.

En síntesis, dados los elementos examinados, no existen fundamentos que impidan el ejercicio de la Competencia Internacional de la CPI en el Derecho interno, frente a una situación que sea examinada y que pueda redundar en la calificación de un caso concreto, dado el contexto colombiano propicio para tal efecto. Sin objeción el contexto nacional se verifica en las condiciones *rationae materiae* del artículo 5º de la CPI, sin embargo, se pueden dar múltiples fases antes de que este hecho se pueda llegar a dar efectivamente, pero al menos en el plano normativo aparecen autorizaciones expresas tanto de los mandatos constitucionales y legales para afrontar la responsabilidad internacional en tal sentido.

29 Corte ConstitucionalL, Sentencia C-578 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda..

CONCLUSIONES

Desde la ley cierta, también es necesario anotar que tanto los delitos como las penas y medidas de seguridad en el sistema penal vigente, deben estar consagradas de manera clara, precisa y determinada en el derecho positivo (Velásquez Velásquez, pp. 58-59) y no puede ser aplicada a hechos perpetrados con anterioridad a su vigencia (ley previa)³⁰. Incluso, puede decirse que el sentido establecido en el instrumento de Roma objeto de análisis, mucho menos autoriza la investigación por crímenes no previstos en el orden interno. Esto al parecer determina un nuevo concepto de fuentes y un principio de legalidad ampliado con respecto al concebido en el Derecho interno.

No obstante este punto, persiste la duda alrededor de un sistema penal que en su desarrollo de 50 años hacia atrás, se caracterizaba por una serie de disposiciones que fijaban tanto conductas, como penas al sistema penal y procesal penal codificado en forma paralela. Ahora con estos desarrollos actuales, es imperativo que el principio actual de legalidad tanto de los delitos como de las penas, también permita acoger las influencias innegables que desde el campo internacional, implican una necesaria interpretación moderna del principio analizado incluso frente a sus efectos procesales caracterizados por el interés de justicia (Art. 53 ER).

Frente a este aspecto es importante señalar que el sistema interno concibe los mecanismos necesarios para que se pueda permitir el ejercicio de la jurisdicción complementaria de la CPI, más aún cuando se tienen precedentes de intervención de otros sistemas internacionales de protección de derechos humanos (Sistema Interamericano). En el caso de la CPI, tampoco sería inevitable la intervención en el Derecho interno, al no incorporarse conductas con criminalizadas en el Derecho penal codificado nacional, toda vez que el sistema de fuentes previsto permite una vigencia inicial de las reglas del Estatuto de Roma y casi en tercer orden las reglas y principios del sistema penal interno.

Adicionalmente, puede indicarse que la CPI no tendría inconvenientes en el ejercicio de la competencia en el caso colombiano, al mediar todos los

³⁰ Este concepto puede ser confrontado en sentencias y normas como las siguientes: Corte Constitucional Sentencia C-211 de 1º de marzo de 2000, Sentencia C. 205 de 2003, inc. 3º art. 28, inc. 1º art. 34 Const. Política y art. 10º C.P.

presupuestos necesarios para dicho ejercicio, con lo cual la responsabilidad tanto individual como estatal ante este organismo penal internacional tendría lugar sin objeción alguna, más allá de los recursos legales establecidos para tal efecto en el instrumento internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS KAI (1999). Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma, En: AMBOS Kai y GUERRERO Oscar Julián. *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 115.
- AMBOS KAI (2001). *Temas de Derecho Penal Internacional*. Traducción de DEL CAHO FERNANDO et al. Primera Edición, Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia,
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina (2006). *Derecho Penal Internacional*, Tirant Monografías 456. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, España.
- APONTE CARDONA, Alejandro (2003). *Persecución penal nacional de crímenes Internacionales en América Latina y España*. Montevideo Uruguay: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Instituto Max Planck.
- APONTE CARDONA, Alejandro (2011). *Persecución penal de crímenes internacionales (Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional)*. Pontificia Universidad Javeriana. Fundación Konrad Adenauer. Stiftung. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. Colección Profesores No 48.
- CASSESE, ANTONIO Y DELMAS-MARTY, MIREILLE (2007). *Crímenes Internacionales y Jurisdicciones Internacionales*. Bogotá: Grupo Editorial Norma. Primera Edición 2004. Traducción Horacio Pons.
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Ley 16 / 72). Esta convención también denominada Pacto de San José fue suscrita en San José

- de Costa Rica en noviembre 22 de 1969, aprobada mediante Ley 16 de 1972, depósito de instrumento de ratificación en julio 31 de 1973 y entrada en vigor para Colombia en julio 18 de 1978. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf. Consultada el 10.01.2013.
- Corte ConstitucionalL, *Sentencia C-578 de 30 de julio de 2002*, M.P. Manuel José Cepeda.
- Corte ConstitucionalL, *Sentencia C-211 de 1º de marzo de 2000*, *Sentencia C-205 de 2003*, inc. 3º art. 28, inc. 1º art. 34 Const. Política y art. 10º C.P.
- Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. *Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148*. Párr. 399. P. 139. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia#>. Consultada el 20.01.2013.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, Rad. 24448 de 12 de septiembre de 2007.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Sentencia de 11 de Mayo de 2007*. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf. Consultada el 10.01.2014.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005*. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf. Consultada el 10.01.2014.
- Diario Oficial N° 44663 del 31 de diciembre de 2001.
- EMANUELA, FRONZA (2009). *El principio de complementariedad. Introducción al Derecho Penal Internacional*. Primera Edición. Bogotá: Editorial Universidad Libre.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan (2000). *Principios y normas rectoras del Derecho Penal*. Segunda Edición. Bogotá: Grupo Editorial Leyer.
- JAEN VALLEJO, Manuel (2008). *Crisis del principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Colombia Grupo Editorial Ibáñez.

- O'DONELL, DANIEL et al. (2004). *Compilación de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá: Edit. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS. Suscrito por Colombia en diciembre 21 de 1966, aprobado mediante Ley 74 de 1968, depósito de instrumento de ratificación en octubre 29 de 1969 y entrada en vigor para Colombia en marzo 23 de 1976. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/PACTO%20INTERNACIONAL%20DE%20DERECHOS%20CIVILES%20Y%20POLITICOS.php>. Consultada el 20.01.2013.
- SÀNCHEZ LEGIDO, A. (2004). *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional*. Tirant Monografías 301. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch. España.
- SANDOVAL MESA, Jaime Alberto (2003). *La incorporación de la Corte Penal Internacional. Análisis frente a la legislación colombiana*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. Primera Edición, p. 184.
- SANDOVAL MESA, Jaime Alberto. (2012). *Principio de legalidad y lesa humanidad en el Estatuto de Roma de 1998*. Bogotá: Editorial Universidad Militar Nueva Granada.
- TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala de Justicia y Paz. MP. Léster María González Romero. Rad. 110016000253200880786. Sentencia de 4 de septiembre de 2012.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (2002). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Bogotá: Ed. Temis.
- WERLE, Gerhard (2011). *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Traducción Gutiérrez Rodríguez María y otros. 2ª Edición. Valencia: Ed. Tirant Lo blanch. España.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2001). *Los aportes y desarrollos del poder judicial en la lucha contra la impunidad*. Artículo del libro Verdad y Justicia – Homenaje a Emilio Mignone. San José: Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Costa Rica.

CAPÍTULO XIII

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO FRENTE AL SILENCIO Y LA AMBIGÜEDAD DE LA CONSTITUCIÓN EN LO REFERENTE AL CONTENIDO ESENCIAL DEL PROCESO ANDINO DE INTEGRACIÓN¹

Sumario: 1. Introducción. 2. La Constitución colombiana dificulta el avance del Derecho Andino de la Integración. 3. La tesis de la prioridad jurídico-formal del Derecho constitucional. 4. La tesis de la prioridad jurídico-formal del Derecho comunitario. 5. Deficiencia en la potestad reglamentaria y en la actividad legislativa en los temas propios del Derecho de integración. 6. La responsabilidad del Estado en el marco del Derecho Andino de Integración y la Constitución Política. 7. Conclusiones..

POR CAROLINA BLANCO ALVARADO²

1 El presente artículo de investigación científico es producto del proyecto de investigación titulado: “La contratación estatal en el marco de la Comunidad Andina”, desarrollado en el Grupo de Investigación de Derecho Público de la Universidad Santo Tomás (sede Bogotá), y en la sublínea de contratación estatal. Dicho proyecto de investigación es financiado por la citada Universidad.

2 Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Derechos Fundamentales en la Universidad Carlos III de Madrid, España. Especialista en Derecho Constitucional en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España. Especialista en Derecho Administrativo en la Universidad del Rosario en Bogotá, Colombia. Actualmente es Doctoranda de la Universidad Santo Tomás. Docente de la Universidad Santo Tomás entre otras Universidades del país. E-mail: carolinablancosalvarado@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

Varios doctrinantes han manifestado “Las profundas transformaciones producidas en el mundo por la aparición de complejos y serios problemas globales” (Carrillo, 1985, p. 13); ello, ha decidido a los países interrelacionarse mediante alianzas tipificadas como integraciones para afrontar tan difícil panorama (Dreyzin, 2007). La realidad mundial presenta la aparición de nuevos escenarios y espacios de relaciones que ya no pueden ser solucionados por las funciones clásicas del Estado-nación (Perotti, 2010); esto conlleva a que el concepto de Estado se convierta en algo demasiado complejo (Castells, 1998). En el contexto citado en el que parte de la Doctrina ha considerado procedente la reestructuración de la noción de Estado (Estrada, 2006) o de las funciones del mismo, labor en la que, en modo alguno, los procesos de integración deben adquirir importancia. Dentro de los citados procesos de integración se encuentra la CAN, entendida como una comunidad de Derecho que exige por parte de todos los Estados miembros el sometimiento a un mismo Derecho en aquellas materias en las que se ha realizado la transferencia del ejercicio de competencias en favor de la comunidad (Alcoceba, 2008) y como una organización internacional cuya naturaleza jurídica es secundaria y funcional, por cuanto su subjetividad jurídico-internacional depende de la voluntad de los Estados y porque sus funciones o competencias se restringen a las que explícita o implícitamente les atribuyan los Estados miembros en el derecho primario u originario.

Siempre se ha considerado, como un dogma, el monopolio de la creación del Derecho por parte del Estado. Este principio fundamental, se encuentra en quiebra desde el inicio mismo del proceso de integración andina. El Derecho ya no es creado solo por los Estados andinos, sino que además de este, y de modo cada vez más intenso y extenso, lo es por parte de entes supranacionales, como la Comunidad Andina (Blanco, 2011a). En definitiva, en el Derecho Andino de la Integración u Ordenamiento Jurídico Andino, se produce la pérdida de la capacidad reguladora de la “ley” y de la unidad y coherencia de las fuentes del Derecho [...]. La situación descrita conduce al Derecho Andino de la Integración *en* “una relación *sui generis* con los ordenamientos jurídicos de los países que conforman a la Comunidad Andina (CAN)” (Blanco, 2011a, p. 109).

La multiplicación de las instancias productoras de derecho y el entramado de sus respectivos ámbitos de validez nos coloca ante una panorama jurídico difuso (Campuzano, 2008); ejemplo de dicha circunstancia lo encontramos en las relaciones jurídicas entre el Derecho internacional, el Derecho nacional y el Derecho comunitario. El Derecho internacional y el Derecho nacional comenzaron a confundirse en todas aquellas materias que comenzaban a ser reguladas por un nuevo ordenamiento: el Derecho de la integración, cuya estadio más avanzado de evolución lo constituye el Derecho comunitario. De esta forma, el Derecho comenzaba a convertirse en un fenómeno esencialmente tridimensional, en la medida en que entre las dimensiones nacional e internacional se intercalaba una nueva dimensión: la dimensión comunitaria (Quindimil, 2006). Es así como en el Derecho comunitario coexisten elementos autónomos o propiamente comunitarios (tratados constitutivos y Derecho derivado), elementos de Derecho internacional general (acuerdos de los Estados miembros entre sí o con terceros Estados, acuerdos de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo) y elementos de Derecho interno (medidas de desarrollo y de colaboración del Derecho nacional con las normas e instituciones comunitarias). Este entramado jurídico convierte al Derecho comunitario en un ordenamiento sumamente complejo, en el que se distinguen tres bloques normativos: 1) El Derecho primario u originario [tratados constitutivos]. 2) El Derecho derivado o secundario [reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes]. 3) El Derecho complementario (jurisprudencia, costumbre, principios generales del Derecho, Derecho internacional) (Maside, 1992).

Cuando se contextualiza el Derecho Andino de Integración con el Derecho Constitucional colombiano se concluye la ausencia de claridad del marco constitucional de lo que es y debe ser el proceso andino de integración y como consecuencia de ello, la falta de claridad para la solución de conflictos jurídicos que se puedan presentar entre los contenidos de la Carta Política colombiana y el Derecho Andino de Integración, aspecto que en modo alguno, repercute en la responsabilidad del Estado colombiano si este llegara a infringir normas propias del Derecho Andino de Integración.

LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DIFICULTA EL AVANCE DEL DERECHO ANDINO DE LA INTEGRACIÓN

El concepto de integración constituye un desafío constante a las funciones clásicas del Derecho constitucional (Chofre, 2007). Lo anterior, en razón a que el Derecho Andino de la Integración como orden jurídico autónomo, dotado de efecto directo y supremacía, sobre el ordenamiento nacional, en modo alguno, provoca conflictos y problemas de coordinación con la Carta Política.

La Constitución Política colombiana contempla dentro de su normativa aspectos que en general, favorecen la posibilidad de pertenecer a esquemas de integración y de formar parte de órganos supranacionales. Para el efecto, desde el preámbulo de la misma se manifiesta que: “El pueblo de Colombia en ejercicio de su poder soberano y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana decreta, sanciona y promulga la siguiente Carta Política de Colombia.” De la misma manera, en el artículo 9, párrafo segundo, orienta su política exterior “hacia la integración latinoamericana y del Caribe”.

En lo referente a las funciones específicas del Congreso, el artículo 150 numeral 16 establece la facultad de delegar ciertas competencias cuyo objetivo sea la integración, al manifestar:

Aprobar e improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones que tengan por objeto consolidar la integración económica con otros Estados.

En concordancia con lo dispuesto anteriormente, el artículo 227 de la ley fundamental colombiana ratifica su postura integracionista, al proponer en su última parte que: “La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano”. Adicio-

nalmente, prevé que “El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones”.

A pesar de dicho marco normativo constitucional, consideramos que la carta política colombiana es obstáculo para el avance del proceso de integración andina, por los factores que a continuación se desarrollan:

- *Ausencia de Disposiciones Constitucionales que Reconozcan la Supremacía del Ordenamiento Jurídico Andino Derivado:* al verificar el contenido de la Constitución colombiana, se puede constatar que la misma no establece clara y expresamente la eficacia plena del ordenamiento jurídico andino derivado. Si bien la Corte Constitucional colombiana ha manifestado el carácter prevalente y de supremacía del Derecho Comunitario Derivado, ello no es suficiente para lograr una verdadera supremacía y prevalencia de dicho Ordenamiento Jurídico. De hecho, parte de la Doctrina, ha considerado la necesidad de reformas constitucionales, previendo la supremacía del derecho de la integración derivado, sobre el derecho interno (Tremolada, 2006).
- *Omisión en el proceso de transformación de norma internacional a norma comunitaria del Derecho Comunitario Originario:* el Derecho Constitucional colombiano ha asumido como presupuesto para la vigencia del Derecho Internacional, que los tratados que se suscriban deberán ser recepcionados por ley para que produzcan los efectos deseados. Lo anterior también resulta aplicable a los Tratados, Acuerdos y Protocolos que conforman el Ordenamiento Jurídico Andino (Insignares, 2007). Al respecto, se considera, que los tratados constitutivos de todo proceso de integración requieren de un proceso de transformación, en el que las normas contenidas en dichos tratados no se rijan por normas y principios internacionales, sino por principios propios e independientes que permitan el desarrollo adecuado de las finalidades propuestas por los Estados miembros (Diez-Hochleitner, 1998).

La ausencia de principios propios orientadores que orienten el proceso de recepción del Derecho Originario Comunitario Andino al Derecho Interno, ha generado como consecuencia que los tratados internacionales que crean los compromisos y las instituciones que garantizan las finalidades propias del proceso de integración andino, jurídicamente, no tienen una trascendencia mayor que los tratados internacionales en otros campos; por tanto, se debe negar que la fuerza vinculante de aquellos tratados sea mayor. Lo anterior no acontece en la Unión Europea, pues para la jurisprudencia y la doctrina europea, los tratados que versan sobre el desarrollo de espacios regionales integrados, implican normas internacionales cuya naturaleza jurídica es diferentes a las del clásico Derecho intencional (Diez -Hochleitner, 1998), pues ya no hacen parte de una estructura normativa guiada por los principios de buena fe y *pacta sum servanda*, sino que además de ello, son normas con una fuerza coercitiva real respaldada en instituciones legítimamente constituidas (Palomares, 2008); aspectos que aún no se evidencian en el proceso andino de integración.

- *La ausencia de claridad de las normas constitucionales para el ejercicio de competencias soberanas colombianas por parte de la CAN:* de la lectura del articulado de la Constitución colombiana no se permite concluir que mediante una cláusula general de competencia se permita de manera clara y expresa la cesión del ejercicio de competencias soberanas. En este sentido, es de relevancia anotar que para que el Estado pueda ceder parte del ejercicio de su soberanía es necesario un claro soporte constitucional para que se configure la soberanía comunitaria (Palomares, 2006).

La Carta Política colombiana no prevé que la CAN tenga la capacidad autónoma para decidir sobre su propio futuro y ello se evidencia por la ausencia de normas constitucionales que establezcan el ejercicio autónomo y con independencia de las competencias que el Estado colombiano le ha transferido a la CAN. En concordancia con lo dispuesto anteriormente; de la lectura de la normatividad constitucional colombiana, en lo relacionado al ejercicio de las competencias que Colombia ha transferido a la CAN, se puede constatar que las mismas se constituyen en normas abiertas, y a veces ambiguas, como quiera que las mismas no determinan específicamente qué temas y subtemas puntuales son los que pueden ser gestionados por la Comunidad Andina y los criterios fácticos y en tiempo, para el desarrollo de las mismas.

Inexistencia de normas constitucionales en la Carta Política que permitan dinamizar el Derecho Derivado Comunitario Andino: el constitucionalismo ha sido incapaz de proyectarse en la esfera internacional (Campuzano, 2008) y ello se hace evidente cuando al verificar el contenido de la Carta Política colombiana, se puede constatar que no existen normas constitucionales que dinamicen el Derecho Derivado Comunitario Andino. Como consecuencia de lo anterior, no existen mecanismos constitucionales que permitan otorgar celeridad a la eficacia de las Decisiones y Resoluciones emitidas por la CAN.

Ambigüedad en la solución de conflictos jurídicos entre el Derecho Andino de la Integración y el Derecho Constitucional: el Ordenamiento Jurídico colombiano no prevé claramente la prevalencia del Derecho Andino de la Integración respecto de la Carta Política. Consideramos que, si bien la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, dispone en su artículo 25 que “todo tratado obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”; y en el artículo 27, inciso 1º, que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”; se considera que a pesar de la claridad de la citada normatividad, la misma, no resuelve problemas jurídicos propios de la contradicción que pueda evidenciar el Derecho comunitario andino originario con la Carta Política colombiana o con normas que ostenten el mismo nivel de jerarquía que la Constitución; por ejemplo, con leyes orgánicas o leyes estatutarias.

La Constitución colombiana no contiene un enunciado normativo que afirme de forma conclusiva la primacía de las normas constitucionales nacionales sobre las normas comunitarias; a pesar de establecer normas que permiten la apertura del ordenamiento nacional a la integración supranacional, lo que proyecta una larga sombra de duda sobre la primacía de las normas constitucionales nacionales (Menéndez, 2007). Para el efecto, es pertinente anotar que con la Carta Política de 1991, se consagró como principio fundamental, la prevalencia de la norma constitucional sobre las normas del derecho internacional y, en este sentido, el artículo 4º de dicha normatividad dispone que “la Constitución es norma de normas” y que “en todo caso de incompatibilidad de la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicaran las disposiciones constitucionales”. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana mediante Sentencia C-400 de 1998 y cuyo Magistrado Ponente fue Alejandro Martínez Caballero; por la cual se declaró la exequibilidad de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales; se reiteró el valor prevalente de la Constitución, indicando clara y expresamente, dos

excepciones al particular: 1) Tratados que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en Estados de excepción, los cuales se integran al bloque de constitucionalidad y 2) Tratados de límites fronterizos, esto último, en aras de mantener la convivencia del Estado colombiano en paz y como quiera que dichos tratados regulan uno de los elementos del Estado. En este orden de ideas, la jurisprudencia de la mencionada Corte Constitucional, ha reiterado que en el Derecho interno, los tratados internacionales no prevalecen sobre la Constitución, salvo en lo referenciado a los dos aspectos mencionados anteriormente. Sin embargo, es pertinente anotar que existe en la actualidad una tercera excepción, atendiendo al contenido del artículo 93 de la Constitución colombiana, pues por vía jurisprudencial la Corte ha abierto camino a la tesis según la cual el derecho emanado de los organismos supranacionales de integración andina prevalecen sobre el orden interno (Ramírez, 2008). Así pues, en sentencias C-231 de 1997 y C- 227 de 1999, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, se consideró que el Derecho comunitario, como consecuencia de su característica de normatividad supranacional, prevalece en el orden interno; sin establecer claramente si dicha prevalencia también implica la prevalencia del Derecho Andino de la Integración sobre el Derecho constitucional.

Ahora bien, si se tratara de anteponer la primacía del Derecho Andino de la Integración, a la Constitución colombiana, hay que decir que ello sencillamente no resulta de recibo, en razón a que la Constitución colombiana se aplica en los ámbitos que siguen siendo competencia del Estado miembro, pero en los ámbitos atribuidos a la Integración Andina, en este último evento, se aplica el Derecho Andino en toda su plenitud y el Estado no puede invocar la Constitución para impedir los efectos de la norma comunitaria andina (Plata, 2009) y además porque, a pesar de la ausencia de técnica normativa en las normas constitucionales relacionadas con el proceso andino de integración, la Constitución colombiana es fundamento de la validez y aplicabilidad del Derecho comunitario sobre el territorio del Estado. Para el efecto, consideramos la plena autonomía del Derecho Andino de la Integración y del Derecho Constitucional, lo que implica que en el territorio colombiano serán aplicables simultáneamente dos ordenamientos plenamente autónomos: el comunitario y el constitucional (Menéndez, 2007). De lo contrario, estaríamos configurando una doble soberanía, lo cual en nuestro criterio desborda la naturaleza jurídica de dicho concepto.

En todo caso, y apelando a lo dispuesto por la Doctrina de la Unión Europea, a continuación procederemos a establecer los principales fundamentos que la

Doctrina ha desarrollado para justificar la prevalencia del Derecho Constitucional o del Derecho Andino de la Integración, frente a conflictos que se puedan evidenciar en los mismos:

La tesis de la prioridad jurídico-formal del Derecho constitucional: esta tesis afirma que el Derecho constitucional ha de primar sobre el Derecho comunitario dado que una buena parte de las normas del Derecho comunitario presuponen para su eficacia, la previa existencia de normas constitucionales; es por ello que si bien los tratados internacionales son los que dan inicio a la integración de los Estados, los mismos se estructuran con apoyo en las Constituciones nacionales de los Estados miembros. Dicha tesis fundamenta la prevalencia del Derecho constitucional considerando que el Derecho comunitario es el fruto de la voluntad concordante de los Estados miembros fundadores expresada de conformidad con las exigencias de cada una de las normas constitucionales. Lo dispuesto, permite afirmar que para esta teoría, la reconstrucción de la cadena de validez de cualquier norma comunitaria se retrotrae a las normas constitucionales nacionales en aplicación de las cuales se aprobaron las correspondientes leyes nacionales mediante las que se ratificaban los tratados que conforman el ordenamiento jurídico andino. Otro fundamento de la tesis en análisis, lo constituye la legitimidad democrática de la Constitución Política, la cual es más intensa que la del Derecho comunitario, en razón a que las cartas políticas están respaldado por la más alta de las legitimidades democráticas (Menéndez, 2007).

La citada teoría resulta criticable por los siguientes aspectos:

- a. Por la doctrina comunitaria del efecto directo del Derecho comunitario, que implica que una vez que las normas comunitarias son aprobadas y entran en vigor siguiendo el procedimiento legislativo establecido en el derecho comunitario, los derechos y obligaciones que de ellas se derivan quedan determinados por una regla comunitaria (Menéndez, 2007). Es importante observar que esta regla es aceptada pacíficamente en la práctica constitucional andina.
- b. La teoría de la primacía del Derecho constitucional tiene graves dificultades para dar cuenta de la profunda transformación de la identidad constitucional de las cartas políticas de los Estados miembros. Al ser Colombia Estado miembro, ello implica una redefinición supranacional de los principios

constitucionales básicos del orden constitucional, porque la adhesión de Colombia como miembro de la CAN supone la observancia de los principios constitucionales comunitarios, lo que implica que una vez que un Estado se convierte en miembro de la CAN, su identidad constitucional depende de la satisfacción de las condiciones sustantivas fijadas por el Derecho comunitario (Menéndez, 2007).

La tesis de la prioridad jurídico-formal del derecho comunitario: la teoría en análisis establece que el reconocimiento del efecto directo de las normas comunitarias, presupone la primacía de la norma comunitaria sobre la constitucional (Menéndez, 2007). La citada tesis se sustenta en la interpretación sistemática del Acuerdo de Cartagena, y en este sentido prevé que los Estados miembros, de conformidad con el Acuerdo de Cartagena y demás protocolos que lo han reformado, adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del citado Acuerdo y que los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del Acuerdo de Cartagena. De esta norma se deriva una obligación de “lealtad constitucional” por parte de los Estados miembros hacia la CAN, que se concreta mediante el cumplimiento de principios básicos del derecho comunitario que “condicionan” la adquisición y mantenimiento de la condición del Estado miembro. De ello se deriva la primacía lógica de los principios básicos del Derecho comunitario sobre el Derecho constitucional nacional, en la medida que su cumplimiento viene exigido por el ordenamiento jurídico andino y su incumplimiento puede dar lugar a la pérdida de la condición e identidad de Estado miembro.

EL LEGISLADOR EN EL PROCESO ANDINO DE INTEGRACIÓN

Frente a los factores enunciados en el acápite anterior, resulta procedente preguntarse si el silencio del constituyente en relación con el proceso andino de integración, fue inofensivo, o más bien dicho silencio es una forma de hacer

política, lo cual también tiene graves consecuencias jurídicas. Al respecto, consideramos que dicho silencio se constituye en una forma más de hacer política. En nuestro criterio, el silencio y la ambigüedad de la Carta Política colombiana en lo referente al proceso de andino de integración, obedece fundamentalmente a la ausencia de intención del Estado colombiano de configurar al proceso andino de integración como una verdadera política de Estado. Para tal efecto, es pertinente anotar que desde el inicio de la Comunidad Andina, la integración andina ha sido liderada mediante políticas de Gobierno, lo que ha generado que esta se constituya en un proceso burocrático, supeditado al gobierno central.

Es por lo anterior, que si bien la Carta Política colombiana contiene normas positivas que ordenan al legislador realizar determinadas misiones o perseguir determinados fines, dentro de los cuales se encuentran la promoción del proceso andino de integración; hasta la fecha, no se ha hecho evidente el papel del legislador de promover dicho proceso. Lo anterior obedece principalmente, a la ausencia de voluntad de la rama legislativa del poder público de contextualizarse en el marco del Derecho Andino de la Integración (Blanco, 2011b), a la ausencia de coordinación de funciones entre la Comisión Andina, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores con los legislativos andinos y porque los asuntos exteriores y la política internacional son considerados como prerrogativa exclusiva del Poder ejecutivo. En relación con este último aspecto, es pertinente anotar que, si bien los asuntos exteriores y la política internacional son considerados como prerrogativa exclusiva del Poder ejecutivo; para efectos de la Comunidad Andina (CAN), por las consecuencias sociales, jurídicas y políticas que esta genera en los países miembros, es indispensable la participación de los legislativos de los países miembros. En este sentido, la Doctrina contemporánea ha desarrollado el concepto de diplomacia parlamentaria, como una modalidad de cooperación entre los legislativos y organizaciones internacionales; que para efectos del proceso de integración andino, permite trascender de los límites de la prerrogativa tradicional del Ejecutivo de liderar las relaciones internacionales. En el citado contexto se plantea la necesidad de aumentar las atribuciones del Congreso Nacional con la finalidad de democratizar la acción exterior del Estado; lo cual no implica la sustitución del Presidente de la República en su papel central en este campo, por la del Congreso Nacional, sino buscar un mayor equilibrio, un necesario contrapeso entre ambos poderes (Visión, 2003).

Lo dispuesto anteriormente, no es un problema del Estado de Derecho, es simplemente una conducta del legislador, en este caso omisiva, que puede

estar vulnerando la Constitución porque su inactividad puede estar suplantando la voluntad del soberano. Al respecto, es pertinente no olvidar que la Constitución además de límites, puede establecer en qué casos lo políticamente posible no solamente puede ser lícito, sino debido. La función de la Constitución, en este caso, es la de prescribir con mayor o menor apertura una determinada forma de ordenar el Estado y la sociedad (Bastida, 1991). Es desde esta perspectiva que consideramos obligación del legislador intentar gestionar todas las actuaciones necesarias para que el proceso andino de integración produzca los efectos para los cuales fue creado.

DEFICIENCIA EN LA POTESTAD REGLAMENTARIA Y EN LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA EN LOS TEMAS PROPIOS DEL DERECHO DE INTEGRACIÓN

Si bien la Comunidad Andina ostenta de la competencia de expedición de normas de carácter supranacional, de aplicación inmediata y directa en el orden jurídico interno, en las materias reservadas a su competencia; Colombia también ostenta de competencias residuales o complementarias de naturaleza regulatoria, las cuales generan disposiciones de jerarquía legal y/o administrativa. Las primeras, cuya expedición se atribuye al Congreso de la República, tienen por objeto llenar los vacíos no regulados por las normas comunitarias, sin que su contenido vulnere la respectiva disposición comunitaria. Las últimas, tienen por fin asegurar el cumplimiento de las normas comunitarias y su expedición se atribuye principalmente, al Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria establecida por el artículo 189, numeral 11° de la Carta (Las Transformaciones del Estado [...], 2004).

En consecuencia, si bien el Estado colombiano ha cedido el ejercicio de competencias soberanas en los ámbitos que se han reservado a la Comunidad Andina, no obstante, conserva competencias residuales o complementarias (Plata & Yepes, 2009) que hace efectivas a través de leyes o actos administrativos. Dichos actos administrativos se materializan, por regla general, en De-

cretos Reglamentarios. En relación con estos decretos, el porcentaje de reglamentación a la normatividad comunitaria andina es deficiente. Lo anterior resulta también aplicable, a la ley que pretende dar alcance a las Decisiones y Resoluciones de la Comunidad Andina (Pacheco, 2010).

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL MARCO DEL DERECHO ANDINO DE INTEGRACIÓN Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Parte de la Doctrina ha considerado que en el marco de los procesos de integración, la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla (Núñez & Goig, 2013). Lo anterior en nuestro criterio, es un error ya que el campo de acción de todo proceso andino de integración supone el aval de la norma suprema del ordenamiento jurídico, en aras de que dicho proceso pueda desenvolverse con legitimidad.

Desde la perspectiva del Derecho Andino de Integración, el sistema de organización administrativo es indiferente, ya que es la responsabilidad del gobierno colombiano la que queda comprometida cuando sus órganos e instituciones no cumplen con la normativa andina; en otras palabras, ante la Comunidad Andina, el Gobierno central es el responsable por el incumplimiento de la normativa comunitaria (García, 1998). Es por lo anterior que resulta necesaria la existencia de un marco constitucional que determine clara y expresamente el campo de acción del proceso andino de integración, en aras de evitar la responsabilidad del Estado colombiano por el presunto incumplimiento del Derecho Andino de la Integración, a pesar de que el ente incumplidor directo sean órganos e instituciones del Estado colombiano.

En relación con los efectos de las Decisiones y Resoluciones de la CAN, la Corte Constitucional en Sentencia C-256 del 27 de mayo de 1998 estableció que:

El Acuerdo de Cartagena es un tratado internacional que hace parte del derecho comunitario andino pero no es todo el derecho comunitario andino, dado que este no se desarrolla únicamente a partir de tratados, protocolos o convenciones, puesto que los órganos comunitarios están dotados de la atribución de generar normas jurídicas vinculantes. Por eso, en el caso del derecho comunitario se habla de la existencia de un derecho primario y un derecho secundario, siendo el primero aquel que está contenido en los tratados internacionales, y, el segundo, el que es creado por los órganos comunitarios investidos de competencia para el efecto, cuyas decisiones son obligatorias desde el mismo momento de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Así mismo debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales [...] se desprende la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, de modo que por virtud del traslado de competencias a los organismos supranacionales, las decisiones que éstos adopten rigen inmediata y automáticamente en cada uno de los países miembros y adquieren una prevalencia que torna ineficaces las normas de derecho nacional contrarias al derecho comunitario

De acuerdo con lo anterior, se concluye el reconocimiento expreso a la supranacionalidad del ordenamiento jurídico andino, como fundamento esencial del proceso de integración andino, así como sus características de prevalencia, aplicación directa y efectos inmediatos; y como consecuencia de ello, la admisión de existencia de un derecho comunitario andino primario (tratados) y un derecho comunitario andino secundario (que emana de las atribuciones otorgadas a los órganos comunitarios); y de esta manera, la responsabilidad del Estado cuando este vulnere dicho marco normativo.

Sin lugar a equívocos, el Acuerdo de Cartagena y los demás protocolos y tratados que le otorgan alcance, se constituyen en convenios internacionales obligatorios para el Estado colombiano. Lo anterior, en razón a que en el Derecho constitucional moderno no se puede dejar de lado el papel que juega el Derecho internacional.

En nuestro criterio, si bien reiteradamente la doctrina constitucional ha establecido que los tratados internacionales tienen el valor que la Constitución les asigne y, que como consecuencia de ello, los tratados internacionales que conforman el Derecho Andino de Integración no tienen jerarquía mayor a la Carta Política o de otros tratados internacionales; consideramos pertinente no olvidar las especificidades propias de los tratados internacionales que regulan el proceso andino de integración, puesto que en ellos, opera una verdadera delegación de competencias originariamente radicadas en los Estados; esto es el efecto directo, prevalente y la primacía de los citados tratados.

En consecuencia, a pesar de los vacíos de la Carta Política colombiana en lo referente al proceso andino de integración, el Derecho comunitario andino ofrece la doble característica de un sistema preeminente o de aplicación preferencial frente al derecho interno de cada Estado y de una capacidad de aplicación directa y eficacia inmediata, porque a las regulaciones que se expidan con arreglo al sistema comunitario, no es posible oponerles determinaciones nacionales paralelas que regulen materias iguales o, que obstaculicen su aplicación, ni su eficacia puede condicionarse a la voluntad del país o de las personas eventualmente afectadas por una decisión. Por lo anterior, la capacidad de regulación por los países miembros sobre materias reservadas al Derecho comunitario andino es muy restringida, limitándose apenas a la expedición de normas complementarias cuando el Estatuto de integración lo autorice para reforzar las decisiones de las autoridades comunitarias o si fuere necesario para establecer instrumentos de procedimiento destinados a la aplicación de las sanciones, trámites y registros de derechos y, en fin, para la ejecución de medidas de carácter operativo que deban cumplirse ante las autoridades nacionales.

Por todo lo anterior e independientemente de los vacíos de nuestra Carta Política, los Acuerdos, Tratados y Protocolos que conforman el Derecho Andino de Integración son obligatorios y tienen naturaleza legal. Son normas comunitarias supranacionales incorporadas al Derecho interno y, por consiguiente, de aplicación directa, posibles de reglamentación por parte del Gobierno Nacional, sin exceder los límites fijados por la ley que se reglamenta y cuyo incumplimiento generará para el Estado colombiano la correspondiente responsabilidad.

CONCLUSIONES

La integración andina puede ser considerada hoy una utopía, pero, si se aplicase una matriz de reconocimiento de la necesidad del cambio, es indudable que resulta el ideal hacia el cual debemos dirigirnos cuando estén dadas todas las condiciones necesarias para lograr establecerlo como una realidad. Por esa razón, la estrategia en estos momentos es lograr hacerla más convergente.

La integración andina es un mecanismo pertinente para hacer jaque al proceso de globalización. En otras palabras, la integración andina es un mecanismo que permite a los Estados andinos matizar los efectos del fenómeno de la globalización.

Es necesario en la Comunidad Andina fortalecer el principio de progresividad, es decir, la formación gradual de la integración. Lo anterior implica llevar a cabo modificaciones en el Estado colombiano para adecuar el ordenamiento jurídico y la estructura productiva de los Estados al proceso andino de integración.

Si bien, no debe confundirse el papel de las funciones de los Legislativos de los países miembros con las funciones asignadas a la Comisión Andina y al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en la actualidad, es necesaria la participación del Congreso en el proceso de expedición de la normatividad andina, en aras de que el proceso andino de integración se consolide como política de Estado.

Los vacíos de la Constitución en lo referente al proceso andino de integración, no se constituyen en factor excluyente de responsabilidad del Estado colombiano por el no cumplimiento del Derecho Andino de Integración.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcoceba, M. (2008). La reorientación estatal del proceso de integración europea. *Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas*, Núm. 29, junio 2008. Recuperado el 6 de diciembre de 2010 de <http://vlex.com/vid/51364983>

- Bastida, Freijedo F. (1990). La libertad de Antena. El Derecho a crear televisión. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 8, p. 9 y ss.
- Blanco, C. (2011a). La integración andina en el marco constitucional de los países miembros de la Comunidad Andina CAN. *Revista IUSTA*, No. 34, enero - junio de 2011, Universidad Santo Tomás.
- Blanco, C. (2011b). Aproximación a la perspectiva jurídica de las decisiones del parlamento andino en los ordenamientos jurídicos de los Estados andinos. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 6(2), julio- diciembre de 2011, Universidad Militar Nueva Granada.
- Campuzano, A. (2008). Dimensiones jurídicas de la globalización. *Anuario de Filosofía del Derecho* - Núm. XXV, enero 2008. Recuperado el 22 de diciembre de 2012 de <http://vlex.com/vid/68145603>
- Campuzano, A. (2010). *El pluralismo jurídico y la ciencia del derecho*. Recuperado el 3 de octubre de <http://vlex.com/vid/217474465>
- Carrillo, J. (1985). *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*. Madrid, España: Tecnos.
- Castells, M. (1998). *La era de la información economía, sociedad y cultura, Vol. 2. El poder de la identidad*. Madrid: Alianza.
- Chofre, S. (2007). El derecho comunitario como derecho premoderno (algunas reflexiones acerca del derecho comunitario). *Revista Nuevos Estudios Jurídicos*, Núm. 12-1, enero 2007. Recuperado el 22 de diciembre de 2012 de <http://vlex.com/vid/59087399>
- Diez-Hochleitner, J. (1998). *La posición del derecho internacional en el ordenamiento comunitario*. Madrid: Mc Graw Hill.
- Dreyzin, L. (2007). *La integración como instrumento para la paz y el desarrollo: El modelo Mercosur en integración regional: una condición para la paz y el desarrollo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- García, E. (1998). Constitución económica y Constitución territorial económica. *Revista Catalana de Derecho Público*, Núm. 22, julio 1998. Recuperado el 30 de diciembre de 2011 de <http://vlex.com/vid/63073741>

- Insignares, S. (2007). El Derecho comunitario andino ¿Obstáculo en la Integración? *Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas*, Num. 27, julio 2007. Recuperado el 3 de diciembre de 2010 de <http://vlex.com/vid/51570070>
- Maside, J. (1992). Características del Derecho comunitario europeo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 610, mayo-junio 1992. Recuperado el 22 de diciembre de 2012 de <http://vlex.com/vid/327206>
- Menéndez, J. (2007). Sobre los conflictos constitucionales europeos. Validez del derecho comunitario y legitimidad democrática de la Unión Europea. *Anuario de Filosofía del Derecho*, Núm. XXIV, enero 2007. Recuperado el 3 de julio de 2012 de <http://vlex.com/vid/42904426>
- Núñez, C. & Goig J. (2013). El control constitucional de los tratados internacionales. El caso del Derecho comunitario europeo. La Doctrina del Tribunal Constitucional español al respecto. *Revista Verba Iuris*, Edición No. 29.
- Pacheco, M. (2010). *Los órganos de la Comunidad andina y su papel en el logro efectivo de la participación civil en el proceso de integración*. Recuperado el 11 de noviembre de 2011 de <http://www.can.gov.co>
- Palomares J. (2008). Comunidad andina: ¿es vinculante el derecho comunitario? *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Núm. 5, mayo 2008.
- Perotti, J. (2010). *La Acción Internacional de las Provincias y Municipios Argentinos*. [Memorias]. V Congreso de Relaciones Internacionales, 24, 25, 26 de noviembre de 2010, Universidad Nacional de la Plata, La Plata, Argentina.
- Plata, L. & Yepes, D. (2009). Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas. *Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas*, Núm. 31, junio 2009. Recuperado el 4 de noviembre de 2012 de <http://vlex.com/vid/66329276>
- Quindimil, J. (2006). *Instituciones y derecho de la Comunidad Andina*. Bogotá: Tirant lo Blanch (pp. 175 -176, 181).
- Sánchez, V. & Barcelo, M. (2008). Relaciones entre el derecho comunitario y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. *Lecciones de Derecho de la Unión Europea*. Recuperado el 22 de diciembre de 2012 de <http://vlex.com/vid/57861851>

Tremolada, E. (2006). *El Derecho Andino en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Universidad San Buenaventura. (2009). *Participación ciudadana en la CAN: Visión Académica*. Bogotá, Coordinadora y Editora: Tulia Dayana Sánchez Rodríguez.

Visión prospectiva en relación con la regulación constitucional de los tratados internacionales (2003). *Revista Ius et praxis*. Núm. 9-1, enero 2003. Recuperado el 30 de diciembre de 2012 de <http://vlex.com/vid/43444091>

REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD EN EL SIGLO XXI

La responsabilidad es y continuará siendo tema de estudio y debate permanente, por su complejidad expansiva, a consecuencia de los avances derivados no solo del desarrollo de la cultura, sino también, de los adelantos industriales, la técnica y las nuevas exigencias sociales, todo lo cual impone repensarla constantemente.

Por ello, es un honor presentar esta obra dirigida por los profesores Billy Escobar Pérez y Mónica Lucía Fernández Muñoz, quienes cuentan con una amplia trayectoria académica y han preparado publicaciones de la más alta calidad en temas especializados sobre responsabilidad, lo cual garantiza el destacado nivel de los escritos que conforman el presente texto.

Los directores han unido sus experiencias para la realización de esta obra, que integra en un conjunto coherente el aporte no solo de prestigiosos expertos nacionales y extranjeros en el área de la responsabilidad, sino además, las reflexiones de jóvenes docentes quienes continúan su proceso de formación.

Contribuyen igualmente a la importancia del libro que hoy se presenta, la profundidad de sus reflexiones, el amplio soporte investigativo de sus capítulos, y la visión comparativa de otras realidades de la responsabilidad, aspectos que con seguridad ayudarán al lector a encontrar interesantes puntos de análisis y aproximaciones alternativas al moderno derecho de la responsabilidad.

Jesús Vall de Rutén Ruiz
Magistrado H. Corte Suprema de Justicia

ISBN: 978-958-8721-37-8

