

**COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**



**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO**

**LA TEORÍA DEL HECHO ILÍCITO EN COLOMBIA. SU  
VERDADERO ALCANCE DENTRO DE UNA REFORMULACIÓN  
DE LAS FUENTES OBLIGACIONALES**

**Tesis para obtener el título de Abogado**

**Presentada por:**

Nicholas Gooding

**Director:**

**Doctor Francisco Ternera Barrios**

**Bogotá D. C., junio de 2015**

# Índice

INTRODUCCIÓN . . . . .	I
I) Planteamiento . . . . .	I
II) Problema jurídico . . . . .	IV
III) Objetivos . . . . .	V
IV) Metodología . . . . .	VI
CAPÍTULO I Las fuentes de las obligaciones. . . . .	1
A Las fuentes legales . . . . .	4
B Las fuentes doctrinales . . . . .	13
CAPÍTULO II El Hecho Ilícito. . . . .	22
A ¿Cuál es el concepto de Hecho Ilícito? . . . . .	24
B ¿Cómo se determina? - Análisis comparativo doctrinal . . . . .	26
C ¿Cuáles son sus elementos? . . . . .	33
D ¿Cuál es su alcance? . . . . .	46
1 Alcance según sus efectos normativos . . . . .	47
2 Alcance según sus consecuencias jurídicas . . . . .	60
CAPÍTULO III Responsabilidades especiales relacionadas con el Hecho Ilícito. . . . .	61
A Artículo 2356 del Código Civil - Actividades peligrosas . . . . .	61
1 Definición de actividad peligrosa . . . . .	70
2 Requisitos para su caracterización . . . . .	71
3 Características y alcance . . . . .	72
B Artículo 868 del Código de Comercio - La revisión judicial del contrato . . . . .	75
1 Fundamento legal . . . . .	80
2 ¿Cuándo aplica? . . . . .	81
3 Efectos sobre las partes . . . . .	83
4 Alcance como fuente de responsabilidad - La obligación de reparación . . . . .	85
CONCLUSIONES . . . . .	87

BIBLIOGRAFÍA. . . . . 91

## **Resumen**

El presente trabajo tiene como finalidad mostrar cómo la doctrina actual ha tergiversado el verdadero alcance de la figura del Hecho Ilícito como fuente de las obligaciones al incluir, dentro de su esfera de aplicación, situaciones jurídicas que no pueden ser catalogadas como tales.

# INTRODUCCIÓN

## **i). Planteamiento**

Para poder tratar el tema de las fuentes de las obligaciones debemos primero saber qué es una obligación y cuáles son sus efectos en la vida jurídica de las personas. Una obligación se define *como un vínculo de derecho por el cual una o varias personas determinadas están obligadas a dar, hacer o no hacer algo respecto de otra u otras personas, en virtud de un contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito o ley*<sup>1</sup>. Es decir, es un vínculo jurídico protegido por la ley en el cual una o varias personas quedan constreñidas a realizar una prestación a favor de otra u otras, por virtud de un hecho jurídico particular que funge como su causa inmediata o fuente. En este sentido, las fuentes son todas aquellas causas jurídicas aptas para generar inmediatamente un vínculo jurídico de carácter obligacional entre dos o más personas<sup>2</sup>. Las fuentes pueden proceder, entonces, de una situación legalmente regulada o de una sanción legal determinada, con o sin medicación de la voluntad.

Esta definición de fuente de obligaciones como causa inmediata de un vínculo jurídico es el punto de partida del presente trabajo. En él, se pretende evaluar cómo se clasifican y determinan cada una de estas causas inmediatas para así conocer cuáles son los argumentos en favor de la categoría del Hecho Ilícito como fuente de las obligaciones. De hecho, la finalidad de este escrito es poder hacer un análisis más detallado del hecho ilícito como fuente obligacional y obtener así su relación con algunas de las figuras de la responsabilidad civil de nuestro ordenamiento: la responsabilidad civil por actividades peligrosas y la responsabilidad por revisión

---

<sup>1</sup>PÉREZ VIVÉZ, ALVARO. "Las fuentes de las obligaciones." *Teoría general de la obligaciones*, Volúmen 1. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2009. p. 36.

<sup>2</sup>Al respecto véase el análisis realizado por DE SEMO, GIORGIO en *Istituzioni di diritto privato*. Firenze, 1948. p. 377.

judicial del contrato.

Empero, es preciso aclarar que aún cuando podríamos hacer referencia a más figuras de responsabilidad civil en este trabajo, en especial a la responsabilidad objetiva; sin embargo, mencionarlas es innecesario ya que el uso de estas dos figuras responde al hecho de que son las más representativas para demostrar los objetivos del trabajo. En otras palabras, la decisión de dejar de lado otro tipo de figuras de responsabilidad civil, que pueden ayudar a una mejor comprensión de la crítica que se hace, tiene una razón: la responsabilidad por actividades peligrosas y la revisión judicial del contrato, como las figuras representativas para la evaluación del Hecho Ilícito, hacen fehaciente la diferencia entre el hecho ilícito en sentido propio y el sistema de responsabilidad civil objetiva. Tanto la determinación de la existencia de actividades peligrosas, como las consecuencias de la revisión judicial del contrato demuestran que el Hecho Ilícito comprende figuras que no son proscritas por el sistema normativo, haciendo mención ahora a un sistema de responsabilidad que ya no se relaciona con el concepto de culpa.

Consideramos además que el Hecho Ilícito como fuente de obligaciones hace referencia al régimen general de responsabilidad aquiliana o extracontractual, puesto que, tal como plantea el Doctor EDGAR RAMÍREZ BAQUERO, en su libro titulado “La ineficacia en el negocio jurídico”, la responsabilidad contractual nace directamente de los efectos negociales de un negocio jurídico y, por tanto, se regula a través de las reglas contractuales. El incumplimiento, la mora, el no pago, y las demás figuras de responsabilidad contractual apuntan a reglas relacionadas con la ineficacia del negocio jurídico y las reglas de solución, antes que a los fundamentos del Hecho Ilícito que existen en nuestro ordenamiento jurídico.

Otro argumento en favor de la limitación que planteamos está relacionado con la revisión judicial del contrato. Es de nuestro parecer que esta figura permite, además de demostrar la imprecisión en la definición de Hecho Ilícito, aclarar la exclusión de la responsabilidad contractual como sub-género de esta categoría. La revisión judicial no hace parte de la esfera contractual, ni siquiera en su sentido propio de relaciones

contractuales. En este caso, como explicaremos más adelante, no nos encontramos frente a un tipo de incumplimiento. Por el contrario, nos encontramos frente a una situación de cumplimiento, de eficacia contractual. La particularidad, sin embargo, es que para nosotros también se sale de la esfera contractual en este sentido, puesto que, al ser una decisión judicial la que resuelve la solicitud de los contratantes, la posible reparación derivada se convierte en una responsabilidad especial diferente a la relacionada con el concepto de culpa o a la relacionada con el incumplimiento.

De esta manera, el trabajo se dividirá en tres secciones: las fuentes de las obligaciones, el Hecho Ilícito y las responsabilidades de los artículos 2356 del Código Civil y 868 del Código de Comercio. División que responde a la necesidad de establecer cuáles son los fundamentos legales y doctrinales de cada una de las figuras anteriormente mencionadas y su relación con la el Hecho Ilícito como fuente de las obligaciones, para poder concluir como ha sido deformada la definición de la misma o como ha sido mal utilizada.

La primera parte del trabajo se desarrollará en dos partes: se llevará a cabo un resumen de las fuentes legales de las obligaciones con el fin de indicar cuál es el verdadero fundamento obligacional de las figuras a evaluar y, posteriormente, se efectuará un análisis de las fuentes de las obligaciones de creación doctrinal. Una vez desarrollados los postulados básicos para el correcto análisis de las fuentes de las obligaciones, en la segunda parte del escrito se detallará cada particularidad del Hecho Ilícito como fuente y se determinarán sus diferentes variantes, como también las características y los efectos que la doctrina le ha vinculado. Todo teniendo presente que la figura no existe en la legislación colombiana, sino sólo como fuente auxiliar del derecho.

En la tercera parte del trabajo se hará el análisis exhaustivo de la responsabilidad civil extracontractual en el desarrollo de actividades peligrosas y la responsabilidad como consecuencia de una revisión judicial del contrato en materia mercantil: buscaremos en cada una de ellas sus presupuestos y consecuencias jurídicas, y mostraremos cuál es la aplicación especial que tienen dentro del régimen de responsabilidad.

El propósito es determinar en qué casos éstas figuras son consideradas hechos ilícitos y cuáles son los argumentos para tal inclusión, tanto legales, como también doctrinales. Todo lo anterior con el fin de mostrar un panorama claro que permita llevar al lector a sus propias conclusiones al respecto.

Finalmente se planteará el resultado del análisis propuesto y las consecuencias que ello trae en la interpretación del Hecho Ilícito y su relación con la responsabilidad civil. La tesis que el presente trabajo defenderá es que, por un lado, la falta de técnica al aplicar el Hecho Ilícito hace que la figura pierda su forma y sentido y, por otro lado, que se califiquen como ilícitas situaciones que no lo son en sí mismas. Esta consideración se funda, además, en la aparición de nuevos conceptos de culpa, de factores de atribución y en el desarrollo de regímenes objetivos de responsabilidad extracontractual de carácter objetivo.

## **II). Problema jurídico**

Recientemente la doctrina ha logrado incluir como Hechos Ilícitos varias de las figuras jurídicas de responsabilidad civil extracontractual que antes no eran consideradas como tal y, con ello, se ha deformado y perdido la rigurosidad en la determinación de la categoría del Hecho Ilícito. Situación que nos parece problemática y digna de evaluación. Un análisis del Hecho Ilícito, en donde se comparan algunas figuras propias de nuestro ordenamiento que ahora se consideran como hechos ilícitos, puede llevar a concluir que es necesario un cambio en las fuentes de las obligaciones. Por lo anterior, evaluaremos la responsabilidad por actividades peligrosas en materia civil y la teoría de la revisión judicial del contrato en la legislación comercial con la intención de demostrar el error que hay en tal inclusión.. Ambas reconocen hechos jurídicos ilícitos estrictamente hablando, pero, dada su importancia dentro del sistema legal, han sufrido una regulación especial en el caso de efectuarse un daño derivado de las mismas.

En este orden de ideas, podemos advertir que las actividades peligrosas no sola-

mente son lícitas en sí mismas sino que, además, se encuadran dentro de actividades muy necesarias para la sociedad. Al evaluar, por ejemplo, el desarrollo de la actividad de transporte (terrestre o aéreo) de pasajeros, o la prestación del servicio eléctrico, observamos claramente que son servicios públicos necesarios para el normal desarrollo de la sociedad actual. Incluso vemos que sin su realización efectiva por agentes privados, que sacan provecho de la actividad, la sociedad misma no prosperaría. En este sentido, las denominadas actividades peligrosas son, por el contrario, actividades necesarias para la sociedad.

### III). **Objetivos**

El objetivo del presente trabajo se centra en demostrar la falta de técnica al momento de utilizar el Hecho Ilícito como fuente de obligaciones que no pueden ser consideradas como tales sin que se modifique su esencia o la del Hecho Ilícito.

#### 1. Generales

- Demostrar la errónea interpretación del Hecho Ilícito como fuente de las obligaciones y analizar sus verdaderos presupuestos jurídicos.
- Explicar la figura de la responsabilidad por actividades peligrosas para delimitar sus características y alcances.
- Analizar la los efectos y factores de atribución de responsabilidad dentro de la teoría de la revisión del contrato en materia comercial con el fin de aclarar sus características.

#### 2. Específicos

- Explicar en profundidad la teoría del Hecho Ilícito.
- Exponer los fundamentos, características, límites y aplicación de la responsabilidad por actividades peligrosas en virtud de sus diferentes variantes.

- Describir la teoría de la revisión del contrato en materia comercial en todos sus aspectos para conocer su fundamento, alcance y límites.
- Comparar las características del Hecho Ilícito con las de los postulados jurídicos de los Arts. 2354 y 2356 del Código Civil; y del Art. 868 del Código de Comercio.
- Exponer de manera análoga los fundamentos de la responsabilidad por actividades peligrosas, en materia civil, y la responsabilidad derivada de la revisión judicial del contrato, en materia comercial.
- Reformular la interpretación que debe hacerse del Hecho Ilícito para desechar aquellos hechos jurídicos que se salen de su esfera.
- Proponer, de acuerdo con las características de los casos analizados, la posible fuente que realmente corresponde a este tipo de obligaciones de reparación.
- Demostrar las diferencias sustanciales entre el Hecho Ilícito y la nueva fuente obligacional planteada.

#### iv). Metodología

La investigación materializada en el siguiente trabajo se lleva cabo partiendo del estudio de los conceptos jurídicos de los ejemplos de Hecho Ilícito. Se acudió a la experiencia académica recopilada por los expertos en la materia, enfoque que requirió un gran esfuerzo por adentrarse en áreas muchas veces desconocidas, o conocidas desde perspectivas diferentes por los estudiantes de Derecho. Por este motivo, se acudió al análisis de la normativa colombiana, y a la doctrina y jurisprudencia colombianas, como parámetros auxiliares de interpretación.

# CAPÍTULO I.

## LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Para empezar debemos hablar de las fuentes de las obligaciones, su fundamento en nuestra legislación y la interpretación que se les ha dado. Para ello, iniciaremos con la explicación del origen de la teoría acogida por nuestra legislación. Posteriormente, mencionaremos la transformación que ha sufrido a la luz de la doctrina nacional, con el fin de identificar algunos elementos que han perdurado en la definición de algunas fuentes y que nos pueden aclarar la relación existente entre la responsabilidad civil extracontractual y el Hecho Ilícito. Lo anterior, lo llevaremos a cabo con un énfasis especial en la relación que hay entre el factor de atribución de la responsabilidad como elemento necesario de la obligación de resarcimiento y el Hecho Ilícito como un tipo de responsabilidad. En efecto, al evaluar las doctrinas precedentes a la actual se observará cómo la responsabilidad extracontractual o aquiliana se encuentra íntimamente relacionada con la determinación de un factor de atribución.

Así las cosas, tenemos primero que revisar la clasificación desarrollada en las *Institutas* de Gayo. En ellas se dice que son fuentes de las obligaciones el contrato y el delito, según sea su nacimiento. El contrato es aquí definido como el acuerdo de voluntades sancionado por el derecho civil, cuya finalidad es generar obligaciones. De esta definición se debe especificar que solo fueron tenidos en cuenta por el autor romano aquellos tipos de contrato que tienen acciones en la ley y que son aptos para llevar una “*causa iuris*”. En cuanto al hecho ilícito “*Delicata o maleficum*”, se lo entiende como el hecho sancionado por la ley con imposición de pena pecuniaria. Es una conducta reprimida que se consideraba tutelable por parte del Estado y se

refería exclusivamente a situaciones patrimoniales<sup>3</sup>. Hay que tener en cuenta que para esta clasificación la única fuente de obligaciones es la ley siempre que media un acto de parte. En segundo lugar, tenemos la clasificación del tercer comentario de Gayo. En ella se mantienen las instituciones previas pero se incluye una tercera fuente: la “*Solutio Indebiti*”. Está no es de carácter contractual pero supone un pago de lo no debido que no tiene una finalidad generadora. En este caso la obligación nace para devolver el pago de lo no debido<sup>4</sup>.

En tercer lugar está la clasificación del *Digesto* de Justiniano I. En ella se consideran fuentes el contrato, el delito, la convención (llamada ahora cuasicontrato) y las “*Ex varium causarum figuris*”, o actos lícitos no contractuales. La diferencia con las anteriores clasificaciones es la inclusión de todas aquellas causas que ya no son sancionadas por la ley civil y que no son ni contratos ni delitos. En cuarto lugar está la clasificación de las *Institutas Justinianas*. En ella ya se incluyen formalmente las fuentes de los cuasicontratos y los cuasidelitos. Los primeros, como habíamos mencionado, son los hechos lícitos no contractuales y los segundos son aquellos delitos de nacimiento edictal<sup>5</sup>. Esta clasificación se mantiene indemne hasta el derecho civil francés, en el cual, por influencia de la escuela del derecho natural, se incluye a la ley como quinta fuente de obligaciones; situación recogida por la legislación Francesa y desarrollada por nuestra actual codificación.

Esta clasificación Francesa<sup>6</sup>, desarrollada por nuestras codificaciones, según la cual son fuentes formales de las obligaciones el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley, es entonces el primer referente directo de nuestro ordenamiento<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup>Gayo, 3,182; Gayo. 4,112

<sup>4</sup>Digesto. 44, 7, 1 pr.1

<sup>5</sup>Instituciones. 3, 13, 2 “*aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*”

<sup>6</sup>República Francesa, Parlamento Frances, Code Civil del Francais, Ley 21 de marzo de 1804, Artículo 1370.

<sup>7</sup>República de Colombia, Congreso de la República, Código Civil, Ley 57 de 1887, Artículo 1494.

En ella el contrato y el delito se producen con mediación de la voluntad, el cuasidelito y el cuasicontrato no necesariamente con participación de la voluntad y la ley se reconoce como fuente residual. Según esta clasificación el contrato es la principal fuente y se lo define como el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa<sup>8</sup>. Definición más parecida a la del concepto de obligación y que, sin embargo, es recogida por nuestra legislación en los artículos 1495 de Código Civil y 864 del Código de procedimiento civil.

A su vez, para esta clasificación el contrato es el acto jurídico realizado con plenitud de las formas establecidas por la ley, por medio del cual se pacta el cumplimiento o la extinción de unas determinadas obligaciones<sup>9</sup>. Por otro lado, el cuasicontrato es el hecho jurídico respecto del cual, sin existir una convención<sup>10</sup>, sino sólo una manifestación de la voluntad por parte de un sujeto de derechos, se predica el nacimiento de unas obligaciones bilaterales para las partes vinculadas<sup>11</sup>. Dentro de este tipo de fuente de obligaciones se incluye, como en nuestra legislación, la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad<sup>12</sup>. Por su parte, la teoría del delito es desarrollada por la legislación penal, mientras que el cuasidelito es evaluado por el régimen de responsabilidad civil extracontractual. Finalmente, la ley se entiende como la normatividad que genera obligaciones por parte de los sujetos de derecho sin mediación de su voluntad sino como consecuencia del ordenamiento jurídico.

---

<sup>8</sup>Artículo 1495 del Código Civil, Ley 57 de 1887, Congreso de la República, Colombia

<sup>9</sup>HINESTROSA, FERNANDO. “*Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2015. p. 232.

<sup>10</sup>Según el artículo 2302 del Código Civil, el cuasicontrato es fuente de obligaciones sin mediación de una convención, sino de un hecho voluntario de las partes. “*Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes*”

<sup>11</sup>Se dice que son obligaciones bilaterales puesto que pueden llegar, como en la agencia oficiosa, obligaciones tanto para quien hace la manifestación de la voluntad como para un tercero, en este caso el agente oficioso, que no ha manifestado su voluntad.

<sup>12</sup>República de Colombia, Congreso de la República, Código Civil, Ley 57 de 1887, Artículo 2303.

Como podemos observar, esta clasificación doctrinal fue acogida casi completamente por nuestro ordenamiento civil y, por ello, es desarrollada como la fuente legal. Por lo anterior, evaluaremos estas fuentes más en detalle partiendo del hecho de que cualquier obligación tiene como causa primera un hecho jurídico, es decir, nacen de los hechos en los cuales se expresan.

## A. LAS FUENTES LEGALES

La revisión de las fuentes de las obligaciones no es una tarea sencilla de acometer cuando la literatura al respecto es tan amplia<sup>13</sup> y divergente en tantos temas<sup>14</sup>. Para poder continuar, es preciso determinar cuáles son estas fuentes en nuestro sistema legal. Para el Código Civil, en el artículo 1494, “*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*”<sup>15</sup>. Es decir, en materia civil las fuentes sólo son cinco: el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley.

---

<sup>13</sup>Por sólo citar algunos de los autores colombianos que desarrollan el tema se pueden observar “*Teoría general de las obligaciones*” de Álvaro Pérez Vives; “*Régimen general de las obligaciones*” de Guillermo Ospina Fernandez; “*Tratado de las Obligaciones*” de Fernando Hinestrosa; “*Obligaciones*” de Jorge Cardozo Isaza; “*Manual de obligaciones*” de Alberto Tamayo Lombana; entre otros.

<sup>14</sup>Al efecto basta comparar la definición que cada autor utiliza del concepto de acto jurídico o de obligación.

<sup>15</sup>República de Colombia, Congreso de la República, Código Civil, Ley 57 de 1887.

Pero no sólo lo son en materia civil. Estas fuentes son las mismas para el resto de nuestro ordenamiento<sup>16</sup>. No existe en ningún otro lugar alguna definición o enumeración de estas u otras fuentes de las obligaciones<sup>17</sup>. De hecho, en materia comercial y administrativa, la ley civil funge como fuente subsidiaria de aplicación. En materia comercial, más específicamente, el tema es regulado por vía de fuente subsidiaria (Art. 2 Código de Comercio) e, incluso, en opinión de algunos autores colombianos<sup>18</sup>, por vía directa mediante la inclusión de normas civiles al campo del derecho comercial que se realiza en el artículo 822 del Código de Comercio:

*“Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.*

*La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley.<sup>19</sup> ”*

Así, la primera de las fuentes de las obligaciones en Colombia es el contrato. Éste es visto como la principal forma de crear obligaciones y ostenta, en casi todas las áreas del derecho, un estatus especial, por lo cual es regulado minuciosamente. Su finalidad primordial es la creación de obligaciones entre las partes contratantes

---

<sup>16</sup>Según nuestro propio ordenamiento, en caso de que una materia no se encuentre expresamente regulada, la Ley 153 de 1887 determina en su artículo 8 que “(...) se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.”. En este caso, la definición de las obligaciones y de sus fuentes no existe expresamente en otras materias diferentes a la civil o a la misma Ley 153 de 1887.

<sup>17</sup>República de Colombia, Congreso de la República, Ley 153 de 1887.

<sup>18</sup>ZAPATA, PILAR. NISIMBLAT, MAIKEL. *“Integración de las normas comerciales y civiles en materia de obligaciones y contratos: Interpretación del artículo 822 del Código de Comercio.”* en *Revista de Derecho Privado*, número 19/20. Universidad de los Andes. Bogotá 1997.

<sup>19</sup>República de Colombia, Congreso de la República, Código de Comercio, Ley 410 de 1971

y, por ello, se define como un acto jurídico por medio del cual dos o más personas se obligan para con otra u otras personas; es decir, es principalmente un cierto tipo especial de acto jurídico en el cual su principal finalidad es crear obligaciones entre las partes contratantes. Es entonces un miembro de una categoría más amplia: el acto jurídico.

Para observar esta relación es importante comprender que como acto jurídico se entiende todo acto humano voluntario encaminado a la producción de efectos jurídicos para quien lo realiza. O en palabras de FERNANDO HINESTROSA, el acto jurídico es “*una manifestación de la voluntad del hombre con miras a producir un efecto jurídico, es decir, con intención de engendrar, modificar o extinguir derechos*”<sup>20</sup> Es una fuente de obligaciones más amplia que el contrato y de ella hablaremos más adelante en la sección dedicada a las fuentes doctrinales de las obligaciones. En el acto jurídico quedan incluidos no solo los actos entre dos o más partes, sino todos aquellos actos que voluntariamente producen un efecto jurídico buscado o deseado por quien lo realiza; de hecho, comprende en su interior tanto las actuaciones bilaterales, que se producen por la conjunción de varias voluntades, como todas aquellas actividades humanas que, buscado un resultado específico, son jurídicamente relevantes para la producción de efectos. Es decir, el acto jurídico es el vehículo propicio para la creación de obligaciones cuando media la voluntad.

Al mismo tiempo, el acto jurídico se relaciona también con la segunda de las fuentes legales mencionadas anteriormente: el cuasicontrato. En el artículo 2302 de Código Civil<sup>21</sup>, se le define como todas aquellas situaciones en las cuales una persona se obliga para con otra pero sin la existencia de convención entre las partes. Es decir, es un acto jurídico en el cual participa solo una voluntad<sup>22</sup>, pero cuyo efecto es la

---

<sup>20</sup>HINESTROSA, FERNANDO. “*Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2015. p. 65.

<sup>21</sup>República de Colombia, Congreso de la República, Código Civil, Ley 57 de 1887.

<sup>22</sup>Si hubiera la participación de más de una voluntad nos encontraríamos necesariamente frente a una convención o contrato en los mismo términos en que fue definido previamente y que concuerda

creación de obligaciones exigibles con respecto a otra. La fuente puede ser tanto un hecho voluntario, como la ley, en caso de suceder un hecho jurídicamente relevante. Como ejemplo de este tipo de actos, el Código Civil<sup>23</sup> señala, entre otras, la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad.

Es importante aclarar que para la doctrina hay diferentes categorías o tipos de actos jurídicos. A modo de comparación previa podemos observar la propuesta realizada por el doctor FERNANDO HINESTROSA, en la cual se propone “*una clasificación en cuatro fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico, el daño resarrible, el enriquecimiento injusto y los hechos jurídicos varios*”<sup>24</sup>; y al mismo tiempo las fuentes desarrolladas por el profesor ÁLVARO PÉREZ VIVES: “*El acto jurídico, la responsabilidad civil y la ley*”<sup>25</sup>. Incluso, hay una parte de ella, especialmente la alemana, que considera que, más que el acto jurídico, es el negocio jurídico la verdadera fuente de las obligaciones<sup>26</sup>. “*Negocio jurídico, desde su aparición, ha sido una figura perteneciente exclusivamente al derecho privado, empleada siempre para señalar la conducta particular de disposición de los propios intereses en las relaciones del comercio jurídico*”<sup>27</sup> Se considera así, dado que se argumenta que en el caso del negocio jurídico el interés primordial es el de conseguir un cambio en los patrimonios

---

con la definición presentada en artículo 1495 de Código Civil.

<sup>23</sup>Arts. 2305, 2306 y 2307 del Código de Comercio respectivamente.

<sup>24</sup>HINESTROSA, FERNANDO. “*Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2015. p. 65.

<sup>25</sup>PÉREZ VIVES, ALVARO. “*Teoría general de las obligaciones. Volumen II: De las fuentes de las obligaciones*”. Editorial Temis. Bogotá, 1954.

<sup>26</sup>Dado que el negocio jurídico se presenta como como una manifestación encaminada al intercambio entre patrimonios, es este y no simplemente el acto jurídico el que crea nuevas obligaciones, pues no hay obligaciones diferentes a las de dar, hacer o no hacer, que están directamente relacionadas con el patrimonio de un individuo. Al respecto ver WITZ, CLAUDE en “*Droit privé allemand*”

<sup>27</sup>HINESTROSA, FERNANDO. “*Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015. p. 66.

de los sujetos que acuden a él y, por tanto, cobra una mayor relevancia<sup>28</sup>. Así, llama la atención sobre el hecho de que a lo largo del siglo XIX, “*las convenciones en general, y en particular las convenciones obligatorias (...), no son más que una aplicación aislada, por lo demás, de especial importancia, de la idea jurídica, mucho más general, de la manifestación de la voluntad o negocio jurídico*”<sup>29</sup>. Sin embargo, al tratar el contrato como fuente de las obligaciones, el acto y/o negocio jurídico es simplemente una categoría de clasificación que cumple propósitos puramente académicos. De momento, la diferencia entre uno y otro es irrelevante para poder comprender la figura del contrato como fuente obligacional. Ello no quiere decir que no sea importante para el desarrollo del presente trabajo, más adelante se hará mención al negocio jurídico y sus diferencias con el acto jurídico y con el contrato.

Finalmente, tenemos al delito y al cuasidelito como las restantes fuentes de las obligaciones. En cuanto al primero, el Código Civil no especifica más que aquella situación en la cual se genera una obligación por vía de una conducta dolosa, es decir, con la intención de causar el perjuicio a un tercero. En este sentido, es el Código Penal el que define al delito como una conducta típica (tipificada por la ley)<sup>30</sup>, antijurídica (contraria al derecho)<sup>31</sup> y culpable (objeto de imputación a un individuo determinado)<sup>32</sup>. Es entonces una situación que supone una infracción al conjunto normativo y, por tanto, a la sociedad misma. El delito es la acción de un sujeto orientada a dañar o perjudicar los derechos de otros sujetos jurídicos por un

---

<sup>28</sup>“*La esencia del negocio jurídico se encuentra allí en que opera una voluntad dirigida a la producción de efectos jurídicos y en que al calificarla, el ordenamiento realiza en el mundo jurídico la configuración jurídica que fue querida* en HINESTROSA, FERNANDO. “*Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2015. p. 225.

<sup>29</sup>SAVIGNY, FREDERICH KARL VON. *Derecho de las obligaciones* en “System des heutigen römischen Rechts”. Bibliographische Angaben. Berlin, 1849

<sup>30</sup>República de Colombia. Congreso de la República. Código Penal. Ley 599 de 2000. Artículo 10.

<sup>31</sup>República de Colombia. Congreso de la República. Código Penal. Ley 599 de 2000. Artículo 11.

<sup>32</sup>República de Colombia. Congreso de la República. Código Penal. Ley 599 de 2000. Artículo 10.

motivo cualquiera; por lo mismo, tiene un componente de legalidad muy estricto y su régimen depende por completo de la legislación penal.

Por el contrario, no sucede así con el cuasidelito, el cual es definido en la legislación civil en el artículo 2032 del Código Civil<sup>33</sup>. Allí se define que: “*Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes. (...) Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa.*”<sup>34</sup> Como se puede observar, el cuasidelito utiliza el concepto de culpa, que es precisamente uno de los temas de especial relevancia en el presente trabajo. Ello es así, en tanto que es el concepto que determina casi todas, sino todas, las figuras de la responsabilidad civil extracontractual. Esta relación la abarcaremos con más profundidad en la próxima sección. Por ahora es importante determinar cómo se define la culpa y cuáles son sus diferentes variantes en el derecho civil. Esto con el fin de tener mayor claridad respecto a la forma como el concepto de culpa civil afecta la evaluación de responsabilidad y genera la obligación de resarcimiento.

La culpa, así vista, es la condición principal para la condena en responsabilidad de los daños que se sufren por fuera del desarrollo de los contratos, como nace del propio enunciado de los cuasicontratos. En este sentido, la culpa se deriva de la necesidad moral de exigir cierto tipo de comportamientos a los sujetos en el desarrollo ordinario de sus relaciones sociales, situación que ha sobrevivido por influencia del derecho francés. El concepto de culpa se nos presenta así de diversas formas. Su caracterización depende de la figura para la cual lo utilicemos. En algunos casos llamamos culpa al actuar intencional, mientras que en otros nos referimos a todo tipo de actuar contrario a la ley. En el sistema legal colombiano sucede lo mismo, el significado de la culpa

*“(...) depende de los distintos usos que de ésta se haga dentro de los diferentes lenguajes particulares. Así, en el lenguaje de la indemnización*

---

<sup>33</sup>De aquí en adelante C.C.

<sup>34</sup>República de Colombia, Congreso de la República, Código Civil, Ley 57 de 1887.

*de perjuicios extracontractuales del derecho civil colombiano, el legislador se limita a servirse de las palabras “delito” “culpa” sin dar una definición específica de éstas; su significado debe ser, entonces, delimitado en relación con las expresiones “dolo”, “fraude”, (...), etc. utilizadas tanto por el legislador como por la jurisprudencia para tratar de precisar su sentido.”<sup>35</sup>*

La culpa es entonces la comisión de una conducta violatoria de la normatividad legal que además se valora subjetivamente de forma que se pueda identificar un defecto en la misma<sup>36</sup>. Es decir, la culpa es la violación que, una vez valorada, trata de determinar si la persona “*ha sido imprudente, negligente, ignorante o ligera*”<sup>37</sup> al momento de actuar. La culpa depende así de la caracterización que el legislador y los operadores judiciales hacen del sujeto hipotético y de la violación. De acuerdo con el artículo 63 del C.C se distinguen tres tipos de culpa: la culpa grave, la culpa leve y la culpa levísima, cada una de las cuales se encuentra asociada a un comportamiento hipotético. Así, la culpa grave o lata se refiere a los comportamientos que ni siquiera una persona negligente cometería, la leve, por su parte, con el comportamiento del buen padre de familia y, finalmente, la culpa levísima se relaciona con el esmerado cuidado de una persona diligente.

Como juicio de valor que compara las conductas de una persona cualquiera y de un sujeto hipotético, la culpa es el principal fundamento de nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual. Es la noción que permite valorar ciertos actos jurídicos como culposos y así poder ligarlos a un daño a través de una imputación

---

<sup>35</sup>MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO. TERNERA BARRIOS, FRANCISCO. La “culpa” en la responsabilidad civil extracontractual del derecho colombiano. p. 2.

<sup>36</sup>PÉREZ VIVES, ÁLVARO. “*Teoría general de las obligaciones*”. Volumen 2. Editorial Temis. Bogotá 1954. p. 69.

<sup>37</sup>PÉREZ VIVES, ÁLVARO. “*Teoría general de las obligaciones*”. Volumen 2. Editorial Temis. Bogotá 1954. p. 69.

jurídica con el fin de fundamentar la obligación de reparación. “*En efecto, todos los ordenamientos jurídicos occidentales, (...) han adoptado en mayor o menor medida el principio según el cual la culpa o falta es requisito indispensable para que se configuren algunas hipótesis de responsabilidad civil, al punto de que ese es el principio general que orienta todas las odificaciones*”<sup>38</sup>. En otras palabras, parece ser la noción clave de nuestro ordenamiento que se usa para regular el régimen de responsabilidad aquiliana. En este sentido, su determinación es clave para comprender los presupuestos responsabilidad y fundamentar nuestra posición. Esto no quiere decir que el régimen de responsabilidad civil extracontractual se encuentre únicamente relacionado con el concepto de culpa. Más adelante veremos que se incluyen otros nuevos conceptos para la determinación de ciertos tipos de responsabilidad objetiva. Lo importante en este punto es que éste concepto es el que reúne el núcleo principal del cuasidelito.

El sistema legal de la responsabilidad, sin embargo, está ligado con los daños causados en el desarrollo de actividades que generan un riesgo extraordinario en la sociedad. Sin embargo, aun cuando al sujeto se le imponen unas cargas de cuidado y de pericia que se ajustan a aquellas de un sujeto hipotético dentro del régimen de responsabilidad por culpa, la diferencia radica en que no se realiza realmente una valoración subjetiva<sup>39</sup>. Por el contrario, dentro de este tipo de responsabilidad la acción humana se evalúa objetivamente y de forma previa. Sólo con el hecho de iniciar la actividad considerada peligrosa ya el sujeto se considera responsable en caso de presentarse cualquier tipo de daño. “*En la medida en que solo (se) le exige a la víctima probar que el daño fue causado por una actividad peligrosa del demandado y que este solo se libera mediante la causa extraña, está consagrado una*

---

<sup>38</sup>TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. “*Tratado de responsabilidad civil*”. Legis. Bogotá 2011. p. 191.

<sup>39</sup>Como se explicará más propiamente en el capítulo dedicado a esta figura jurídica, en la determinación del factor de atribución de riesgo creado no es necesario considerar el comportamiento del agente que realiza la actividad, es solamente necesario demostrar la existencia del riesgo creado.

*responsabilidad sin culpa*”<sup>40</sup> Ejemplo claro de que el Hecho Ilícito como fuente de obligaciones ya no solamente se encuentra relacionado con la culpa y, por tanto, con una valoración comportamental que permite hablar de actos ilícitos o proscritos por nuestro ordenamiento.

Tenemos entonces que, en cuanto al cuasidelito y la responsabilidad por el daño causado sin intención, por fuera del ámbito de un convenio o contrato, la noción de culpa, como juicio de valor, es un rasgo con el que se valora la responsabilidad, y uno de los factores de atribución. Sin embargo, “*tanto nuestra doctrina, como nuestros jueces, en sus decisiones, se han mantenido aferrados al uso de la palabra “culpa” para tratar de justificar los regímenes de responsabilidad en los cuales no se hace ningún juicio de valor sobre el comportamiento del sujeto normativo*”<sup>41</sup>. Situación que ha llevado a nuestros jueces a entender el sistema como el conjunto compuesto por un régimen general subjetivo y unos regímenes objetivos, dentro de los cuales incluyen especialmente las situaciones consagradas en los artículos 2350 y 2356 del C.C.

De ello podemos concluir que nuestra clasificación legal de las fuentes de las obligaciones no está exenta de cierto desarrollo argumentativo. Las nociones de acto jurídico, de culpa, de responsabilidad extracontractual, de enriquecimiento sin causa, etc. son propias de un avance interpretativo por parte de la academia. Estas son respuestas a las necesidades del sistema de reevaluarse como parte de un proceso en constante evolución. En especial desde la redacción de la constitución de 1991, nuestro sistema jurídico ha cobrado un carácter “principalista”. La normatividad responde ahora a unos principios que permean cada regla de derecho y que extienden sus efectos a áreas más generales. Los principios se convierten en parte fundante del ordenamiento y lo mismo ocurre al interpretar las diferentes fuentes de

---

<sup>40</sup>TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. “*Tratado de responsabilidad civil*”. Legis. Bogotá 2011. p. 871.

<sup>41</sup>MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO. TERNERA BARRIOS, FRANCISCO. La “culpa” en la responsabilidad civil extracontractual del derecho colombiano. p. 9.

las obligaciones que hemos tratado.

## B. LAS FUENTES DOCTRINALES

Esta nueva concepción “moderna”, basada en la existencia de principios generales del derecho civil, transforma la interpretación de las fuentes legales en un campo de reglas más generales que abarcan dentro suyo más situaciones jurídicas que las cobijadas por las reglas escritas<sup>42</sup>. Para ésta concepción las fuentes del derecho corresponden a la aplicación de ciertos principios determinados: la autonomía de la voluntad, la responsabilidad y la buena fe<sup>43</sup>. Acá existen sólo cuatro grandes fuentes: los actos jurídicos, el Hecho Ilícito, el enriquecimiento sin causa y la ley. La primera fuente encuentra su fundamento legal en los artículos 6, 1518, 1602 y 1618 del C.C, y se comprende como la manifestación de la voluntad generadora de obligaciones. Como el “*acto de voluntad, declaración de voluntad enderezada a fines jurídicos y productora de modificaciones de derecho: creación, transformación, mantenimiento o extinción de situaciones y relaciones jurídicas*”<sup>44</sup>. Esta clasificación puede subdividirse en actos bilaterales y actos unilaterales<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup>Si bien los principios generales pueden estar cobijados e inmersos en normas escritas, los mismos son criterios de interpretación generales que

<sup>43</sup>HINESTROSA, FERNANDO. “*Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015. p. 66.

<sup>44</sup>HINESTROSA, FERNANDO. “*Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015. p. 268.

<sup>45</sup>Bajo la comprensión de que el acto o negocio jurídico es “*el acto propio de disposición que Quien quiera disponer de sus intereses o se halle en la necesidad de hacerlo, acude, delantadamente, a una de las categorías o tipos establecidos. Se le ofrece, respecto de lo primero, las figuras que las leyes consagran y reglamentan, (...); pero también encuentra, al margen de la ley, otros tipos, otros instrumentos de la autonomía privada; esta subclasificación obedece a la necesidad propia de diferenciar actos de voluntad en los que la manifestación es unilateral, de los cuales la manifestación*

Los actos bilaterales requieren de la existencia de un convenio o contrato, de la creación de obligaciones recíprocas y de una formación bilateral, es decir, con la aquiescencia de dos o más voluntades<sup>46</sup>. Se dice que su nacimiento se produce cuando se reúnen los siguientes elementos: la forma<sup>47</sup>, el contenido y el consenso<sup>48</sup>; y que además será válido siempre y cuando se reúnan los demás presupuestos<sup>49</sup>: la capacidad negocial, la idoneidad del objeto, a legitimación negocial, las condiciones de hecho (*condictio facti*) y algunas de derecho (*condictio juris*), la ausencia de vicios de la voluntad de los sujetos, la licitud de los móviles que llevan al acto y la inexistencia

---

es bilateral. HINESTROSA, FERNANDO. “*Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015. p. 66.

<sup>46</sup>Para FERNANDO HINESTROSA, “*los negocios jurídicos, los más de ellos o algunos, exigen, por su definición, el cumplimiento de ciertas solemnidades: oraciones, gestos, documentación, etc. (...) de forma que no se les considere jurídicamente existentes sin ese ropaje*”, y por ello mismo el negocio bilateral requiere por su propia definición de la concurrencia de dos o más manifestaciones voluntarias. HINESTROSA, FERNANDO. “*Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015. p. 418.

<sup>47</sup>“*El caso es que nuestro Código civil no formula disciplina alguna de la forma, en tanto que el de comercio, a tiempo que proclama la libertad de los comerciantes para “expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco”, previene que “cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad*”. HINESTROSA, FERNANDO. “*Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015. p. 418.

<sup>48</sup>“*En el caso concreto del acto o negocio jurídico estos elementos, parte, piezas o componentes integrantes de la estructura son la forma y el contenido, a los cuales, en la situación puntual de los de tipo convencional, se suma la conventio o acuerdo de los sujetos*”. RAMÍREZ BAQUERO, ÉDGAR . “*La ineficacia en el negocio jurídico*”. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2008. p. 106

<sup>49</sup>“*Los presupuestos, de otro lado, no corresponden a partes, piezas o componentes del ente, sino más bien a factores, circunstancias o supuestos que supedita la efectividad o acción natural o regular del ente en el mundo de las cosas*”. RAMÍREZ BAQUERO, ÉDGAR . “*La ineficacia en el negocio jurídico*”. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2008. p. 106

de motivos de rescisión o revocación<sup>50</sup>. De estos, para nuestro ordenamiento en los artículos 1502, 1524 y 1741, sólo la voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades son necesarios para la existencia del acto, los demás elementos determinan sólo su validez<sup>51</sup>. Lo importante es que, faltando cualquiera de estos requisitos, el acto o es inexistente, o está viciado de validez absoluta y se comprende como nulo<sup>52</sup>.

La segunda sub-clasificación de las fuentes voluntarias son los actos jurídicos unilaterales y requieren para su formación del solo compromiso unilateral, de la creación de obligaciones univocas pero reciprocas, y de una única manifestación voluntaria. En este caso, por ejemplo, encontramos las estipulaciones a favor y en contra, las estipulaciones para otro y por otro. Como regla general, el primer tipo de estipulaciones son siempre válidas y las segundas sólo en caso de ser ratificadas. Como ejemplo

---

<sup>50</sup>“*En el caso del tipo de entidad que nos ocupa, el acto o negocio jurídico, de acuerdo con la postura que a nuestro parecer es acertada, presupuestos de él son la idoneidad del objeto, la legitimación negocial, la capacidad, las condiciones (de hecho o propias y algunas de derecho o impropias), la pureza del proceso volitivo del sujeto, la ausencia de inequidad en aquellos tipos negociales que el sistema legal autoriza tener en cuenta este valor jurídico, y la inexistencia de fraude pauliano.* RAMÍREZ BAQUERO, ÉDGAR. “*La ineficacia en el negocio jurídico*”. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2008. p. 107.

<sup>51</sup>Para nuestro código civil, en su artículo 1501, “*Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente*”. Determinación que se reafirma en las causales de nulidad relativa y absoluta del mismo código.

<sup>52</sup>Según el artículo 1741 del Código civil, están viciados de nulidad absoluta y por tanto se consideran inexistentes los contratos cuyo objeto y causa son ilícitas, cuyas formalidades se omiten; los actos de los incapaces absolutos y en los cuya voluntad esta viciada absolutamente.

del primer tipo tenemos el mandato o la representación<sup>53</sup> y la agencia oficiosa<sup>54</sup>; con respecto al segundo tipo está la agencia sin mandato ni representación<sup>55</sup>.

En este sentido, se habla de una teoría del acto o negocio jurídico. En ella se evalúa la voluntad de un sujeto de derecho como fuente de las relaciones jurídicas y no sólo de las obligaciones. Es una teoría que va más allá del derecho de las obligaciones y funge como instrumento para todo tipo de relaciones jurídicas, además de que parte igualmente del reconocimiento de los hechos jurídicamente relevantes como causas mediatas de las relaciones entre sujetos de derechos. A su vez, en ella se define al hecho jurídico como el hecho social jurídicamente relevante que se encuentra consagrado en una norma a través de un supuesto de hecho y una sanción jurídica “*Así el hecho jurídico es es aquel hecho que la norma individualiza y tiene en cuenta para la producción de los efectos jurídicos que ella le asigna, que en últimas se remiten a una relación jurídica*”<sup>56</sup>. Es decir, será hecho jurídico aquella situación que es recogida normativamente y a la que se le imprime una consecuencia (positiva o negativa) que naturalmente no está vinculada a la misma.

---

<sup>53</sup> “*Si la noción propia de autonomía indica la circunscripción de la habilidad dispositiva al titular de los intereses regulados, razones poderosas imponen un ensanchamiento de la legitimación activa, para admitir que terceros se introduzcan en la órbita del titular por autorización suya (...). La representación implica (entonces) una legitimación excepcional, mejor aún, puede decirse que consiste en ella (...); poder de disposición para ente los demás, que le permite a un sujeto (representante) sustituir a otra persona (representado)*”. HINESTROSA, FERNANDO. “*Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015. p. 551.

<sup>54</sup> “*Por medio de la agencia oficiosa, “el que administra sin mandato los bienes de alguna persona, se obliga para con esta, y la obliga en ciertos casos”*” HINESTROSA, FERNANDO. “*Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015. p. 639.

<sup>55</sup> Regulada explícitamente por el Código Civil en los artículos 2148 al 2151.

<sup>56</sup> HINESTROSA, FERNANDO. “*Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015. p. 91.

El acto jurídico es entonces un hecho jurídico dentro del cual existe un componente particular: la voluntad. Ésta, junto con la existencia de la norma, crea consecuencias de derecho. Ya no sólo depende de que el sistema normativo considere un hecho particular como relevante, sino que se necesita del accionar humano voluntario. Ésta determinación del acto jurídico proviene de la escuela alemana de la pandecta y, consecuentemente, de la construcción de la idea de negocio jurídico del Digesto. Ésta relación hace además que el acto jurídico se divida en dos tipos diferentes a los cuales les pertenece una noción precisa y diferente: el acto jurídico y el negocio jurídico. El segundo de ellos es el acto jurídico de carácter negocial, es decir, es un acto relevante para el derecho que comprende un interés de dirigir la voluntad hacia la consecución de un determinado (y no cualquier) efecto jurídico<sup>57</sup>.

Para determinar la diferencia entre ambas instituciones del derecho con respecto al negocio jurídico, hay dos criterios diferentes: el criterio de la dirección y el criterio de la intromisión. Según el primero, será un negocio jurídico aquél acto encaminado a un fin determinado: crear, extinguir o modificar relaciones jurídicas<sup>58</sup>. En cambio, para el segundo será el acto jurídico que interfiere con la acción de otros sujetos de derechos<sup>59</sup>. Es decir, se considera que un acto es negocio jurídico si la actuación del sujeto de derecho se dirige a un determinado fin jurídico e involucra la acción de otros sujetos. El acto jurídico así visto es el que se debe evaluar a la vista de las fuentes de las obligaciones como categoría superior que comprende también los negocios jurídicos.

---

<sup>57</sup>Comparar con: HINESTROSA, FERNANDO. “*Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015. p. 268.

<sup>58</sup>HINESTROSA, FERNANDO. “*Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015. p. 268.

<sup>59</sup>GOUNOT. “*Le principe del'autonomie de la volonté*”.

Ahora bien, para poder caracterizar dicho acto es necesario entonces saber cómo la doctrina moderna<sup>60</sup> ha considerado que deben ser sus elementos, presupuestos y sus efectos. Como habíamos mencionado previamente se requieren al menos dos elementos constitutivos: forma y contenido; y varios otros elementos de la validez o presupuestos<sup>61</sup>. Cada uno de los cuales está relacionado con un aspecto propio del acto. El objeto y la causa lícita se refieren a los motivos y las prestaciones que llevan a la realización del acto. La capacidad indica la aptitud que tiene una manifestación de voluntad de un sujeto de derechos para que sea considerada como tal. El consentimiento señala la forma como las partes de un acto aceptan vincularse jurídicamente. De la existencia sin vicios de estos elementos se predica entonces la eficacia del acto en específico<sup>62</sup>.

La licitud en la causa según la escuela clásica de la doctrina francesa se identifica con la finalidad misma que mueve a los sujetos a realizar el acto. Por ello, se diferencian las causas según el tipo de acto: bilateral o unilateral. En el primero la

---

<sup>60</sup>Ver: HINESTROSA, FERNANDO. *“Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico”*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015. y PÉREZ VIVES, ÁLVARO. *“Teoría general de las obligaciones”*. Editorial Temis. Bogotá, 1954. y RAMÍREZ BAQUERO, ÉDGAR. *“La ineficacia en el negocio jurídico”*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2008.

<sup>61</sup>*“Los presupuestos, de otro lado, no corresponden a partes, piezas o componentes del ente, sino más bien a factores, circunstancias o supuestos que supedita la efectividad o acción natural o regular del ente en el mundo de las cosas.”* RAMÍREZ BAQUERO, ÉDGAR. *“La ineficacia en el negocio jurídico”*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2008. p. 115.

<sup>62</sup>*“En la tarea de identificar los factores de los cuales depende la eficacia en los negocios jurídicos, vale decir, su aptitud, vigor, idoneidad para desatar una consecuencia jurídicamente relevante, grosso modo puede apuntarse que ella queda sujeta a los siguientes, que deben hacerse presentes de modo acumulativo: A. (...) que existe como entidad de esta estirpe. (...) B. que sea propenso al juicio de eficacia. (...) y C. que al caso de actos jurídicos en los cuales se han introducido condiciones, (...) la generación de efectos dependerá de que esta condición se cumpla. (...)”* RAMÍREZ BAQUERO, ÉDGAR. *“La ineficacia en el negocio jurídico”*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2008. p. 17.

causa son las mismas obligaciones recíprocas, en los actos unilaterales, por otro lado, son los hechos antecedentes libres que llevan al sujeto a la realización del acto, sus motivos. Según PLANIOL<sup>63</sup> y JOSSERAND, la causa es el fin interno que justifica mi intención de contratar y por tanto “*es del orden psicológico y pertenece a la gran familia de móviles*”<sup>64</sup>. Así, la causa unilateral se identifica con la noción filosófica de causa final<sup>65</sup> y, según nuestra legislación, la mera liberalidad es causa suficiente.

Ahora bien, para determinar el objeto lícito se debe diferenciar entre el objeto de las obligaciones y el del acto mismo. Por un lado, el objeto de la obligación es la prestación misma (que es la que se evalúa), mientras que el del acto es la generación de obligaciones. Por lo anterior, un objeto lícito será la prestación lícita, la prestación que nuestro ordenamiento jurídico no proscriba de ser realizada. Por lo mismo, la licitud es entonces la verificación de la posibilidad de la prestación de ser un objeto posible de ser transado. Debe ser entonces una prestación que no contravenga el derecho público, que no esté fuera del comercio, que sea transferible y que sea posible en su existencia<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup>PLANIOL, MARCEL. *Traité élémentaire de droit civil*, Tomo 2. París, 1946.

<sup>64</sup>JOSSERAND, LOUIS. *Les mobiles dans les actes juridiques*. París, 1983.

<sup>65</sup>“*La causa es también el fin, y entiendo por esto aquello en vista de lo que se hace una cosa. La salud es causa del paseo. ¿Por qué se pasea? Para mantenerse uno sano, respondemos nosotros; y al hablar de esta manera, creemos haber dicho la causa.*” ARISTÓTELES. “*Metafísica, Libro Quinto, II*”. Biblioteca Filosófica. Obras filosóficas de Aristóteles. Volumen 10. Traducción: Patricio de Azcárate.

<sup>66</sup>Los objetos que no pueden llegar a existir o los objetos imposibles en una prestación no son entonces objetos lícitos y, por ello, nuestro ordenamiento declara nulo este tipo de contratos en concordancia con el artículo 1518 del C.C.

Con relación a la capacidad y el consentimiento, la doctrina moderna<sup>67</sup> no se aparta demasiado de las consideraciones de nuestra legislación. Existe capacidad cuando quien realiza la manifestación de voluntad puede realizarla, es decir, es sujeto de derechos y obligaciones. Los menores, lo impúberes, las personas en estado de interdicción son incapaces. Algunos son incapaces absolutos y otros los son relativamente. El consentimiento, por su lado, debe estar exento de vicios, a saber: fuerza, dolo y error. La fuerza es la coacción que sufre una persona por parte de otra (cualquiera que sea) por medio de cualquier acto que lo lleva a actuar de determinada forma y no de otra. El dolo es, a su vez, el error inducido por la contraparte con el fin de dirigir en un determinado sentido la manifestación de la voluntad. Finalmente, el error se refiere a la disconformidad entre la realidad y el querer objetivo. Existe error cuando hay una creencia fundada en que se está realizando un determinado acto, cuando en realidad se realiza otro.

En todos estos casos el contrato carece de uno de sus elementos y, por tanto, la doctrina<sup>68</sup>, como la ley, correctamente lo invalidan total o parcialmente, otorgándole a quien se ve afectado las acciones pertinentes para declarar su nulidad y devolver los efectos parciales al estado anterior. Incluso a través de ciertas figuras particulares como la rescisión, la revocatoria, la inutilidad, la ineficacia de pleno derecho, la inexistencia y las nulidades.<sup>69</sup>; cada una de las cuales se encuentra consagrada por

---

<sup>67</sup>Especialmente revisar los planteamientos desarrollados por ÉDGAR RAMÍREZ BAQUERO en su obra *“La ineficacia en el negocio jurídico”*, en la cual explica: *“Esta cuestión de la capacidad del sujeto parte es presupuesto negocial porque el orden jurídico no acepta, no puede hacerlo, que los sujetos de derecho que no están ni en mínimo grado en condiciones de ejercer su gobierno propio, por causa de cualquiera de los motivos de incapacidad absoluta definidos en la ley, todos basados en deficiencias psicológicas, comparezcan por sí mismos al perfeccionamiento de los actos jurídicos.”*

<sup>68</sup>RAMÍREZ BAQUERO, ÉDGAR. *“La ineficacia en el negocio jurídico”*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2008. p. 21.

<sup>69</sup>RAMÍREZ BAQUERO, ÉDGAR. *“La ineficacia en el negocio jurídico”*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2008. p. 139.

medio de una acción particular en nuestro ordenamiento.

Ahora bien, antes de continuar con la segunda de las fuentes doctrinales antes mencionada, el Hecho Ilícito, es preciso recalcar que los conceptos de los actos jurídicos son igualmente relevantes, al menos dentro de nuestro ordenamiento, al evaluar la segunda fuente doctrinal y en especial la responsabilidad extracontractual de las figuras de responsabilidad por actividades peligrosas y de responsabilidad por revisión judicial del contrato. Ambas parten de la existencia de un negocio jurídico válido y de pleno derecho.

## CAPÍTULO II.

### EL HECHO ILÍCITO

Como dijimos anteriormente esta teoría no es propia de nuestro sistema legal y, sin embargo, ha sido acogida por algunos autores colombianos<sup>70</sup>. Según la misma, un Hecho Ilícito es la causa inmediata del nacimiento de una obligación de reparación que se enmarca dentro del sistema general de la responsabilidad civil<sup>71</sup>. Sin embargo no es fuente de todo tipo de responsabilidad, sino solamente de la responsabilidad civil extracontractual<sup>72</sup> que ha sido acogido por nuestra legislación y que se relaciona

---

<sup>70</sup>La noción de hecho ilícito como fuente de las obligaciones no es clara dentro del sistema colombiano. En nuestro ordenamiento más bien se habla del régimen general de la responsabilidad por el hecho culposo o la responsabilidad aquiliana que sin embargo tanto JAVIER TAMAYO JARAMILLO como FERNANDO HINESTROSA defienden como aplicable al caso colombiano.

<sup>71</sup>Siguiendo el planteamiento del profesor JAVIER TAMAYO JARAMILLO, “*La doctrina considera que existen dos grandes fuentes de las obligaciones dentro de las cuales se enmarcan las admitidas por la doctrina tradicional, (...) Esos dos campos o fuentes de las obligaciones son los actos jurídicos y los hechos jurídicos. (...) Ahora, esos hechos jurídicos imputables al hombre, voluntarios o no, se dividen a su vez en hechos jurídicos lícitos y en hechos jurídicos ilícitos. (...) En cambio, el hecho jurídico es ilícito cuando una persona con su acción o con su omisión realiza conductas que están previamente prohibidas por el orden jurídico. (...) Como se ve, el hecho ilícito consiste siempre en el incumplimiento de obligaciones contractuales, cuasicontractuales, logales o, simplemente, en el incumplimiento del deber general de prudencia.*” TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. “*Tratado de responsabilidad. Tomo I.*” Legis editores S.A. Bogotá, 2007. p. 4.

<sup>72</sup>En contraposición al planteamiento general del profesor TAMAYO, nuestra concepción del Hecho Ilícito como fuente de obligaciones se fundamenta en los hechos ilícitos mismos y no en la responsabilidad civil. Para nosotros la obligación de reparación no nace por la existencia de un régimen de responsabilidad sino de la existencia de un acto prohibido por el ordenamiento. Y lo prohibido en la responsabilidad contractual no es el hecho mismo que por sí sólo puede realizarse,

con los fundamentos de atribución de responsabilidad<sup>73</sup>. La anterior afirmación surge de la evaluación evolutiva del concepto de culpa y su relación con el Hecho Ilícito. Sin embargo, esta teoría no siempre ha sido definida de la misma manera, aun cuando su núcleo se refiere en todos los casos a la imputación de un hecho dañoso a un sujeto determinado<sup>74</sup>.

Como observamos, esta teoría va de la mano con la responsabilidad civil aquiliana y, por tanto, también ha evolucionado desde el derecho romano hasta la actualidad jurídica de nuestro ordenamiento. En un principio, dice JOSÉ MELICH ORSINI, la noción de responsabilidad civil hace referencia a “*la distribución de los daños o pérdidas que se producen en la vida social a consecuencia de la acción o inacción de los seres del mundo exterior*”<sup>75</sup>. Cuando se habla del hecho ilícito como fuente de las obligaciones se hace alusión a los factores de imputación de responsabilidad, es decir, a las justificaciones para atribuir responsabilidad, tratando de determinar cuál acción humana es la responsable de un daño y, consecuentemente, responsable de reparar los daños causados.

Históricamente el hecho ilícito ha sido tratado de forma diferente. En Roma se refería al fundamento de la culpa, por un lado, y a la necesidad de un equilibrio patrimonial en la repartición de los bienes familiares, por el otro. Según CARLOS

---

sino su contradicción con obligaciones previamente adquiridas.

<sup>73</sup>Excluimos la responsabilidad contractual de la relación con el Hecho Ilícito puesto que su análisis se comprende mejor dentro del análisis del incumplimiento como factor de atribución de responsabilidad. Planteamos, de hecho, que el incumplimiento se sale de la esfera de aplicación del Hecho Ilícito en tanto no requiere del mismo tipo de análisis ni tampoco parte del mismo supuesto de hecho.

<sup>74</sup>CALVO COSTA, CARLOS A. “*Derecho de las obligaciones*”. Editorial Hammurabi s.r.l. Buenos Aires: 2010. P. 28.

<sup>75</sup>MELICH ORSINI, JOSE. “*La responsabilidad civil por hechos ilícitos*”. Editorial Serie Estudios. Caracas: 1995. Tomo 1. P. 17

CALVO<sup>76</sup>, el hecho ilícito era la teoría de la culpa que puede ser imputada a un sujeto diferente de la víctima, el cual se ve obligado a la reparación de unos determinados daños. Sin embargo, en este periodo no existía una verdadera distinción entre el concepto de “Culpa” civil, como existe ahora, y el delito. Fue sólo después de la redacción del Código de Napoleón que se originó una distinción concreta entre el sistema penal y civil, estableciendo una diferencia en el factor de atribución de responsabilidad.

Para la doctrina francesa del Código Civil de 1804 la culpa “(...) constituía un sistema unitario de responsabilidad civil, ya que era el único fundamento posible para que procediera la reparación del daño”<sup>77</sup>. Sistema en el cual era necesario que la víctima probara la existencia del daño, del nexo causal entre la acción y el daño, y la culpa. Esto surge necesariamente de los principios jurídicos que inspiran la sociedad francesa de la época: no puede nadie ser obligado sin mediación de su propia voluntad o como consecuencia de un hecho reprochable. Doctrina que aún se mantiene en muchos sentidos, en donde el hecho ilícito surge cuando la conducta de un tercero puede ser reprochable.

## A. ¿CUÁL ES EL CONCEPTO DE HECHO ILÍCITO?

El Hecho Ilícito podemos definirlo de dos formas diferentes con las cuales trabajaremos en esta sección del trabajo<sup>78</sup>. La primera de ellas se refiere al Hecho Ilícito

---

<sup>76</sup>CALVO COSTA, CARLOS A. “*Derecho de las obligaciones*”. Editorial Hammurabi s.r.l. Buenos Aires: 2010. P. 30

<sup>77</sup>CALVO COSTA, CARLOS A. “*Derecho de las obligaciones*”. Editorial Hammurabi s.r.l. Buenos Aires: 2010. P. 31

<sup>78</sup>Estas definiciones propias de NICHOLAS GOODING RIOS, surgen de la interpretación del sistema general de responsabilidad y del uso doble que se le da al término. El término puede designar tanto un hecho concreto de la realidad que se considera ilícito, como también puede referirse al conjunto de reglas que conforman todo el sistema de responsabilidad.

como teoría de los factores de imputación de la responsabilidad civil extracontractual. La segunda, al hecho jurídico reprochable como fundamento del nacimiento de una obligación de reparación. Cada una de estas definiciones hace referencia a un aspecto diferente del sistema de responsabilidad civil: por un lado, a los fundamentos jurídicos, sociales y económicos con base en los cuales se dice que una acción determinada de un sujeto puede ser reprochada dadas unas condiciones, por otro lado, a la existencia de un hecho generador de daños y su relación con los factores de atribución.

Como dice MARCELO LÓPEZ<sup>79</sup> en ambos sentidos nos referimos entonces a la existencia de una conducta lesiva y antijurídica, o contraria a derecho, que genera el deber de resarcir los daños ocasionados. Sin embargo, cada sentido definido se relaciona con un elemento diferente de la responsabilidad civil: el primero de ellos determina la justificación social, planteada en el ordenamiento, de por qué una conducta ha de ser responsabilizada, mientras que el segundo hace referencia a la relación entre conducta y daño. En otro sentido, la teoría del Hecho Ilícito es la forma de abordar la responsabilidad civil desde la perspectiva de los fundamentos de reparación por la existencia de una conducta no justificada en el ordenamiento.

Siendo esto así, el Hecho Ilícito es la forma de determinar los presupuestos para considerar que un hecho jurídico concreto es o no fundamento para el nacimiento de una obligación de reparación y además, es el vínculo entre el hecho en sí y el daño causado, que se debe reparar. Es en general la teoría de la responsabilidad derivada de un hecho sancionado. Hay incluso autores para los cuales no hay diferencia entre esta teoría y la responsabilidad civil extracontractual<sup>80</sup>. Sin embargo, ¿por qué se habla de

---

<sup>79</sup>LOPEZ MESA, MARCELO J. “*Elementos de la responsabilidad civil: examen contemporáneo*”. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Medellín: 2009. P. 20

<sup>80</sup>Comparar con TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. “*Tratado de responsabilidad. Tomo I.*” Legis editores S.A. Bogotá, 2007. p. 8. Según el mismo autor, “*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*”.

ilícito en la responsabilidad de los hechos jurídicos que son sancionados civilmente? Al determinar el Hecho Ilícito como una teoría de la responsabilidad surge la duda del nombre y sus consecuencias: ¿hay relación entre lo ilícito del nombre y los hechos mismos?, ¿se dice que es ilícito porque hay una violación a otros valores jurídicos?, ¿por qué el hecho es ilegal?, ¿cómo se determina lo ilícito de un hecho cualquiera?

Para poder responder a estas preguntas es necesario responder antes otras más concretas. En principio debemos conocer cuáles son los elementos de esta responsabilidad, cuáles son los diferentes tipos, cuáles son los efectos que tiene cada tipo y, en general, cuál es el factor de atribución de cada hecho. Es decir, conociendo todas estas características podremos conocer las justificaciones de por qué un hecho es denominado ilícito. Lo cual llevaremos a cabo en el aparte final de éste capítulo al hablar del alcance del Hecho Ilícito.

## B. ¿CÓMO SE DETERMINA? - ANÁLISIS COMPARATIVO DOCTRINAL

Al hacer alusión a la determinación del Hecho Ilícito, nos estamos refiriendo a las características o elementos que deben coexistir en un hecho cualquiera para que el mismo se vuelva fundamento de la responsabilidad civil. Queremos saber cómo debe ser “(...) *la manera más justa y racional de repartir los daños que inevitablemente se producen en la vida social. ¿Quedarán ellos a cargo de la víctima? ¿Deberán ser depuestos a cargo del autor de hecho que causó el daño? ¿Deberá la sociedad hacerse cargo de esas pérdidas cuya fatalidad nos muestra el afán estadístico que caracteriza nuestra época?*”<sup>81</sup>. En este sentido discutimos cuál es la razón de ser de obligar a alguien a responder por los daños que sufre otro individuo.

---

<sup>81</sup>MELICH ORSIN, JOSE. “*La responsabilidad civil por hechos ilícitos*”. Editorial Serie Estudios. Caracas: 1995. Tomo 1. P. 18

Varias son las formas de determinar el Hecho Ilícito, cada una de ellas depende de la teoría que se use. En primer lugar, se puede mencionar la teoría clásica de la Culpa, en segundo lugar, la teoría de los riesgos o de la responsabilidad objetiva y, finalmente, la teoría del seguro obligatorio<sup>82</sup>. Cada una de ellas responde a un estado de evolución histórica determinado de la sociedad.

En este sentido, la primera teoría responde al principio según el cual *nadie debe nada a nadie*. Si un daño se produce es la víctima la que debe cargar con él a menos que pueda demostrar que el daño es imputable a un tercero demostrando su culpa<sup>83</sup>. Para esta teoría el Hecho Ilícito existe siempre que exista culpa y se pruebe<sup>84</sup>. Es decir, para que sea ilícito y, por tanto, la reparación se efectúe a quien reclama la indemnización por un daño causado, ha de realizarse la demostración de ciertas características en la conducta de un tercero y, correlativamente, se obliga al supuesto autor del hecho demostrar que su conducta está ajustada a derecho y que por tal razón no constituye una culpa. La culpa es la razón de ser del Hecho Ilícito y constituye un factor de imputación que requiere de una evaluación subjetiva del comportamiento del autor. “*El autor del hecho al cual se atribuye el daño quedará libre de toda responsabilidad si logra establecer que él [mismo] actuó en ejercicio de un derecho, o que la verdadera causa del daño fue un caso fortuito o fuerza mayor,*

---

<sup>82</sup>IRISARRI BOADA, CATALINA. “*El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano*”. Universidad Javeriana, tesis de grado. Bogotá: 2000. P.23-30. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>

<sup>83</sup>MELICH ORSINI, JOSE. “*La responsabilidad civil por hechos ilícitos*”. Editorial Serie Estudios. Caracas: 1995. Tomo 1. P. 19

<sup>84</sup>Los hermanos Mazeaud principales defensores de esta teoría, sostenían que “*la culpa debe ser mantenida como requisito y fundamento de la responsabilidad civil. Tal es el principio: no hay responsabilidad civil sin una culpa*” ( Mazeaud, Henri – Leon – Jean. Obra citada, pág. 91.) Lo que nos lleva a afirmar que a menos que la culpa se pruebe, no se puede establecer responsabilidad civil. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y TUNC, André. “*Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*”. 6 vols. 5ª ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.

*o el hecho de un tercero o de la propia víctima*”<sup>85</sup>. En síntesis, se requiere demostrar que el comportamiento subjetivo del autor no puede ser declarado culposo.

Esta teoría admite, sin embargo, dos excepciones: las personas bajo vigilancia y dirección de un tercero, y los animales o cosas bajo su guarda. Lógicamente en estos casos se debe demostrar la culpa del declarado responsable, pues los principios sociales así lo requieren. Empero, suministrar la prueba en estos casos es tan difícil que en muchos casos es casi como impedir la reparación. Más aún cuando los individuos que realizan directamente la acción culposa son considerados incapaces y, consecuentemente, no culpables. Así, la ley en un sentido práctico y acorde a sus propios principios “presume” la existencia de la culpa e invierte la carga de la prueba<sup>86</sup>.

Por otro lado, la segunda teoría, la teoría de los riesgos o de la responsabilidad objetiva, responde sustancialmente diferente a las mismas preguntas formuladas al principio de esta sección. Según ella, el Hecho Ilícito surge siempre que haya una adecuación objetiva a un comportamiento determinado legalmente. En otras palabras, siempre que una acción lesiva sea determinada como responsable hay un Hecho Ilícito. Acá el análisis pasa a ser objetivo y es suficiente con una adecuación a la ley para que surja el ilícito<sup>87</sup>. Este cambio de paradigma responde al aumento de las relaciones económicas de adhesión y a la complejidad propia de la sociedad de consumo masivo. Las relaciones patronales son cada vez más remotas y la prueba de la culpa se vuelve menos probable. Por lo mismo, se habla entonces de la existencia de

---

<sup>85</sup>INSTITUTO NACIONAL DE SEGUROS. “*Principios de responsabilidad extracontractual*”. I.N.S. San José, Costa Rica: 1984. P.389

<sup>86</sup>FERNANDEZ MUNOZ, Mónica Lucía. “*La culpa en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno*”. Estudios Socio-Jurídicos. 2003, vol.5, N° 1 P. 230-249. Disponible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-05792003000100007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792003000100007&lng=en&nrm=iso).

<sup>87</sup>Prueba de este tipo de responsabilidad es la desarrollada por los artículos 2350 y subsiguientes del Código Civil

riesgos sociales que deben ser regulados. “*Toda actividad -se dijo entonces- implica necesariamente un cierto riesgo para quien actúa y para los terceros*”<sup>88</sup> y, por tanto, debe responsabilizarse de los daños que cause<sup>89</sup>.

Para que exista el Hecho Ilícito se puede o demostrar que sobre un comportamiento se presume la culpa, o que el hecho existe. Así, en Francia, por ejemplo, MAZEAUD<sup>90</sup> habla de la objetividad de la culpa de los padres con los menores que viven a su cargo. También en ese mismo país se observa un cambio que, con cierto agrado, hasta las más conservadoras capas de la sociedad acogieron. Dicho cambio consistía en crear nuevas presunciones legales de responsabilidad o aumentar las ya existentes por vía de interpretación normativa<sup>91</sup>. Actualmente no es del todo necesario que la víctima demuestre una culpa, con el hecho de que pueda demostrar la existencia del daño y su relación con la actividad de un tercero es suficiente. Sin embargo, la acción del tercero al menos debe implicar riesgos sociales o debe ajustarse a una presunción de derecho.

En este nuevo estado de evolución aparece una noción de culpa objetiva de carácter civil que nuestro código acoge en varios artículos<sup>92</sup> y en especial en el artículo 63 del C.C. donde se distinguen tres tipos de culpa, todas objetivas en cierto grado: hay una culpa grave, una leve y una levísima o simplemente culpa. Cada una relacionada con un modelo de conducta objetivo con el cual se debe comparar la conducta del presunto autor del daño. En este sistema de culpa la responsabilidad civil proviene de la inadecuación entre el modelo y la realidad. Son casos en los cuales un accionar diferente al determinado por la ley hace que se presuma un tipo de culpa

---

<sup>88</sup>MELICH ORSINI, JOSE. “*La responsabilidad social por los hechos ilícitos*”. Editorial Serie Estudios. Caracas: 1995. Tomo 1. P. 31

<sup>89</sup>La adecuación objetiva es el fundamento que determina la existencia del Hecho Ilícito. El caso de la responsabilidad por riesgo es precisamente una de esas formas de definir un hecho ilícito.

<sup>90</sup>MAZEAUD, HENRY, LEÓN y JEAN. “*Lecciones de Derecho Civil*”

<sup>91</sup>CHABAS, FRANCOIS. “*Cien años de responsabilidad civil en Francia*”. Editorial Flandes Indiano Ltda. Santiago: 2009.

<sup>92</sup>Artículos 2346 a 2356 del C.C.

y se invierta la carga de la prueba. Posición criticada en el artículo “*La culpa en el derecho civil extracontractual*” de FABRICIO MANTILLA ESPINOSA y FRANCISCO TERNERA BARRIOS. Allí se habla de una apreciación “*in concreto*” que, según los autores, carece de utilidad práctica en tanto que nuestro sistema es objetivo.

La teoría de los riesgos se distingue así por comprender dos situaciones diferentes: la presunción de culpa en casos determinados y la culpa objetiva. Situaciones que responden al surgimiento de nuevas condiciones sociales de mayor complejidad y riesgo. Esta teoría, sin embargo, no fue suficiente para subsanar los errores de una responsabilidad basada en la culpa. Aunque amplia los casos de responsabilidad, no permite determinar todos u otros tipos de ilícitos. Según JOSÉ ORSINI: “*Al apartarse de la idea de culpa y hacer responsable a una persona por el único hecho de haber desplegado la actividad que produjo el daño, (...) se está haciendo de la distribución de las pérdidas o daños que inevitablemente produce la vida social una especie de ruleta de la desgracia*”<sup>93</sup>.

Es por lo mismo que la doctrina cambia de parecer<sup>94</sup> y ahora se prefiere un sistema de culpa objetivo-subjetivo dentro del cual la regla general es la responsabilidad basada en el concepto de culpa subjetiva y la excepción son los casos de responsabilidad objetiva. Regulación que se dirige hacia un sistema de prevención de riesgos. En esta nueva perspectiva, la de la teoría del seguro obligatorio<sup>95</sup>, la res-

---

<sup>93</sup>MELICH ORSINI, JOSE. “*La responsabilidad civil por hechos ilícitos*”. Editorial Serie Estudios. Caracas: 1995. Tomo 1. P. 33

<sup>94</sup>ORDIQUÍ, GUSTAVO y OLIVERA, RICARDO. *Derecho extracontractual* en “Compendio de Responsabilidad extracontractual” Vol. 2. Montevideo: Ediciones Jurídicas AMALIO M. FERNANDÉZ, 1974.

<sup>95</sup>La evolución del seguro obligatorio ha tenido sus antecedentes desde la antigua Roma, y muchos son los tratadistas que han escrito sobre el tema. Civilizaciones griegas, romanas, y probablemente hindúes y babilonios realizaban contratos con el fin de financiar las pérdidas. Esta búsqueda por proteger sus intereses personales como los comunes de los pequeños grupos a los que pertenecían, contribuyó a que se generara un espíritu de fraternidad en el que la ayuda era mutua consistió en el primer vestigio del desarrollo de los seguros. SANCHEZ FLOREZ, OCTAVIO GUILLERMO DE

ponsabilidad se cubre a través de seguros obligatorios a los cuales la población en general puede acceder. Particularmente, se crean seguros de riesgo en desarrollo de ciertas actividades<sup>96</sup>. Con ello se logra que el daño sea dispersado en un número tan grande de individuos que ya ninguno siente su peso directamente. La reparación del daño se divide socialmente y, tanto el autor como la víctima, se ven compensados.

Así pues, determinar el Hecho Ilícito depende directamente del tipo de sistema normativo de una sociedad. En Colombia el sistema de responsabilidad civil extra-contractual es esencialmente subjetivo y, por tanto, su determinación responde, por regla general, al concepto de culpa. Siguen existiendo situaciones objetivas en las cuales incluso se responsabiliza a un agente por el solo desarrollo de la conducta, pero casi siempre se termina relacionando al concepto de culpa<sup>97</sup>. Por ello, nuestra legislación se refiere entonces a diferentes tipos de responsabilidad por el hecho ilícito: la responsabilidad por el hecho propio, por el hecho ajeno, por el hecho de las cosas, por daños causados por animales, por el hecho de las personas jurídicas, la responsabilidad profesional y, por último, la responsabilidad por actividades peligrosas<sup>98</sup>; en cada una de las cuales la culpa tiene un significado y uso diferente<sup>99</sup>.

Durante el desarrollo del presente trabajo tendremos en cuenta que el hecho ilícito depende de varios factores y no exclusivamente de la culpa. De hecho, depende

---

JESUS. “*La institución del seguro en Mexico*”. Editorial Porrúa. Mexico: 2001. P. 1

<sup>96</sup>Ejemplos de ello son los seguros contra accidentes laborales, los seguros de transporte, los seguros contra accidentes de tránsito y en general los seguros contra todo tipo de riesgo.

<sup>97</sup>MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO. “*El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano*”. Disponible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1692-25302007000100008&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302007000100008&lng=en&tlng=es).

<sup>98</sup>Algunos de estos se encuentran regulados en los artículos 2341, 2347, 2355 y 2353 del C.C.

<sup>99</sup>Por ejemplo en la responsabilidad por daños causados por animales la culpa se relaciona con el cuidado debido que el propietario del animal debe tener en su manejo y guarda, mientras que en la responsabilidad por las personas a cargo la culpa del empleador se deriva de su posición de garantía sobre el trabajo de sus empleados

de un elemento de la responsabilidad: los factores de atribución. Son ellos, siempre que se reúnan los demás elementos, los que permiten saber si nos encontramos, o no, frente a un hecho ilícito. Sin embargo, no es relevante conocer todos los factores de atribución. Lo importante es poder distinguirlos. La adecuación de estos con la existencia de un verdadero ilícito “civil” demostrará la validez de nuestra tesis. Por lo anterior, hemos considerado los siguientes factores de atribución, que permiten determinar la existencia de un hecho ilícito: El dolo, la culpa, el riesgo creado, la garantía, la equidad, y el abuso del derecho<sup>100</sup>. Pero aún no hemos aclarado qué son los factores de atribución de responsabilidad.

Ya dijimos en su momento que el Hecho Ilícito como teoría general de la responsabilidad civil depende del sistema normativo que cada legislación escoge. Puede ser un sistema de responsabilidad de carácter objetivo, subjetivo o mixto. Sin embargo, el hecho ilícito como acto real, como actividad de la realidad, ya no se determina de la misma forma. En este sentido particular, el hecho se determina por medio de los diferentes factores de atribución de cada legislación. Se dice que hay un hecho ilícito cuando existe un “*elemento axiológico o valorativo, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito stricto sensu a una determinada persona*”<sup>101</sup>.

Ahora bien, ésto sólo puede ocurrir cuando previamente se ha confirmado la existencia de otros elementos, los elementos del hecho ilícito. Nos referimos a los requisitos de existencia que permiten identificar un hecho particular y su relación con el daño que se produjo en la víctima y con el sujeto que lo produjo. Estas características son de las que hablaremos en el siguiente aparte. Sin embargo, se puede pensar que hacer este análisis no es del todo necesario pues son los factores

---

<sup>100</sup>Comparece con: CALVO COSA, CARLOS a. *Derecho de daños* en “Derecho de las obligaciones”, Editorial Hammurabi. Buenos Aires: 2010. Tomo 2. P. 303.

<sup>101</sup>LÓPEZ MESA, MARCELO J. “*Elementos de la responsabilidad*”. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 2009. P. 441

axiológicos los que se prestan problemáticos en el presente trabajo. No obstante, no todo hecho que ha ocurrido en la realidad puede ser visto como causa mediata de responsabilidad y, por ende, poder diferenciarlo equivaldría a reducir el esfuerzo analítico posterior, más aún, cuando los presupuestos axiológicos de los que hemos hablado son uno de estos elementos.

### C. ¿CUÁLES SON SUS ELEMENTOS?

Así pues, al tratar los elementos del hecho ilícito nos referimos a los elementos de su existencia, a las partes sin las cuales no habría un hecho de este tipo; es decir, a sus componentes básicos sin los cuales no puede haber imputación. Estos elementos son reducidos generalmente a cuatro: el daño, la antijuridicidad del daño, el nexo causal o de la relación de causalidad y, finalmente, los factores de atribución<sup>102</sup>. El primero de estos elementos, el daño, es el más importante de los mismos. Sin daño no existe responsabilidad, sin él, no podríamos hablar de culpable, de víctima, ni mucho menos de responsabilidad, sin la existencia de una lesión infligida a otro sujeto, sin un detrimento en algún bien material o inmaterial de alguien.

Lo anterior no equivale a decir que la sola existencia del daño implique poder prescindir de los demás elementos. Su valoración adecuada permite iniciar un juicio de responsabilidad, pero su sola existencia no implica necesariamente los demás componentes. El problema de la responsabilidad sólo puede plantearse cuando existe un daño, ya que solamente en su presencia se puede indagar si fue provocado infringiéndose un deber jurídico y de forma culpable. Sólo cuando existe un tipo cualquiera de detrimento en la esfera personal de un sujeto podemos preguntarnos de dónde proviene la pérdida, quién la produjo y si su producción debe ser justificada.

---

<sup>102</sup>TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. “*Tratado de responsabilidad civil*”. Legis. Tomo 1, Segunda Edición. Colombia: 2007. P. 247

El daño es entonces el primer y más importante elemento para la existencia de un hecho ilícito. Esto no quiere decir que sólo con su constatación exista un juicio de responsabilidad, sino, más bien, que su valoración adecuada constituye un pre-requisito de los demás presupuestos y, por tanto, se le confiere este grado de importancia. El daño es el presupuesto central de la responsabilidad civil, no podría existir una pretensión de reparación si no hay un efectivo detrimento en otro sujeto. *“Si no hubiera perjuicio alguno, por ausencia de interés, base de todas las acciones, resultaría superfluo investigar la existencia o inexistencia de otros elementos de la responsabilidad”*<sup>103</sup>.

Para constatar la existencia de un daño es necesario reconocer que no toda pérdida por parte de un sujeto puede ser considerada un daño. La pérdida de poder adquisitivo debida al mal manejo de los negocios en medio de un mercado competitivo no es un daño. Tampoco para nuestra legislación se considera un daño la imposición de consecuencias negativas por parte de la ley cuando impide la realización de actividades legítimas en favor de un interés social. Un ejemplo claro es la existencia de ciertas limitaciones a los ejercicios políticos y sociales cuando se declara el estado de emergencia y se impide a la población la libre circulación. En estas situaciones la pérdida de libertades puede generar detrimentos materiales e inmateriales en un sujeto y, sin embargo, no existe un daño<sup>104</sup>.

No obstante, si pudiera existir un daño en el que él mismo sea condición para la existencia de la responsabilidad, ello no necesariamente indicaría que es condición también del Hecho Ilícito que la genera. Como explicamos, el hecho ilícito tiene dos formas de interpretarse: como teoría de la responsabilidad y como hecho perjudicial

---

<sup>103</sup>LÓPEZ MESA, MARCELO J. *“Elementos de la responsabilidad”*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 2009. P. 441.

<sup>104</sup>Los daños particulares que nacen por la aplicación directa de la ley general no son ilegítimos en el desarrollo de la sociedad, son, por el contrario, consecuencias negativas aceptadas por el conjunto de la sociedad para el correcto desarrollo de la misma. Leer CERDA F, CARLOS, DIAZ U, CLAUDIO *“Derechos del hombre y legislación interna”*. Santiago de Chile: 1988.

en sí mismo. En esta última definición el daño puede hacer nacer la responsabilidad, pero no es un requisito para la existencia de un hecho ilícito. De hecho, pueden existir daños justificables o ilícitos sin daño alguno. Esta aclaración nos permite avanzar un poco más en la definición de nuestro Hecho Ilícito: es la teoría de la responsabilidad civil y no un hecho particular observado en sí mismo separado de la esfera de responsabilidad.

Ahora bien, ¿qué es el daño?, ¿cómo saber cuándo estamos en presencia de un verdadero tipo de perjuicio? El daño es, en esencia, el perjuicio que sufre un tercero por efecto de una acción humana. Sin embargo, puede presentarse un daño como consecuencia de una acción humana inculpable. “*En diversas hipótesis de actos lícitos o permitidos por el derecho, se obliga sin embargo a los agentes a indemnizar los perjuicios que de ellos se puedan derivar a terceros, pese a no evidenciarse una falta que les sea imputable a ellos*”<sup>105</sup>. El daño significa pues el deterioro, menoscabo, ofensa o dolor que se provoca en la persona, cosas o valores de alguien. Es el “*detrimento o demérito que sufre una persona en sus derechos o en sus sentimientos*”<sup>106</sup>. Es, en general, toda disminución en la esfera individual de un sujeto cualquiera, incluyendo, pero no limitándose, a sus bienes, su persona, sus sentimientos, sus valores y sus derechos. El daño es entonces tanto material como moral, según sea el caso.

La amplitud del daño se puede limitar según cada sociedad. Dependiendo de los valores protegidos por el sistema jurídico, el daño abarca unas u otras pérdidas. Es decir, el daño requiere, para su resarcibilidad, que sea cierto, personal y que sea consecuencia de la lesión de un derecho subjetivo o interés legítimo. El hecho de que el daño sea cierto quiere decir que su realidad material no es dudosa o que se puede conjeturar sobre su existencia, de modo que sea plenamente palpable por

---

<sup>105</sup>LÓPEZ MESA, MARCELO J. “*Elementos de la responsabilidad*”. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 2009. P. 60.

<sup>106</sup>CUBIDES CAMACHO, JORGE. *Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 2005. P. 297.*

los diferentes medios que existen. Es, además, un daño real y no futuro<sup>107</sup>, pues el perjuicio que no ha ocurrido no existe y, por tanto, puede no presentarse de modo tal que deja de ser cierto. En otras palabras, el daño tiene que ser cierto en la medida en que “(...) la certidumbre no es de este mundo. El perjuicio cierto es, en este sentido, el perjuicio muy verosímil, tan verosímil como para tener el mérito de ser tenido en consideración”<sup>108</sup>.

En general podemos entonces referirnos al daño cuando nos encontramos frente a la realidad de un perjuicio cierto, presente y no solo frente a una amenaza de daño futuro o de un simple peligro. Estas otras situaciones no son suficientes para lograr una reparación. Esto no quiere decir que no se pueda admitir cierta indeterminación en la cantidad de daño o en su noción, pues la existencia del mismo permite luego disponer de las herramientas necesarias para su completa cuantificación.

El segundo de los requisitos hace de este tipo de daño uno más concreto aún. Hacemos referencia a la personalidad del daño, a un perjuicio propio de quien lo reclama. “*Esto significa, en términos más expresivos, que nadie puede pretender sino la reparación de un daño que se produjo, y que -salvo el caso de representación legal o convencional- no puede incluir en su pretensión los daños sufridos por terceros, aunque unos y otros hayan derivado del mismo acto ilícito*”<sup>109</sup>.

Finalmente, decimos que este tipo de daño debe además poder ser resarcible. Esto implica que debe haber un sujeto que pueda ejercer la acción para reclamar el daño. Si ello no sucediera estaríamos frente a daños no reclamables. En este sentido los daños insignificantes no son aptos para ser objeto de reclamos jurídicos, puesto que son situaciones en las cuales el reclamo implica un detrimento para la persona que en principio debe responder. Ejemplos de estos son la muerte de un hombre sin

---

<sup>107</sup>El daño futuro que puede solicitarse es considerado como un daño derivado y no propio. Al respecto, pueden leerse las consideraciones realizadas sobre el lucro cesante y la pérdida de un chance en la sentencia del 9 de marzo de 2012 Exp. 2006-00372-01 del mismo tribunal.

<sup>108</sup>LE TORNEAU – CADET. “*Droit de la responsabilité*”. P. 211.

<sup>109</sup>ORGAZ, ALFREDO. “*El daño resarcible*”. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires 1960. P. 111

familia o un robo de bagatela Sin embargo, hay quienes no consideran este requisito procedente en tanto que implica la impunidad por parte de la ley a un daño, que bien puede ser apreciado económicamente, y la no satisfacción de reparación que el lesionado merece.

Antes de seguir con el nexa causal, como segundo requisito para la existencia de un juicio de responsabilidad y, por tanto, de un hecho ilícito, es importante aclarar que la reparación del daño no sólo comprende su indemnización, sino también la reparación del daño emergente y del lucro cesante. Cada una de estas categorías está relacionada con ese perjuicio o detrimento patrimonialmente identificable. El daño emergente es el daño que se refiere al costo de la reparación del daño causado y los gastos en los que se incurre con ocasión del daño principal: “*Son gastos efectivamente producidos porque se trata de gastos realizados efectivamente y conectados causalmente con el hecho dañoso*”<sup>110</sup>. El lucro cesante a su vez es el reflejo futuro de un acto ilícito sobre el patrimonio de la víctima. Son las pérdidas futuras derivadas causalmente del daño inicial que no pueden separarse del mismo sin desvirtuar el hecho dañoso. Pero justamente por ser daño futuro exige mayor cuidado en su caracterización. Se dice que “*Está constituido por las ganancias concretas que el damnificado se vio privado de percibir*”<sup>111</sup>. Es un rubro con un menor grado de certeza que de todas maneras hace parte del perjuicio total causado en la persona lesionada y que se traduce en la frustración de un enriquecimiento a raíz del hecho lesivo previsto que casi parecía demostrado antes de causarse el propio daño.

No es importante entrar a evaluar cada uno de estos componentes del daño reparable en este momento. Es suficiente con hacer ver que el daño, para efectos de la reparación, no sólo es la lesión inicial con que inicia el ejercicio jurídico que

---

<sup>110</sup>LOPEZ MESA, MARCELO J. “*Elementos de la responsabilidad*”. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 2009. P. 114.

<sup>111</sup>LÓPEZ MESA, MARCELO J. “*Elementos de la responsabilidad*”. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 2009. P. 119.

ahora acometemos, sino que comprende además otras consecuencias que deben ser tomadas en cuenta. La determinación de la existencia del daño nos permite conocer por qué un perjuicio es considerado como elemento del hecho ilícito y, por tanto, determinar su alcance real. Esto quiere decir que podemos conocer a ciencia cierta las características generales del hecho ilícito y verificar si algunas de las situaciones de nuestra legislación caben dentro de tal definición.

Recapitulando, hemos mencionado que el hecho ilícito es, por un lado, el nombre que se le ha dado al régimen de responsabilidad contractual y, por otro, el hecho dañoso en sí mismo. Vimos también que el primero de los sentidos del concepto de lo ilícito se relaciona con los factores de atribución de la responsabilidad y que debe su nombre al proceso histórico de evolución de la responsabilidad civil en materia extracontractual. Mencionamos igualmente que la existencia de un hecho ilícito en su segundo sentido depende de la existencia de un hecho dañino jurídicamente reprochable tanto por su intencionalidad como por sus efectos. Al respecto, observamos como la noción de culpa relaciona estos dos sentidos con los tipos de responsabilidad que existen en nuestra legislación y concluimos que, para poder determinar si puede o no un cierto hecho ser denominado así, es necesario que cumpla los requisitos del juicio de responsabilidad.

Ahora bien, el nexo causal es la relación entre el daño y la conducta de un sujeto determinado que nos permite identificar quién es el sujeto sobre el que recae la conducta ilícita y, por tanto, a quién se obliga a una determinada consecuencia. Es el requisito que permite conocer el sujeto en el que recae el juicio de responsabilidad y, consecuentemente, la obligación de reparación. La relación causal es el segundo requisito imprescindible sin el cual no habría responsabilidad. Ello se debe a que sin un agente generador de daño la persona perjudicada no puede ser reparada. Es decir, sin el sujeto activo de la relación lesionador-lesionado no hay quien repare. En este sentido, los daños que surgen por efecto de la naturaleza o de la propia existencia no hacen parte de los daños reparables.

Por otro lado, la causalidad debe entenderse el concepto pre-jurídico común a todas las ciencias según el cual un efecto es la consecuencia directa e indisoluble de una causa<sup>112</sup>. A esta relación filosófica hacen parte los conceptos de sucesión temporal y material entre un objeto y otro<sup>113</sup>. Decimos que algo es causa de cuando observamos que sin la existencia o actuación de ese algo lo siguiente no se puede dar: “*No es una mera sucesión lógica, ni mucho menos imaginada, entre varios acontecimientos, sino la ley de sucesión, no perceptible, pero mentalmente captable, del acontecer real, y es, por ello, tan real como el acontecer mismo*”<sup>114</sup>.

Definición que basta para conocer la causa del movimiento de una bola de billar al ser golpeada, pero insuficiente en términos jurídicos. La vida en sociedad es tan compleja que en muchos de los casos el acontecer real no es suficiente para determinar la relación necesaria que debe existir entre daño y acción. Así, el vínculo causal en derecho es el elemento que asocia el daño directamente con el hecho, e indirectamente con el factor de imputabilidad subjetiva u objetiva del daño. También es el factor que reúne en una unidad el daño y la culpa, de modo que no puedan ser separados posteriormente. Así, se acepta que para que se deba responder por un daño es necesario que el mismo haya sido causado por la acción u omisión de un agente. En otras palabras, la causa sólo interesa cuando es el acto humano el que produce los daños y sólo se tienen en cuenta las condiciones de orden físico o natural, siempre y cuando modifiquen la realidad material de otro sujeto.

---

<sup>112</sup>Varios son los filósofos que han mencionado el concepto de causa como concepto fundamental del pensamiento humano, entre ellos Platón, Aristóteles, Descartes, Kant, etc. Para cada uno de ellos la causa, sin embargo, cobra relevancia en tanto que permite identificar la relación entre dos objetos ligados formalmente en el tiempo y el espacio. Al respecto buscar el concepto de causa en “*Stanford Encyclopedia of Philosophy*”.

<sup>113</sup>Al respecto DAVID HUME explica que la idea de causalidad comprende tres relaciones, (i) prelación temporal, (ii) contigüidad y (iii) conexión necesaria. Ver HUME, DAVID. “*A Treatise on Human Nature*”, SB-88

<sup>114</sup>CEREZO MIR, JOSÉ. “*Derecho penal. Parte integral*”. Editorial B. de F. Montevideo – Buenos Aires 2008. P.350.

¿Pero cómo podemos conocer esas condiciones causales?, ¿qué es lo que me permite saber si una acción u omisión son la condición causal? Al respecto, existen diferentes teorías. De ellas, hablaremos sólo de las más importantes: la teoría de la equivalencia de las condiciones, la causa próxima, la causa eficiente, la teoría del seguimiento y la causalidad adecuada. Cada una de ellas nos permite conocer al autor del daño mediante la relación de la culpa con el daño y su vínculo material-temporal.

La primera teoría explica que todos los actos humanos dañinos que participan en la producción del efecto lesivo están igualmente vinculados en la reparación<sup>115</sup>. Noción que se relaciona con la causa como la suma de condiciones, tanto positivas como negativas, y con la teoría de la responsabilidad basada en el concepto de culpa. En ella cada acto que ha contribuido aun en lo más mínimo, debe ser considerado en la responsabilidad. Sin embargo, esta teoría elimina la posibilidad de diferenciar las causas simultáneas, además de que es ajena al instituto de la responsabilidad civil y del concepto actual de culpa. Por lo anterior, no siempre tiene una aplicación directa dado que en una sociedad como la actual no se puede aceptar como culpable a todo aquél participe en la vida social de un sujeto que sufre un daño y mucho menos cuando muchas condiciones no suman al daño directamente.

En segundo lugar, la teoría de la causa próxima propuesta por FRANCIS BACON<sup>116</sup> responde en dirección opuesta. Ahora la causa de un daño es solamente el accionar humano más próximo, las demás son condiciones del daño pero no su causa. Es decir, bajo un criterio temporal, es causa la condición más próxima al resultado lesivo. Situación que se presenta para la sobre-simplificación de la vida material y de las verdaderas intenciones subjetivas, de modo que se pierde, igualmente, el vínculo entre causa y culpa, además de que no responde al avance de la ciencia que permite

---

<sup>115</sup>Elaborada por MAXIMILIANO VON BURI entre 1860 y 1899, se funda en la explicación filosófica de JOHN STUART MILL, quien explica que la causa es la suma de las condiciones positivas y negativas para la producción del efecto.

<sup>116</sup>BACON, FRANCIS. “*Novum Organum*”. Losada. Madrid, 2004.

conocer con mayor precisión el verdadero efecto de cada antecedente.

Entre las dos anteriores teorías existe una perspectiva intermedia dentro de la cual ya no todas las acciones, tampoco la última, son necesariamente las responsables de cargar con la reparación y de sufrir el juicio subjetivo u objetivo de culpabilidad. Nos referimos a la teoría de la causa eficiente<sup>117</sup>. En ella se niega la equivalencia de las condiciones y se busca determinar cuál de ellas es la más activa o eficaz en la producción del daño, lo que permite conocer la coexistencia de causas y determinar su efecto concreto en toda la relación causal. Sin embargo, en este punto encontramos ciertos problemas: cuantificar o cualificar todos los aportes para la producción del daño no es tarea fácil, no siempre se puede encontrar un sólo y único criterio completamente válido. Incluso se puede presentar que la causa última o eficiente se muestre en términos tautológicos evitando el verdadero análisis de la intención dañina. Situación que lleva a obviar por completo la intención de cada contribución y, por tanto, permitir una valoración impersonal.

Para suplir los defectos de la relación culpa-causa aparece la teoría del seguimiento o de la impronta continua de la manifestación dañosa, divulgada por PHILIPPE CONTE. Esta teoría “(...) realiza una interesante contribución al análisis de la relación causal, como un complemento útil para llegar a la determinación de la causa

---

<sup>117</sup>Planteada por J. KOHLER y BIRKMEYER, ISIDORO H. GOLDEMBERG hace el siguiente aporte: “Es, sin embargo, con Aristóteles que él puede situarse en el inicio del llamado “causalismo científico”. El estagirita requiere el concurso de cuatro causas para la producción de cualquier resultado. Todo efecto, de acuerdo con su pensamiento, ha de ser producido por algo o por alguien (causa eficiente), para algo (causa final), de algo (causa material) y con introducción de algo (causa formal). Se distinguen, de ese modo, cuatro géneros de causa: *efficiens*, *finalis*, *materialis* y *formalis*. La causa material y la formal son causas del ser; la eficiente y la final, causas del devenir”. GOLDEMBERG, ISIDORO H. “la relación de la causalidad en la responsabilidad civil”, 5, Editorial Astrea, Buenos Aires (1984). Cfr. ENGLE, ERIC, “Aristotelian Theory and Causation: The Globalization of Tort”, 2 Gujarat National Law University Law Review, 1, 1-18 (octubre de 2009). Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1424693](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1424693)

*idónea o adecuada que es la teoría predominante*<sup>118</sup>. Esto no quiere decir que sustituya a la causalidad adecuada, a la cual haremos alusión en seguida, sino que, por el contrario, permite investigar los hechos en una cadena causal natural, pero reflexionando sobre la previsibilidad abstracta de la consecuencia dañina. A su vez, dicha teoría sirve para aplicar el componente subjetivo de la culpa a la materialización causal del daño. “*Debe seguirse sin discontinuidad la marcha del mal y, partiendo del daño final, es necesario remontar la cadena de las causas explicando cada hecho defectuoso por la defectuosidad del hecho precedente*”<sup>119</sup>.

Finalmente, llegamos a la causalidad adecuada. Según EUGENIO FLORIAN<sup>120</sup>, esta causa parte del criterio de previsibilidad, recurriendo a la vida misma y buscando en esta lo ordinario que acontece. A diferencia de la teoría de la equivalencia de las condiciones, aquí se considera que no todas las condiciones que suceden son equiparables, pero tampoco que todas son necesarias. La causalidad adecuada es la teoría de la condición sin la cual no puede existir el daño en consideración al juicio de probabilidad del resultado, en donde se afirma que una acción u omisión será causa de un daño cuando el curso natural y ordinario de las cosas “*(...) es idóneo para producir un resultado y debe ser una condición que regularmente acaree dicho resultado*”<sup>121</sup>. En ella se hace un juicio post facto de la probabilidad del daño.

Como podemos observar, cada una de estas teorías sobre la relación de causalidad entre el daño y la acción humana de un tercero responden también al concepto de “culpa”. Todas aceptan la existencia de acciones lesivas que, sin embargo, no son dolosas o culposas. Cada una de ellas nos permite conocer más del verdadero signi-

---

<sup>118</sup>LÓPEZ MESA, MARCELO J. “*Elementos de la responsabilidad*”. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 2009. P. 385.

<sup>119</sup>LÓPEZ MESA, MARCELO J. “*Elementos de la responsabilidad*”. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 2009. P. 386.

<sup>120</sup>FLORIAN, EUGENIO. “*Trattato de diritto penale*”. Pp. 446 y 447.

<sup>121</sup>LÓPEZ MESA, MARCELO J. *Tratado de la responsabilidad civil*, en TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA. P. 609.

ficado de Hecho Ilícito: ahora nos damos cuenta de que el responsable de un hecho de este tipo lo es causalmente sin que sea importante la intencionalidad. Sabemos que sin daño no hay responsabilidad y no podríamos estar frente a un Hecho Ilícito, pero sin relación causal tampoco existiría. En este momento comprendemos que, determinado el nexo causal, podemos imputar, momentáneamente, responsabilidad a un sujeto determinado.

Ahora bien, si haciendo ese paso vemos que la causa adecuada fue producto de un obrar lícito o hecho sin con una intención buena, ¿qué podemos decir de nuestro hecho ilícito?, ¿hay, en efecto, un hecho ilícito? Parece que la respuesta sigue siendo afirmativa, pero falta evaluar un último elemento: la antijuridicidad<sup>122</sup> de la conducta. Este se refiere al valor vulnerado y a las condiciones en que sucede la vulneración, determinando si el daño se produce sobre un bien jurídico protegido o sobre un interés legítimo, y si la acción que lo produce está justificada por otro bien jurídico. En esencia, este concepto se refiere a la justificación social de la producción del daño.

En este sentido, la antijuridicidad es la primera aproximación a la noción de culpa, la diferencia con esta es que evalúa los factores excluyentes de responsabilidad. Penalmente, el juicio de antijuridicidad considera las circunstancias particulares en que actúa el autor del daño para saber si se encuentra justificado. Así, la responsabilidad sólo existe si hay una violación a un deber jurídico. Por ello se dice que “*a un sujeto a quien no se le puede reprochar el incumplimiento de ninguna obligación (...) o deber jurídico preexistente que se hallaba a su cargo, no puede imputársele responsabilidad alguna, precisamente porque la responsabilidad no surge de la nada, ni cae del cielo*”<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup>El término es un neologismo que representa el intento de traducir del alemán la expresión contrario a derecho.

<sup>123</sup>LÓPEZ MESA, MARCELO J. “*Elementos de la responsabilidad*”. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 2009. p. 254.

La evaluación de la antijuridicidad sólo se puede hacer a actos humanos, puesto que todo otro hecho escapa al juicio de licitud o ilicitud. “*En este sentido, se ha sostenido que en el campo de la responsabilidad civil, más precisamente en la antijuridicidad, el grado de voluntad para la comprobación de la existencia de un acto disminuye radicalmente*”<sup>124</sup>. Esto quiere decir que define la acción como todo obrar humano voluntario y, por ello, objetivamente imputable. En otras palabras, no considera objetos de juicio los actos que responden a un obrar humano automático carente de voluntad de acción (u omisión)<sup>125</sup>.

Al evaluar este componente nos preguntamos si la actuación del sujeto es o no ilícita y si, siendo ilícita, esta reprobada. Nos referimos a la ilicitud del hecho propio. Para ello es necesario primero determinar el tipo de ilícito que se comete, objetivo o subjetivo<sup>126</sup>. El primero se refiere a la contradicción palmaria entre la acción y lo permitido o impuesto por el ordenamiento jurídico. El segundo, en cambio, verifica si esa acción es, en efecto, culpable. Como podemos ver en éste último tipo de ilicitud, nos aproximamos a la evaluación que pretendemos realizar en el trabajo posteriormente: la identificación de la ilicitud de un acto para que sea considerado como parte de la fuente obligacional Hecho Ilícito. Para nuestro derecho civil este segundo componente es más importante en tanto que, siguiendo la tradición francesa, se ha preocupado por la disconformidad del acto con el derecho en cuanto a la

---

<sup>124</sup>CALVO COSTA, CARLOS A. “*Derecho de las obligaciones*”. Editorial Hammurabi s.r.l. Buenos Aires: 2010. p. 66.

<sup>125</sup>La conducta humana (acción u omisión) es la base sobre la cual descansa toda la estructura del delito. Si no hay acción humana, si no hay conducta, no hay delito. Sin embargo, el concepto de acción engloba igualmente el de omisión, en la cual existe una conducta en la que conscientemente se evita una acción concreta. Constituye el soporte conceptual de la teoría del delito y el eje de la consideración axiológica y natural del hecho punible.

<sup>126</sup>El uso del término ilícito acá utilizado responde a la segunda definición que dimos en el comienzo del presente capítulo. Es el adjetivo que se utiliza para designar que una acción es reprochada por la sociedad a través de mecanismos jurídicos.

intención<sup>127</sup>.

Volviendo al concepto de antijuridicidad, existen dos tipos: la formal o expresa, y la material o genérica. La formal está “(...) *íntimamente ligada al principio de tipicidad de actos ilícitos, y halla su máxima expresión en el principio penal «nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege»*”<sup>128</sup>. Este tipo de antijuridicidad se dará con el simple hecho de contradecir la ley. Es el caso de ilicitud como hecho mismo. El material, por el contrario, es más amplio. Comprende todas las demás prohibiciones indirectas que nacen del sistema jurídico. “*La antijuridicidad material se configurará, entonces, cuando exista contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad, comprensivo éste de las leyes positivas, las costumbres relevantes, los principios jurídicos estrictos (...) y los principios de orden natural*”<sup>129</sup>.

Según este tipo de antijuridicidad es ilícito también el hecho que, indirectamente, va en contravía del sistema jurídico. Es necesariamente la posición de la que parte el Hecho Ilícito como teoría de la responsabilidad y de la que nacen los diferentes factores de atribución de responsabilidad que hemos venido mencionando a través de la exposición. Del mismo modo, es la formulación de un nuevo orden de responsabilidad derivada por el desarrollo de la sociedad actual. Sentido que evaluaremos a continuación y que nos permitirá avanzar en nuestra argumentación.

En síntesis, una vez probada la existencia de un daño, su nexo con la acción de un sujeto y su inadecuación jurídica a una norma o al conjunto normativo, nos encontramos frente a un hecho ilícito en su totalidad aprehensiva. Nos hemos referido a un ilícito formal o material y hablamos de culpabilidad bajo una determinada

---

<sup>127</sup>ARAMBURO CALLE, MAXIMILIANO A. “*Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI*”. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol 38 No. 108. Colombia: 2008. P. 15-51

<sup>128</sup>CALVO COSATA, CARLOS A. “*Derecho de las obligaciones*”. Editorial Hammurabi s.r.l. Buenos Aires: 2010. P. 79.

<sup>129</sup>CALVO COSTA, CARLOS A. “*Derecho de las obligaciones*”. Editorial Hammurabi s.r.l. Buenos Aires: 2010. P. 80.

concepción, la de causa de un perjuicio como consecuencia de una contradicción entre un modelo de comportamiento objetivo (definido positiva o negativamente) y un sistema de valores protegidos.

## D. ¿CUÁL ES SU ALCANCE?

Ahora debemos responder a las preguntas ¿hasta dónde llega esa ilicitud derivada de lo antijurídico?, ¿dónde termina la esfera de aplicación de esta fuente de las obligaciones?, ¿bajo qué presupuestos especiales se considera que una acción humana debe ser responsabilizada? A estas cuestiones podemos darles respuesta determinando el alcance de la teoría, el cual está íntimamente relacionado con los factores de atribución. De momento podemos decir que sin todos los elementos anteriores no hay responsabilidad pues no existe un daño, ni un autor, ni mucho menos una víctima. Aun así, sin éste último elemento no estamos propiamente frente a un Hecho Ilícito como fuente de las obligaciones. Sin este elemento no se puede saber hasta dónde un hecho dañino representa un Hecho Ilícito dentro del sistema normativo.

Por lo anterior, queremos decir que parte del alcance del Hecho Ilícito se encuentra en saber si el hecho es fuente de responsabilidad. Es el alcance visto desde una perspectiva normativa, la responsabilidad sólo surge cuando estamos en presencia de un hecho ilícito. Sólo cuando se encuentran todos los presupuestos de responsabilidad reunidos sabemos qué situaciones se encuentran vinculadas a la teoría y cuáles no, de modo que podemos conocer los hechos a los que es posible atribuir responsabilidad. Parte entonces del alcance de la teoría es su límite de aplicación, es la inclusión o exclusión de ciertos hechos lesivos. Como también lo son los efectos que la existencia de los mismos produce sobre las relaciones patrimoniales y sociales de los sujetos

vinculados al hecho<sup>130</sup>.

En este orden de ideas, primero determinaremos el alcance general de la teoría según los diferentes factores de atribución de responsabilidad que nuestro ordenamiento ha consagrado tanto legal como jurisprudencialmente. Luego evaluaremos las consecuencias o efectos particulares que genera en los individuos la determinación de la existencia de un hecho de este tipo. Así, para nuestra legislación los factores de atribución son las razones que justifican que el daño que ha sufrido otra persona sea reparado por alguien, “(...) *es decir, es el presupuesto axiológico que permite que se traslade económicamente a otro [el daño sufrido]*”<sup>131</sup>. Son, en general, las explicaciones filosóficas que permiten el nacimiento de la obligación de reparación de un perjuicio y responden a la pregunta ¿por qué este agente debe reparar este daño?

### 1. Alcance según sus efectos normativos

El alcance normativo del Hecho Ilícito se refiere al límite que define cuáles son y no son hechos ilícitos; es decir, al límite normativo que concretiza el supuesto de hecho de la responsabilidad civil y que fija el conjunto de los hechos por los que se responde en caso de la existencia de un daño. Alcance, que según lo visto en el capítulo anterior, corresponde exclusivamente a los factores de atribución de responsabilidad civil extracontractual y no a sus otros elementos. Sólo cuando determinamos el por-

---

<sup>130</sup>Según nuestra concepción, el Hecho Ilícito no se presenta sólo con la reunión de los elementos de responsabilidad, requiere, además, que tanto su alcance normativo como sus efectos jurídicos sean los mismos. De hecho planteamos como parte de la tesis que por la inclusión de esos otros elementos su designación como Hecho ilícito no es coherente. En tanto que se incluyen estas nuevas características el calificativo ilícito es superfluo y sólo habla de una parte del hecho.

<sup>131</sup>Al respecto se puede ver la aclaración de coto del magistrado ARTURO SOLARTE RODRIGUEZ en la sentencia del 13 de mayo de 2010 Ex. 2001-00161-01. M.P. EDGARDO VILLAMIL PORTA; y la sentencia del 16 de septiembre de 2011, exp.2005-00058. M.P. ARTUROO SOLARTE RODRIGUEZ.

qué de la responsabilidad le damos forma a la teoría y abarcamos la totalidad de los hechos que nos interesan y deseamos aquellos que no caben dentro de la misma, de modo que creamos el límite jurídico de aplicación y, por tanto, podemos estar seguros de cuáles son las situaciones en las que se aplica.

Los factores han evolucionado en forma paralela al concepto de culpa. En el derecho antiguo, hasta el periodo preclásico de Roma, la responsabilidad delictual consistía en un conjunto de ilícitos concretos. Para que surgiera bastaba la causación del daño prohibido. Ahora el panorama ha cambiado y el origen de la responsabilidad subjetiva prevista en los códigos clásicos del derecho continental surge de la necesidad de evaluar los elementos subjetivos de la conducta del infractor. A ésta última se le otorga un carácter decisivo al momento de relacionar la obligación de reparación. Es un criterio que, junto con la culpa o negligencia, constituye la imputación de responsabilidad por antonomasia.

En este sentido, se dice que *“la paulatina consolidación de diversos tipos de culpa, primero, y del concepto de culpa, mucho después, va a significar posiblemente el hito más importante de la responsabilidad civil; al causante del daño se le impone la obligación indemnizatoria porque no ha actuado como hubiera debido hacerlo y porque de haber actuado bien, el daño no hubiera sobrevenido”*<sup>132</sup>. Es decir, sin la evolución del concepto de culpa, que sobreviene con la determinación de los factores de atribución, no es posible la imputación de responsabilidad a un sujeto determinado por su accionar dentro de la sociedad.

Es claro que cuando hay infracciones directas a una norma, como en la comisión de delitos, el factor de atribución de responsabilidad es la norma misma y sus presupuestos normativos. Sin embargo, en otras tantas situaciones en donde la infracción no es directa, pues no existe una prohibición normativa, el factor de atribución

---

<sup>132</sup>DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, LUIS. Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual *“La responsabilidad en el derecho”*. Anuario de la facultad de derecho de la universidad Autónoma de Madrid. N° 4 (2000). P. 153.

no depende ya de la norma sino de otros valores jurídicos<sup>133</sup>. En estos casos, como en la antijuridicidad, nace la necesidad de considerar otros factores de atribución y responsabilizar a la reparación de un daño con fundamento en otras características. En este sentido, hacemos alusión a los factores tanto subjetivos como objetivos<sup>134</sup>. Nos referimos a la intención del autor y a la relación material entre miembros de la sociedad. Para poder desarrollar cada uno de ellos es importante primero separar los factores objetivos de los subjetivos. Los caracterizaremos en ese mismo orden.

La diferencia entre ambos es la demostración del efecto que tiene la falta de culpa en cada caso, es decir, la existencia o no de responsabilidad aún con la prueba de la culpa. Los factores subjetivos existen sólo en tanto que se pueda reprochar la conducta del dañador, los objetivos existirán sin consideración a la intención lesiva. El reproche subjetivo se basa en la culpabilidad de la conducta del autor del daño, en su grado de intencionalidad, y se divide, consecuentemente, en dolo o acción delictiva y culpa o cuasidelito. Conceptos ambos que abordamos al comienzo de nuestra exposición como fuentes legales de las obligaciones. En ambos casos, la intención que se presenta es la que justifica atribuir responsabilidad.

El dolo, así visto, es definido por DELGADO ECHEVERRÍA en un sentido preciso: “(...) *el dolo supone la voluntad de realizar un acto antijurídico con conocimiento de su ilegalidad; sabiendo que puede ser dañoso a los demás; pero sin necesidad de que el agente haya previsto o podido prever todos y cada uno de sus posibles efectos*”<sup>135</sup>. Es la conducta, activa o pasiva, ilegal de un sujeto en la que

---

<sup>133</sup>YZQUIERDO TOLSADA, M., “*Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*”, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.

<sup>134</sup>VELEZ POSADA, PAULINA. “*La responsabilidad civil contractual y extracontractual: El seguro como criterio de imputación*”. Tesis de Maestría Universidad Complutense de Madrid. Madrid: 2012. P. 15-21

<sup>135</sup>DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Régimen de responsabilidad por hecho propio* en “Elementos de derecho civil II. Derecho de las obligaciones”. Editorial Bosch. Barcelona 1999, 4ta edición. P. 472.

participa su voluntad para ser realizada con conocimiento de su ilegalidad y del posible daño que ella causa a la sociedad. Definición de la cual salen dos componentes principales, el conocimiento de la ilegalidad y la intención de dañar. Las personas que carecen de capacidad, en el sentido anteriormente definido, total o parcialmente, y aquellas que actúan en un estado de necesidad, no obran con dolo.

Se dice legalmente que, al momento de obrar, los incapaces y los incapaces relativos obran sin el pleno conocimiento de que su accionar es ilegal o contrario al derecho y, por tanto, no se les aplican las mismas reglas<sup>136</sup>. Lo mismo sucede con las personas cuya intención no es lesiva, quienes no han querido la producción del daño pero dada la situación material objetiva han actuado de tal modo. En esas situaciones existe culpa en el sentido penal y puede haber causales de exclusión de la antijuridicidad material. Un ejemplo claro es la madre que para proteger a su hijo del ataque de un tercero termina agrediendo o acaso acabando con la vida del tercero. Allí no existe la voluntad de dañar, aunque si el conocimiento de la ilegalidad de la conducta<sup>137</sup>.

El dolo se presenta entonces sólo cuando confluyen ambas características y se puede dividir en dolo directo, indirecto y eventual. En cada uno de los casos lo que se modifica es el elemento volitivo de la acción. En el primero, la persona es consciente

---

<sup>136</sup>Al respecto se puede revisar la interpretación realizada por la Corte Constitucional en sentencia C-534 de 2005 Exp. D-5460 del 24 de mayo de 2005, donde se revisa la constitucionalidad de las normas sobre la incapacidad de los menores adultos del C.C y del Código de Comercio.

<sup>137</sup>Según la teoría del delito del causalismo valorativo con su mayor exponente EDMUND MEXGER, “*Al concepto naturalístico de la acción introduce el elemento humano de la voluntad. Postula la existencia de los elementos normativos y subjetivos del tipo, con lo que se separa de la concepción netamente objetiva estableciendo la necesidad de analizar en el tipo un contenido de valor o de intencionalidad. Se concibe a la antijuridicidad ya no sólo como una oposición formal a la norma jurídica sino además de forma material según el daño que causara a la sociedad, de donde se abre la posibilidad de graduar el injusto de acuerdo con la gravedad del daño causado y de establecer nuevas causas de justificación. Por lo que respecta a la culpabilidad se considera como un juicio de reproche al autor del delito y no solamente desde el punto de vista psicológico*”.

del resultado de su acción y, además, quiere que ese resultado se dé en conformidad con su representación. En el segundo, la persona asume que para lograr el objetivo lesivo deseado se requiere la producción de otros resultados también lesivos y le es indiferente su producción. Es decir, no deja al azar sino que asume su realización, sea que suceda en la realidad o no. En el último de los tipos dolosos, el agente “(...) *no tiene como objetivo provocar un daño, pero si se representa la posibilidad de un resultado dañoso, y no la descarta*”<sup>138</sup>. Caso en el que la normatividad exige que haya una representación del resultado posible, el consentimiento de su producción y la condición de que, de haber estado convencido el agente de la producción de dicho resultado, el mismo habría omitido el acto.

El dolo eventual es un concepto muy cercano a la culpa, aunque la diferencia se haya en la existencia de la representación del posible daño, en la incertidumbre de su producción y, por tanto, en la existencia de un componente azaroso<sup>139</sup>. La culpa, por su parte, como segundo factor subjetivo de atribución, también se caracteriza por la evaluación de la intencionalidad, pero su componente volitivo se ve transformado. El querer no corresponde con la producción del daño. La culpa, sin embargo, significa generalmente el quebrantamiento de un deber jurídico que abarca tanto el dolo como

---

<sup>138</sup>LÓPEZ MESA, MARCELO J. “*Elementos de la responsabilidad*”. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 2009. P. 484.

<sup>139</sup>El dolo eventual significa que el autor considera seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforma con ella. El contenido del injusto del dolo eventual es menor que en el de las otras dos clases de dolo (dolo directo y dolo indirecto o de consecuencias necesarias), porque aquí el resultado no fue ni propuesto ni tenido como seguro, sino que se abandona al curso de las cosas. Pertenecen al dolo eventual, de un lado la conciencia de la existencia del peligro concreto de que se realice el tipo, y de otro, la consideración seria de este peligro por parte del autor. A la representación de la seriedad del peligro debe añadirse además, que el autor se conforme con la realización del tipo. Se entiende por ello que se decida, para el logro de la meta de la acción que se propuso, por asumir la realización del tipo y soportar el estado de incertidumbre existente al momento de la acción. Ver en LETNER, GUSTAVO ADOLFO. “*Dolo eventual y culpa con representación*” Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/22233a.pdf>

la culpa propiamente dicha. Es pues tanto el género como la especie de la infracción jurídica. En cuanto especie, la culpa es equiparable a la negligencia y es entonces una culpabilidad más leve que el dolo en la cual el presupuesto axiológico es la falta de cuidado.

Ahora bien, penalmente hay dos tipos generales de culpa: con representación y sin representación. El primero de ellos se presenta cuando el sujeto conoce el posible resultado dañino pero espera que no suceda porque confía en su pericia. El segundo se da cuando este sujeto no toma las medidas para evitar la creación del daño: “(...) cuando no se previó aquello que con diligencia hubiera debido preverse (*“culpa esse quoad eum quem diligente, provideri poterit provisum non fuit”*)”<sup>140</sup>. La culpa constituye, en este sentido, un estado anímico disconforme con la producción del daño y establece un quebrantamiento entre la intención y el efecto real del acto. Es entonces la acción que, al no estar encaminada a la producción de un daño, no tuvo la suficiente diligencia para evitar la consecuencia. El daño pudo preverse pero no se mitigó en la medida de las posibilidades concretas de hacerlo. Esta culpa se presenta por la ausencia de intención dañina pero en la que confluye la omisión de la conducta debida, positiva o negativa (nuevamente se incluye la omisión), de evitar el daño. No existe una representación del daño, no lo conoció porque no fue diligente.

De esta manera, la culpa se manifiesta bajo tres formas: negligencia, imprudencia o impericia. Es decir, cuando el sujeto omite la realización de actividades que hubieran evitado el resultado dañoso, cuando la persona obra precipitadamente sin medir por completo las consecuencias que puede generar, o cuando actúa sin el conocimiento de las reglas y métodos pertinentes dentro de su actuar. Existe un cuarto tipo de culpa en la legislación penal: la preterintención. Ella se presenta cuando una persona quiere un determinado resultado dañino, y sólo ese, pero su proceder lo lleva a generar un efecto dañino mayor y, por ello, este último es de carácter culposo.

---

<sup>140</sup>MOSSET ITURRASPO, JORGE. *“Responsabilidad por daños”*. Ediar. Buenos Aires 1971. Pp. 60-61.

La pregunta ahora es ¿cómo se prueban estos factores de atribución subjetivos?, ¿qué se debe hacer para demostrar esa intención negativa de obrar con intención de daño o esa falta de cuidado en el desarrollo de la actividad? En ambos casos la prueba exige de la evaluación subjetiva del comportamiento humano, y, por ende, se debe mostrar en los dos la intención del sujeto según los elementos materiales que surgen durante la investigación del daño. “*En el derecho colombiano se ha sostenido que esta cuestión de la prueba del dolo se halla regida por la regla general de que quien afirma un hecho debe probarlo, por lo que corresponde a quien alega que la otra parte ha actuado con dolo la prueba del aserto*”<sup>141</sup>. El dolo no se presume, la culpa tampoco, o al menos como regla general.

Esta prueba es siempre compleja, no sucede que la intención sea siempre visible en el mundo de las cosas reales como para que aparezca clara ante los ojos de cualquier persona. De hecho sucede que las personas que comenten conductas delictivas tienen la intención de no ser descubiertas. Por lo mismo, es siempre necesario recurrir a los indicios, las pruebas indirectas, los testimonios de terceros y, en general, a todas las posibles pistas indirectas de que había un querer dañino. En la culpa sucede lo mismo. Ella no se presume, salvo en contados casos<sup>142</sup>, sino que quien la alega debe probarla. Hay que aclarar que en los casos en que se presume la intención dolosa o culposa no se habla de factores objetivos, sólo se indica que la carga probatoria cambia de lugar.

---

<sup>141</sup>OSPINA FERNÁNDEZ. “*Régimen general de las obligaciones*”. Temis, Bogotá 2005. P. 107

<sup>142</sup>No es del todo claro cuando se presume la culpa según el tenor literal de las normas de responsabilidad civiles, sin embargo, según MÓNICA LUCÍA FERNANDEZ se presenta una presunción de culpa en la interpretación de los artículos 2346, 2348 y 2349 del C.C. Ver FERNANDEZ MUÑOZ, MÓNICA LUCÍA. “*La culpa en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno*.” *Estudios Socio-Jurídicos*. 2003. P. 230-249. Disponible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-05792003000100007&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792003000100007&lng=en&tlng=es)

Los factores objetivos, a los cuales nos dedicaremos ahora, tienen un sistema diferente. En ellos no se evalúa el actuar humano subjetivo, ni se intenta conocer la intención del autor de la conducta lesiva. Por el contrario, ahora interesa la sola existencia del hecho para poder hacer el juicio de responsabilidad. La diferencia, como se mencionó, radica en que, incluso sin culpa, el sujeto debe responder. Es un estado, digamos, más avanzado a la presunción de culpa. En él, el solo actuar se considera suficiente para hacer la imputación. Es decir, salimos del ámbito penal en su totalidad y dejamos de lado la responsabilidad civil basada en el concepto de culpa tradicional. Ya no nos encontramos en el núcleo del concepto clásico de culpa, sino que nos encontramos frente a un supuesto nuevo concepto de culpa objetiva<sup>143</sup>.

Dicho concepto, es un tipo de culpa cuyos fundamentos ya no son “(...) *consideraciones, más o menos, objetivas, a saber: una comparación de la conducta específica que se pretende juzgar con la conducta de un sujeto hipotético (A), y la exigencia de cierta capacidad de reflexión, por parte del sujeto cuya conducta se califica (B)*”<sup>144</sup>. Es una culpa puramente objetiva, compuesta únicamente por un comportamiento de hecho calificado como anormal sin tomar en cuenta la psicología del autor. En este sentido, dichas consideraciones se convierten en verdaderos factores objetivos de atribución de responsabilidad que surgen con la finalidad de explicar las nuevas formas de producción de daños en donde no participa la voluntad lesiva. Daños que además deben ser reparados, dada su importancia.

Estos factores son lo que nuestra doctrina ha llegado a identificar con la culpa aplicable a los regímenes de responsabilidad especiales del C.C.<sup>145</sup>. Un tipo de culpa

---

<sup>143</sup>Para nuestro análisis no es realmente un tipo deferente de culpa, en el mismo sentido en que es planteado por FABRICIO MANTILLA en el artículo “*La “culpa” en la responsabilidad civil extracontractual del derecho colombiano*”

<sup>144</sup>MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO – TERNERA BARRIOS, FRANCISCO. “*La “culpa” en la responsabilidad civil contractual del derecho colombiano*”. P. 5

<sup>145</sup>BAENA ARAMBURO, FELISA. “*Objetivación de la responsabilidad civil extracontractual en Colombia: Tendencias, influencias y panorama*” Tesis de grado, Universidad EAFIT. Colombia:

objetiva, ya vimos, pero, al mismo tiempo, desligada del concepto de culpa que ya discutimos. Es una nueva forma de utilizar la palabra culpa que genera bastantes problemas, tanto lingüísticos como conceptuales, pero que es parte de la definición misma de los factores objetivos como factores de atribución de responsabilidad<sup>146</sup>. Según nuestro pensamiento, que se traduce en el artículo de Ternera y Mantilla, consideramos que: “*Esta teoría pretende desconocer abiertamente el significado que tiene de la palabra “culpa” en materia de indemnización de perjuicios, recurriendo a categorías predeterminadas de actividades culposas*”<sup>147</sup>. Es una teoría que lleva a la contradicción y que debe superarse en el sentido de recurrir a otros mecanismos de diferenciación.

Ahora bien, partiendo de estos factores, que están relacionados con la deformación del concepto de culpa que hemos explicado, es necesario para nosotros sentar la posición que defendemos más claramente: *No nos parece suficiente suponer la existencia de un nuevo factor de atribución, si con ello no se sobrepasa la dificultad de encasillar como hecho ilícito a realidades que no deben pertenecer, dada su esencia, a tal grupo. Por el contrario, creemos que no es suficiente crear nuevos factores para asegurar que estamos frente a un Hecho Ilícito. Consideramos, en esencia, que se transgrede el límite de la noción propia de ilicitud con el fin de relacionar la responsabilidad con una noción de culpa caduca, compleja y variable.* Estudiemos pues estos factores.

Primero debemos saber cuándo debemos hacer uso de un factor subjetivo o uno objetivo, debemos responder a la pregunta ¿puede liberarse de responsabilidad el sujeto probando su falta de culpabilidad? Si la respuesta es positiva, se aplican los

---

2010

<sup>146</sup>MAZZINGHI, J. A. “Factores de atribución.”<sup>en</sup> “En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012”. Buenos Aires 2012. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/factoresatribucion-mazzinghi.pdf>

<sup>147</sup>MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO – TERNERA BARRIOS, FRANCISCO. “La “culpa” en la responsabilidad civil extracontractual del derecho colombiano”. P. 5

factores subjetivos, si, por el contrario, es negativa, se aplican entonces los factores objetivos. Estamos en situaciones donde hay responsabilidad sin existir concepto de culpa alguno, donde existe una atribución de responsabilidad en protección de otros intereses sin que hayan vicios de comportamiento. Esto es así no porque haya otro tipo de ilícito, sino porque hay valores que no pueden ser representados de otra forma en un juicio de responsabilidad.

Estos factores los podemos diferenciar en generales y específicos. Nos referiremos sólo a los segundos en este aparte, dado que de los primeros nos ocuparemos dentro de la evaluación de las responsabilidades relacionadas con el Hecho Ilícito. Algunos de estos factores específicos, entre otros, son el exceso de la normal tolerancia entre vecinos, la falta o falla en el servicio, la responsabilidad colectiva del conjunto de propietarios en un inmueble de propiedad horizontal, la doctrina del sacrificio especial y la doctrina de la confianza legítima.

Evaluemos el primero de ellos. El exceso de la normal tolerancia, se dice, se presenta en relaciones de vecindad y se refiere a la responsabilidad que surge de ellas. Se delimita por la existencia de un riesgo especial por la ruptura de las relaciones ordinarias de comunidad vecinal, de modo que es un concepto de poco desarrollo pero de creciente importancia en situaciones de contaminación industrial en zonas pobladas.

El segundo, la falta de servicio, es una creación doctrinal del derecho administrativo principalmente, pero que recientemente tiene crecimiento en el ámbito civil<sup>148</sup>. Se presenta cuando durante la prestación de un servicio o realización de una actividad, el agente, sin necesidad de que exista una acción propiamente culposa, comete un perjuicio a alguien. Caso especial es el daño a la estructura de algunas edificaciones por efecto de las vibraciones en la construcción de una nueva edificación

---

<sup>148</sup>ARRAU, PEDRO PIERRY. “*La responsabilidad extracontractual del estado por falta de servicio*.” en “Revista de Ciencias Jurídicas” N° 5, Valparaíso 1975.

contigua<sup>149</sup>. Allí no hay un error ni siquiera en el desarrollo de la actividad, dado que se supone que debe haber todo un accionar dirigido a mitigar el posible daño. Sin embargo, en la construcción de las bases de una edificación el terreno puede ceder y causar daños, los cuales deben ser reparados por el solo hecho de suceder.

Con estos dos ejemplos podemos empezar a ver cómo deja de ser importante la psique del autor y ahora cobra relevancia el hecho en sí mismo. La responsabilidad existe porque el hecho material conlleva perjuicios que no pueden ser evitados. En estos casos alguien, diferente a la víctima, debe soportar la carga patrimonial.

En tercer lugar, se encuentra la responsabilidad colectiva en materia de propiedad horizontal. En ella, por ejemplo, sucede que, dado el estado de una edificación, de ella caen cosas a la calle que no se sabe de dónde provienen o cómo cayeron<sup>150</sup>. En tal caso responde objetivamente la copropiedad sin perjuicio de que internamente se lleva a cabo una acción de repetición por una responsabilidad diferente.

En cuarto lugar, se encuentra la doctrina del sacrificio especial. Aplicable solamente al Estado, esta doctrina sostiene que el concepto básico para que proceda la reparación es la lesión. *“Según esta postura, para que sea viable el reconocimiento de la responsabilidad del Estado, es necesario que exista en primer lugar un daño causado por el Estado a un particular y un sacrificio llevado a cabo por un ciudadano, y luego de ello, que haya un enriquecimiento por parte del Estado”*<sup>151</sup> Acá nuevamente observamos que no se requiere de una evaluación subjetiva, sólo se necesita que haya un hecho real. La lesión a un particular, cuando no debe ser soportada, hace responsable al Estado si el mismo se ve beneficiado. Es típico de estas situaciones las construcciones de obras viales que perjudican a los particulares en su patrimonio

---

<sup>149</sup>República de Colombia; Corte Suprema de Justicia; 22 de noviembre de 2007; Magistrada ponente Clara Inés Márquez; Expediente N° 4823-01.

<sup>150</sup>República de Colombia; Corte Constitucional; 30 de junio de 1993; Magistrado Ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar; Expediente N° C-0800131030061993-08770-01.

<sup>151</sup>LÓPEZ MESA, MARCELO J. *“Elementos de la responsabilidad”*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 2009. P. 551.

por el solo hecho de la construcción.

Finalmente, tenemos la doctrina de la confianza legítima. Aplicable también al Estado, esta doctrina es una especificación “(...) o al menos tiene notorios puntos de contactos con la teoría de la apariencia que busca la protección de aquellas situaciones jurídicas en las que por aplicación de la doctrina de los actos propios u otros institutos *iusadministrativos* o procesales, no podría alcanzarse la solución justa del caso”<sup>152</sup>. En términos generales, se presenta cuando un particular, al iniciar el desarrollo de una actividad, espera por parte del Estado la protección de un derecho futuro. Se da cuando por efecto de cambios normativos su derecho se limita o extingue y, por tanto, hay una pérdida jurídica. En tales situaciones, el Estado viola una confianza legítima en el desarrollo de una actividad y ahora impide su desarrollo.

Este último caso nos permite observar una regla general aplicable a estos factores objetivos. Todos ellos nacen de la necesidad de repartir las pérdidas individuales en virtud de su relación causal con el daño. Se justifican en la valoración que se hace del conjunto normativo como regla de convivencia y se incluyen al aplicar el sistema de valores jurídicos aceptados por una sociedad determinada. No son actos lesivos en su cualidad, pero conllevan pérdidas sociales que no deben ser soportadas por las víctimas. Son situaciones de hecho que, como producto humano y no natural, generan un desvalor social que ha de ser reparado. Ahora bien, esto no implica necesariamente una falta de justicia social. Por el contrario, representa esa justicia, pero no con fundamento en una culpa (o actividad lesiva con o sin conocimiento) sino con fundamento en otros elementos.

Vemos entonces que si bien es cierto que la evolución del sistema general de la responsabilidad civil extracontractual va de la mano con la evolución del concepto de culpa, la misma ha llegado a disociarse de ésta y ya no es justificable por la sola noción de culpa. Es ahora un sistema con un valor propio, en el cual tanto

---

<sup>152</sup>COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE. *La confianza legítima* en “Revista El Derecho (ED)”. N° 179. P. 894.

las situaciones de responsabilidad subjetiva como de responsabilidad objetiva tienen cabida. Ya no es posible usar los conceptos clásicos que tienen sentido propio dentro de nuestro ordenamiento y de otros sistemas jurídicos. Es una teoría cuyo alcance, visto desde sus efectos normativos, es insuficiente para explicar los diversos hechos lesivos que se presentan y, por tanto, no puede llamarse “Hecho Ilícito”.

Ahora bien, no por ello creemos que se deba dejar de lado lo que ya se ha desarrollado. Por el contrario, nos parece que ahora es necesario avanzar un nuevo escalón. No por existir el efecto normativo ya visto hay que darle un adjetivo negativo, sino que, por el contrario, ha de subsumirse éste dentro de otro nuevo que lo abarque. Para nosotros, el nombre de Hecho Ilícito como fuente de las obligaciones ya no se justifica como régimen general de responsabilidad aquiliana.

Las cosas han de nombrarse por su nombre y si por la nueva investigación aparecen otras figuras no hay que deformar el nombre sino que hay que hacer lo que las demás ciencias hacen, crear nuevos nombres para nuevas cosas. Sin embargo, esto puede no ser suficiente para derrumbar una posición tan consistente y lógica en su modo de ser. Para cualquier persona razonable es suficiente la explicación dada de la aparición de estos nuevos fenómenos y su relación con la responsabilidad para que acepte la ampliación de conceptos viejos para dar cabida. De hecho, con que nos digan que es ilícito porque normativizan unas situaciones, dadas sus consecuencias, es suficiente.

Por ello, ahora debemos ver las consecuencias jurídicas del juicio de responsabilidad, con el fin de determinar si, al menos en este otro alcance, se justifica mantener los desarrollos de la teoría del Hecho Ilícito. Recapitulemos: dijimos, en su momento, que mencionar al hecho ilícito es acudir a las situaciones que quedan comprendidas dentro del alcance de la teoría y que parte del alcance son sus consecuencias jurídicas. Por ende, ahora determinaremos ese otro alcance y, nuevamente, lo compararemos con nuestra posición para observar en donde podemos encontrar la salida al predicamento.

## 2. Alcance según sus consecuencias jurídicas

En términos muy generales, el alcance del Hecho Ilícito es el nacimiento de un estado jurídico de cosas en el cual se responsabiliza a un sujeto por la comisión de un daño. Es el alcance según sus consecuencias, el límite de su aplicación. En la mayoría de los casos en donde se determina un juicio positivo de responsabilidad con fundamento en un cierto factor de atribución, el alcance del Hecho Ilícito comprende dos efectos separables que recaen sobre el mismo sujeto. Efectos correlacionados cada uno con la reparación de la víctima y con la imposición de un cierto tipo de reprimenda social. El primero de ellos, de alcance patrimonial, es la imposición social que se le adjudica al causante del daño de resarcir a la víctima o de subsanar el detrimento causado. El segundo, de un alcance personalísimo, busca imponer una sanción, no necesariamente económica, que tiene como fin ya no la reparación sino la justicia social.

En términos abstractos, el límite del hecho ilícito visto desde sus efectos es la creación de obligaciones de carácter patrimonial, de la cual el beneficiario es la víctima, y la imposición de sanciones personales con fines de justicia retributiva. Conclusión que nace de observar la aplicación de la responsabilidad una vez dada por cierta su existencia para determinar esos efectos particulares que produce la “ilicitud” de una actividad humana. A nuestro parecer, el alcance general del hecho ilícito es la imposición de una pena y el nacimiento de una obligación de reparación (conjunta o separadamente). Alcance que además se ve limitado, en este sentido, por cada una de sus características de dicho concepto: un verdadero daño, un nexo determinable, una real contradicción normativa y un fundamento social de reparación.

# **CAPÍTULO III.**

## **RESPONSABILIDADES ESPECIALES**

### **RELACIONADAS CON EL**

### **HECHO ILÍCITO**

Esta tarea que nos preparamos a desarrollar no es fácil. Determinar las consecuencias jurídicas propias de cada “Hecho Ilícito” en términos abstractos no es posible. Cada juicio de responsabilidad lleva consecuencias particulares que dependen de cada factor, daño, nexo y demás. Asimismo, dada la cantidad de factores objetivos de responsabilidad diferentes, no es posible llegar a la misma conclusión respecto de todas ellas. Por lo anterior, como se mencionó al comienzo del trabajo, evaluaremos estas consecuencias jurídicas comparativamente con dos figuras propias de responsabilidad por factores de atribución de responsabilidad objetivos y de alcance general.

La primera de ellas es la responsabilidad por el desarrollo de actividades peligrosas con fundamento en el factor de atribución de responsabilidad del riesgo creado. Y la segunda es la responsabilidad por efecto de la revisión judicial del contrato con fundamento en el factor de atribución de responsabilidad de equidad.

#### **A. ARTÍCULO 2356 DEL CÓDIGO CIVIL - ACTIVIDADES PELIGROSAS**

Este primer tipo de responsabilidad civil extracontractual nace en Colombia a partir del análisis normativo que se hace del artículo 2356 del C.C y, por tanto, su

análisis en este sentido es problemático. No hay una jurisprudencia única, además de que son variadas y diversas las explicaciones que se han dado para su aplicación<sup>153</sup>. Sin embargo, en otras legislaciones las actividades peligrosas surgen de la aplicación del factor objetivo de responsabilidad del riesgo creado. En este sentido, durante el presente aparte explicaremos primeramente este factor de atribución para luego mostrar el avance interpretativo en Colombia. Así, para poder determinar qué es una actividad peligrosa debemos preguntarnos, respecto del riesgo creado, ¿cómo se determina? y ¿qué se entiende por riesgo o peligro en tal sentido?

De esta manera, una actividad peligrosa se presenta cuando, en desarrollo de algún tipo de actividad determinada, el agente se ve beneficiado por la misma y, en consecuencia, debe asumir cualquier riesgo que surja de la misma. En palabras de ESSER, citado por LÓPEZ MESA:

*“La responsabilidad por riesgo es responsabilidad por un resultado dañoso derivado de riesgos no completamente controlables (...) cuya dificultad de dominación pudo haber inducido al legislador a prohibir su explotación o uso, de no darse para su admisión un interés general predominante; pero como su explotación o uso benefician en primer lugar al empresario o al usuario, es justo que sean éstos, y no la comunidad, los que soporten los riesgos específicos no controlables”*<sup>154</sup>.

Es decir, las actividades peligrosas nacen de la contraposición entre un beneficio por parte de un particular en el desarrollo de cierta actividad y los riesgos que el desarrollo de la misma generan.

---

<sup>153</sup>Para un ejemplo basta con revisar las sentencias de la corte suprema de justicia sobre el régimen de responsabilidad objetiva del 24 de agosto de 2009. con magistrado ponente William Namén Vargas y del 26 de agosto de 2010 con magistrada ponente Ruth Marina Díaz

<sup>154</sup>LÓPEZ MESA, MARCELO J. *“Elementos de la responsabilidad”*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 2009. p. 586

En tal sentido, una actividad peligrosa es una determinación conceptual según la cual el riesgo propio de una actividad beneficiosa se soporta con las ganancias mismas de la actividad. Corresponde al agente que desarrolla la actividad tanto prevenir como soportar cualquier tipo de consecuencia derivada. Sin embargo, existe el problema de la definición del riesgo o peligro como producto de la actividad. En el lenguaje ordinario el peligro es el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal, o puede entenderse también como el lugar, paso, obstáculo o situación en que aumenta la inminencia del daño<sup>155</sup>. Mejor dicho,, es toda situación en la cual la cantidad de probabilidad de ocurrencia de un daño aumenta, como también la contigüidad o proximidad de un daño. Es pues, en términos generales, el aumento de la probabilidad de que ocurra un daño o un perjuicio.

La actividad peligrosa es entonces la actividad humana que intrínsecamente conlleva un riesgo especial en su desarrollo o implica grandes probabilidades de causar daños. Sólo así “(...) pueden ser calificadas, válidamente, como peligrosas”<sup>156</sup>. Son entonces las actividades que no generan por sí mismas peligro normal, sino un tipo de peligro excesivo, pero que, además, evalúan la cuantía del daño que puede producirse. Es decir, parece que el riesgo creado es un factor de atribución de responsabilidad que se presenta por la existencia de un peligro o una peligrosidad propia de una actividad que reporta ganancias para quien la desarrolla. Esta característica especial surge históricamente como consecuencia del aumento de actividades productivas de especial interés económico, pero a su vez de especial peligrosidad para la población general.

Como factor de atribución, además, el riesgo creado encuadra en sí el desarrollo de principios de justicia conmutativa y distributiva. Se presenta como una forma de

---

<sup>155</sup>Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Versión digital. Disponible en: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=ZT7zgGSUIDXX23q52kLa>

<sup>156</sup>MANTILLA, FABRICIO y OTROS. “*La interpretación Contra Legem del artículo 2356 C.C.*”. Bogotá. p. 13

socializar equitativamente, en virtud de las posiciones sociales de ciertos individuos, los riesgos generales. Sirve para cubrir efectivamente y de forma concreta al aumento de la necesidad productiva de valerse de cosas peligrosas, planteando la primacía del bien colectivo sobre el bien general. Y así se llega al planteamiento del derecho moderno de JOSSERAND<sup>157</sup>, según el cual el derecho actual observa fundamentalmente el lado de la víctima y se la pretende proteger de las posiciones dominantes del sistema económico. Por lo cual se opta, al momento de caracterizar una actividad peligrosa por riesgo creado, por utilizar una mayor cantidad de criterios determinantes. Existen así criterios relativos al alto grado de sensibilidad que algunos daños despiertan o el interés de inducir ciertos comportamientos de algunos miembros de la comunidad, principalmente, en lo concerniente a la distribución de los costos de indemnización para ciertos riesgos.

Finalmente, antes de evaluar el desarrollo del concepto de actividad peligrosa en nuestra legislación, es necesario aclarar que este factor de atribución aunque objetivo no es automático. Esto quiere decir que no estamos frente a un tipo de reparación directa por la existencia del daño sin considerar factores de exclusión de responsabilidad; no nos encontramos frente a un caso de indemnización automática sino de responsabilidad<sup>158</sup>. Para que el agente realizador de la actividad, que sobreviene lesiva, pueda eximirse de responsabilidad, es necesario que demuestre la existencia de una causa extraña respecto de la cual se presenta el daño; debe mostrar que su actividad no fue la directa productora del daño, sino que el mismo depende de una causa diferente a la actividad. En tal sentido, la no existencia de la actividad, la inexistencia del daño o el rompimiento del nexo causal permiten la exclusión de la responsabilidad.

---

<sup>157</sup>JOSSERAND, LOUIS. “*Les mobiles dans les actes juridiques*”. París, 1983.

<sup>158</sup>La diferencia principal entre estas dos instituciones es que en la indemnización automática no se requiere realizar ningún tipo de valoración o juicio, simplemente se condena al agente a un pago obligatorio. Existe una inmediatez frente al pago de la indemnización que no depende de una valoración de ningún tipo

Ahora bien, hablar de las actividades peligrosas en nuestro ordenamiento no es tan simple como la explicación teórica del factor de atribución con el cual se relaciona. En Colombia la responsabilidad por actividades peligrosas no es una consagración legal. La misma nace y tiene su fundamento en la interpretación que se ha realizado por nuestra jurisprudencia del artículo 2356 del C.C. Según el mismo, la responsabilidad por este tipo es:

*“RESPONSABILIDAD EN ACTIVIDADES PELIGROSAS*

*ART. 2356.— Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación:*

- 1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego.*
- 2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.*
- 3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.”*

Como podemos observar en el artículo, no hay referencia a un criterio general de peligrosidad o de riesgo creado. Por el contrario, al tenor literal parece que se menciona un tipo de responsabilidad subjetiva particular. De él no podemos concluir directamente la existencia de un factor de atribución objetivo sobre el cual hay un fundamento de reparación. El artículo toma la culpa como principal criterio de responsabilidad, de modo que los adjetivos que utiliza se encuentran relacionados con la intencionalidad y con la conducta del autor. De hecho las conductas allí descritas requieren un juicio de valor para poder determinar la responsabilidad. Dice que el agente debe obrar con malicia o negligencia, adjetivos característicos del concepto de culpa como factor de atribución. Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha partido de

este mismo texto para abarcar todos los casos que se comprenden como actividades peligrosas<sup>159</sup>.

Se acepta, acertadamente, que durante el proceso de adaptación de las normas jurídicas provenientes del Código Civil francés y del Código chileno de Andrés Bello, nuestra legislación acogió una redacción que no permite desarrollar directamente la figura de actividades peligrosas<sup>160</sup>, de hecho, sólo manifiesta una situación en concreto. Sin embargo, la jurisprudencia ha logrado transformar el sentido del texto, eliminando la necesidad de la prueba de la culpa que allí se menciona y consagrando un régimen objetivo<sup>161</sup>. De hecho, en sentencia del 14 de febrero de 1955, la Corte excluyó expresamente posibilidad de aplicación de una presunción de culpa en el artículo 2356 y expresó que

*“el criterio de peligrosidad de una actividad no dice relación a la aplicabilidad de la presunción de culpa a la que aluden los artículos 2347 y 2349 del Código Civil porque aquel género de actividades caen bajo el dominio de la presunción de responsabilidad – no de culpa- que se halla configurada por el artículo 356 del Código Civil. Más claro: no por el hecho de afirmar que una actividad no es peligrosa, se puede desconocer la existencia de la*

---

<sup>159</sup>República de Colombia; Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación civil; sentencias del 23 de octubre de 2001 y del 3 de noviembre de 2011; Radicados N° 6315 y 73449-3103-001-2000-00001-01.

<sup>160</sup>Según el tenor literal de la norma, nos encontramos frente a una responsabilidad por daño causado con malicia o negligencia, no por el hecho mismo de la actividad considerada como peligrosa.

<sup>161</sup>Al respecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de abril de 1939 menciona que *“Los ejemplos que allí se mencionan son ilustrativos y se refieren a hechos en que el daño aparece en la cosa misma, por cierta peligrosidad que en ella se transparenta. La Corte ha sostenido la doctrina de que conforme a la disposición del artículo 2356 del C.C., existe una presunción de responsabilidad en contra del agente respectivo, en los casos de daños causados por ciertas actividades que implican peligros, inevitablemente anexos a ellas, responsabilidad por la cual no se exonera de la indemnización, sino en cuanto se demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elementos extraños”*

*culpa consignada en los artículos citados por el recurrente. La doctrina y la jurisprudencia han anotado las diferenciaciones precisas entre estas dos situaciones jurídicas: en la primera, la prueba de la propia conducta diligente no es causal eximente de responsabilidad civil; es necesario que el demandado demuestre el caso fortuito, la fuerza mayor o un hecho extraño, dentro del cual se halle la culpa exclusiva de la víctima como causal única del perjuicio. En la segunda, le basta al demandado ofrecer la demostración de su diligencia para exonerarse de la responsabilidad, y desde luego, esa exoneración tiene ocurrencia si demuestra cualquiera de los extremos antes anotados para la presunción de responsabilidad. Es bueno advertir que la locución ‘presunción de peligrosidad’ no tiene perfil técnico, porque lo que se presume es la responsabilidad por actividad peligrosa”<sup>162</sup>.*

Esta transformación se logró por medio de diferentes interpretaciones. Primero está la justificación dada por ALESSANDRI RODRÍGUEZ<sup>163</sup>, según la cual no se está hablando realmente de culpa en sentido estricto. Dice el autor que la ubicación del artículo, dentro del texto legal, corresponde a la norma de analogía receptora de todos los demás casos que no se evaluaron por las reglas especiales previas.

Igualmente manifiesta que “*El empleo de la forma subjuntiva (...) no da la idea de algo que necesariamente debe ser sino de algo que puede ser. (...) El legislador no da por establecido que el daño provenga de dolo o culpa, ni obliga a repararlo sólo en caso de probarse uno u otra*”<sup>164</sup>. Es decir, RODRÍGUEZ determina que no

---

<sup>162</sup>República de Colombia; Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil; 14 de febrero de 1955; Gaceta Judicial LXXIX, págs. 479-484.

<sup>163</sup>RODRÍGUEZ ALESSANDRI. “*De la responsabilidad civil en el derecho extracontractual*”. Imprenta universal. Santiago de Chile, 1981.

<sup>164</sup>RODRÍGUEZ ALESSANDRI. “*De la responsabilidad civil en el derecho extracontractual*”. Imprenta universal. Santiago de Chile, 1981. p. 293

es necesaria la demostración de la culpa sino que su mención es a título de ejemplo. Argumentación suficiente para que, según tal criterio, la evaluación de las actividades allí mencionadas no se haga con la vinculación de la intención subjetiva. De hecho, no son sólo esas las conductas que la norma regula, sino también todas aquellas que representen situaciones de riesgo.

En segundo lugar, se ha argumentado que la norma lo que crea es una presunción *iuris et de iure* o presunción que no permite la prueba en contra<sup>165</sup>. Un cierto tipo de deformación que desvirtúa tanto la noción de culpa como la de presunción<sup>166</sup>. Ya no se puede ni probar la culpa, ni su inexistencia, simplemente se da por cierta en todo caso. En tercer lugar, se argumenta que la norma hace una abstracción de los elementos en ella consagrados y que es la jurisprudencia la que tiene la tarea de encontrar su fundamento legal<sup>167</sup>. Ambas situaciones no cumplen la función que se le quiere dar al artículo: eliminar el componente subjetivo de la norma y permitir el ingreso de un componente netamente objetivo de atribución. Por el contrario, cada argumentación solamente termina por crear una confusión innecesaria en los conceptos y deja sin un fundamento fuerte el concepto de actividad peligrosa.

---

<sup>165</sup>República de Colombia; Corte Constitucional; Sentencia C-731/05

<sup>166</sup>Los hermanos Mazeaud establecieron que la diferencia fundamental que se encuentra entre la presunción de culpa y la presunción de responsabilidad es básicamente que la primera se desvirtúa probando diligencia y cuidado y la segunda probando fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima. MARTINEZ RAVE, GILBERTO y MARTINEZ TAMAYO, CATALINA. “*Responsabilidad Civil extracontractual*”. Editorial Temis. Bogotá: 2003. Pág. 227. Citado por: EAFIT. “*Presunciones en la responsabilidad civil extracontractual*”. Disponible en: <http://bdigital.eafit.edu.co/bdigital/PROYECTO/P346.022CDA687/marcoTeorico.pdf>. P. 16.

<sup>167</sup>MANTILLA, FABRICIO y OTROS. “*La interpretación Contra Legem del artículo 2356 C.C.*” Bogotá. p. 11

Por lo anterior, ha sido nuestra jurisprudencia<sup>168</sup> la que, caso por caso, ha determinado el conjunto de actividades que han de ser consideradas peligrosas y las condiciones que se requieren para que en ellas se pueda hacer un juicio netamente objetivo<sup>169</sup>. Se dice, por ejemplo, que el transporte de pasajeros, sea terrestre, aéreo o marítimo, es una actividad peligrosa, que la prestación y manejo de energía eléctrica también recae en esa categoría, pero que la manipulación de medicamentos no necesariamente hace parte del grupo. En general, nuestra legislación parece tener un vacío jurídico en el desarrollo del tema y se parte generalmente de las necesidades sociales de evaluar las nuevas relaciones materiales entre los sujetos que, sin ser culposas, crean perjuicios que la sociedad no está dispuesta a aceptar, pero tampoco a ubicar en cabeza de la víctima.

En este sentido, se puede concluir que en Colombia la determinación de la responsabilidad por actividades peligrosas surge por la contradicción material presente entre la nueva realidad social y la existencia de viejas reglas inermes que deben ser reformuladas vía interpretación legal. Las actividades peligrosas no son, en dicho sentido, un régimen general adscrito a un factor determinado, sino la formulación caso por caso de un sistema de responsabilidad que intenta eliminar el concepto de culpa. Parece pues que estamos frente a una aberración interpretativa sin solución definitiva, pero con conclusiones propias de la evolución del fin material del derecho actual.

---

<sup>168</sup>República de Colombia; Corte Suprema de Justicia; sentencias del 14 de marzo de 1938 y del 3 de mayo de 1965. Citado por: EAFIT. “*Presunciones en la responsabilidad civil extracontractual*”. Disponible en: <http://bdigital.eafit.edu.co/bdigital/PROYECTO/P346.022CDA687/marcoTeorico.pdf>. P. 28.

<sup>169</sup>República de Colombia; Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil; 24 de agosto de 2009; Radicado N° 2001-01054.

## 1. Definición de actividad peligrosa

Al definir una actividad peligrosa nos encontramos pues con la dificultad propia de nuestro sistema. Actividad peligrosa puede ser entonces cualquier actividad que así ha sido considerada por nuestras altas cortes<sup>170</sup>, de manera que no es un tipo especial de actividad social, pero tampoco tiene un fundamento único. No obstante, podemos concluir algún tipo de definición general a partir de los casos particulares y de su vinculación teórica con el riesgo creado. Serán pues actividades peligrosas todas aquellas actividades lícitas desarrolladas por particulares o por el Estado en virtud de las cuales hay una consideración social especial que impone a los agentes que las realizan una obligación de reparación especial; como también lo son las actividades que presentan una ventaja económica a quien las desarrolla y, por tanto, una posición de dominación en el desarrollo de la actividad que lo obligan a un manejo adecuado y especializado.

Al respecto nuestro Consejo de Estado ha mencionado que

*“Ubicándose el caso dentro del régimen de responsabilidad objetivo [sic] por riesgo excepcional, derivado del ejercicio de actividades peligrosas (vehículos automotores, armas de dotación oficial, conducción de energía eléctrica) el factor de imputación, como lo dice la jurisprudencia, es el riesgo grave que excede los inconvenientes inherentes a la prestación del servicio y, por consiguiente, los administrados se ven expuestos a la contingencia del riesgo creado por el Estado; por tanto el que genera ese tipo de riesgo debe soportar las consecuencias del hecho que acaece, siempre y cuando se demuestre también el daño y la relación de causalidad (...)”<sup>171</sup>.*

---

<sup>170</sup>Un ejemplo de estas actividades son las enunciadas por el mismo artículo 2356 de C.C., como también lo son todas aquellas actividades que el hombre realiza mediante el empleo de cosas o energía susceptibles de causar daño a terceros.

<sup>171</sup>Consejo de Estado. Sección Tercera. 31 de mayo de 2001. Expediente 12782.

Situación igualmente aplicable a régimen privado.

De la anterior definición se desprende que la actividad, para ser peligrosa, requiere de una valoración judicial con fundamento en diversos criterios tanto objetivos, como subjetivos. También es necesario que se presente la conjunción entre un cierto tipo de peligrosidad y de una explicación del criterio de culpa. Ahora bien, la inexistencia de una definición tal como la que buscamos no implica que no se puedan encontrar los requisitos o elementos que la caracterizan.

## **2. Requisitos para su caracterización**

Si partimos del factor de atribución del riesgo creado, la actividad peligrosa requiere de ciertos elementos, a saber: la existencia de un grado de peligro determinado, la superación de la tolerancia de peligro normal, el control de la actividad por parte del agente, las ganancias derivadas de ese control, la existencia de un daño sobreviniente en relación interna con el riesgo y la formulación jurisprudencial de la misma. Es decir, su caracterización depende tanto de unos componentes objetivos como de un componente legal. Sin determinación jurisprudencial de que tal actividad es peligrosa, los demás elementos no se evalúan, pero sin configurarse dichos elementos, entonces no puede existir una actividad peligrosa. Es, por tanto, necesario que la actividad peligrosa se justifique por sí misma y que tal justificación sea acogida por la jurisprudencia.

Esto quiere decir que para poder caracterizar como peligrosa una actividad determinada se necesita que se reúnan dos requisitos: primero, que se encuentren probados cada uno de sus elementos objetivos y que, segundo, se haya determinado su inclusión al conjunto de actividades peligrosas por parte de las altas cortes. En este sentido, sólo existe este tipo de responsabilidad cuando hay cierto grado de peligrosidad (por un lado de la explicación), o cuando se presume la existencia de una culpa que no necesariamente requiere probarse. Además, la actividad peligrosa se

caracteriza porque imputa responsabilidad de forma completamente objetiva: basta con la verificación de la acción del agente, del daño y de su relación causal y se fundamenta en la distribución de pérdidas por la existencia de un beneficio creador de riesgos.

### 3. Características y alcance

Ahora bien, haciendo una analogía con las características o elementos de la responsabilidad en general, decimos que para poder aplicar este régimen objetivo debe probarse ya no únicamente la existencia del daño y su nexos causal con la conducta, sino que son necesarios otros elementos. Para que la actividad del agente se encuentre dentro de una de las categorías de actividades calificadas como peligrosas, se requiere de una evaluación objetiva más detallada. Es decir, se deben probar otros elementos nuevos: en primer lugar, se debe demostrar que la actividad existe y se encuentra en la esfera de control del agente para luego observar si esa actividad cumple las restantes dos características; a saber, debe aumentar el tolerable grado de peligro social y debe generar ganancias para quien la desarrolla. Probados estos elementos se continúa con el análisis normal de la responsabilidad: daño, nexos y factor de atribución.

El elemento daño, tal como en el régimen general de responsabilidad, se prueba de la misma forma y comprende las mismas vicisitudes. El daño no solamente es material, puede ser moral, debe ser presente y no futuro<sup>172</sup>, ser cierto y no incierto, además, su reparación comprende el lucro cesante y el daño emergente y, en general,

---

<sup>172</sup>Ya explicamos, al momento de analizar detalladamente el elemento daño del régimen general de responsabilidad civil aquiliana, que el daño directo que se produce debe ser actual y no futuro, puesto que si no se ha producido no podemos hablar de un daño real. Esto no quiere decir, como también aclaramos, que dentro de la reparación del daño no se tengan en cuenta los daños derivados o las pérdidas futuras, como lo son el lucro cesante o la pérdida de un chance.

se presenta en la misma forma.

El nexo causal, por su parte, se evalúa según la teoría de la causalidad adecuada y debe demostrar que el daño fue producto derivado de la actividad y no de una causa extraña. De hecho, en este tipo de responsabilidad sólo este componente puede desvirtuarse y así detener el juicio de responsabilidad. Únicamente a través de la causa extraña se puede excusar el agente de ser responsabilizado. La exclusión de responsabilidad se puede presentar, en este sentido, sólo por dos tipos de causas diferentes: las primeras derivadas de la naturaleza y las segundas del hecho de otra persona. El que sólo sean estas posibles situaciones las que excluyan el juicio de responsabilidad es propio de los regímenes objetivos de responsabilidad. Por tanto, son los únicos límites materiales para el alcance de la figura (una vez consagrada la actividad como peligrosa). Únicamente por medio de la demostración de la existencia de una fuerza externa y no controlable por el agente, puede el mismo salvarse de la obligación de reparación. Fuerza que, además, si es propia de las cosas de la naturaleza, tiene entonces que regirse por los dictámenes del caso fortuito o la fuerza mayor; o que si se produce por el hecho de un tercero sea demostrada por la existencia del hecho de un tercero o de la víctima.

Una vez probada la existencia de los elementos constitutivos y no demostrada la causa extraña, surge la responsabilidad objetiva por actividades peligrosas. Esta es, precisamente la única forma en que puede surgir y por tanto “(...) *no se puede concluir, de ninguna manera, el carácter subjetivo de la responsabilidad por las actividades peligrosas; como lo pretende la Corte Suprema de Justicia*”<sup>173</sup>. Ahora bien, el que no exista un componente subjetivo no implica que no se haga una evaluación de responsabilidad como para que se hable de un régimen de indemnización automática. El hecho de poder probar causa extraña o desvirtuar el daño o la actividad nos permiten determinar su alcance.

---

<sup>173</sup>Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. 04/05/1992. M.P. Carlos Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 07/1992 p.623.

En este sentido, el régimen de responsabilidad por actividades peligrosas tiene un alcance limitado. Sólo se puede aplicar a situaciones determinadas como peligrosas, o a aquellas que puedan llegar a fundamentarse como tales por los criterios expuestos previamente. De esta manera, el régimen está restringido a la posibilidad de probar la causa extraña, o a desvirtuar los otros elementos de responsabilidad (daño y actividad). Éste llega sólo a abarcar las situaciones objetivas en donde el daño se presenta por efecto directo de una actividad de riesgo que así se ha determinado. Su límite es el nacimiento de la obligación de reparación producto de la existencia del daño, la actividad peligrosa y su nexo causal.

Una vez se determina que el daño existe efectivamente, que la actividad es considerada peligrosa, o que hay los elementos propios de una situación de riesgo creado y que no existe una causa extraña, que justifique la suspensión del juicio de responsabilidad, el ordenamiento prescribe el nacimiento de la obligación de reparación en cabeza del agente que desarrolla la actividad. En estos casos, tanto la regla jurídica propia del artículo 2356 como la doctrina y la jurisprudencia, han aceptado que la reparación debe quedar a cargo del agente<sup>174</sup>. Se dice que si es el agente quien, por medio de una evaluación de las posibles causas, directamente produjo el perjuicio, debe ser el responsable de repararlo.

En suma, el alcance de la figura es un tanto indeterminado y puede abarcar tanto situaciones específicas y bien desarrolladas por nuestras cortes, como cualquier tipo de actividad que por sí pueda verse inmersa en la generalidad del riesgo creado. Esto no implica que sea un régimen abierto a discusión o modificación permanente, más bien quiere indicar que mientras no haya un cambio en el paradigma de la responsabilidad civil y pueda haber regímenes realmente objetivos ajenos al hecho ilícito y a la intencionalidad, las actividades peligrosas estarán sujetas a la interpretación judicial cada vez que sucedan.

---

<sup>174</sup>República de Colombia; Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil; 24 de agosto de 2009; Radicado N° 2001-01054.

Como conclusión parcial podemos decir que el alcance del Hecho Ilícito, según sus consecuencias jurídicas, se relaciona materialmente con la obligación de reparación que nace de la aplicación de algunos regímenes de responsabilidad objetiva, como el ahora evaluado. El Hecho Ilícito no solo parece ilícito por ser nombrado de esa forma o porque normativamente así se ha caracterizado, sino, además, porque tiene un efecto muy concreto: siempre hace surgir la obligación de reparación. Como vimos en este caso, ni siquiera hay un análisis propiamente dicho sobre la ilicitud de la acción, sólo se corrobora la existencia de unas características y se determina la consecuencia. No por ello hay un ilícito *per se*, pero si hay un Hecho Ilícito como fuente de las obligaciones.

## **B. ARTÍCULO 868 DEL CÓDIGO DE COMERCIO - LA REVISIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO**

Ahora bien, habiendo demostrado que no necesariamente los factores de atribución objetiva sugieren la existencia de un hecho ilícito como punto de partida para el nacimiento de una obligación de reparación, debemos evaluar si la misma situación se presenta en otros tipos de responsabilidad que se encuentran desligados de la culpa como factor de atribución pero que a su vez no se fundan tampoco en el factor subjetivo del riesgo. Para ello evaluaremos la responsabilidad que puede llegar a surgir en aplicación de la figura de revisión judicial del contrato en materia mercantil. Especialmente nos interesa observar los efectos que puede llegar a generar cuando es el juez quien determina la forma en que las cargas patrimoniales y las obligaciones deben ser ajustadas. Es decir, cuando un tercero, el juez que determina el reajuste patrimonial entre las partes en caso de no existir un acuerdo entre las mismas, quien determina, no necesariamente aunque puede llegar a suceder, la creación de una situación de responsabilidad. Para poder hacer esta evaluación, hablaremos primero de la figura misma, luego de los problemas de interpretación que tiene dentro del

nuestro sistema jurídico y de los vacíos legales que presenta en diferentes aspectos y finalmente de la forma en que se relaciona con nuestro problema.

Esta figura, bastante criticada en muchos de sus aspectos, tiene su fundamento en el principio de equidad y se desarrolla con el fin de re-equilibrar las cargas patrimoniales que, por hechos especiales, ahora se presentan excesivamente onerosas para una de las partes contratantes. Así, en esta primera parte empezaremos por evaluar la evolución histórica de la figura dentro de nuestro ordenamiento buscando sus orígenes en el derecho francés y en especial en la aplicación de la teoría de la imprevisión y el principio *res sic stantibus*, para luego identificar sus elementos principales y justificar así su lugar dentro de la responsabilidad civil extracontractual. En concordancia con ello, demostraremos por un lado que la figura no hace parte de la esfera de aplicación de la ineficacia contractual o de la responsabilidad contractual; y por otro lado que al no tener unos límites claros y algunos de sus efectos pueden generar una situación de responsabilidad civil extracontractual. Ya acá es bueno determinar que esa relación con la responsabilidad se enmarca con fundamento en el factor de atribución de equidad.

Así pues, la revisión judicial del contrato, figura propia del sistema jurídico francés, nace en materia administrativa por aplicación de la teoría de la imprevisión, la cual a su vez es un desarrollo moderno del principio jurídico *rebus sic stantibus*. Según éste principio las estipulaciones de los contratos lo son en virtud de las circunstancias concurrentes al momento de su celebración y por tanto la modificación de las mismas permiten dar lugar a la modificación de las estipulaciones con que se celebró el acuerdo. Sin embargo este principio no puede ser aplicado habida cuenta del sólo cambio material, pues ello sería equivalente a negar que el contrato es una ley para las partes que en él concuerdan; de hecho este principio debe ser aplicado siempre teniendo en cuenta que el contrato es un acto de previsión jurídica y económica.

Ahora bien, en el derecho administrativo francés la imprevisión se aplica a los contratos estatales que, en virtud de un cambio en los precios del mercado, hacen que el contratista se vea en la imposibilidad económica, por la existencia una excesiva

onerosidad, de continuar con el cumplimiento de las prestaciones. Caso en el cual el contratista puede solicitar al Estado que se modifiquen las relaciones patrimoniales del contrato y poder así continuar con el cumplimiento. Inicialmente denominada desequilibrio económico de la relación contractual<sup>175</sup>, la imprevisión se traslada al derecho comercial dentro de las legislaciones latinoamericanas, pero cambiando sus presupuestos de aplicación, tal y como se puede observar en nuestro Código de Comercio.

En el caso administrativo la figura se presenta solamente cuando los contratistas se ven en la imposibilidad, de cumplir determinada obligación y de incumplir, a su vez, el contrato dada su posición económica en la relación contractual. Así, se dice que debido al cambio imprevisible de la relación económica con el Estado el cumplimiento de la obligación implica un perjuicio irreparable que no debe ser soportado por el contratista y que por tanto debe ser modificado en virtud de herramientas que el Estado debe proveer. La imprevisión permite en este sentido eliminar un desacuerdo material entre el “valor” de las prestaciones recíprocas debidas y los deberes contractuales entre el contratista y el Estado, dentro de los cuales están la equidad y la justicia.

En materia mercantil esta teoría es definida como el mecanismo con que cuenta un sistema normativo determinado para evitar el desequilibrio patrimonial entre dos sujetos, que contractualmente se hayan obligados, por medio de la participación de un tercero externo al contrato. Mediante esta figura se suele denominar “(...) *el*

---

<sup>175</sup>Se infiere que el desequilibrio económico del contrato ocurre cuando la igualdad o la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o de contratar, según sea el caso, se altera. Si se rompe el equilibrio por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deben adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento. Según el precedente jurisprudencial, la ecuación financiera del contrato puede alterarse por las siguientes causas: por el hecho del príncipe; por actos particulares de la administración en ejercicio de la potestad de dirección y control, particularmente del “*ius variandi*”, y por factores exógenos a las partes del negocio. República de Colombia. Procuraduría general de la Nación; Expediente 42.171

*desequilibrio grave que se produce entre las prestaciones contractuales, como consecuencia de un alza considerable e imprevista de los precios (...) La imprevisión es una cuestión de orden económico y financiero y se encuentra vinculada a las fluctuaciones de los precios.*<sup>176</sup>. La teoría de la imprevisión lo que pretende es equilibrar las cargas patrimoniales que por efecto de la realidad fluctuante de los precios de diversas mercancías o servicios afectan gravemente el cumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes. Pretende acometer un papel de redistribución económica entre contratantes que ahora se ven en una posición de desventaja.

En este sentido siendo el contrato un acto de previsión de las partes, mediante el cual ambas acuerdan el nacimiento de una obligaciones y el cumplimiento de las mismas por medio de diversos mecanismos, parece extraño que se hable de una imprevisión contractual que debe ser ajustada. Pero en efecto es exactamente esto lo que significa: *“Ante el principio de la autonomía de la voluntad y el postulado de que los contratos son una ley para las partes, se ha suscitado la cuestión de (...) darle al juez la posibilidad de modificar la ejecución de un contrato cuando han variado de tal manera las circunstancias, que se hace imposible para una de las partes cumplir lo pactado, sin que sufra lesión en sus intereses.”*<sup>177</sup> En estos casos, *“(...) se entiende que la teoría de la imprevisión sólo hace referencia a aumentos de los costos del contrato que se encuentran por fuera de los límites normales de oscilación del valor de la prestación debida”*<sup>178</sup> Es decir se pretende regular únicamente aquellos casos en que el acto propio de previsibilidad del contrato se ve desligado de la realidad. Cuando se superan las expectativas propias de los posibles futuros por la existencia de hechos imprevisibles e irresistibles para las partes.

---

<sup>176</sup>STARCK, BORIS. ROLAND, HENRI y BOYER, LAURENT. *Les obligations. Contrat*. Editorial Litec. París 1998. p. 487

<sup>177</sup>Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 29 de octubre de 1936. XLIV, 457- 458

<sup>178</sup>MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO. TERNERA BARRIOS, FRANCISCO. *“Breves comentarios sobre la revisión judicial del contrato”*. Bogotá

La imprevisión, y por tanto la revisión judicial del contrato, son, en este sentido, el medio con el que cuentan las partes de un contrato para que, a petición suya, un tercero ajeno evalúe el verdadero alcance que deben tener las prestaciones considerando la forma en que nacen y teniendo en cuenta que el contrato eso ley para las partes. Es pues la forma de mediar la aplicación de los principios de *pacta sunt servada* y de *rebus sic stantibus*. No obstante esta teoría no es completamente clara en algunos de sus aspectos e incluso es rechazada en determinados casos<sup>179</sup>. La jurisprudencia Colombiana es divergente al aceptar tanto su aplicación como los presupuestos con que debe presentarse, en algunos fallos se menciona que:

*“(...) las obligaciones inicialmente consideradas en la celebración de un negocio jurídico subsisten, mientras las circunstancias originales no hubieren sufrido un cambio o modificación fundamental; no obstante, cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica, acudiendo a la teoría de la imprevisión, que se fundamenta en el principio rebus sic stantibus, es jurídicamente posible, la revisión de un contrato para ajustarla a la nueva realidad social, económica y jurídica.”*

Mientras que en otros la Corte niega su aplicación argumentando que la sólo excesiva onerosidad no puede llegar a romper el principio de *pacta sunt servada*, sino que deben existir otros elementos<sup>180</sup>. En este sentido, antes de demostrar cómo la figura sale del ámbito contractual y evaluar sus elementos, efectos y particularidades, veremos como ha sido definida y establecida la figura por nuestro ordenamiento jurídico y por nuestros jueces en sus decisiones judiciales.

---

<sup>179</sup>Tribunal Superior del Distrito de Bogotá. 08 de febrero de 2005. M.P. Eduardo Ferreira Vargas; y 05 de junio de 2006. M.P. Liana Aída Lizarazo Vaca.

<sup>180</sup>Tribunal Superior del Distrito de Bogotá. Sala Civil. 08 de febrero de 2005. M.P. Eduardo Ferreira Vargas

## 1. Fundamento legal

Esta figura en Colombia fue recogida por el ordenamiento comercial en el artículo 868 del Código de Comercio, a través de una norma de revisión judicial. En el artículo se dispone que:

*“Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.*

*El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.*

*Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.”*

Como se puede observar el legislador, en el tenor de la norma, incluyó varios límites determinados. En primer lugar solo se puede solicitar la revisión cuando de por medio existe un contrato de ejecución continuada y no contratos de ejecución instantánea o de carácter aleatorio. Lo cual se explica en la idea misma de la revisión tal y como fue explicada. Los contratos u obligaciones que han de cumplirse en un mismo y único instante y que no se difieren en el tiempo no toman en cuenta nuevas circunstancias. En segundo lugar la figura sólo se puede hacer efectiva cuando existen casos extraordinarios, imprevistos e imprevisibles. Situación que delimita la cantidad de escenarios en los cuales puede prosperar su aplicación: no todo cambio en las condiciones materiales que generan a una excesiva onerosidad permiten la revisión, sino sólo aquellas que se salen de toda previsión. En relación a este límite se puede observar claramente que la imprevisión y la imprevisibilidad se definen de forma diferente y se relacionan con estados diferentes de la realidad contractual.

El legislador sin embargo no limita otros aspectos de aplicación de la figura. Existen otras características propias de la forma en como se aplica y desarrolla la revisión que no se encuentran plenamente definidas en la norma. En primer lugar observamos que, de acuerdo a nuestra Corte Suprema de Justicia, no es claro si la imprevisión y la imprevisibilidad deben presentarse conjunta o separadamente. Como tampoco es claro cual debe ser el límite que tiene el juez al momento de ordenar cambios dentro el contrato y en el cumplimiento de las obligaciones, y consecuentemente si puede o no crear responsabilidades para las partes. De esta imprecisión sabemos que la norma tiene pues dos componentes claros, el manejo concreto de un cierto tipo de situaciones económicas, las cuales se encuentran plenamente determinadas, por un lado; y el aumento en la potestad judicial creadora de situaciones de hecho, que no se encuentra regulara, por otro. No solo consagra explícitamente un régimen especial, sino que además pone su determinación particular en cabeza de un sujeto determinado, el cual tomara las medidas correspondientes para su solución. Componente último que es de nuestro interés por cuanto puede ser la causa inmediata del nacimiento de un cierto tipo de responsabilidad derivada de la potestad creadora del juez.

## **2. ¿Cuándo aplica?**

Antes de poder entender y analizar que significa que pueda llegar a generar “responsabilidad.<sup>es</sup> necesario primero determinar lo más claro y preciso posible la forma en que ha de aplicarse la figura, su esencia, sus características y aplicación. Así, se dice que la figura sólo puede prosperar cuando hay unas circunstancias externas que implican una excesiva onerosidad en el cumplimiento de una obligación de tracto sucesivo. Primero que todo observamos que, para que se aplique la figura, es necesario que el cambio sea catalogado de imprevisto e imprevisible. Y que una vez ello suceda exista un excesivo costo de cumplimiento.

El primero de estos elementos es particularmente complejo, se presenta que se deban cumplir dos condiciones parecidas pero materialmente contrarias. Se pide que la circunstancia sea imprevista, es decir, que no haya sido prevista pudiéndose prever; y que sea imprevisible, que pueda preverse. Por un lado parece que permite que se incluya dentro de su espectro de aplicación todas las circunstancias no previstas únicamente por no haber sido objeto de esa previsión propia del contrato. Sin embargo esta respuesta equivaldría aceptar que en tanto las partes omitieron la evaluación del posible riesgo un tercero puede suplirlas y modificar las cargas. Conclusión a toda vista errónea si se aceptan que solo las partes pueden vincular su voluntad e intereses en el contrato. El que no hayan regulado una situación previsible puede incluso ser propio del contrato y por tanto sus consecuencias deben ser aceptadas.

Es más “(...) *para prevenir esta clase de riesgos externos y “reequilibrar” la convención se suelen utilizar, en la práctica contractual, las pólizas de seguros, las cláusulas de indexación y las cláusulas hardship. (y así) aceptar la revisión del contrato cuando una de las partes no previó una futura modificación en las condiciones económicas de la convención, cuando aquella era previsible, equivale, de cierta manera, a poner en cabeza de la otra parte los riesgos que su contratante no cubrió*”<sup>181</sup>. Equivale más a desequilibrar el contrato que a equilibrarlo. Por lo anterior se dice entonces que de la situación debe cumplir con los dos elementos: también debe ser imprevisible, imposible de prever; y sólo así la solución pare acertada.

Habiendo entonces determinado el límite de aplicación de la figura a unas circunstancias muy particulares de la realidad, encontramos la última característica propia de la figura que determina su alcance final: la excesiva onerosidad. Sólo hay posibilidad de revisión judicial cuando la imprevisibilidad conlleva el aumento desproporcionado de las cargas económicas por una de las partes en el cumplimiento de sus obligaciones. Es decir, cuando para poder llevar a cabo la prestación debida una

---

<sup>181</sup>MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO. TERNERA BARRIOS, FRANCISCO. *Breves comentarios sobre la revisión judicial del contrato*. Bogotá

de las partes ve que su costo se ha elevado de manera significativa. Situación que claramente sólo puede suceder cuando el cumplimiento de la obligación se difiere en el tiempo, pues la norma así lo consagra literalmente.

Tenemos pues que la imprevisión se aplica solamente cuando por una circunstancia imprevista e imprevisible se hace excesivamente oneroso el cumplimiento de una obligación de tracto sucesivo por parte de uno de los contratantes. Cuando un cambio intempestivo en el corriente desarrollo del mercado hace que el valor del cumplimiento supere por mucho el valor normal que debería tener: *“Porque lo cierto es que del sólo hecho de que se presenten circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles que repercutan sobre las prestaciones de una de las partes no se sigue, per se, que haya lugar a la revisión judicial del contrato. Se requiere, adicional e ineludiblemente, que dichas circunstancias sean de tal magnitud que incidan definitivamente sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales en el sentido de hacerlas excesivamente gravosas para una de las partes”*<sup>182</sup>.

### 3. Efectos sobre las partes

El segundo punto que desarrolla el artículo es el relativo a la potestad modificadora del juez cuando existen los presupuestos de aplicación de la figura. Sobre este punto se desprende de la misma norma que la intervención pretende por un lado lograr el reajuste contractual para la continuación del contrato o su consecuente terminación cuando es imposible un verdadero reajuste o las partes así no lo permiten. *“(...) la intervención del juez debe estar orientada, en primer lugar, a su participación como mediador en la negociación de los “reajustes” que deben realizar las partes mismas, y, en segundo lugar, a la declaración de la terminación del contrato si éstas*

---

<sup>182</sup>BARRERA TAPIAS, CARLOS DARIO. *Las obligaciones en el derecho moderno. Las fuentes. El acto jurídico*. Editorial Temis. Segunda edición Bogotá 2004. p. 23

*no llegan a ningún acuerdo*”<sup>183</sup>.

Esto significa que el juez puede ahora en virtud de la solicitud de alguna o ambas partes contratantes no solamente determinar un cambio en el contrato sino decretar su terminación definitiva por que así lo considera. Esto no solamente implica un aumento en la facultad judicial de fungir como mediador de conflictos jurídicos, sino que además implica la mediación de su voluntad en la modificación de las reglas contractuales. Entra a participar del contrato sin ser parte pero con la autoridad para decretar los cambios requeridos y sus consecuencias patrimoniales en ambas partes contratantes. Esta situación permite, por un lado, que se creen nuevas obligaciones o las antiguas se modifiquen, y por otro que surja un tipo de reparación debida por el cambio en las condiciones del contrato.

Aún cuando las facultades del juez tampoco pueden ir más allá de la misma voluntad de los contratantes y parece que se necesita cierto tipo de negociación previa entre las partes, sus determinaciones pueden afectar al contrato y por tanto tiene la facultad de alterar las relaciones patrimoniales de las partes. Modificación que solo depende de su criterio autónomo y desligado de los intereses en juego. Allí se encuentra la relación con nuestro análisis del hecho ilícito como teoría de la responsabilidad civil fuente de obligaciones. El juez puede llegar a determinar que para el reajuste contractual ha de cambiarse el valor debido por una determinada prestación y que en tal caso los pagos ya realizados también deben reajustarse.

---

<sup>183</sup>MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO. TERNERA BARRIOS, FRANCISCO. *Breves comentarios sobre la revisión judicial del contrato*. Bogotá

#### 4. Alcance como fuente de responsabilidad - La obligación de reparación

Esto es esencialmente crear, por fuera de la esfera contractual dentro de la cual solo participan las partes y por fuera de la esfera de responsabilidad, una obligación de reparación. Un sujeto parte del contrato, por efecto de la modificación judicial, ahora es “responsable” del ajuste y por tanto se le obliga a una “reparación”. No es que jurídicamente ello suceda, pero en la realidad el reajuste implica el nacimiento de un cierto tipo de obligaciones nuevas entre las partes. En especial puede suceder que por el cambio ahora se halle algún contratante en la posición de víctima de un desequilibrio que ha de ser cubierto por la contraparte. Es decir se crea una obligación de reparación indirecta derivada del reajuste.

Como también dijimos en la responsabilidad por actividades peligrosas, en esta figura también existe una obligación de reparación y por tanto hay un régimen de responsabilidad especial. La obligación sin embargo no nace por efecto del contrato, de su incumplimiento o de un ilícito por si mismo, sino que nace porque un tercero ajeno, pero con el interés de actuar en equidad, modifica la relación contractual entre las partes y crea una nueva situación de hecho. Esta situación de hecho modifica tanto las cláusulas contractuales, para su aplicación en el futuro, y las prestaciones debidas, para su pago inmediato. Es decir, obliga a los contratantes, no solo a responder de forma diferente por las pretensiones futuras debidas, sino además a efectuar el pago, en forma de reparación, de las diferencias que surgieron entre las condiciones materiales previas y las nuevas condiciones impuestas por revisión judicial.

Su alcance como fuente de responsabilidad es el reajuste de las obligaciones ya pagadas que nace por el cambio en las condiciones contractuales, como efecto de una revisión en equidad. Es en tal forma una aplicación particular del factor de atribución de responsabilidad de equidad. Según éste la equidad es “(...) un factor de inspiración de soluciones valiosas, en la medida en que no colisione con la ley

*expresa;*”<sup>184</sup>. Es una justificación, que junto con la existencia de una norma particular, permite la intervención por parte de un tercero en la creación o modificación de relaciones obligacionales. La equidad funge así como un principio general del derecho que permea todo el conjunto normativo y que consecuentemente puede terminar siendo fuente de indirecta de obligaciones.

En nuestro caso particular el principio de equidad, como factor de atribución, está vinculado implícitamente en el contenido de la norma. Ella misma determina que por efecto de un desequilibrio inequitativo el juez puede reformular las obligaciones futuras y pasadas, como también crear nuevas obligaciones como la explicada previamente. Esta obligación de reparación o de reequilibrio es la efectiva concreción del principio de equidad como fuente material de un régimen especial de responsabilidad objetiva. La sola presencia de la decisión judicial es suficiente para que se presente un juicio de responsabilidad y se determine el pago de un excedente prestacional.

Así a este respecto podemos concluir que la modificación en las condiciones contractuales en virtud de la revisión judicial es un tipo de régimen de responsabilidad objetiva particular que no ha sido del todo desarrollado o tenido en cuenta por nuestro sistema jurídico. Sin embargo es un sistema de responsabilidad en tanto que solamente con la verificación de la existencia de la decisión judicial puede nacer la obligación de reparación. Consecuencia jurídica que, como vimos, es propia de los diferente regímenes de responsabilidad objetiva con fundamento es diversos factores de atribución diferentes a la culpa. No obstante, este régimen se sale del sistema del Hecho Ilícito, como fuente de las obligaciones, puesto que (primero) la equidad no es un factor generador de obligaciones, siempre es necesaria la existencia de una norma particular que así lo permita y (segundo) la decisión judicial no es un verdadero presupuesto de responsabilidad ni contractual ni extracontractual.

---

<sup>184</sup>LÓPEZ MESA, MARCELO J. *Presupuestos de la responsabilidad civil*. Editorial Astrea. Buenos Aires - Bogotá 2013. p. 658

## CONCLUSIONES

Como hemos podido observar durante casi todo el recorrido precedente, el concepto de culpa en materia de responsabilidad civil extracontractual permea todo el sistema del Hecho Ilícito como teoría general de responsabilidad. La culpa no solamente es un factor de atribución subjetivo en la determinación de una conducta dolosa o culposa, que en sí misma puede ser considerada un hecho delictivo o ilícito, sino que, además, es parte del concepto fundamental de responsabilidad. La culpa es un elemento de la responsabilidad, sea porque se evalúa en la antijuridicidad o porque es un factor de atribución y, como tal, el Hecho Ilícito se ve profundamente modificado por su caracterización.

En tal sentido, al revisar el Hecho Ilícito como cajón del armario de las fuentes de las obligaciones, podemos concluir que el mismo no tiene ahora un carácter único que lo distinga. Por el contrario, tras la transformación paulatina del concepto de culpa, del aumento de diferentes medios de producción y de formas de relacionarse, el Hecho Ilícito parece sólo seguir siendo un conjunto determinable porque no existe otra nueva categoría que pueda superar sus dificultades. De esta forma, observamos que, al ver su alcance, el Hecho Ilícito ya no tiene fundamento en la intencionalidad, tampoco en el sentido de culpa y menos aún en un concepto superior que permita incluir los factores tanto objetivos como subjetivos de atribución en un mismo sitio. Lo ilícito del hecho no se presenta porque sea contrario al derecho, sino porque sus consecuencias normativas y jurídicas así lo han determinado.

En especial, cuando se observan ciertas figuras particulares de responsabilidad que han sido consagradas por nuestros códigos civil y comercial, podemos ver que las mismas no son ilícitas ni por su propia existencia, ni menos por los efectos que conllevan. Son ilícitas sólo porque la doctrina ha dado ese nombre al conjunto de

la responsabilidad civil extracontractual. Además, son también ilícitas no porque se proscriba su realización, sino porque generan un juicio de responsabilidad. Esto no significa que el nombre haya surgido aleatoriamente. Por el contrario, el nombre tiene toda una coherencia para con el sistema. El adjetivo ilícito es, por un lado, una consecuencia directa del juicio de responsabilidad con fundamento en la culpa subjetiva, por otro lado, la realización del principio de intencionalidad de los sistemas previos e, incluso, es una buena justificación cuando lo ilícito se evalúa no por su causa, sino por su efecto.

Sin embargo, a nuestro parecer, ninguna de las justificaciones que vimos son suficientes para hacer que un hecho sea ilícito. Nos parece que ni la asimilación del nombre por la inversión del papel preponderante del efecto con respecto a la causa, ni la creación de factores objetivos de responsabilidad son argumentos válidos para dar por cierta la existencia de Hechos Ilícitos. Los efectos son plenamente diferenciables de las causas y, por tanto, sus marcos de referencia no pueden asimilarse sólo porque es necesario justificar nuevos casos. Cuando se quiera aumentar el ámbito de aplicación del juicio de responsabilidad, se debe, a su vez, reformular el marco de referencia. Así, será mejor, en todo caso, hablar de la responsabilidad como fuente de obligaciones que de la culpa o el ilícito dado que ninguna de las dos explica todo el conjunto de responsabilidad.

Igualmente, nos parece que, como mencionamos en su correspondiente lugar, si bien es cierto que la evolución del sistema representa la evolución del concepto de culpa, la misma ha llegado a un punto de quiebre en el cual ya no es justificable su interpretación a través del sistema clásico de la noción de culpa. El actual sistema posee un valor propio que, por tanto, no puede limitarse a la aplicación deformada de nociones que ya tienen su sentido dentro de nuestro ordenamiento, mucho menos cuando al hacerlo se pierde seguridad jurídica y estabilidad normativa. Estamos ahora frente a una teoría insuficiente como explicación de todos los hechos que generan responsabilidad. De forma opuesta, una correcta teoría debe partir de las nociones claras que ya existen para avanzar hacia un nuevo escalón en donde el Hecho Ilícito

sólo sea un subconjunto.

Dijimos también que, desde esa perspectiva, las dos figuras analizadas no parten del concepto clásico de Hecho Ilícito y no se fundamentan tampoco en la noción de culpa propia del régimen de responsabilidad por el Hecho Ilícito. En ambos casos sucede que la responsabilidad surge de factores de atribución objetivos que esencialmente desechan el concepto de culpa. Igualmente, sucede que en ninguno de los casos hay un hecho “Ilícito” que propiamente haya sido proscrito ni directa, ni indirectamente, por el ordenamiento. Por el contrario, en el régimen de actividades peligrosas ha sido tal su importancia que se apremia a los miembros de la sociedad a realizar este tipo de actividades bajo un sistema de condiciones particulares.

Nos parece que no es justificable bajo ningún aspecto el nombre de Hecho Ilícito como fuente de obligaciones para el régimen general de responsabilidad civil extracontractual, dado que se ha desvinculado en muchas situaciones de la noción de culpa, además que la existencia del juicio de responsabilidad no significa la proscripción del ordenamiento de una acción humana determinada. Ahora bien, parece que fuera entonces posible hacer una reformulación de la fuente de las obligaciones o al menos plantear algún tipo de solución a la problemática enunciada. Sin embargo, nos parece que no es necesario hacer una propuesta al respecto.

No consideramos que exista una solución única y definitiva al mal uso del Hecho Ilícito como fuente de las obligaciones. Incluso nos parece que puede solucionarse la incoherencia que plantea el sistema de varias formas. Por un lado, el solo cambio del nombre a “La Responsabilidad como fuente de las obligaciones”, como mencionamos previamente, nos permitiría incluir tanto de los hechos ilícitos, como de otro tipo de responsabilidades no relacionadas con el concepto de culpa. De hecho, al cambiar el nombre se estaría reformulando todo el sistema de las fuentes de las obligaciones por un sistema nuevo en el cual el acto jurídico, la responsabilidad, el enriquecimiento sin causa y la ley serían las únicas fuentes. Sin embargo, acá surge otro inconveniente: si se cambia el nombre se puede llegar a argumentar la inconsistencia de la responsabilidad cotractual dentro de este nuevo sistema.

Otra solución puede ser crear una quinta categoría desligada del concepto de culpa, del contrato, del enriquecimiento sin causa y de la ley. El problema aquí es que sus presupuestos y fundamentos antes mencionados no son suficientes para que pueda llegar a ser una nueva fuente diferenciable en todos sus aspectos a las existentes. Sería una sub-fuente y así no se elimina la dificultad del nombre de la categoría a la que debería pertenecer.

Es por este motivo que no es del interés central de este trabajo crear un nuevo sistema o proponer una solución definitiva cuando consideramos que es la doctrina la que debe decidir cómo y en qué momento se debe realizar el cambio. Por ahora lo importante es poner de relieve las dificultades de la teoría actual y hacer notar a quienes se dedican a hacer de ella un sistema coherente la problemática y sus particularidades para que sean ellos, junto con los legisladores, quienes opten por una solución definitiva.

# BIBLIOGRAFÍA

## Leyes

1. República de Colombia, Congreso de la República, Código Civil, Ley 57 de 1887
2. República de Colombia, Congreso de la República, Código de Comercio, Ley 410 de 1971

## Artículos

1. BARRERA TAPIAS, CARLOS DARIO. *Las obligaciones en el derecho moderno. Las fuentes. El acto jurídico*. Temis. Bogotá: 2004.
2. CALVO COSTA, CARLOS A. *Derecho de las obligaciones*. Editorial Hammurabi s.r.l. Buenos Aires: 2010.
3. CALVO COSTA, CARLOS A. *Derecho de daños* en “Derecho de las obligaciones”. Editorial Hammurabi. Buenos Aires: 2010. Tomo 2.
4. CEREZO MIR, JOSÉ. *Derecho penal. Parte integral*. Editorial B. de F. Montevideo - Buenos Aires: 2008.
5. COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE. *La confianza legítima* en “Revista El Derecho (ED)”. No 179.
6. CUBIDES CAMACHO, JORGE. *Obligaciones*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: 2005.

7. DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Régimen de responsabilidad por hecho propio* en “Elementos del derecho civil II. Derecho de las obligaciones”. Editorial Bosch. Barcelona: 1999.
8. DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, LUIS. *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual*. en “La responsabilidad en el derecho”. Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. No 4 (2000).
9. FLORIAN, EUGENIO. *Trattato de diritto penale*.
10. JOSSERAND, LOUIS. *Les mobiles dans les actes juridiques*. París, 1983.
11. LE TOURNEAU - CADIET. *Droit de la responsabilité*.
12. LÓPEZ MESA, MARCELO J. *Elementos de la responsabilidad civil: examen contemporáneo*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Medellín: 2009.
13. LÓPEZ MESA, MARCELO J. *Presupuestos de la responsabilidad civil*. Astrea. Buenos Aires - Bogotá: 2013.
14. LÓPEZ MESA, MARCELO J. *Tratado de la responsabilidad civil*. en TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA.
15. MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO. TERNERA BARRIOS, FRANCISCO. *La “culpa” en la responsabilidad civil extracontractual del derecho colombiano*.
16. MANTILLA, ESPINOSA, FABRICIO. TERNERA BARRIOS, FRANCISCO. *La interpretación Contra Legem del artículo 2356 C.C.* Bogotá.
17. MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO. TERNERA BARRIOS, FRANCISCO. *Breves comentarios sobre la revisión judicial del contrato*. Bogotá.
18. MELICH ORSINI, JOSE. *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*. Editorial Serie Estudios. Caracas: 1995. Tomo 1.

19. MOSSET ITURRASPE, JORGE. *Responsabilidad por daños*. Ediar. Buenos Aires: 1971.
20. ORGAZ, ALFREDO. *El daño resarcible*. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires: 1960.
21. OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen general de las obligaciones*. Temis. Bogotá: 2005.
22. PLANIOL, MARCEL. *Traité élémentaire de droit civil*, Tomo 2. París, 1946.
23. RODRÍGUEZ ALESSANDRI. *De la responsabilidad civil en el derecho extra-contractual*. Imprenta universal, Santiago de Chile: 1981.
24. STARCK, BORIS. ROLAND, HENRI y BOYER, LAURENT. *Les obligations. Contrat*. Editorial Litec. París: 1998.

## **Jurisprudencia**

1. Consejo de Estado. Sección Tercera. 31 de mayo de 2001. Expediente 12782.
2. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. 04/05/1992. M.P. Carlos Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 07/1992 p.623.
3. República de Colombia; Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil; 30 de octubre de 2012; Magistrada ponente Ruth Marina Díaz; Radicación No 11001-3103-039-2006-00372-01.
4. República de Colombia; Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil; Sentencia SC5050-2014; 28 de abril de 2014; Magistrada Ponente Ruth Marina Díaz; Radicación No 76622-3103-001-2009- 00201-01.
5. República de Colombia; Corte Suprema de Justicia; Sala e Casación Civil; Sentencia SC 6185-2014; 16 de mayo de 2014; Magistrada Ponente Ruth Marina Díaz; Radicación No 08001-31-03-011-2008- 00263-01.

6. República de Colombia; Corte Suprema de Justicia; Sala e Casación Civil; Sentencia SC7020-2014; 5 de junio de 2014; Magistrada Ponente Ruth Marina Rueda Díaz; Radicación No 11001-31-03-037- 2009-00700-01.
7. República de Colombia; Corte Suprema de Justicia; Sala e Casación Civil; Sentencia SC9788-2014; 25 de julio de 2014; Magistrada Ponente Ruth Marina Rueda Díaz; Radicación No 11001-31-03-005- 2006-00315-01.
8. República de Colombia; Corte Suprema de Justicia; Sala e Casación Civil; Sentencia SC10261-2014; 4 de agosto de 2014; Magistrada ponente Margarita Cabello Blanco; Radicación No 11001 31 03 003 1998 07770 01. 10
9. República de Colombia; Corte Suprema de Justicia; Sala e Casación Civil; Sentencia SC10297-2014; 5 de agosto de 2014; Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez; Radicación No 11001-31-03-003- 2003-00660-01.
10. República de Colombia; Corte Suprema de Justicia; Sala e Casación Civil; Sentencia SC12112-2014; 8 de septiembre de 2014; Magistrado Ponente Jesús Vall De Rutén Ruiz; Radicación No 73001-31- 03-003-2007-00152-01.

## **Otros**

1. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.