

**EL DAÑO
COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

UNIVERSIDAD DE MANIZALES

JOHANA AGUIRRE PINEDA

LIZETH LOPEZ SEPULVEDA

MAYO DE 2014

CONTENIDO

- 0.- Introducción
- 1.- Formulación del Problema
- 2.- Pregunta de Investigación
- 3.- palabras Claves
- 4.- Justificación
- 5.- Marco Teórico y Conceptual
 - 5.1.- Elementos presentes en toda definición de daño
- 6.- Elemento Daño
- 7.- Responsabilidad Civil
 - 7.1.- Concepto
 - 7.2.- Elementos
- 8.- Funciones de la Responsabilidad Civil
 - 8.1.- Funciones de la Responsabilidad Civil Contractual
 - 8.1.1- Función Satisfactoria
 - 8.1.2- Función Equivalencia
 - 8.1.3- Función Redistributiva
 - 8.2.- Función de la Responsabilidad Civil Extracontractual
 - 8.2.1- Función Satisfactoria

- 8.2.2- Función Equivalencia
- 8.2.3- Función Punitiva o Penal
- 9.- Principio Pro Damnato
- 10.- Tipología del Daño
 - 10.1- Daños Pecuniarios, Materiales o Patrimoniales
 - 10.1.1- Daño Emergente
 - 10.1.2- Lucro Cesante
 - 10.2- Daños no Pecuniarios, Inmateriales o Extramatrimoniales
 - 10.2.1- Daño Moral
 - 10.2.2- Daño a la Vida de Relación
- 11.- Reparación del Daño
 - 11.1.- Obligación de Reparar el Daño
- 12.- Hipótesis
- 13.- Objetivos
 - 13.1.- Objetivo General
 - 13.2- Objetivos Específicos
- 14.- Metodología
 - 14.1- Tipo de Investigación
 - 14.2- Método de Investigación

Bibliografía

Conclusiones

0.- INTRODUCCIÓN

La importancia del elemento daño dentro de la responsabilidad civil es tal que muchos autores se rebelan contra la preeminencia que sobre el estudio de éste ha tenido el factor de imputación tanto en estudios doctrinarios como en las decisiones judiciales, pues ello no es conforme, en realidad, ni siquiera con el orden cronológico que dentro del estudio de la responsabilidad debería primar.

El aspecto central del problema del daño radica en determinar con claridad si efectivamente éste es objeto de reparación y si como se ha manejado tradicionalmente los demás elementos constitutivos de responsabilidad deben convergen siempre para que hablemos de una reparación integral, ya que, no es admitido reparar un daño de manera independiente y autónoma sino que deben estar conjugados todos y cada uno de los elementos que configuran el universo de la responsabilidad.

Otra situación y no menos relevante es el enfrentamiento del juez ante los lineamientos del nuevo derecho de daños, determinar a clase de perjuicio se enfrenta y cuál es la reparación idónea para esa categoría, todo lo que debe estar informado por el principio de reparación integral, el cual impone considerar las simples proyecciones patrimoniales o materiales del hecho ilícito, es decir, tomar al sujeto pasivo del daño como una realidad bilógica, social y espiritual.

El elemento daño dentro de la responsabilidad es sin duda su eje fundamental, ya que, lo que se busca reparar es efectivamente éste y la afectación tanto externa como interna de quien lo sufre, con alcances tal vez que nunca se imaginaron, llegando a reconocer a terceros afectados una indemnización como consecuencia del hecho generador de daño y en cabeza de quien o quienes lo causaron, de tal manera que, al hablar de reparación integral por el hecho dañino, no solo nos enfrentamos a determinar sobre quien recae la responsabilidad de reparar dicho daño sino que también se crea entonces la disyuntiva para establecer quien más debe ser indemnizado por el detrimento sufrido.

1.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Daño como elemento esencial de la Responsabilidad Civil

2.- PREGUNTA

¿Cómo se configura el Daño como elemento esencial de la Responsabilidad Civil?

3.- PALABRAS CLAVES

Elemento, Daño, responsabilidad, causalidad, reparación, indemnización.

4.- JUSTIFICACION

Considero que éste trabajo de investigación, reviste una gran importancia para el acontecer académico, ya que por ser un tema elemental en el tema de responsabilidad, genera diferentes cuestionamientos e interpretaciones.

Es bien sabido que un proceso judicial, se enriquece a través de las pruebas que las partes aporten al proceso, con el fin de que el fallador a través de sus providencias tome mayor parte activas en dichas pruebas, y ejerce sus poderes discrecionales para adoptar su decisión, razón por la cual a la hora de demostrar la configuración y magnitud del daño a partir del hecho generador del mismo, estamos adentrándonos en el estudio de este elemento que se convierte en columna vertebral cuando hablamos de responsabilidad y reparación.

Por lo tanto es un reto académico estudiar a profundidad éste tema de gran fluctuación interpretativa, y se podrá convertir en una herramienta pedagógica y metodológicamente idónea de motivación a la comunidad académica, para estudiar el tema propuesto y a lo mejor para plantear otras teorías de que permitan determinar el alcance del elemento estudiado. .

El tema del DAÑO COMO ELEMENTO ESENCIAL de la responsabilidad civil, se convierte en un reto no solo académico sino también personal, ya que, se abordaran diferentes conceptos y posiciones de autores y tratadistas que han estudiado a fondo el tema y que han puesto de presente su punto de vista fuerte y muy estructurado, los cuales serán el punto de partida para crear nuestro propio concepto, lo que nos permitirá ampliar el panorama para la discusión y el debate.

5.- MARCO TEORICO Y CONCEPTUAL

Para empezar a hablar del elemento DAÑO es necesario intentar una definición del mismo, por ejemplo en el diccionario jurídico Colombiano de Luis Fernando y Jorge Ignacio Bohorquez Buitrago, de la editora jurídica nacional tomo I, se indica:

“el concepto más difundido de daño o perjuicio es el que lo considera como todo detrimento o menoscabo que sufra una persona en su patrimonio o en su persona física o moral”.

En nuestra legislación, daño y perjuicio son términos sinónimos y se usan indistintamente, mientras que en otras legislaciones se reserva la primera expresión para el daño emergente y la otra para el lucro cesante.

Para la llamada teoría de la diferencia, el daño es la diferencia valuable económicamente, que se produce teniendo en cuenta el estado en que le patrimonio se encuentra después del hecho dañoso y la situación en que le patrimonio se encontraría si el hecho dañino no se hubiera producido¹.

5.1.- Elementos presentes en toda definición de daño:

¹ Luis Fernando y Jorge Ivan Bohorquez Buitrago. Diccionario Jurídico Colombiano, Edit. Jurídica Nacional, Tomo I, pag. 571. Quinta Edición 2003.

1.- El daño supone la lesión sobre intereses lícitos, sobre situaciones jurídicamente protegidas, sobre derechos.

Allí donde haya lesión a intereses ilícitos o ilegales, no hay daño aunque fácticamente se presente una aminoración patrimonial, porque el ilícito o lo ilegal no pertenecen al patrimonio, no pertenecen a la persona, así las cosas, el daño solo es tal cuando vulnera intereses lícitos.

2.- Existe el derecho de acción. El daño se convierte en un derecho subjetivo que otorga el derecho de accionar judicialmente su reparación, es un derecho subjetivo en estado de guerra según los españoles.

Lo anterior responde al esquema de: LESION-ACCION-REPARACION

El daño jurídicamente hablando, supone que la lesión al interés lícito sea un derecho subjetivo que permita la posibilidad de accionar para efectos de obtener la reparación, y si eso no se logra, sencillamente no habrá daño configurado y solo se estará en frente de un derecho proclamatorio.

Ahora bien, el doctor Juan Carlos Henao, en su obra "EL DAÑO" propone unos elementos nuevos que configuran la definición de daño, así:

- Ausencia de la noción de daño colectivo

- Ausencia de concebir la amenaza de lesión definitiva de derechos como daño
- Exacerbada importancia a la indemnización pecuniaria sobre otras formas de indemnización, casi con exclusión a la indemnización no pecuniaria.

Se sostiene entonces que desde la amenaza también hay daño, porque un bien amenazado no tiene la misma valía que uno no amenazado, lo que sucede es que la lesión no es definitiva, pero ello no significa que no haya daño. Se dice entonces que las acciones preventivas pueden considerarse de responsabilidad civil, tanto así que la acción de tutela puede considerarse una acción de responsabilidad civil. A pesar de que el daño existe normalmente no se reclama su reparación, debido a que la amenaza de lesión definitiva de un derecho no suele considerarse como daño, se ha considerado que el daño comienza con la lesión definitiva del derecho, pero también debe tenerse en cuenta que el daño inicia con la amenaza o alteración del goce pacífico del derecho.

Tradicionalmente se ha dicho que el daño es fuente de obligaciones y que el patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones que tiene una persona, pero se ha entendido que esos derechos son pecuniarios, así como son pecuniarias las obligaciones. La prestación usualmente se ha entendido como una prestación económica propiamente dicha o por lo menos con subrogado

pecuniario. La responsabilidad civil ha sido tratada eminentemente patrimonialista y esa concepción es equivocada, ya que, ha llevado a concluir la no incorporación de derechos colectivos y hablar solamente de lesiones definitivas.

6.- ELEMENTOS DEL DAÑO²

a.- **Carácter Personal:** El daño es personal cuando se deriva de los derechos que tiene el demandante sobre el bien que sufrió menoscabo, debiendo establecerse la titularidad jurídica sobre el derecho que se tiene respecto del bien menguado. Así mismo su característica de cierto se vislumbra cuando quien demanda su reparación es la persona que lo sufre, tiene que establecerse la titularidad del derecho o interés lícito para efectos de accionar judicialmente, con independencia de que se encuentre o no en situación jurídicamente protegida la que se presume, salvo prueba de que el título que sustenta el derecho para obtener la indemnización del daño sea ilegal.

Con este carácter del daño tiene una vital relación el PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA³, cuyo origen data de los años 70 en el derecho alemán, el cual ha sido entendido como aquel que da el poder de exigir protección de las expectativas jurídicas legítimas, cuando habiendo razones

² El Daño. JUAN CARLO HENAO PEREZ. Universidad Externado de Colombia. 2009

³ IDEM

objetivas para creer en la estabilidad de la situación jurídica pre existente, su cambio brusco sin dar tiempo y medios necesarios para hacer frente a la nueva situación, produce una alteración grave de las condiciones económicas y patrimoniales. Es decir este principio da a la administración el poder de exigir la protección de sus expectativas jurídicas legítimas cuando se dan las condiciones descritas.

a.- Ilustración del carácter personal del daño:

En este punto es importante establecer la titularidad del derecho que legitima al actor para demandar.

- Petición para si
- Petición para el grupo
- Petición para el colectivo

Esta diferenciación permite demarcar la naturaleza del derecho lesionado y del destinatario de la reparación, pues cuando se trata de peticiones para si y en el derecho Colombiano para el grupo, se trata de pretensiones que involucran derechos individuales, mientras que si se trata de peticiones para el colectivo estamos en frente de derechos colectivos.

b.- Carácter Cierta: este es un elemento acumulativo del daño. El daño debe ser actual o futuro.

Amenaza de lesión como Daño Cierto

“No podemos afirmar que el hecho dañino no produce un daño sino un peligro de daño, porque la sola amenaza del derecho repercute sobre el valor del bien al origen del hecho, disminuyendo su valor así como el interés de la persona titular del mismo. Estamos en presencia de un daño, independientemente de otras consecuencias que hayan podido presentarse”⁴.

Este es el punto de partida para entender la amenaza de lesión definitiva de derechos como un daño cierto. Por ello, esta reflexión sustenta la acción de tutela como acción de responsabilidad, pero permite que se cobren daños consumados, porque si decimos que la sola amenaza repercute en el valor del bien o sobre los intereses de la persona titular del derecho, ahí se encuentra configurado un daño, por esta razón el daño no puede concebirse ni definirse como la lesión definitiva a un interés lícito.

En este punto deben distinguirse los conceptos de RIESGO y AMENAZA, ya que, han venido siendo tratados como sinónimos. Por un lado, el RIESGO está definido según el diccionario de la real academia de la lengua como *“contingencia o proximidad de un daño”* y la AMANEZA según esta misma fuente es *“la acción del verbo amenazar, que significa dar indicios de estar inminente algo malo o desagradable”*.

⁴ El Daño. Adriano de Cupis. Pag. 91

7.- RESPONSABILIDAD CIVIL

La Responsabilidad Civil está enfrentada hoy a un análisis de sus bases, lo que ha llevado a muchos autores a replantear los conceptos vinculados a la misma así como variar el enfoque de sus teorías, poniéndose por ende en tela de juicio los "dogmas" desarrollados por una teoría clásica la que basaba su enfoque en una consideración "punitiva" de la Responsabilidad orientada desde una visión del "sujeto responsable" por encima de la tutela de la víctima⁵.

Esta coyuntura no es ajena a nuestro Sistema dado que la Responsabilidad Civil afronta una gama de obstáculos que lleva a que "el sistema de tutela de la víctima y reparación de los daños" sea ineficiente. Estos obstáculos se desenvuelven en muchos aspectos del desarrollo teórico y práctico de la misma partiendo de una "equivoca visión de la Responsabilidad Civil" producto de una serie de prejuicios como lo señala el tratadista MOSSER ITURRASPE⁶, hasta un órgano jurisdiccional poco técnico como lo es en ciertos casos nuestro Poder Judicial.

7.1- Concepto

La Responsabilidad Civil esta definida como "el conjunto de consecuencias jurídicas a las que los particulares se someten por el hecho de haber asumido una situación jurídica pasiva sea de forma voluntaria o por efectos de la ley"⁷ En

⁵ FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La Responsabilidad Civil y el Derecho de daños.

⁶ MOSSET ITURRASPE, citando a RODOTA nos dice que existen tres prejuicios: a) un prejuicio histórico, pues estudiosos, jueces y legisladores han dado por buena la absoluta preponderancia del principio de la culpa en gran parte de las obras científicas y en casi todas las legislaciones,...pero sin haber estudiado las razones de esa primacía...b)Un prejuicio ideológico, consistente en la presunta superioridad civil atribuida al criterio de la culpa, considerado suficiente para distinguir los períodos felices y los períodos oscuros de la historia del pueblo y c) Un prejuicio lógico, desde que se quiere elaborar un concepto de responsabilidad que no entre en contradicción con el aplicable a otras disciplinas jurídicas o a momentos distintos de la actividad espiritual...

⁷ FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La Responsabilidad Civil y el Derecho de daños.

este concepto tenemos dos puntos a desarrollar que nos llevaran a replantear algunas ideas que desde un enfoque clásico son consideradas como dogmas:

Primero: la idea de que sólo uno de los sujetos de la Situación Jurídica Pasiva podía indemnizar, siendo éste el sujeto "deudor"

Segundo: la idea que la obligación como situación jurídica pasiva sólo se desenvuelve dentro de una Relación Jurídica Contractual.

Tal como se indica en la Doctrina moderna en la Relación Obligatoria encontramos dentro de la "Situación Jurídica de deber" (correspondiente al deudor) una Situación Jurídica Subjetiva Pasiva "deber jurídico".

Desarrollemos dicho concepto de forma más profunda a fin de realizar un análisis extenso del concepto de Responsabilidad Civil desde un punto de vista contemporáneo.

Según lo establece UGO MAJELLO en el texto "Instituzioni di Diritto Privato a cura di Mario Bessone", las Situaciones Jurídicas Subjetivas Pasivas son aquellas que representan una posición de desventaja, porque limitan la libertad de una persona mediante la imposición de un comportamiento o de un estado de expectativa para la realización de un interés ajeno. Estas Situaciones Jurídicas Pasivas son el deber jurídico, la carga y el estado de sujeción. Cuando en la Doctrina se desarrolla la Tesis Romana del concepto de obligación se realiza una asimilación de dicho concepto con todas las situaciones jurídicas pasivas, refiriéndose por ello a la Responsabilidad Civil siempre vinculada a la idea de Obligación. Por su parte la tesis germana desarrollada en torno al concepto "obligación" establece que ésta forma parte de una de las Situaciones Jurídicas Subjetivas Pasivas, la que se refiere al Deber Jurídico. Este deber jurídico se refiere al "comportamiento realizado por un sujeto que se orienta a satisfacer el interés de quien es titular de un derecho

subjetivo". A efectos de realizar nuestro estudio y adecuarnos a las actuales teorías sobre el fenómeno de la obligación y la responsabilidad civil a fin de brindarle a los magistrados una herramienta útil y actual adoptaremos la Tesis Germana del concepto de Obligación, pero consideraremos, como lo señala DIEZ PICAZO⁸, que la "Obligación" es una "relación compleja" al estar formada por dos situaciones jurídicas, una situación jurídica de poder en la que encontramos a los Derechos Subjetivos, formada no sólo por facultades como lo concebía la posición clásica sino también por cargas, de ahí que el acreedor tenga que realizar determinadas conductas como presupuesto al ejercicio de sus facultades, lo que no es más que la expresión de su cooperación frente al sujeto deudor, que de no realizarlas dará lugar a dos efectos, en primer lugar que el interés del acreedor no sea satisfecho y en segundo lugar que se declare en mora al acreedor debiendo indemnizar al deudor por los daños ocasionados por dicho retraso; de otro lado tenemos una situación jurídica de Deber en la que encontramos al sujeto deudor, quien tiene un deber jurídico de forma principal, el que se acompaña a su vez de una gama de deberes accesorios, reconociéndosele también facultades, lo que nos lleva a concluir lo obsoleto en estos tiempos de un principio a favor debitoris o a favor del deudor⁹

El segundo punto nos plantea que todo supuesto de Responsabilidad Civil se desarrolla dentro de la dinámica de una Relación Obligatoria, la que se concibe dentro del contexto de la autonomía privada como parte de la Relación Jurídica Contractual.

La Relación Obligatoria es un concepto que trasciende al del Contrato en la medida que no es un simple vínculo jurídico sino es un nexo que reconoce como causa a un negocio jurídico o la ley. Dentro de este contexto se resalta la importancia del "vínculo jurídico" como elemento estructural esencial de la

⁸ Derecho de Daños, Luis Diez Picazo. Civitas Ediciones, Madrid 1999.

⁹ Jorge Alberto Beltrán Pacheco. Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Perú

Relación Obligatoria, el que nos permitirá determinar el ámbito dentro del que se desarrolla la "responsabilidad civil".

Este concepto de Responsabilidad Civil directamente relacionado con el tema de la Obligación nos llevará a "plantear la Unificación de los Sistemas diferenciados de Responsabilidad civil sobre la base de que ambos comparten el desarrollo de una situación jurídica pasiva: "el deber jurídico" dentro de una obligación, así como una misma orientación a partir de las funciones de la Responsabilidad Civil".

7.2- Elementos

Estos elementos son: la antijuridicidad, el daño, la relación causal, y los Factores atributivos de responsabilidad, propios del análisis de imputabilidad de la responsabilidad civil.

El primer elemento que se analiza para determinar si existe o no responsabilidad es el "HECHO DAÑOSO", el que ha sido desarrollado teóricamente de diversas formas tal como lo establece PEIRANO FACCIO en su texto "La Responsabilidad Civil Extracontractual", así tenemos, a la teoría de la antijuridicidad material que postula que la antijuridicidad es aquel supuesto dentro del que encontramos a la conducta de un sujeto contraria al ordenamiento jurídico asimilándose así la conducta antijurídica con la ilicitud entendida sólo como contravención a la ley; de otro lado tenemos a la teoría de la antijuridicidad formal que entiende a la antijuridicidad como un supuesto que trasciende al supuesto fáctico normativo considerándose como marco a la ley, al orden público y a las buenas costumbres; una tercera teoría es la teoría subjetiva de la antijuridicidad que establece que en el análisis debe tenerse en cuenta los aspectos internos, personales del sujeto que realiza la conducta; finalmente la Teoría Objetiva de la antijuridicidad establece que el supuesto

antijurídico debe ser analizado sólo tomando en consideración aspectos materiales del comportamiento del sujeto mas no sus aspectos internos¹⁰.

Podemos entender entonces el "HECHO DAÑINO" como aquel hecho que implica la violación de los elementos extrínsecos e intrínsecos del ordenamiento jurídico. Así DE CUPIS sostiene:

"Si el derecho tutela un determinado interés humano, éste puede ser afectado por un daño, que será un daño en sentido jurídico (daño jurídico) en tanto contra él apresta el derecho su propia reacción".

Este daño requiere cumplir de ciertos requisitos para efectos de su indemnización: un primer requisito es que tenga certeza ; un segundo requisito es que no haya sido indemnizado antes, y como tercer requisito tenemos que debe existir una relación diádica, esto es una relación entre un sujeto "supuesto responsable" determinado y una "supuesta víctima" también determinada, planteándose aquí la peculiaridad de una indemnización por daños a "intereses difusos"; siendo el último requisito que el daño sea injusto.

La reparación de estos daños, a efectos de cumplir con la función satisfactoria de la Responsabilidad Civil, se verifica in natura o en equivalente. Esta última es la modalidad más difundida dado que en la mayoría de los casos no puede satisfacerse el interés perjudicado restituyéndose el bien perjudicado. A efectos de verificar el pago de la indemnización, el perjudicado deberá determinar el contenido y el quantum o medida del daño.

Elemento dos: La relación causal viene a ser el tercer elemento en el análisis material de la responsabilidad Civil. Esta relación de causalidad va a permitir determinar, a partir del criterio asumido, cuáles serán los daños susceptibles de ser indemnizados.

¹⁰ Acto Illicito, FRANZONI, Il fatto Illicite, Código Civil de 1936.

Finalmente tenemos la imputabilidad, que es el criterio de IMPUTACIÓN de la Responsabilidad. Los factores de atribución de responsabilidad han sido ampliados respecto a los estudiados en una visión clásica (que centraba su atención en la culpa y el riesgo) incluyéndose así al "abuso del derecho".

8.- FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

De acuerdo a la teoría contemporánea de la Responsabilidad Civil ésta cumple un conjunto de funciones las que son agrupadas teniendo en cuenta dos perspectivas: una perspectiva diádica y una perspectiva sistémica.

La Responsabilidad Civil durante largo tiempo se consideró como un fenómeno diádico, esto es, que vinculaba a dos sujetos en su ocurrencia: un causante y una víctima. Así mismo se establecía que la "función de la responsabilidad" en este contexto era "reprochar al causante su actitud" debiendo asumir el pago de una indemnización.

Consideramos que la Responsabilidad Civil, en la actualidad, es un fenómeno que no puede estar ajeno al desarrollo "económico y social", es por ello que atentos a las críticas que se nos postulan a los patrimonialistas desde la perspectiva del análisis económico del derecho, se ha considerado reformular las funciones de la responsabilidad desarrollándose así una denominada "función sistémica" que es aquella que reconoce a la "responsabilidad civil" como un fenómeno que no sólo interesa a la víctima que persigue ser satisfecha sino también a la sociedad en su conjunto, de ahí que la "responsabilidad" va a ser entendida como un fenómeno que va a permitir, a partir de su regulación, el "incentivo" o "desincentivo" de determinadas conductas.

Por otro lado, la teoría clásica al referirse a la Responsabilidad Civil establece que ésta debe ser enfocada desde la óptica del sujeto responsable del daño lo que la lleva a postular una "función reparadora del daño" limitada por la conducta de éste sujeto. Es por ello que se desarrolla la teoría subjetivista de la Responsabilidad Civil en torno a la culpa, así como el dogma de la separación de la Responsabilidad Civil a partir del interés tutelado, lo que lleva en un plano práctico a diferenciar los efectos de la Responsabilidad Civil y por ende el contenido de la indemnización dependiendo el Sistema en que nos encontremos, determinando así una "reparación diferenciada". Esta posición desde nuestra perspectiva no es pertinente si lo que buscamos es la satisfacción integral de los intereses merecedores de tutela por el ordenamiento jurídico.

8.1- Funciones de la Responsabilidad Civil contractual

La Responsabilidad Civil Contractual¹¹ se desarrolla en dos momentos: el momento del cumplimiento de la Relación Jurídica Obligatoria y el momento del incumplimiento o de inejecución obligacional. En ambos momentos la Responsabilidad Civil cumple sus funciones:

- a) en el momento del cumplimiento (realización de la conducta de cooperación) cumple la función satisfactoria y la función de equivalencia y
- b) en el momento del incumplimiento la función satisfactoria, la función de equivalencia y la función punitiva o penal.

¹¹ La relación jurídica obligatoria tiene por causa una relación jurídica negocial que puede ser unilateral o bilateral, entre los segundos tenemos al contrato, de ahí que consideramos equivocado el criterio sostenido por una posición clásica de definir a la obligación a partir de una relación contractual equiparando equívocamente el vínculo jurídico con la obligación. Toda relación jurídica obligatoria implica una vinculación intersubjetiva para efectos de una "colaboración", es por ello que hemos indicado en páginas anteriores que la "obligación" es una vinculación intersubjetiva concreta cooperación con contenido patrimonial, en base a la que los particulares buscan proveerse de los bienes necesarios para la satisfacción de sus intereses dignos de tutela por el ordenamiento jurídico.

8.1.1. Función satisfactoria:

La Función satisfactoria es la función más importante de la Responsabilidad Civil. Tal como ha sido desarrollada la Relación jurídica Obligatoria en tanto relación que busca que los sujetos se provean los bienes indispensables para la satisfacción de sus necesidades.

Esta Relación Obligatoria nos plantea que la prestación por si sola no es importante, esto es que no quedará en el plano de una "simple conducta", sino que debe estar orientada a la satisfacción de un interés.

El interés a ser satisfecho deberá ser merecedor de tutela por el ordenamiento jurídico, pudiendo tener juridicidad o carecer de ella, siendo delimitado por la necesidad del sujeto interesado, las posibilidades materiales para poder proveerse de dichos bienes y las características propias del bien que tiene la cualidad de satisfacerla.

La única forma que este interés sea satisfecho de forma eficiente es con un cumplimiento óptimo de la prestación o en otras palabras con un pago eficaz, para que esta reparación tenga dicha cualidad debe cumplir con los tres principios que la Doctrina desarrolla: "el principio de identidad" por el que el deudor para liberarse debe cumplir con la prestación originalmente determinada por el consentimiento de los sujetos intervinientes en la Relación Negocial que dio lugar a la Relación Obligatoria; "el principio de integridad", en virtud del cual el sujeto deudor debe cumplir con la prestación en su todo y finalmente "el principio de indivisibilidad", que nos establece que la prestación debe ser cumplida en el plazo y modo determinados, cuyo incumplimiento conllevaría a la verificación de un pago tardío.

8.1.2. La función de equivalencia:

Tal como hemos visto concebimos a la Relación Jurídica Obligatoria como una relación jurídica con carácter patrimonial. Este carácter patrimonial la Doctrina, como es el caso del autor español ALBALADEJO, la ha desarrollado como un requisito de la "prestación" definiéndola como la susceptibilidad de que la conducta sea valorada económicamente. Desde una perspectiva contemporánea hemos considerado que el requisito de la patrimonialidad debe ser enfocado en los bienes, que son el contenido de la Relación Jurídica Obligatoria, entendiéndose a la "patrimonialidad" como la "susceptibilidad que tienen los bienes de ser objeto de intercambio económico", esto es la "posibilidad de ingresar en el tráfico de bienes y servicios".

Así FERNANDEZ CRUZ¹² nos señala:

"La Relación Jurídica Obligatoria posee necesariamente un contenido patrimonial de carácter abstracto y objetivo constituido por la "patrimonialidad del Objeto", representado por la "negociabilidad del bien o utilidad" que, se persigue obtener por la vía de la cooperación expresada a través del despliegue de energías de trabajo. Esto es que, estaremos ante Obligaciones, en su sentido técnico:

1 Siempre que el objeto de la obligación sea susceptible de intercambio económico.

2 Siempre que dicho objeto se consiga por medio de una prestación, entendida como despliegue de energías de trabajo."

¹²

FERNANDEZ

CRUZ,

GASTON.

Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil : la óptica sistématica. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law, *Ius et veritas* (2001)

Función satisfactoria:

Como lo hemos señalado anteriormente la función satisfactoria es la función esencial de la Responsabilidad Civil, en torno a la que gira el desarrollo de nuestro análisis y nuestra posición que postula la unificación de los Sistemas de Responsabilidad Civil.

En esta etapa del incumplimiento se busca la satisfacción de un "interés conculcado o perjudicado" que merece tutela por el ordenamiento jurídico, para así efectivizar, tal como lo establecen autores como JORDANO FRAGA, la "cooperación humana" que se presenta en toda Relación Obligatoria extinguiendo a ésta.

Esta función satisfactoria en la etapa del incumplimiento se ha visto afectada por la posición adoptada en nuestro Código Civil por medio de la que se postula un enfoque de la Responsabilidad desde el punto de vista del "sujeto deudor" mediante el principio EN FAVOR DEBITORIS, dentro de una valoración de la responsabilidad "sancionadora". Así tenemos un sistema que postula la graduación de la Responsabilidad Civil dependiendo de la "mayor o menor" culpa del sujeto responsable y que determina que la indemnización de los daños solamente pueda tener como contenido aquellos que sean "consecuencia directa e inmediata" del incumplimiento a partir del criterio adoptado por la teoría de la causa próxima, lo que lleva a una "mutilación del interés del acreedor", no cumpliéndose así con la "función satisfactoria" que responda a la idea de una reparación integral". De ahí que algunos autores postulen una reforma a nuestro Código Civil recogiendo un sistema "objetivo" de Responsabilidad Civil desde el punto de vista de la víctima¹³

¹³ JORDANO FRAGA (op.cit) la responsabilidad en la etapa del incumplimiento tiene su fundamento no en la "culpa" del sujeto sino en el mero "hecho" de la no ejecución de la conducta debida.

Función de equivalencia:

La función de equivalencia de la Responsabilidad Civil responde a la misma concepción desarrollada en el momento del cumplimiento esto es la equivalencia entre la medida patrimonial de la indemnización o perjuicio y lo que egresa del patrimonio del responsable, en este caso el "sujeto deudor".

Existe una posición que sostiene que la equivalencia se verifica entre el contenido patrimonial de la indemnización y el daño ocasionado a uno de los sujetos de la Relación Jurídica Obligatoria, sea el sujeto activo o acreedor o el sujeto pasivo o deudor.

Como vemos es posible también hacer referencia a un daño que afecte al sujeto pasivo o deudor, el que le será imputable al sujeto acreedor. Normalmente se ha enfocado el estudio de la responsabilidad civil en los daños ocasionados al sujeto activo, es por ello que consideramos óptimo referirnos a los daños imputables al acreedor.

8.1.3. Función Redistributiva:

Según la Doctrina, la Responsabilidad Civil conlleva una "sanción" para el sujeto responsable, así podemos ver, por ejemplo, que la "doctrina argentina" desarrolla el presente tema dentro de lo que se denomina " Responsabilidad Civil de daños ", así tenemos autores como BUSTAMANTE ALSINA, GHERSI entre otros que hacen referencia a dicho enfoque que tiene como punto de vista al "sujeto responsable".

Nuestra posición sostiene que la Responsabilidad Civil no sanciona, considerándose la presente función como el "traspaso del peso económico del daño de la víctima al sujeto responsable a partir de un justificativo teórico denominado criterio de imputación.

8.2- Funciones de la Responsabilidad Civil Extra-contractual

En la Responsabilidad Civil Extra-contractual no se verifica la existencia de dos etapas o momentos en los que se desarrollen las funciones de la Responsabilidad Civil, tal como se presenta en el denominado "Sistema de la Responsabilidad Civil Contractual", dado que lo que preexiste a "la obligación legal de indemnizar" es el "deber jurídico general: ALTERUM NOM LAEDERE"(deber jurídico general de no causar daño a otro), no existiendo, por ende, responsabilidad en el cumplimiento de dicho deber dado que como lo hemos señalado para que se verifique un supuesto de responsabilidad es necesario la existencia de una situación jurídica subjetiva pasiva específica como lo son: el deber jurídico particular (diferente al deber jurídico general, tal como lo señala DE LOS MOZOS), la carga o el estado de sujeción.

8.2.1- Función satisfactoria:

La función satisfactoria en el Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual postula el cumplimiento de una conducta debida o prestación indemnizatoria orientada a la satisfacción de un interés jurídico específico conculcado, el que reconoce como antecedente un interés jurídico general de "no verse dañado por nadie", por un comportamiento humano o hecho natural perjudicial.

Esta prestación indemnizatoria debe tener un carácter integral, respondiendo así a la idea postulada por FERNANDO FERAL RODRIGUEZ¹⁴:

"Es principio básico el de la reparación integra (restitutio in integrum) en el sentido de que el perjudicado debe ser indemnizado de "forma total" tanto en el orden material como en el orden moral y tanto en lo que respecta al daño emergente como al lucro cesante".

¹⁴ FERAL RODRIGUEZ. "Restitutio in integrum". En: Informativo Tapia. España.

De otro lado tenemos que en este sistema de Responsabilidad Civil, en la búsqueda de una óptima satisfacción del interés, se adopta la teoría de la Relación Causal de la "causalidad adecuada" en torno a un criterio lógico que permitirá la indemnización de daños mediatos e inmediatos.

Un tema conexo a la función satisfactoria es aquel que se desarrolla frente a los daños morales. Como veremos más adelante, estos serán definidos como "aquellos perjuicios o detrimentos que se verifican en la esfera sentimental de los sujetos". Los detrimentos en esta esfera subjetiva no son "reparables" puesto que no es posible "volver al estado anterior de las cosas", asimismo los intereses conculcados no serán plenamente satisfechos puesto que se desconoce la medida del perjuicio, de ahí que ante dichos casos la Doctrina a considerado que la función satisfactoria debe tornarse en una función "consolatoria" y por ello la indemnización buscará "la compra del dolor por distracción" (lo que se desarrolla en torno a la teoría del PRETIUM DOLORIS), teniendo como base la creencia de que el ser humano tiene la capacidad natural de controlar sus emociones mitigando los perjuicios a sus afectos conforme logre disiparse adecuadamente.

8.2.2. La Función de equivalencia:

La presente función responde a las mismas consideraciones planteadas en el Sistema de Responsabilidad Civil Contractual en una etapa del incumplimiento, esto es, que debe existir una equivalencia patrimonial entre el contenido patrimonial de la indemnización y lo que egresa del patrimonio del "deudor extracontractual", debiendo en este punto tenerse presente la observación que determinado sector de la Doctrina realiza, en torno a que la equivalencia se verifica entre el contenido patrimonial de la indemnización y el menoscabo al patrimonio de la víctima. Esta observación ya la hemos analizado con anterioridad sosteniendo su impertinencia.

8.2.3- La Función punitiva o penal:

Consistente en "el traspaso del peso económico del daño que soporta la víctima al sujeto responsable". Este traspaso se verificará en tanto exista un justificativo teórico denominado "factor atributivo de responsabilidad", que en el presente Sistema puede ser: un factor atributivo subjetivo, como lo es la culpa; uno objetivo, como lo es el riesgo, la garantía; o un factor atributivo residual como el abuso del derecho o la equidad¹⁵

¹⁵ Para poder desarrollar la presente función la "responsabilidad civil" va a valerse de los "factores atributivos de responsabilidad", es así que en la medida que se persiga incentivar una determinada actividad se aplicará el "factor atributivo de responsabilidad subjetivo: culpa" (como se verifica en el caso de la "responsabilidad médica") dado que la posibilidad de liberarse del pago de la correspondiente indemnización será más sencilla que en los casos de responsabilidad objetiva (a partir del factor atributivo de responsabilidad "riesgo") utilizado para "desincentivar" la realización de determinadas actividades, teniéndose como criterio para determinar la aplicación de uno u otro factor el grado de desarrollo tecnológico de la actividad.

9. PRINCIPIO PRO DAMNATO¹⁶

En la actualidad de la responsabilidad civil ya no se tiene como elemento más relevante la antijuridicidad de la conducta generadora del hecho dañino, sino la antijuridicidad del daño mismo, y es por eso que cabe hablar de un principio relativamente nuevo de nuestro Derecho, que podría formularse como el *favor victimae* o principio *pro damnato* que según el tratadista DIEZ PICAZO en 1979 encierra una regla general por la que “todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona deben dar lugar a un resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño.

En realidad ese principio, al igual que otros como la regla *pro consumatore* que hoy goza de consagración constitucional, no es sino la concreta aplicación de la responsabilidad civil de otro más amplio, el denominado *favor debilis*, que erige a la defensa del débil en la preocupación esencial del Derecho moderno, por decirlo en palabras de JOSSERAND, en su conocido trabajo sobre “la protección de los débiles por el Derecho”, y que viene a ser la evolución natural en el Derecho moderno del, mas que trasnochado, viejo principio *favor debitoris*, como hace ya bastante años lo enseñaba RIPERT.

¹⁶ EUGENIO LLAMAS POMBO. Problemas actuales de la responsabilidad civil. Módulo de formación de jueces y magistrados. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

El principio PRO DAMNATO debe ser tomado entonces en su total dimensión y no de manera tangencial como se ha denotado en algunos fallos judiciales, ya que, se estaría desconociendo el verdadero sentido del derecho de daños.

10.- TIPOLOGIA DEL DAÑO

Corresponde a la clasificación de las principales maneras en que el perjuicio se presenta, es decir, que el estudio de la tipología del daño no es más que una clasificación racional de los diversos rubros del perjuicio reconocido por la jurisprudencia, que permite reconocer las expresiones de la realidad del mismo.

Existe una gran división en la tipología del daño¹⁷:

- Perjuicios pecuniarios, patrimoniales o materiales
- Perjuicios no pecuniarios, extrapatrimoniales o inmateriales

Esta división se marca por la naturaleza económica o no del bien o derecho lesionado, de modo que de donde el derecho lesionado tenga valor de cambio equivalente a dinero estaremos en presencia de perjuicios de tipo pecuniario, mientras que los derechos que no tienen valor de cambio son los que generan los daños de tipo no pecuniario.

Lo anterior nos permite conceptualizar que el hecho de indemnizar con dinero un daño sobre derechos no pecuniarios no significa que ese derecho adquiera valor pecuniario, de hecho, el daño moral frente a un ataque a la honra se paga en salarios mínimos, pero eso no significa que ese pago sea el valor de la

¹⁷ El Daño. Juan Carlos Henao. Universidad Externado de Colombia 2009.

honra, porque la honra no tiene subrogado pecuniario, lo que significa entonces es que por comodidad judicial se establece una cifra para determinar la indemnización del daño no pecuniario, es decir, esto es solo del arbitrio judge porque las lesiones sobre derechos no pecuniarios no tienen valor de cambio.

10.1.- Daños pecuniarios, materiales o patrimoniales¹⁸:

Son aquellos que pueden tener valor de cambio en el mercado. Dentro de esta clase de daños siempre se han distinguido dos:

Daño emergente y Lucro cesante, presentación derivada de los artículos 1613 y 1614 del Código Civil Colombiano.

Para el profesor JAVIER TAMAYO JARAMILLO, estas clases de daños patrimoniales se definen como:

“DAÑO EMERGENTE: Se da cuando un bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima.

LUCRO CESANTE: Este se presenta cuando un bien económico que debía ingresar al patrimonio del víctima en el curso normal de los acontecimientos no ingreso ni ingresará”¹⁹.

¹⁸ El Daño. Juan Carlos Henao. Universidad Externado de Colombia. 2009

10.1.1.- Daño Emergente

Cuando se trata de personas, es decir cuando el daño recae sobre el aspecto físico o la integridad de la persona. (casos de muerte de personas y lesiones de personas).

a.- caso de muerte de personas: se tiene entonces como daño emergente todo aquello que salió del patrimonio activo de la persona, es decir todos los gastos y obligaciones contraídas en razón al daño muerte. Es una disminución del activo e incremento del pasivo.

Las obligaciones contraídas en razón a la muerte de la persona constituyen daño emergente futuro, porque deberá ser asumido al momento del pago de la obligación. Los desembolsos realmente efectuados serán daño emergente pasado.

b. caso de lesiones a la persona: en los eventos en que la víctima sobrevive, se puede sentar la regla que enuncia que todos los gastos necesarios para el restablecimiento de la salud de la persona son daño emergente. Se trata entonces de todos los gastos que deban realizarse para que la víctima recobre su situación personal en el menor grado de alteración posible.

¹⁹ Tratado de Responsabilidad Civil Tomo I. Javier Tamayo Jaramillo. Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado.

Cuando se trata de bienes, es decir, cuando el hecho recae sobre un bien mueble o inmueble, o e general sobre aquellos bienes que no entran en la clasificación el juez debe aplicar la misma lógica como si se tratara de daño emergente sobre las personas.

En este caso se debe indemnizar por todos aquellos rubros que sean consecuencia del hecho dañino y cuyo restablecimiento permita volver a la situación que antecedió el daño o al menos a la que más se le parezca. Se busca así permitir que la víctima del daño mediante la indemnización tenga la posibilidad de reemplazar el bien dañado o el dinero necesario para realizar las reparaciones indispensables para que éste vuelva a cumplir con las funciones que venía desempeñando antes de la ocurrencia del hecho dañino. Es así como la reparación del daño dependerá de la afectación del bien.

a.- Si estamos frente a la destrucción total del bien, el daño emergente consiste en una suma de dinero equivalente al valor del bien dañado, que es lo que se conoce como valor de reposición o de reemplazo, para este efecto se acude a la prueba pericial.

b.- Si la destrucción es parcial, se reconocerá como daño emergente el valor del dinero de las reparaciones necesarias para que el bien vuelva a cumplir con las funciones que venía desempeñando antes de la ocurrencia del hecho dañoso.

10.1.2.- Lucro Cesante

.- Cuando se trata de personas, esto es en casos de muerte o lesiones físicas.

a.- En caso de muerte de personas: Cuando una persona fallece, sus deudos tiene derecho a recibir indemnización por el dinero que deja de aportarles éste fallecido. No se paga el valor de la vida sino la ficción de dejar a la víctima en la situación mas parecida a la anterior a la muerte.

Frente a esta situación existen una serie de subreglas:

- Deben descontarse los gastos de la propia subsistencia del difunto.
- Deben descontarse el valor de los impuestos que debía pagar el fallecido
- Lo que se indemniza en estos casos son las rentas de trabajo y no las rentas de capital, pues el capital sobreviene al difunto.

b.- En caso de lesiones físicas: el lucro cesante corresponde al dinero que habría recibido normalmente la víctima, de no haber sufrido el daño, y cuya pérdida o mengua se origina en su incapacidad laboral. En este caso el beneficiario de la indemnización será el directamente lesionado.

.- Cuando se trata de bienes. Destrucción total o parcial.

En estos casos el lucro cesante esta dado por lo que le bien dejo de producir en razón del hecho dañino.

a.- Destrucción total: la reparación dependerá de la utilidad que se esperaba obtener del bien y la manera de hacerlo. Se debe distinguir si la ganancia a obtener del bien era una operación instantánea o cuando se prolonga en el tiempo.

b.- Destrucción parcial: El lucro cesante se proyecta por el porcentaje dañado y la utilidad parcial que se obtenga durante el tiempo razonable para que el bien vuelva a producir la misma utilidad.

El valor del bien será el que exista al momento de calcular la indemnización independientemente de que sea superior o inferior al que tenia cuando se verifico el daño.

10. 2.- DAÑO NO PECUNIARIO, INMATERIAL O EXTRAPATRIMONIAL²⁰

Son aquellos perjuicios que se derivan de la lesión sobre derechos que no tienen valor de cambio, es decir, que no tienen valor equivalente a dinero. Son indemnizables a pesar de no tener contenido pecuniario.

Esta posibilidad de indemnización en esta clase de derechos es relativamente nueva, en roma existió como *petitum doloris*, pero luego se considero anti ético reclamar indemnización por el dolor moral, los franceses consolidaron la frase

²⁰ El daño. Juan Carlos Henao. Universidad Externado de Colombia. 2009

“las lagrimas no se monedean”, cuestionando justamente éticamente que a raíz del dolor que generaba la muerte se fuera a cobrar por dicho sentimiento. Así se mantuvo esta posición hasta los años 20 en Colombia. Se decía que no era posible volver las cosas a su estado anterior a diferencia de los daños pecuniarios y en tal virtud se sostuvo que este tipo de daños escapaban del ámbito de la responsabilidad civil.

En el siglo XX se revaluó esa posición, considerando que donde hay un daño debe haber reparación, empezando así a admitir una reparación o indemnización por los daños no pecuniarios, superándose la discusión de ser contrario a la ética. Así las cosas la reparación de un daño no pecuniario es compensatoria y no restitutoria, ya que, como se dijo es imposible revertir ese tipo de daños.

El primer caso de reconocimiento de este tipo de daños se dio en 1922, con la sentencia de junio 1 de ese año, el tan sonado y conocido caso “Villaveces”²¹, en este particular la reparación al daño moral no se dio en dinero sino que se ordenó la construcción de un monumento.

La tipología de daños no pecuniarios no existe en Colombia, aunque se reconocen como tales el DAÑO MORAL y el DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN.

²¹ Sentencia de junio 1 de 1922. Caso Villaveces.

10.2.1. Daño Moral

Contiene un campo muy amplio para permitir al juez tener la suficiente convicción de que la víctima padeció la aflicción o tristeza por el hecho dañino. Este se caracteriza por la naturaleza íntima de quien sufre el daño o sus víctimas indirectas.

Se da en casos no solo de fallecimiento de personas sino también en casos de lesiones de personas.

10.2.2. Daño a la vida de relación

Surge como categoría autónoma. Considerado este no solo como la alteración de en la relación de la víctima con los demás sino también con las cosas del mundo.

Para llegar al concepto de daño a la vida de relación el cual se reconoce como autónomo en Colombia desde la sentencia de julio 19 del año 2000 del consejo de estado, la cual puntualizó²²:

- Se rechaza la utilización de la expresión perjuicio fisiológico porque se trata de un perjuicio que no indemniza la lesión en si misma sino sus consecuencias.

²² Consejo de Estado. Sentencia de julio 19 de 2000. Expediente 11842.

- No se acoge la denominación de alteración a las condiciones de existencia del derecho francés porque resultaría equívoco en la medida que todo perjuicio conlleva una alteración en la vida de quien lo sufre.
- Puede surgir de diferentes hechos y no exclusivamente en una lesión corporal, puede provenir de una acusación calumniosa o injuriosa.
- Puede ser sufrida por la víctima directa del daño y por las personas cercanas a ella.
- Afecta la relación de la persona con el exterior no solo en cuanto a sus actividades placenteras sino también rutinarias que pueden llevarse a cabo o que requieren un esfuerzo excesivo.

Los antecedentes de este Daño a la Vida de Relación fueron:

- Alteración a las condiciones de existencia del Derecho Francés
- Daño a la vida de relación del Derecho Italiano
- Perjuicio fisiológico, creación jurisprudencial Colombiana

Posterior a esta categoría autónoma ha surgido una nueva denominación que no ha tenido mucha aplicación y es el DAÑO A LA SALUD²³ planteado por el doctor Gil Botero en su sentencia de septiembre 14 de 2007, expediente 38322.

²³ Consejo de Estado. Sentencia de septiembre 14 de 2007. Expediente 38322. MP Gil Botero.

Así las cosas, la tipología en materia de daños no pecuniarios no ha cambiado ya que, jurisprudencialmente no existe unificación y siempre se han manejado los conceptos de DAÑO MORAL DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN y recientemente DAÑO A LA SALUD.

Como corolario de lo expuesto, tenemos un análisis del DAÑO realizado por el doctor SAMER ABDEL HALIM ELAM ERASO, publicado en blog spot.com, el pasado 1 de diciembre de 2010.

“Ahora bien, si hablamos de daño, se debe hacer referencia también a los elementos necesarios que lo componen. En ese sentido Rougevin-Baville menciona que debe ser personal, directo y cierto, todo esto para que se configure una conducta indemnizable. Pero esto no vislumbra la necesidad de la imputación respecto al daño causado. Es de anotar que el carácter directo del daño se estudia desde el punto de vista del perjuicio provocado a la víctima que invoca, el cual debe provenir del daño causado, pero teniendo en cuenta que se debe diferenciar el daño del perjuicio, tal como lo pretende hacer el profesor Benoit. Por esa razón debe existir un nexo de causalidad entre el daño entendido como la afectación material y el perjuicio entendido como las consecuencias allegadas a este daño. Por esa razón se debe observar que, al existir un comportamiento que implique un daño, se debe tener cuidado en relacionar el comportamiento del agente con el perjuicio que pueda advenir como consecuencia del mismo.

Es importante señalar que el perjuicio es la manifestación posterior del daño que no necesariamente puede ser material. por eso es importante no sólo observar el daño que se presenta en el instante que ocurre, sino que también debe observarse las consecuencias posteriores que pueda acarrear ese daño, lo que constituyen los perjuicios. Pero este perjuicio debe ser personal y cierto, es decir que debe ser sufrido por la persona afectada por el daño que se le ha ocasionado y que esté acorde a la realidad de los hechos.

Analizando el carácter personal del daño, se debe tener en cuenta la época en que surgió. El carácter personal del daño surge a través de precedentes jurisprudenciales franceses, en especial el Fallo Señorita Rucheton, el cual se enuncia el desistimiento que el juez hizo de las pretensiones con base en el argumento de que “para obtener en justicia la reparación de un perjuicio, no es suficiente un interés, sino que se ha de acreditar un hecho lesionado”. La solución de este fallo, según Hauriou, explica que “por fuera del interés legítimo resultante de un derecho establecido o de una situación administrativa, no es posible un recurso contencioso”, ya que este derecho debe provenir de las instituciones ya establecidas, según lo dice el administrativo, por lo que no se encontraba en una situación jurídicamente protegida.

A su vez el Fallo Savelli tiene similares posturas que el Fallo Rucheton, en el entendido de que, al no existir matrimonio entre el demandante y la señora Caminatti, no existía una situación jurídicamente protegida, es decir, sin interés no hay acción. Esto significa que si existe un derecho que la ley protege, puede tener la protección que requiere.

Pero esta lógica no era exenta de contradicción. El profesor Waline al referirse al Fallo Savelli manifiesta que es evidente la existencia de una contradicción cuando el juez otorgaba indemnización al hijo matrimonial, pero se notaba que al padre del niño se le negaba el derecho a obtener esa indemnización. En ese orden de ideas, se denuncia que la decisión del juez no tiene en cuenta que así el derecho no se aplique directamente a un agente, éste puede ver los efectos del mismo. Pero también puede entenderse que una indemnización otorgada a una persona distinta a los litigantes afecta considerablemente las pretensiones de los mismos, principalmente al demandante.

En este caso que resulta de una definición de alimentos que se le debían otorgar a un menor de edad, genera una situación jurídicamente protegida para la madre y el menor, por lo que genera indemnización para los dos agentes. Esa jurisprudencia la acoge Colombia a través de la sentencia del Consejo de Estado del 29 de abril de 1980, en donde se establece el derecho a indemnización para las concubinas. Este precedente jurisprudencial origina la figura de la situación legítima, la cual no involucra necesariamente una situación establecida en la ley, sino que se habla de un derecho jurídicamente reclamable, dado que sólo se da indemnización en el evento de que la víctima tenga una acción jurídica para reclamar el derecho.

Actualmente esta postura sobre el carácter personal del daño se ha superado a partir del fallo Lasalle-Barrère, en la que se enuncia el carácter personal del perjuicio, en el entendido de que un tercero puede solicitar una indemnización

por algún perjuicio causado, siempre que éste tenga pruebas sobre el daño que se cause a la víctima. Por ejemplo, en el caso de muerte de una persona producto de un daño provocado por otro, un tercero puede pedir indemnización por ese fallecimiento, pero debe probar que esa muerte le cause un perjuicio personal. Esta postura fue acogida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de junio de 1942. En esta sentencia se enuncia claramente que toda persona tiene derecho a solicitar reparación cuando viven directamente del esfuerzo del difunto, es decir, si obtienen utilidad cierta y directa de las actividades del finado, tienen derecho, personería y acción para reclamar o pedir indemnización de perjuicios dado que sufren perjuicios de manera directa. Los jueces han dicho que para que el perjuicio pueda ser reparado. A lo largo de la historia la jurisprudencia ha coincidido en el sentido de que para que exista un perjuicio debe haber afectación del derecho a una persona y que esta debe ser indemnizada, pero esa indemnización puede extenderse a personas que se consideren afectadas por ese daño de manera indirecta, especialmente si la persona que recibe el daño sostenía a los demás.

A pesar de esto, existe alguna línea jurisprudencial que manifiesta que para que exista un daño y su consecuente perjuicio no sólo debe existir una situación jurídicamente protegida, sino que también debe existir un acto ilícito del autor que configure el daño, que exista una comisión con dolo o culpa, que haya certidumbre del perjuicio y de una relación de causalidad entre el perjuicio y el hecho. Pero no debe confundirse una situación jurídicamente protegida con una situación personal al momento de analizar el carácter personal del daño, porque puede llevar a que existan pretensiones que no tengan nada que ver con el

hecho y el derecho, y pueda existir reparación por daños que son inexistentes o con escasas de verdad.

En ese orden de ideas, toda persona puede reclamar su derecho respecto del daño que se le haya causado, siempre que éste se encuentre en la ley aunque no se debe probar esta última situación, simplemente se prueba la vulneración de ese derecho.

La jurisprudencia anterior presupone la necesidad de una situación jurídicamente protegida, es decir que no deba existir una reclamación producto de una situación que puede ser ilícita. Esto contradice ostensiblemente con la jurisprudencia actual que establece que basta con que exista una afectación de un derecho, así el daño se produzca de una situación jurídicamente protegida o de una situación ilegal.

Es de anotar que, si existe una actividad ilícita de la persona afectada que origina el daño, debe restringirse en algún momento la indemnización por el perjuicio causado, pero la jurisprudencia es clara en el sentido de que no necesariamente puede ser así, esto en aras del principio de la igualdad consagrado en la Constitución y la ley.

Ahora bien, se debe examinar si el origen del perjuicio es legítimo, es decir si una persona reclama una indemnización por un perjuicio, pero se vislumbra que existe un origen ilícito, se debe declarar improcedente la indemnización porque no se puede derivar la legalidad de un hecho ilícito a pesar del efecto sufrido,

pero es necesario que ese hecho ilícito sea probado a efectos de que no se incurra en el error de que se niegue la indemnización por el sólo hecho de encontrarse en una situación ilícita así no se encuentre involucrado en ella.

Así las cosas, para que una persona pueda reclamar una indemnización, debe existir un daño que genere uno o varios perjuicios que lo afecten considerablemente, pero que este daño exista como consecuencia de una situación jurídicamente protegida y que no existan situaciones o intereses ilícitos.

La clave para que una pretensión sea legítima, es que las pretensiones y las actividades sean legítimas, es decir si existe algo que tenga algún vicio de ilegitimidad, sencillamente la reparación no sería posible ya que se encontraría viciado de ilegalidad.

Ahora bien, una vez examinado la legalidad del daño, se debe observar el carácter personal del mismo. En ese sentido, el profesor Richer manifiesta que “la doctrina considera el carácter personal del daño como una condición de fondo de la existencia del derecho a reparación. Sin embargo, los requisitos de fondo y los procesales no son correctamente diferenciados por la jurisprudencia, puesto que normalmente quien no ha sufrido un daño personal no está legitimado para actuar”. En ese orden de ideas, la persona que no sufre algún tipo de daño no puede reclamar indemnización.

En este sentido, el daño es personal cuando quien lo sufre es el que puede solicitar reparación, así sea o no una situación jurídicamente protegida abstractamente, a menos que se demuestre que exista una situación ilegal.

Ahora bien, para ilustrar el carácter personal del daño, se debe volver a analizar la diferencia entre daño y perjuicio, lo que se torna importante para lo que viene a continuación. Debemos recordar que si bien el daño es una manifestación material del hecho que afecta a la persona, el perjuicio es una consecuencia subjetiva que más tiene que ver con la persona. En consecuencia, si el daño es para el objeto, el perjuicio es para la persona, incluso una persona ajena puede intervenir en el hecho para reclamar algún perjuicio, así no haya sufrido directamente el daño, pero debe demostrar su relación con el mismo. Esto puede llevar a que el daño y el perjuicio puedan ser indemnizados y reparados simultáneamente, no de manera individual como se ha concebido antes, ya que, según Emeri, “no puede existir daño sin perjuicio”.

En concreto, la ilustración del carácter personal del daño se manifiesta por la forma en que se muestre la legitimación de una persona, el cómo y con qué objetivo se produjo el daño, esto para así poder solicitar una indemnización.

Las peticiones de reparación por el daño causado pueden solicitarse para sí o para otro. Si se solicita para sí, debe tenerse en cuenta si la acción la ejerce intuitu personae o en calidad de heredero. Si lo hace como heredero, esta condición debe demostrarse, es decir que tenga algún nexo entre el causante y el heredero, bien sea por parentesco o jurídicamente hablando. Si existen

varios herederos, debe existir una comunidad entre ellos a fin de que puedan realizar la reclamación a nombre del causante, esto para que todos puedan tener derecho a la indemnización de acuerdo a las normas que se establecen para la sucesión, a menos de que se realice una partición de los bienes de la sucesión, en este caso se debe pedir en nombre propio. Si el demandante es titular de un derecho de dominio sobre un bien que sufre un daño, debe probar tal calidad a eventos de que pueda reclamar indemnización sobre el bien afectado. En caso de que exista una venta de la cosa, el derecho a la indemnización se puede incluir con los demás derechos que se contraen al momento de realizar la transacción, pero esto debe establecerse expresamente. Si el accionante acude en calidad de poseedor, se puede acceder a la indemnización pero debe primero agotar el término de prescripción adquisitiva para tal efecto, ya que no acude como propietario pleno de la cosa. Si se acude en calidad de tenedor, sólo podrá ser indemnizado en cuanto al goce que no pudo ser suplido como consecuencia del daño causado. Es de anotar que sólo puede reclamar indemnización únicamente por el daño causado a cada inmueble, más no puede solicitar indemnización global.

Si se realiza petición para otro, se debe tener en cuenta si se realiza la solicitud para una persona o para una comunidad. Si se realiza para una comunidad, como ocurre con las acciones populares, se debe observar que el daño ha afectado a la comunidad que está haciendo su reclamación, es decir que afecta un interés colectivo. Es de tener en cuenta que la reclamación debe ser legítima, es decir que debe ser la comunidad la que solicite la indemnización a través de su representante producto de un hecho lícito, no debe ser una

solicitud individual por cada uno de sus miembros, porque de ocurrir esto se convierte en una pretensión individual. Pero es de inferir que la solicitud la realiza la persona a título personal, así represente a la comunidad.

El mecanismo de la acción popular es un buen ejemplo de la reclamación por el daño causado a otra persona, ya que implica que una persona natural o jurídica represente a un grupo de personas cuando un daño les afecte y les genere perjuicios colectivos, pero este daño debe afectar a la persona que realiza tal reclamación.

Ya se ha hablado del carácter personal del daño, en el cual se ha especificado que el daño debe traer como consecuencia un perjuicio que afecte a la persona que resultare afectada o a un tercero que esté relacionado con el hecho. A continuación hablaremos del carácter cierto del daño, en donde se abordará la certeza que debe encontrarse al momento de evaluarse el daño que haya sufrido una persona con los consecuentes perjuicios y por el cual está reclamando una reparación. Debemos entender que un hecho cierto es un hecho presente o a futuro, que se diferencia del hecho eventual que no se tiene certeza de las consecuencias que pueda acarrear.

Varios fallos del Consejo de Estado han señalado que para que exista una reparación por un daño es necesario que ese daño haya ocurrido, es decir que se pueda evidenciar la existencia y la magnitud del mismo. En ese sentido, se debe ver que no basta con que el daño y el perjuicio sea eventual, sino que debe ser cierto, esto con el fin de que si se realiza una reclamación no debe

hacerse con base en especulaciones o hechos de los cuales no se tenga la claridad de lo que ha ocurrido.

La jurisprudencia francesa coincide con su similar colombiana en el sentido de que es indispensable para realizar una reclamación por un daño que éste sea cierto, es decir no debe ser hipotético, lleno de conjeturas y suposiciones y/o eventual; sino que debe ser efectivamente probado por aquel que realiza la reclamación, de lo contrario no prosperarían sus pretensiones. No importa si el daño o el perjuicio sean pasados, presentes o futuros; lo importante es que se tenga la certeza sobre el mismo y que el juez valore esa situación.

Es importante señalar que el perjuicio futuro no debe confundirse con un perjuicio eventual e hipotético, es indispensable demostrar que efectivamente el hecho futuro afecte a la persona en un momento determinado, aunque suele confundirse con un hecho eventual en donde no se encuentre alguna certeza dado el carácter futuro del hecho.

Si hablamos de un hecho consolidado, hacemos referencia de que la certeza del hecho ha sido valorada por el juez, el cual hace la valoración con base en la realidad de los eventos que configuraron el hecho y en las pruebas que acreditan la certeza del hecho.

Pero suele presentarse el evento en el que el daño o el perjuicio no es consolidado. En este caso debemos hablar de dos posibilidades. Si no se consolida a partir de un hecho existente, se debe solamente verificar la certeza

del hecho y el tiempo en que ocurrió para luego hacer la valoración de los eventos y la magnitud de los mismos, aunque es evidente que se presenten. Pero si la situación es inexistente, por ejemplo una situación futura, entonces el juez debe valorar si las hipótesis que son presentadas pueden en algún momento consolidarse, es decir debe valorar la certeza de que alguna de esas hipótesis puede confirmarse. Por lo tanto, el juez debe valorar todas las posibilidades que se presentan para que se configure el hecho que provoque el daño. Es de aclarar que el juez debe tener en cuenta que todo hecho no debe basarse únicamente en hipótesis y conjeturas, sino que debe tener bases en hechos ciertos.

Concluyendo, para que una persona pueda reclamar por un daño que se le ha causado, éste debe ser personal y cierto, es decir que debe ajustarse a derecho y que los hechos que configuraron el daño deben ser ciertos y coherentes, de esa manera puede decirse que la persona tiene derecho a una indemnización por el daño que se le ha causado²⁴.

²⁴ <http://samerderecho.blogspot.com/2010/12>

11.- REPARACION DEL DAÑO

Los Sistemas de Resarcimiento buscan la reparación integral de la víctima, a través de los sistemas de Restitución de las cosas a su estado anterior, La indemnización de daños y perjuicios y los Reconocimientos no Pecuniarios.

Se conoce mucha jurisprudencia en Colombia de casos en que no hay resarcimiento de los daños y perjuicios, por falta de actividad probatoria de quien persigue la reparación. Muchas pretensiones de daños y perjuicios no son reconocidas por los jueces por su incorrecta tasación.

Dentro del sistema de indemnización de daños y perjuicios, encontramos el daño material, daño moral y el daño a la vida en relación.

La correcta tasación de los daños y perjuicios permite una estimación razonable de la cuantía de la demanda, determinar la competencia del juez o tribunal, permite objetar la liquidación de los perjuicios y conciliar si es el caso con cifras razonables. Es imperativo cuantificar el daño o perjuicio desde la etapa de conciliatoria, como en la etapa procesal.

11.1. OBLIGACION DE REPARAR EL DAÑO

Es posible analizar el fenómeno de la reparación con fundamento en la consideración del daño como un hecho o acto ilícito civil, del cual, entre otros efectos jurídicos, habrá de surgir la obligación de reparar el daño causado (daño como hecho jurídico)²⁵ obligación y derecho correlativo que tendrán

²⁵ DE CUPIS, ADRIANO, El daño. Teoría general de la responsabilidad civil, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, Imprenta Universitaria de Bogotá, 1996, págs. 82 y 836. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, Teoría general de la responsabilidad civil, 3ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 79. ORDOQUI, GUSTAVO y OLIVERA, RICARDO, Derecho

como acreedor al damnificado, como deudor al causante del daño y cuyo objeto se concretará en una prestación, consistente en reparar el perjuicio causado, la cual podrá ser de dar, hacer o, incluso, de no hacer, en algunos eventos excepcionales²⁶, dependiendo de la naturaleza del daño ocasionado a la víctima. En esta línea de pensamiento ENCARNA ROCA señala que, el principio elemental que preside la regulación de la responsabilidad extracontractual es el de que la víctima de un daño debe quedar indemne de las consecuencias que éste produce. Por tanto, de la producción del perjuicio nace una obligación jurídica de indemnizar. (...). A partir del momento en que esta obligación nace en el mundo del derecho, tendrá, como todas, un acreedor y un deudor: el acreedor es la víctima del daño, quien lo ha sufrido en su persona o en su patrimonio; el deudor es aquel que lo ha producido con su conducta o bien la persona que sea responsable...²⁷

El ordenamiento jurídico traslada la carga del daño del patrimonio del damnificado al patrimonio del dañador mediante la imposición de la reparación imposición que limita la libertad de querer del causante del daño creando un vínculo jurídico que se concreta en el deber de resarcir, el cual, además, en caso de incumplimiento, podrá hacerse efectivo sobre el patrimonio del obligado.

Esta obligación, a cargo del causante del daño y en favor del damnificado, es, entonces, una obligación civil, principal, de objeto simple, de valor, pura y simple, que puede ser solidaria si los causantes del daño fueron varios sujetos de derecho, y que podrá ser positiva o negativa, de dar, hacer o no hacer,

extracontractual, vol. II, Compendio de responsabilidadextracontractual, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1974, pág. 343.

²⁶ obligaciones de no hacer como forma de reparación en el artículo 112 del Código Penal español. YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2001.

²⁷ ROCA TRÍAS, ENCARNA, Derecho de daños, textos y materiales, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 171; DE CUPIS, ADRIANO.

dependiendo de la clase de daño producido en el patrimonio o en la persona del damnificado y de la modalidad de reparación que para el caso sea aplicable.

Cabe destacar que una parte de la doctrina ve en la obligación surgida del hecho dañoso una doble función: por una parte, la que hemos mencionado anteriormente, encaminada a lograr la reparación del daño causado, y, por otra, la de sancionar la trasgresión del orden jurídico, toda vez que se considera que ante la ilicitud o injusticia del daño el ordenamiento reacciona imponiendo la reparación.²⁸

En nuestro ordenamiento existen varias formas de Reparación, entre ellas tenemos:

A.- Indemnización solidaria: consistente en el pago de una suma de dinero para cada una de las víctimas por la lesión sufrida. En este aspecto hay que distinguir:

1.- Si concurren varias violaciones sobre una misma víctima, la reparación se hará acumulando las reparaciones hasta llegar a un monto determinado, una vez analizados todos y cada uno de los daños probados.

2.- Si concurren varios sujetos pasivos del daño como derecho a la reparación se prevé una distribución de la indemnización por grupos, estableciendo la prevalencia o prioridad de cada uno de ellos.

B.- Restitución: Este tipo de reparación busca que la víctima del daño regrese a su estado anterior, es decir a la situación en la que se encontraba antes de la

²⁸ MESSINEO, FRANCESCO, Manual de derecho civil y comercial, t. VI, Relaciones obligatorias singulares, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1955

producción del daño, esta es conocida como una forma de reparación *IN NATURA*.

C. Rehabilitación: Este tipo de reparación es considerada una forma novedosa y reciente, toda vez, que conjuga elementos de tipo sico-físicos encaminada a la recuperación de los traumas que le hayan podido quedar a las víctimas con objeto a la configuración del daño.

D. Medidas de Satisfacción: Así como la anterior forma de reparación se presentan estas medidas de satisfacción, las cuales tienen como característica principal que las mismas deben contar con el consentimiento de la o las víctimas del daño.

Dentro de estas podemos mencionar:

- Reconocimiento público del carácter de víctima
- Actos conmemorativos
- Condecoraciones
- Homenajes
- Construcción de monumentos
- Difusión pública de relatos de la víctima
- Identificación e inhumación de cadáveres según tradiciones familiares
- Acceso preferente a sistemas de integración social
- Difusión de disculpas públicas y aceptación de responsabilidad por parte de los victimarios.

E.- Garantías de no repetición: Actos preventivos, campañas de capacitación, difusión y promoción de normas sobre derechos fundamentales nacionales e internacionales.

12.- **HIPOTESIS**

Elemento Daño como esencial de la responsabilidad civil.

13.- OBJETIVOS

13.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar el elemento daño como esencial en la figura de la responsabilidad civil.

13.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

Determinar los elementos constitutivos del daño

Examinar las características que permitan la configuración del elemento daño dentro de la responsabilidad civil.

Analizar las diferentes clases de daño.

14.- METODOLOGIA

14.1. **TIPO DE INVESTIGACIÓN**: Analítico- Descriptiva. (Análisis de contenido)

14.2. **MÉTODO DE INVESTIGACIÓN**: Histórico Hermenéutico

La hermenéutica es una técnica, un arte y una filosofía de los métodos cualitativos(o procesos cualitativos), que tiene como característica propia interpretar y comprender, para desvelar los motivos del actuar humano.

CRONOGRAMA

Tareas a desarrollar durante la evolución del proyecto de grado.

<u>ACTIVIDAD</u>	<u>AGOSTO- SEPTIEMBRE (2013)</u>	<u>SEPTIEMBRE- OCTUBRE (2013)</u>	<u>NOVIEMBRE (2013)</u>	<u>MARZO (2014)</u>	<u>ABRIL (2014)</u>
<u>RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN</u>	<u>X</u>				
<u>PRESENTACIÓN (ANTEPROYECTO)</u>		<u>X</u>			
<u>CAMBIOS Y CORRECCIONES DE ANTEPROYECTO</u>			<u>X</u>		
<u>PRESENTACIÓN ANTEPROYECTO</u>				<u>X</u>	
<u>PRESENTACIÓN PROYECTO FINAL</u>					<u>X</u>
<u>SUSTENTACIÓN</u>					<u>X</u>

BIBLIOGRAFIA

- Henao Perez Juan Carlos, El Daño, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Luis Fernando y Jorge Ivan Bohorquez Buitrago. Diccionario Jurídico Colombiano, Edit. Jurídica Nacional, Tomo I, pag. 571. Quinta Edición 2003.
- De Cupis Adriano, El Daño. Pag. 91
- Tamayo Jaramillo Javier. Tratado de Responsabilidad Civil Tomo I. Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado.
- Sentencia de junio 1 de 1922. Caso Villaveces.
- Consejo de Estado. Sentencia de julio 19 de 2000. Expediente 11842.
- Consejo de Estado. Sentencia de septiembre 14 de 2007. Expediente 38322. MP Gil Botero.
- <http://samerderecho.blogspot.com/2010/12>
- Código Civil Colombiano. Compilado, concordado y anotado por ALVARO TAFUR GONZALEZ. Edit. LEYER. Edic. 20. 2003

CONCLUSIONES

- La Responsabilidad Civil está definida como "el conjunto de consecuencias jurídicas a las que los particulares se someten por el hecho de haber asumido una situación jurídica pasiva sea de forma voluntaria o por efectos de la ley"
- En nuestra legislación, daño y perjuicio son términos sinónimos y se usan indistintamente, mientras que en otras legislaciones se reserva la primera expresión para el daño emergente y la otra para el lucro cesante.
- El daño jurídicamente hablando, supone que la lesión al interés lícito sea un derecho subjetivo que permita la posibilidad de accionar para efectos de obtener la reparación, y si eso no se logra, sencillamente no habrá daño configurado y solo se estará en frente de un derecho proclamatorio.
- Los Sistemas de Resarcimiento buscan la reparación integral de la víctima, a través de los sistemas de Restitución de las cosas a su estado anterior, La indemnización de daños y perjuicios y los Reconocimientos no Pecuniarios.
- El tema de la responsabilidad Civil puede enunciarse bajo el esquema como LESION-ACCION-REPARACION.