

**LA REPARACION DEL DAÑO**

**MARIA DEL ROSARIO SANCHEZ BRAHIM**

**UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL  
ROSARIO**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**POSGRADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**SANTAFÉ DE BOGOTÁ, D.C.**

**1999**

**LA REPARACION DEL DAÑO**

**MARIA DEL ROSARIO SANCHEZ BRAHIM**

**Monografía para optar al título de  
Abogado Especializado en Derecho Administrativo**

**Director  
Doctor. HERNAN GUILLERMO ALDANA DUQUE**

**UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL  
ROSARIO**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**POSGRADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**SANTAFÉ DE BOGOTÁ, D.C.**

**1999**

## TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCION	1
PARTE PRIMERA	
1. RESPONSABILIDAD CIVIL	3
1.1. DEFINICIÓN	3
1.2. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL	3
1.3. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	6
1.3.1. Teoría de la Culpa	6
1.3.2. Teoría de la Responsabilidad Objetiva	8
1.3.2.1. Teorías Objetivas	8
1.3.2.2. Teoría de la Garantía	10
2. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL	12
2.1. DEFINICIÓN	12
2.2. RESPONSABILIDAD DEL PODER PÚBLICO	13
2.3. FUENTES DE LA REESPONSABILIDAD DEL ESTADO	14
2.3.1. Teoría del Riesgo	16
2.3.2. Responsabilidad Por Riesgo Excepcional	17
2.3.3. Teoría del Daño Especial	19
2.3.4. Las Actividades Peligrosas	20
3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD	21
3.1. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD PARA	
3.2. LOS HERMANOS MAZEAUD	22
3.1.1. El Perjuicio	22
3.1.2. La Culpa, segundo elemento constitutivo de la responsabilidad	23
3.1.3. El Vínculo de Causalidad	24
3.2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DELICTUAL PARA ARTURO	
ALESSANDRI	24
3.2.1. Capacidad Delictual y Cuasidelictual	25
3.2.2. El Dolo y la Culpa	25
3.2.3. El Daño	26
3.2.4. Relación de Causalidad	27

## PARTE SEGUNDA

1.	EL DAÑO	28
1.1.	CARACTERÍSTICAS	30
1.1.1.	El daño reparable debe ser cierto	30
1.1.2.	El perjuicio debe ser personal	32
1.1.3.	El beneficio afectado por el daño debe ser lícito	32
2.	EL DAÑO ES EL PRIMER ELEMENTO A ESTUDIAR EN UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD	33
3.	EL DAÑO ES REQUISITO NECESARIO MAS NO SUFICIENTE PARA QUE SE DECLARE LA RESPONSABILIDAD	34
4.	EL DAÑO DEBE SER PROBADO POR QUIEN LO SUFRE	35
5.	EL DAÑO DEBE SER INDEMNIZADO PLENAMENTE	36
6.	DISTINCION ENTRE LAS NOCIONES DE DAÑO Y PERJUICIO	37
7.	LA INDEMNIZACION DEL DAÑO NO DEPENDE DE LA ACCION PROCESAL	38
8.	CONDICIONES DE EXISTENCIA DEL PERJUICIO	39
8.1.	CARÁCTER PERSONAL	39
8.1.1.	Evolución del carácter personal del daño	40
8.1.2.	Posición actual de la jurisprudencia	42
8.1.3.	Ilustración del carácter personal del daño	45
8.1.4.	Petición para sí	46
8.1.5.	Petición para otro	47
8.2.	CARÁCTER CIERTO	48
9.	TIPOLOGIA DEL PERJUICIO	50
9.1.	PERJUICIOS MATERIALES	50
9.1.1.	El Daño Emergente	51
9.1.1.1.	Daño emergente cristalizado en lesión a personas	51
9.1.1.2.	Daño emergente cristalizado en lesión a bienes	52
9.1.2.	El Lucro Cesante	53
9.1.2.1.	El lucro cesante cuando la lesión la sufre una persona	53
9.1.2.2.	El lucro cesante cuando la lesión es a un bien	55
9.2.	PERJUICIOS INMATERIALES	58
9.2.1.	Reparación del daño inmaterial	62
9.2.1.1.	El quantum de la reparación	63
9.2.2.	Daño o perjuicio moral objetivado	64
9.2.3.	El perjuicio fisiológico	66

## INTRODUCCION

Pretendo hacer con el presente ensayo monográfico, como uno de los requisitos de grado par optar por el título de Especialista en derecho Administrativo, algunas reflexiones sobre el tema del daño.

Es regla natural de toda sociedad, corroborada históricamente, que la reacción frente a los daños sufridos sea garantizada por el ordenamiento jurídico, que se proceda a su reparación como alternativa a la convivencia social.

El daño está presente en la vida social y es un presupuesto de su desarrollo, mal podría suponerse, entonces, una sociedad que tuviera como principio la no reparación del daño sufrido: ello implicaría la ruptura del orden social y la aceptación de la posibilidad ilimitada de causar daño.

Frente al irremediable advenimiento de los daños, son varias las formas de reacción con que cuenta una organización social: desde considerar que la víctima tiene que soportarlo sola, hasta aplicar mecanismos sociales de solidaridad y aun de asistencia que le ayuden frente a su infortunio. Estos extremos de qué hacer frente al daño se conjugan en la vida social y la preponderancia de uno u otro factor será muestra de la cultura y el nivel de desarrollo.

Dentro de las múltiples opciones que tienen las sociedades para hacer frente a los daños interesa en este escrito, entonces, la que se desarrolla a través del litigio de responsabilidad civil, porque centra jurídicamente el concepto. Se trata, en efecto, de averiguar cuando el daño sufrido por una persona debe ser resarcido a la culminación de un proceso judicial o preventivamente por un

medio de conciliación. Lo cierto es que el daño en el proceso de responsabilidad civil siempre será uno, esto es, el sufrido en efecto por la víctima, y por ello el que a raíz de la compensación ella quede eventualmente en mejor situación económica respecto de la que tenía con anterioridad es un aspecto que no influye en la determinación de la merma patrimonial sufrida.

Debemos, por tanto, interrogarnos sobre el papel que cumple el proceso de responsabilidad.

El daño puede y debe aislarse del estudio del conjunto de la responsabilidad y su punto de partida, a la vez que su función: el daño y su resarcimiento, para lograr así centrar el objeto del presente trabajo.

Sentadas las premisas básicas anteriores, el tema se desarrollará en dos partes: primero, partiré de las definiciones de Responsabilidad contractual y extracontractual, exponiendo sus tesis y diferencias para finalmente centrarme en la responsabilidad del Estado indicando sus fuentes y elementos.

La segunda parte, tema principal de este trabajo, se la dedicaré a analizar el daño, sus características, los elementos necesarios para que se pueda predicar que el daño existe, esto es, que sea cierto y personal; se examinará la tipología del daño y finalmente, haré referencia a los perjuicios materiales e inmateriales incluyendo dentro de estos últimos el daño fisiológico.

## **1. RESPONSABILIDAD CIVIL**

### **1.1. DEFINICION.**

Si existe un tema que se sienta uno tentado de abordarlo sin definirlo, es desde luego el de la responsabilidad civil. Toda definición de la responsabilidad debe enfrentar por lo menos a dos personas; supone definitivamente un conflicto entre ellas. Digamos, por consiguiente, que una persona es responsable siempre que debe reparar un daño. Ahora, no siempre que existe un daño hay un responsable pero por el contrario, para que se declare la responsabilidad debe haber existido un daño.

### **1.2. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.**

- **Historia**

Desde el punto de vista del proceso histórico debe decirse que el concepto de responsabilidad, es relativamente reciente. Esta circunstancia, precisamente, nos permite seguir, sin dificultades mayores, el rastro de los dos conceptos básicos de responsabilidad que aparecen en los códigos contemporáneos; el de responsabilidad contractual y el de responsabilidad extracontractual.

Según Ihering la responsabilidad extracontractual "surgió como un sucedáneo del instituto de la venganza privada primitiva: el momento en que la venganza privada se humanizó y dejó de ejercerse sobre la persona para pasar a ejercerse sobre el patrimonio, vio nacer la primera obligación de carácter delictual".<sup>1</sup>

En cuanto al derecho romano, surge la ley aquilia, la cual, llegó a tarifar los daños y delitos más comunes. De otra parte el derecho romano introdujo obligaciones que surgían del *negotium*, en donde el incumplimiento llevaba como sanción una acción especial, distinta de la acción de la ley aquilia.

Tres tesis fundamentales se desarrollaron a raíz de los dos tipos de responsabilidad civil por la doctrina a saber: tesis dualistas, tesis monistas, tesis eclécticas.

- *Tesis Dualistas:*

Señala esta tesis que los dos tipos de responsabilidad, giran en torno a la noción de culpa. Se diferencia una culpa contractual y otra extracontractual atendiendo la distinta naturaleza de las normas que tanto la una como la otra pueden eventualmente violar: la ley (voluntad general) y el contrato (los acuerdos).

De lo anterior, se deduce que hay dos maneras en las que el sujeto de derecho puede incurrir un hecho ilícito: " a) contraviniendo un deber legal, y, b) faltando a la promesa empeñada en la convención. En el primer caso estamos frente a una falta delictual o aquiliana; en el segundo, frente a una falta típicamente contractual".<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> PEIRANO, Facio Jorge. Responsabilidad Extracontractual. Ed. Témis. Bogotá. 1981. pág. 55.

<sup>2</sup> PEIRANO, Facio Jorge. Responsabilidad Extracontractual. Ed. Témis. Bogotá. 1981. pág. 58



Surge la obligación de indemnizar en el caso de la responsabilidad extracontractual, precisamente de la ley y dicha obligación es producto únicamente de la culpa. La obligación de resarcir no precede a un vínculo entre las partes; solo tiene su origen en la culpa del agresor. En cambio, en la responsabilidad contractual, lo que causa la obligación de indemnizar el daño es el contrato incumplido, lo cual, es un efecto directo del acuerdo.

- *Tesis Monista:*

La doctrina monista afirma que ambas responsabilidades son iguales, no se puede concebir dos órdenes de responsabilidad distintos ya que sólo existe una culpa delictual.

Grandmoulin tiende a establecer que "entre la ley y el contrato no hay diferencia esencial. La ley y el contrato deben estar unidos en una misma concepción: por un lado la ley es la manifestación de un acuerdo de voluntades de individuos cuyo agrupamiento forma un Estado; por otro lado, el contrato es una ley para las partes".

- *Tesis Eclécticas:*

Establecidas las dos tesis anteriores, surgió la tesis ecléctica en la que los autores definen que la responsabilidad es una sola pero su desarrollo en el derecho positivo, observa una serie de diferencias que podrían llamarse de régimen.

De otro lado, Amézaga afirma que tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual son una sola unidas genéricamente por la culpa y el hecho humano es la base de cualquier responsabilidad.

### **1.3. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.**

Un individuo es responsable cuando sobre él pesa una obligación de indemnizar.

Si analizamos el fundamento de la responsabilidad desde el punto de vista material, entendemos que el solo hecho de causar un daño genera la obligación de repararlo; en cambio, si se observan factores de índole subjetivo, el mal causado debe indemnizarse porque el daño se ha querido, y precisamente, en tanto que se ha querido, debe repararse.

**1.3.1. Teoría de la culpa. Tradicionalmente se consideró que el fundamento de la responsabilidad era exclusivamente subjetivo radicado en la culpa. Este tipo de responsabilidad es el que conocemos como responsabilidad clásica y fue acogida por la mayoría de las codificaciones modernas.**

Esta teoría afirma que "no basta que un sujeto de derecho sufra un daño injusto en su patrimonio o en sus bienes, para que el autor del mismo llegue a estar obligado a repararlo; es menester que ese daño provenga de un hecho doloso o culpable: sin dolo o culpa no hay responsabilidad. La culpa aquiliana, en este concepto es, según afirma Josserand, una especie de pecado jurídico; quién no lo ha cometido no es responsable. La única causa

que engendra, pues, un derecho a la reparación es la culpa moral, teológica; el pecado - consciente y deliberado - de injusticia".<sup>3</sup>

De acuerdo a la opinión de los canonistas y teólogos la reparación del daño viene siendo una pena, producto de este; pena que se vuelve grave en la medida en que el hombre haya actuado con conciencia y voluntad, es decir, con el deseo de efectivamente causar un daño. De aquí se infiere que se necesita de la culpa para que conforme la responsabilidad ya que la culpa es un acto puramente humano.

"Este concepto de la teoría de la culpa, aún cuando en lo substancial constituyó la base del sistema clásico, no siempre fue aceptado por el derecho positivo. En un plano exclusivamente técnico de la teoría de la culpa ha debido recibir atenuaciones en el campo del derecho positivo, atenuaciones que se vinculan fundamentalmente con el sistema de lo que se ha llamado "presunciones de culpa" y "apreciación de la culpa".<sup>4</sup>

En cuanto a la "apreciación de la culpa", las atenuaciones nacieron por el Código Civil francés, en el que para determinar si el agente era culpable o no se analizaba cada caso en concreto.

La segunda atenuación de los principios de la teoría pura de la culpa, tiene su razón de ser en las "presunciones de culpabilidad", de donde se deduce que para que se configure la responsabilidad se requiere no sólo imputar a un agente la autoría del daño, sino que, esta autoría sea moral, es decir, se debe demostrar que es el resultado de una acción del hombre realizada con conciencia y voluntad

---

<sup>3</sup> PEIRANO, Facio Jorge. Responsabilidad Extracontractual. Ed. Témis. Bogotá. 1981. pág. 132, 133.

"Desde el punto de vista racional y aun desde el positivo, se concibe la presunción de culpa, actuando, o bien de un modo atenuado, o bien de un modo definitivo. En el primer caso se trata de presunciones juris tantum: la culpa se presume en el agente, pero éste puede apartarse del ámbito de la responsabilidad probando que en el caso concreto no actuó de un modo culpable, sino que procedió con la diligencia propia de un buen padre de familia. En el segundo caso, la presunción de culpa es ya absoluta, juris et de jure: en estas hipótesis no está permitido al agente proceder a la demostración de que en el caso concreto actuó sin culpa; su actitud es irremisiblemente culpable a los ojos del derecho".<sup>5</sup>

1.3.2. Teoría de La Responsabilidad Objetiva. **La responsabilidad objetiva se fundamenta en la obligación de reparar sólo cuando hay una relación directa entre la causa y el efecto, es decir, entre el daño y el perjuicio. Para que se de la responsabilidad objetiva debe existir un nexo causal entre el acto que produjo el daño y el perjuicio sufrido como consecuencia de tal daño.**

En un sentido más amplio, se habla de responsabilidad objetiva para referirse en particular a la teoría del riesgo y demás concepciones similares.

**1.3.2.1. Teorías objetivas .** "Existen varias orientaciones dentro de la teoría general de la responsabilidad objetiva, todas ellas parten de un concepto común: negar relevancia, a los efectos de la responsabilidad civil, a la noción de culpa tal cual fue formulada por la doctrina clásica. Este común

---

<sup>4</sup> PEIRANO, Facio Jorge. Responsabilidad Extracontractual. Ed. Témis. Bogotá. 1981. pág. 134.

<sup>5</sup> PEIRANO, Facio Jorge. Responsabilidad Extracontractual. Ed. Témis. Bogotá. 1981. pág. 135

denominador de todas las teorías de la tendencia objetiva, permite exponer en común los distintos argumentos generales en que ellas pretenden apoyarse".<sup>6</sup>

"En primer lugar merecen señalarse los argumentos que derivan directamente de las doctrinas materialistas positivistas. Es preciso materializar el derecho civil, se afirmaba; es necesario considerar solamente, el elemento que es esencial en las relaciones jurídicas: al aspecto patrimonial o económico. Esta orientación es, precisamente, la que trajo como consecuencia de la materialización del concepto de orientación mediante lo que se ha llamado concepto objetivo de la obligación, que nació en Alemania a comienzos de siglo y que en los países latinos tuvo como principal expositor a Saleilles. La obligación no es, ni el plano contractual ni en el plano extracontractual, un vínculo jurídico que, como querían los romanos, liga al acreedor y al deudor; en consecuencia, la responsabilidad debe construirse exclusivamente sobre la base de una relación puramente objetiva patrimonial.

Cuando se ha dañado un patrimonio en razón de la expansión de la actividad de otro patrimonio, no tiene sentido hablar de culpa: lo único que procede es dar la norma que restablezca el equilibrio objetivo entre ambos órdenes económico-patrimoniales".<sup>7</sup>

Al respecto, se entiende que independientemente de la culpa, lo importante es el resarcimiento del daño causado, resarcimiento que debe hacerse al patrimonio de la víctima teniendo en cuenta que para esta orientación de las teorías objetivas, lo fundamental en las relaciones jurídicas es el aspecto económico y patrimonial

---

<sup>6</sup> PEIRANO, Facio Jorge. Responsabilidad Extracontractual. Ed. Témis. Bogotá. 1981. pág. 141.

"El segundo punto se basa en la concepción socialista y solidarista del derecho. El elemento social tomó una importancia decisiva y pasa a primer plano y como consecuencia de la regla de que debe predominar en materia de responsabilidad, lo mismo supone que en todo el mundo jurídico, el respeto del individuo hacia el grupo se deduce que si un individuo con su actividad lesiona a sus semejantes, el derecho debe reaccionar de inmediato, y prever las normas que permitan restablecer, mediante un mecanismo de restituciones, el equilibrio violado. Cuando se produce un daño no hay que pensar si en su origen existió una culpa sino simplemente si el interés social exige su reparación".<sup>8</sup>

"Otra parte de la argumentación esgrimida por los partidarios de la teoría objetiva se apoya en razones de justicia. Afirman sus partidarios: es notorio que en el mundo contemporáneo resulte imposible, en la generalidad de los casos justificar la culpa del agente, ya se deba esta imposibilidad a motivos de carácter probatorio, ya se deba ella a que el daño posee una causa propiamente desconocida. En tal situación resulta totalmente injusto en perjuicio de la víctima que ella quede privada de reparación".<sup>9</sup>

"La responsabilidad objetiva, al prescindir de la conducta del agente, elimina de la responsabilidad civil toda idea de pena o de castigo, y no ve en la reparación, sino un medio de restablecer el equilibrio económico destruido por el hecho ilícito: la responsabilidad civil no es mas que una cuestión de

---

<sup>7</sup> PEIRANO, Facio Jorge. Responsabilidad Extracontractual. Ed. Témis. Bogotá, 1981. pág. 150.

<sup>8</sup> *Ibidem.* pág.150.

<sup>9</sup> PEIRANO, Facio Jorge. Responsabilidad Extracontractual. Ed. Témis. Bogotá, 1981.pág.151.

relaciones económicas entre patrimonios; la noción de culpa debe, pues, permanecer extraña en estas relaciones puramente materiales.<sup>10</sup>

**1.3.2.2. Teoría de la garantía.** La teoría de la garantía, tiene como objetivo principal actuar como elemento reparador y penal. El elemento reparador, busca indemnizar todo daño sin tener en cuenta la culpa del agente; en tanto que elemento penal, por el contrario toma en cuenta la culpa como agravante.

Como lo afirma Starck, "tanto la teoría de la culpa como la teoría del riesgo, poseen un rasgo común que constituye, a la vez, su vicio y limitación: son subjetivas, esto es, se colocan siempre, para enfocar el problema de la responsabilidad por daños, en el punto de vista del que los ha causado. Y este es el error común a las dos posiciones: el problema de la responsabilidad no debe ser encarado colocándose en el plano del ofensor, sino en el punto de vista del lesionado por el evento dañoso. La teoría de la culpa encuentra el fundamento en la responsabilidad en el hecho de haberse cometido una culpa; la teoría del riesgo lo halla en el aprovechamiento, por parte del ofensor, de la conducta que produce el evento perjudicial. Estos son planteos equivocados, afirma Starck: el daño causado plantea un problema que interesa en primer lugar a la víctima, "es inconcebible que se construya un sistema de reparación sin tener en cuenta, en lo más mínimo, las razones que la víctima podría a su vez invocar, para reclamar una indemnización".<sup>11</sup>

- **Estado actual del problema**

---

<sup>10</sup>Ibídem. pág. 152.

En el momento actual, en el fundamento de responsabilidad civil se replantean las tesis de la culpa y el riesgo, esto es desde el punto de vista subjetivo y objetivo.

- **Estado actual en el plano de la doctrina**

"La mayoría de los más prestigiosos civilistas contemporáneos se inclina a aceptar al menos en principio, la validez de la noción de culpa como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual, y aún aquellos que son partidarios de la concepción del riesgo, ya no se animan a preconizarla como único principio rector de la responsabilidad sino que a lo más se contentan con atribuirle un lugar de idéntica jerarquía, o aún subalterno, a lado del principio de la culpa"<sup>12</sup>.

Como se puede observar, se contemplan las dos posiciones, es decir como un sistema mixto en el que el riesgo se junta con la culpa.

Sin embargo, la teoría de la culpa no permaneció inmune a los ataques de la concepción objetiva, aunque los debates sirvieron para fortalecer el sistema de la culpabilidad y su perfeccionamiento se debió a la jurisprudencia ya que la doctrina se encargó de recoger estos conceptos de acuerdo a las necesidades que surgían de la práctica.

- **Estado actual en el plano de la legislación**

---

<sup>11</sup> PEIRANO, Facio Jorge. Responsabilidad Extracontractual. Ed. Témis. Bogotá. 1981. pág. 163, 164.

<sup>12</sup> *Ibidem*. 1981. pág. 166.



"Por lo que se refiere al derecho común (contenido en los códigos civiles), la verdad es que salvo excepciones contadísimas, todos los sistemas legislativos han permanecido apegados al principio de la culpa como base en la responsabilidad civil".<sup>13</sup>

Por ejemplo, en Francia aún cuando fue allí donde nació la teoría del riesgo, hoy en día la culpa sigue siendo el fundamento de la responsabilidad civil.

## **2. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**

### 2.1. Definición

Como lo estudiamos anteriormente, la responsabilidad implica la noción de culpa. Por lo tanto, un individuo es responsable de un hecho cuando le es atribuible o imputable, cuando lo ha cometido usando la voluntad y el entendimiento.

Pero en Derecho Civil la responsabilidad se define por el resultado que se produzca, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. "En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar un daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede, pues, definírsela diciendo que es *la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra*".<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup>PEIRANO, Facio Jorge. Responsabilidad Extracontractual. Ed. Témis. Bogotá, 1981.pág. 167.

<sup>14</sup>ALESSANDRI Rodríguez Arturo. De La Responsabilidad Extracontractual En El Derecho Civil. Ed. Universal.Santiago.1981. pág.11.

## **2.2. RESPONSABILIDAD DEL PODER PUBLICO**

Tan importante como el principio de legalidad, es el de la responsabilidad del poder público. Se podría decir que estos dos principios son los pilares simétricos del sistema de garantía de los administrados. El principio de legalidad, utiliza el recurso por exceso de poder como sanción y el principio de la responsabilidad del poder público el recurso de plena jurisdicción.

El derecho administrativo francés se caracteriza" por la ampliación progresiva de que ha sido objeto la responsabilidad, en beneficio de los administrados"<sup>15</sup>.

El derecho administrativo francés admite, doble responsabilidad, la del funcionario y la de la administración de acuerdo al caso en concreto. En cambio, en los países anglosajones, es el funcionario quien responde plena y totalmente por el perjuicio que ha causado su actuar.

En el campo de la responsabilidad del poder público se han visto diferentes posiciones. En el siglo XIX prevalecía la irresponsabilidad del Estado, para luego ir perdiendo vigencia sin que dejara de ser válido para los "*actos llamados de poder público*. Hoy en día *la responsabilidad es la regla y la irresponsabilidad la excepción*".<sup>16</sup>

## **2.3. FUENTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

---

<sup>15</sup> DE LAUBADÉRE André. Manual de Derecho Administrativo. Ed. Témis. Bogotá. 1984.

La responsabilidad del Estado, en Colombia, se nutrió fundamentalmente del derecho francés. Poco a poco se fueron separando los criterios hasta alcanzar un sistema integrado de responsabilidad por falla del servicio (probada o presunta) y de responsabilidad objetiva. Un fallo del Consejo de Estado, de febrero 20 de 1989, sintetiza y explica los diversos regímenes de la responsabilidad estatal.

A continuación se reproducen algunos apartes del fallo para mejor comprensión del tema:

Así, en primer término, y como régimen que podría llamarse de derecho común de la responsabilidad administrativa, aparece el que se funda en el concepto de la falta o falla en el servicio público. Se caracteriza este régimen, como en múltiples ocasiones lo ha señalado la jurisprudencia, por tres elementos constitutivos, a saber: una falta o falla del servicio, un perjuicio y una relación o vínculo de causalidad entre la primera y el último. En este régimen la noción de falla es a tal punto esencial, que corresponde al actor dar la prueba de su ocurrencia: la falta de esa prueba condena al fracaso las pretensiones que la requieran. La administración demandada se exonera de toda responsabilidad mediante la prueba del caso fortuito, la fuerza mayor y de la culpa exclusiva de la víctima. Se exonerará, también totalmente, cuando logre demostrar que el hecho dañoso es imputable a un tercero o a dolo o culpa grave de su agente.

En segundo término, y como régimen intermedio entre el que acaba de mencionarse y los de responsabilidad puramente objetiva de que adelante se tratará, se encuentra aquel en donde la falta o falla es presunta. En los eventos respecto de los cuales puede aplicarse este

---

<sup>16</sup> DE LAUBADÉRE André. Manual de Derecho Administrativo. Ed. Témis. Bogotá. 1984.

régimen especial, el actor solo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la relación causal con el hecho causante del perjuicio. A la entidad demandada queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad, probando que aunque le perjuicio fue causado por un acto o hecho a ella imputable, obró de tal manera prudente, con tal diligencia, que su actuación no puede calificarse como omisiva, imprudente o negligente en forma tal que dé lugar a comprometer su responsabilidad. En este sentido, la ausencia de falla del servicio, demostrada por la administración pública demandada, la exonera de responsabilidad porque rompe la presunción de imputabilidad, así el vínculo de causalidad entre el hecho de la administración y el perjuicio continúe intacto. Por ello, en este régimen la falla del servicio sigue existiendo, pero en cierto modo inverso, es decir, en cuanto es a la entidad demandada a la que corresponde proveer al juez de los medios de convicción necesarios para que este realice una valoración positiva del comportamiento administrativo. En este régimen, la administración se exonera mediante la prueba de fuerza mayor, de la culpa de la víctima o del hecho de un tercero, mas no se exonera con la simple prueba del caso fortuito.

En tercer término, se encuentran los regímenes de responsabilidad en los cuales el elemento falla del servicio no entra en juego, ni como *onus probandi* a cargo del actor ni como presunción de falla, inversora de la carga de la prueba. Se trata de los regímenes que la generalidad de la doctrina denomina objetivos, que también reúnen como elementos constitutivos un hecho y un perjuicio causado por aquel. En los campos de la actividad administrativa a los cuales se aplican, la administración solamente se exonera si demuestra la fuerza mayor o el hecho de la víctima. No ocurre otro tanto con el caso fortuito. Los

principales campos de aplicación de estos regímenes son los siguientes:

- a) *La teoría del daño especial.*
- b) *Responsabilidad por expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra.*
- c) *Responsabilidad por el riesgo excepcional.*<sup>17</sup>

**2.3.1. Teoría del riesgo.** Causas que generaron la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva:

"Numerosas víctimas, especialmente los obreros que sufrían un accidente a causa o con ocasión de su trabajo, solían quedar privados de toda reparación. Situación tan injusta debía cesar, cuanto más que tales accidentes aumentaban de día en día. Estas causas dieron origen a la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva, formulada en 1888 en Alemania, por Mataja, en 1894 en Italia, por Orlando y en 1897 en Francia, casi simultáneamente, por dos eminentes juristas: Sailles y Josserand".<sup>18</sup>

Según esta teoría, quien crea un riesgo debe sufrir sus consecuencias si el riesgo llega a realizarse: quien con su actividad irroga un daño debe, por tanto, repararlo, haya o no habido dolo o culpa de su parte. El autor del daño no es responsable porque lo haya causado con dolo o culpa, sino porque lo causó. Es el hecho perjudicial liso y llano, y no el hecho doloso o culpable, el que engendra la responsabilidad; el que causa un daño no responde de él en cuanto a culpable, sino en cuanto a autor del mismo.

---

<sup>17</sup> C. De E., 20, II, 1989, Jurisprudencia y Doctrina, t. XVIII, núm.20. Edit. Legis. Bogotá. págs. 257 y ss.

<sup>18</sup> MAZEAUD Henry y Léon. Tratado Teórico Práctico De La Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Tomo Primero. Volúmen I. Ed. EJE. Buenos Aires. 1961.

En la teoría del riesgo el problema de la responsabilidad es un problema de causalidad y de ausencia de imputabilidad: basta que se haya causado un daño en

la persona o bienes ajenos por hecho u omisión de otra, para que ésta deba repararlo, cualquiera que haya sido su conducta y aunque ese hecho u omisión no pueda imputarse a dolo o culpa suya, salvo, que pruebe que el daño provino de un caso fortuito o de fuerza mayor, del hecho exclusivo de la víctima de un tercero, casos en los cuales cesaría toda responsabilidad de su parte.

A la responsabilidad subjetiva, se sustituye una responsabilidad objetiva derivada exclusivamente de la existencia del daño, lo cual en la práctica significa que a la víctima le bastará probar el daño y el hecho que lo generó; no necesita probar la culpa o dolo de su autor. Será éste quien deberá acreditar una circunstancia eximente de responsabilidad, si quiere relevarse de la que pesa sobre él.

**2.3.2. Responsabilidad por riesgo excepcional.** La jurisprudencia colombiana anterior a 1991, en sentencia del 20 de febrero de 1989, anteriormente referida, establece lo siguiente: “el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un “riesgo de naturaleza excepcional”, que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio.

“Tiénesse entonces que, según esta concepción, siempre que la actividad generadora de riesgo se cumple en provecho de la colectividad, las cargas que de aquella puedan derivarse no deben gravar más a unos ciudadanos que a otros. En otras palabras, es el precio que fatalmente debe pagar el Estado frente a la modernización de los servicios a su cargo y que se traduce en una protección especial y excepcional al patrimonio lesionado”.<sup>19</sup>

Y más adelante, al analizar el concepto de “caso fortuito”, el fallo expresa:

Y es que la distinción entre la fuerza mayor y el caso fortuito adquiere su mayor interés dentro del marco de la responsabilidad fundada en el riesgo excepcional. La fuerza mayor, en efecto, es causa exterior, externa al demandado, que lo exonera de responsabilidad fundada en el riesgo excepcional. La fuerza mayor, en efecto, es causa exterior, externa al demandado, que lo exonera de responsabilidad en todos los casos, al paso que el caso fortuito es causa desconocida pero no exterior al demandado, por cuanto, precisamente, la causa inmediata del daño es imputable de todas maneras a la estructura misma de la cosa o actividad por la cual debe responder el demandado.<sup>20</sup>

Al analizar este fallo, se entiende que se trata de daños causados con energía eléctrica, los cuales constituyen riesgo excepcional y queda la duda de sí otros daños causados por actividades peligrosas se puedan incluir dentro de la falla presunta o dentro de la teoría del riesgo. La solución a esta duda podría ser que se enmarcan dentro de la teoría del riesgo puesto que las actividades peligrosas o riesgosas tienden a una presunción de

---

<sup>19</sup> C. De E., 20, II, 1989, Jurisprudencia y Doctrina, t. XVIII, núm.208. Edit. Legis.Bogotá. págs. 257 y ss.

<sup>20</sup> C. De E., 20, II, 1989, Jurisprudencia y Doctrina, t. XVIII, núm.208.Edit. Legis.Bogotá. págs. 257 y ss.

responsabilidad y no de falla, la cual solo se llega a desvirtuar en caso de que se pruebe una causa extraña.

Por otra parte, el Consejo de Estado tiende a utilizar el concepto de "actividad peligrosa", pero no siempre, ya que también maneja la presunción empleando el concepto de riesgo excepcional, dando a entender que se tratara de conceptos diferentes. Ahora, generalmente la noción de actividad peligrosa se aplica por la jurisprudencia a armas de dotación oficial, vehículos automotores, vías y obras públicas, explosiones. El concepto de riesgo excepcional se ha utilizado por el Consejo de Estado para referirse, sobre todo, a los daños causados por redes de energía eléctrica aunque en ocasiones ha declarado la responsabilidad del Estado por actos terroristas de la subversión.

En conclusión, podemos afirmar que la "responsabilidad por actividades peligrosas aplicada por el Consejo de Estado es objetiva y no presunción de falla y bien puede fundamentarse en la teoría el riesgo; y que no se trata de instituciones diferentes, como a primera vista pareciera desprenderse de la jurisprudencia administrativa.<sup>21</sup>

**2.3.3. Teoría del daño especial.** La administración pública compromete su responsabilidad patrimonial, cuando en ejercicio de sus funciones, enmarcadas en las disposiciones legales, causa un perjuicio de naturaleza especial, resultado de su acción u omisión a uno de sus administrados quien no está en el deber de soportarlo.

---

<sup>21</sup> TAMAYO Jaramillo, Javier. La Responsabilidad del Estado, El riesgo excepcional y las actividades peligrosas, El daño antijurídico ( Const. Pol. art. 90) . Ed. Témis.Bogotá, 1997. Pág.69.



Cuando la administración quebranta la igualdad de los ciudadanos ante la ley o ante las cargas públicas, aun cuando ha obrado ceñida al derecho, debe restituir esa ruptura resarcando los perjuicios que ha causado.

El Consejo de Estado al respecto ha dicho:

Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial de la naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad e los mismos frente a las cargas públicas, o la equidad, que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado.<sup>22</sup>

Al parecer esta teoría se aplica de manera excepcional, por lo tanto solo se recurre a ella en eventos en los que el caso que se examina, no pueda enmarcarse dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se presente como un caso atípico.

Se podría concluir que en la teoría del daño especial, el fundamento de la responsabilidad la violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

---

<sup>22</sup> C.E. Sentencia del 28 de octubre de 1976. Anales del Consejo de Estado, t. 91, núms. 451 y 452. págs. 710 y 711.

#### **2.3.4. Las actividades peligrosas.**

##### **CONCEPTO DE PELIGROSIDAD O RIESGO**

"Una actividad será peligrosa cada vez que, con cosas o sin ellas, una persona moral o jurídica, con su actividad, genera más peligros de daño de los que, por si misma, está en capacidad de soportar una persona".<sup>23</sup>

En el campo jurídico, el concepto de peligrosidad es más restringido, pues no se aplica, por ejemplo, en materia contractual, en materia médica, en la mayoría de los actos de guerra y en muchas otras actividades públicas, no obstante la innegable peligrosidad de dichas actividades. La responsabilidad se torna objetiva por elementos de tipo político y ético y no, simplemente, como una consecuencia mecánica del peligro. Como se mencionó anteriormente, la jurisprudencia aplica la noción de actividad peligrosa en casos de armas de dotación oficial, vehículos automotores, vías y obras públicas y explosiones.

En materia contractual las actividades peligrosas no operan, se puede decir que la responsabilidad por este tipo de actividades solo es aplicable en materia extracontractual.

La responsabilidad por actividades peligrosas crea una presunción contra el demandado, el cual solo puede ser exonerado si prueba que hubo una causa extraña. Lo que aquí se presume es la causalidad y no la falla, por lo tanto hablamos de responsabilidad objetiva. "Es decir, mientras en la presunción de falla o culpa libera la diligencia y cuidado, en la presunción de

---

<sup>23</sup> TAMAYO Jaramillo, Javier. La Responsabilidad del Estado, El riesgo excepcional y las actividades peligrosas, El daño antijurídico ( Const. Pol. art. 90) . Ed. Témis.Bogotá. 1997. Pág. 77

responsabilidad o causalidad solo libera la ruptura del nexo causal, ruptura que solo se consigue mediante la prueba de una causa extraña (fuerza mayor, hecho exclusivo de tercero y hecho exclusivo de la víctima)".<sup>24</sup>

### **3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD**

Se definen a continuación, diferentes teorías acerca de los elementos constitutivos de la Responsabilidad extracontractual.

#### **3.1. Elementos constitutivos de la Responsabilidad para los hermanos Mazeaud:**

**3.1.1 El perjuicio.** Entre los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, el perjuicio es aquel cuya existencia suscita menos discusiones. La jurisprudencia se muestra unánime en que no puede haber responsabilidad sin un daño; y la inmensa mayoría de la doctrina se contenta con registrar la regla. En efecto, ese requisito aparece como integrando la esencia de la responsabilidad civil. Puesto que se trata de reparar, hace falta desde luego que exista algo que reparar.

En la esfera de la responsabilidad delictual, el artículo 1.832 del código Civil indica de manera expresa que es requisito de la responsabilidad un perjuicio: el único hecho que da lugar a reparación es el "que causa a otro un daño". El precepto legal es formal, y lo más amplio posible; no se hace ninguna distinción entre los diversos perjuicios susceptibles de ser experimentados. "Esta disposición - decía TARRIBLE en su discurso ante el cuerpo legislativo - abraza, en su vasta amplitud, todos los géneros de

---

<sup>24</sup> TAMAYO Jaramillo, Javier. La Responsabilidad del Estado, El riesgo excepcional y las actividades peligrosas, El daño antijurídico ( Const. Pol. art. 90) . Ed. Témis.Bogotá. 1997. Pág.72.

daños... Desde el homicidio hasta la herida leve, desde el incendio de un edificio hasta la rotura de un mueble miserable, todo está sometido a la misma ley, todo se declara susceptible de una apreciación que indemnizará a la persona perjudicada por cualesquiera daños que haya sufrido". Por consiguiente, no puede plantearse ninguna dificultad en materia delictual y cuasidelictual acerca de la necesidad de un perjuicio.<sup>25</sup>

Mejor exposición en lo que al perjuicio se refiere, no podría hacerse. Obvia es la apreciación de que si no existe perjuicio no existe reparación. El perjuicio es el motor que impulsa a iniciar un proceso en el que se busca indemnizar el detrimento sufrido por la víctima.

**3.1.2. La culpa, segundo elemento constitutivo de la responsabilidad civil.** Para los hermanos Mazeaud, mientras que no se discute la necesidad de un perjuicio para que haya responsabilidad civil, la existencia de la culpa, como elemento constitutivo de la responsabilidad, es materia de discusión.

Definición de culpa delictual: Se incurre en una culpa delictual, de igual modo que se cometía un *dolus* en derecho romano, siempre que se obra con la intención de causar un daño. Existe en ello un error de conducta caracterizado, "malignidad" como decía POTHIER, que puede inspirar, ya sea el desear de hacerle mal a otro; ya sea, a veces, la completa despreocupación por los intereses de los demás, y no se duda en exigir la responsabilidad de su autor.

---

<sup>25</sup> MAZEAUD Henry y Léon. Tratado Teórico Práctico De La Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Tomo Primero. Volumen I. Ed. EJE. Buenos Aires. 1961. págs. 293, 294, 295.

Así, para determinar si se ha incurrido en una culpa delictual, el juez civil deberá entregarse al examen subjetivo; como el juez penal tendrá que estudiar un estado espiritual, sondear una conciencia; buscará en ella la intención malhechora sin la cual no puede existir delito.<sup>26</sup>

Se mira la intención del actor al causar un daño. Se podría inferir de esta afirmación, que habría lugar a reparar un perjuicio siempre y cuando exista un dolo de por medio, lo cual es relativo si se tiene en cuenta que con o sin culpa la víctima ha sufrido un menoscabo ya sea material o inmaterial.

**3.1.3. El vínculo de causalidad.** No es suficiente para que sea exigible la responsabilidad civil con que haya sufrido un perjuicio el demandante ni con que se haya cometido una culpa por el demandado. Debe reunirse un tercero y último requisito: la existencia de un vínculo de causa a efecto entre la culpa y el daño: se precisa que el daño sufrido sea la consecuencia de la culpa cometida.

El autor de una culpa no puede tener que reparar, evidentemente, sino los perjuicios que sean la consecuencia exclusiva de esa culpa. Nadie piensa reclamarle el abono de daños y perjuicios a una persona que nada ha tenido que ver con la realización del perjuicio sufrido.

---

<sup>26</sup>MAZEAUD Henry y Léon. Tratado Teórico Práctico De La Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Tomo Primero. Volumen II. Ed. EJA. Buenos Aires. 1961. págs. 1,2,3,59,60.

En los ámbitos de la responsabilidad delictual por el hecho ajeno y a causa de las cosas, el artículo 1384, párrafo 1º, del código Civil, subraya también la necesidad del vínculo de causa a efecto: "Se es responsable no solamente del daño *que se causa* por hecho propio, sino también del *causado* por el hecho de las personas por las que se debe responder o por las cosas que se tienen en custodia."<sup>27</sup>

### **3.2. Elementos de la responsabilidad delictual para ARTURO ALESSANDRI.**

Señala este autora que, "para que un hecho o una omisión engendre responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, es menester:

1. Que su autor sea *capaz* de delito o cuasidelito;
2. Que ese hecho u omisión provenga de *dolo o culpa*;
3. Que se cause un *daño*, y
4. Que entre el hecho o la omisión dolosa o culpable y el daño exista una *relación de causalidad*."<sup>28</sup>

**3.2.1 Capacidad delictual y cuasidelictual.** "Por regla general, toda persona natural o jurídica es capaz de delito o cuasidelito civil. Sólo son incapaces los que carecen del discernimiento necesario para darse cuenta del acto que ejecutan"<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> MAZEAUD Henry y Léon. Tratado Teórico Práctico De La Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Tomo Primero. Volúmen II. Ed. EJE. Buenos Aires. 1961. Págs 1,2,3.

<sup>28</sup> ALESSANDRI Rodríguez Arturo. De La Responsabilidad Extracontractual En El Derecho Civil. Ed. Universal. Santiago. 1981. pág. 129.

<sup>29</sup> ALESSANDRI Rodríguez Arturo. De La Responsabilidad Extracontractual En El Derecho Civil. Ed. Universal. Santiago. 1981. pág 132.

**3.2.2 El dolo y la culpa.** Para este autor, la responsabilidad delictual o cuasidelictual se configura si el hecho causante del daño, ha sido ejecutado con culpa o dolo.

El hecho ilícito cometido con *dolo* se denomina *delito*; el cometido con *culpa*, *cuasidelito*.

El dolo consiste en la intención positiva de causar un daño a la persona o propiedad de otro.

El dolo, sea de acción o de omisión, debe analizarse en cada caso concreto; el juez deberá examinar los móviles que guiaron al actor a cometer el ilícito.

Ahora bien, de la definición de culpa "en el artículo 44 del Código Civil chileno se desprende que "la culpa hace sinónimo de descuido o negligencia, es la falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres prudentes emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios.

La culpa según esto es un error de conducta, supone descuido, imprudencia, negligencia, falta de precaución, atención o vigilancia, inadvertencia, omisión de aquellos cuidados que a prudencia requiere o hace necesarios, sin que sea de rigor que haya una infracción reglamentaria; la ley no la exige. En otros términos, hay culpa cuando no se obra como se debiere, cuando no se hace lo que hubiera debido hacerse".<sup>30</sup>

**3.2.3 El daño.** "Daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución,

---

<sup>30</sup> ALESSANDRI Rodríguez Arturo. De La Responsabilidad Extracontractual En El Derecho Civil. Ed. Universal.Santiago.1981. pág 172.

por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales de que goza un individuo".<sup>31</sup>

"Para que el hecho o la omisión de una persona capaz de delito o cuasidelito engendre responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, no basta su ejecución con dolo o culpa. Es indispensable que cause daño. Sin él no hay responsabilidad civil; sin interés no hay acción. La obligación de reparar un daño nace precisamente de haberse causado".<sup>32</sup>

En este concepto, comparte Alessandri la opinión de los hermanos Mazeaud en el sentido de que si no hay daño, no hay lugar a reparar. Solo habrá lugar a una acción en el momento en que la víctima sufra un menoscabo en su persona o bienes, en los beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba siempre y cuando sean lícitos.

Este daño puede ser material o moral. Será material cuando recae sobre una disminución en el patrimonio y moral se causa un dolor moral o físico.

**3.2.4 Relación de causalidad.** Para que se produzca responsabilidad delictual o cuasidelictual, además de que se produzca un daño con dolo o culpa, se requiere que haya una relación directa entre el primero y o los segundos, es decir, que el daño sea consecuencia de esa acción u omisión.

"Hay *relación de causalidad* cuando el hecho o la omisión dolosa o culpable es la *causa directa y necesaria* del daño, cuando sin él éste no se habría producido"<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> ALESSANDRI Rodríguez Arturo. De La Responsabilidad Extracontractual En El Derecho Civil. Ed. Universal.Santiago.1981. pág, 241.

<sup>32</sup> *Ibíd.* pág. 209.

<sup>33</sup> ALESSANDRI Rodríguez Arturo. De La Responsabilidad Extracontractual En El Derecho Civil. Ed. Universal.Santiago.1981. pág.,210



La relación de causalidad es necesaria, independientemente del origen del daño, lo importante es que se debe responder por los daños que se causen.

"La relación causal puede ser mediata o inmediata. Es inmediata cuando el daño deriva directamente del hecho ilícito, cuando entre ambos no se interpone otra causa; es mediata cuando entre el hecho ilícito y el daño se interponen otras causas que también han influido en su producción, como en los casos de responsabilidad compleja y de daños sucesivos".<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> *Ibíd.* pág.247

## **PARTE SEGUNDA.**

### **1. EL DAÑO**

Para que una persona sea responsable civilmente se requiere que con su comportamiento haya dañado un bien de un tercero, que estaba protegido por el ordenamiento jurídico. Mientras no haya daño, no cabe hablar de responsabilidad civil.

Daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial. Cuando se ha causado un daño a esos bienes patrimoniales o extrapatrimoniales por alguien diferente a la víctima, este será indemnizable.

Es importante resaltar que esos bienes o situaciones lesionadas, deben estar bajo el amparo de un ordenamiento jurídico, es decir, debe tratarse de bienes, jurídicamente hablando, para que den lugar a la existencia del daño.

Ahora, las cosas o las situaciones son protegidas cuando el Estado, en su soberanía, faculta a los particulares para que las disfruten y los demás asociados deben respetarlas.

Así las cosas, el daño civil consiste, pues, en la lesión a las facultades de disfrute que sobre el bien dañado tenía la víctima.

---

"Sobre el mismo punto ADRIANO DE CUPIS considera que " el daño antijurídico lo constituye la lesión del interés ajeno.

El mismo autor, al analizar la definición, sostiene que "la tutela jurídica no tiene por objeto los bienes en sí considerados, sino las particulares situaciones de los sujetos respecto de los bienes".<sup>35</sup>

Tanto en la definición anteriormente descrita como en la de ADRIANO DE CUPIS se tiene que el fundamento el daño consiste en la lesión a un derecho subjetivo que tenía la víctima en relación con el bien lesionado.

Podemos hablar derecho subjetivo cuando nos encontramos frente a un derecho real o personal.

"Sin embargo, hay otra serie de situaciones jurídicas que, sin reunir las características de los derechos reales o personales, conceden a los individuos la facultad de disfrutar de todos aquellos beneficios que no han sido prohibidos por el orden jurídico".<sup>36</sup>

Para terminar con la definición de daño civil, digamos que este solo da lugar a la responsabilidad civil, en la medida en que sea causado en forma ilícita por persona diferente de la víctima.

Se dice que el daño debe ser causado en forma ilícita por que si se realiza bajo una justificación, no habrá lugar a responsabilidad. De otro lado, vale la pena hacer la diferencia entre un acto culposo y un acto ilícito. "Hay, en

---

<sup>35</sup> TAMAYO Jaramillo Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo II.ED. Témis. Bogotá.1986. pág. 8.

<sup>36</sup> TAMAYO Jaramillo Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo II.ED. Témis. Bogotá.1986. Pág. 9.

efecto, conductas que sin ser culposas son ilícitas. Es lo que ocurre, por ejemplo, en la responsabilidad objetiva, en la que está prohibido causar daño, así se haga sin culpa, y donde la licitud surge por la mera ocurrencia del resultado dañoso, sin consideración a la conducta prudente o imprudente del agente"<sup>37</sup>.

### **1.1. Características**

No basta que se produzca un perjuicio patrimonial o moral en cabeza de alguien para que este pueda demandar reparación. No sólo se debe considerar el perjuicio causado sino que también se debe mirar la calidad jurídica de la víctima.

El perjuicio susceptible a indemnización debe ser cierto y el titular de esta, debe ser el mismo en quien recayó la lesión, aunque el bien afectado no fuere de su propiedad, o no fuere en su propia integridad personal. Una última característica es que el bien patrimonial o extrapatrimonial que se ve disminuido, como ya se dijo, debe estar protegido por el orden jurídico

**1.1.1. El daño reparable debe ser cierto.** "El daño indemnizable debe ser cierto, y en principio, salvo ciertas excepciones, corresponde al demandante probarlo. Si no existe esa certidumbre, no habrá lugar a condenar al autor de la acción lesiva. Sin embargo, la certidumbre del daño está sujeta a una serie de matices y de dificultades en el espacio y en el tiempo, que hacen

---

<sup>37</sup> TAMAYO Jaramillo Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo II.ED. Témis. Bogotá,1986. Pág. 11

demasiado volátil cualquier principio general que trate de establecerse al respecto".<sup>38</sup>

El daño es cierto cuando a los ojos del juez, es evidente que el hecho del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante.

Sin embargo, no puede exigirse una certeza absoluta, puesto que si así fuera, prácticamente nunca hubiese lugar a obtener la reparación del daño futuro. En efecto, esa certeza es imposible y sólo la prueba compuesta da lugar a que el juez la de por establecida. Después del análisis probatorio, el fallador decidirá sobre la veracidad del daño. Son las reglas de la experiencia las que le permiten, afirmar o negar su existencia.

El daño, en sí mismo, puede ser posterior a la conducta de quien lo genera, en cambio, esta última si debe haberse producido necesariamente, es decir, no puede ser futura y eventual. Es preciso que el responsable, por sí mismo, o por medio de otra persona, cosa o actividad que está bajo su responsabilidad, haya desatado una alteración en el mundo exterior, cuyo resultado final va a ser la lesión a un bien patrimonial o moral de quien lo sufre.

También, debe haber certeza absoluta del nexo causal entre el hecho dañoso y el daño mismo, ya que podría darse la posibilidad de que efectivamente se tenga certidumbre sobre el hecho pero no sobre los efectos o consecuencias; o, puede que se conozcan los efectos, pero no haya certeza sobre la relación directa con ese hecho o si son producto de otro.

---

<sup>38</sup> TAMAYO Jaramillo Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo II.ED. Témis. Bogotá,1986.pág.11

"En conclusión, la causa del daño deberá ser actual y absolutamente cierta, como también deberá ser cierta la relación causal entre esa causa dañosa y el daño mismo".<sup>39</sup>

**1.1.2. El perjuicio debe ser personal.** Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia se han apoyado en la teoría de que el perjuicio debe ser personal. Esto es, que sólo la víctima del daño, o sus herederos, tienen derecho a iniciar una acción para obtener su reparación. Más adelante se citará al Doctor Juan Carlos Henao, quien en una exposición jurisprudencial, nos indica que aunque ha habido una evolución respecto a este tema, esta afirmación sigue vigente.

**1.1.3. El beneficio afectado por el daño debe ser lícito.** Para que el daño sea reparable, además de ser personal y cierto, debe haber afectado un beneficio del que lícitamente disfrutaba la víctima.

"Aparentemente, sólo se dispone de un beneficio lícito cuando se es titular de un derecho real o personal, o cuando una actividad está expresamente protegida y garantizada por la Constitución y las leyes".<sup>40</sup>

Cabe preguntarse si la víctima para poder reclamar la indemnización debe estar amparada bajo un beneficio lícito. Como se dijo anteriormente, existen otra serie de situaciones jurídicas que aunque no se trate de derechos reales y personales pueden ser protegidos. Esas situaciones jurídicas son aquellas que no están prohibidas por la ley.

---

<sup>39</sup> TAMAYO Jaramillo Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo II.ED. Témis. Bogotá.1986. Pág. 11.

<sup>40</sup> TAMAYO Jaramillo Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo II.ED. Témis. Bogotá.1986. Págs. 93, 95,96.

En conclusión, toda agresión contra un bien que la víctima gozaba por no estar vedado por el ordenamiento jurídico, constituye un daño a un beneficio lícito o a un interés legítimo. Y ese interés legítimo está protegido por la ley, en la medida en que impone a todos la obligación de permitir el disfrute precisamente por no estar prohibido. Si no se respeta esa facultad entonces el daño es reparable.

## **2. EL DAÑO ES EL PRIMER ELEMENTO A ESTUDIAR EN UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD.**

La jurisprudencia ha sostenido que para que se declare la responsabilidad civil, es necesario que concurren tres elementos a saber: la falla del servicio, un daño y una relación de causalidad entre uno y otro. Hoy en día este concepto ha evolucionado en el sentido de que no es necesario que se de la falla del servicio para que se configure la responsabilidad.

Independientemente de la forma como se conciben los elementos necesarios de la responsabilidad, lo importante es que "el daño es la razón de ser de la responsabilidad".<sup>41</sup>

Vale la pena citar en este sentido una sentencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana: "Por todo ello cabe afirmar que dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica

---

<sup>41</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998. pág. 35

como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria".

Se comparten así, igualmente, las apreciaciones de un sector de la doctrina argentina, el cual afirma: "nosotros pensamos que el daño puede independizarse fácilmente de la responsabilidad. Puede haber daño y no existir responsabilidad si falta el factor de atribución. También puede existir daño y no mediar ilicitud objetiva o antijuricidad". ( Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4 de abril de 1968, M.P.: dr. F.Hinestrosa, G.J., T CXXIV, No. 2297 a 2299, p. 58.)

El daño es, el elemento primordial en la responsabilidad. Podría decirse que es el daño es lo que da lugar a la reparación, la cual, es el objeto de la responsabilidad civil. "La razón de ser de esta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene porqué ser favorecida con una condena que no correspondería sino que iría a enriquecerla sin justa causa".<sup>42</sup>

### **3. EL DAÑO ES REQUISITO NECESARIO MAS NO SUFICIENTE PARA QUE SE DECLARE LA RESPONSABILIDAD.**

Como se anotó anteriormente, para la jurisprudencia colombiana el daño constituye la obligación de indemnizar.

Sin embargo, en ocasiones a pesar de que el daño se ha producido no se puede declarar la responsabilidad debido a que no es atribuible al demandado, como cuando aparece demostrada una de las causales

---

<sup>42</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998. pág. 36,37.



exonerativas, esto es: por culpa exclusiva de la víctima, por el hecho de un tercero, por fuerza mayor o caso fortuito o el daño existe y es imputable pero no es antijurídico entonces, el afectado está en la obligación de soportarlo.

#### **4. EI DAÑO DEBE SER PROBADO POR QUIEN LO SUFRE.**

Desde el punto de vista probatorio puede decirse que la carga de su demostración es esencialmente personal, y por ello no admite las simples afirmaciones indefinidas de su existencia. Ante todo, la parte interesada está en la obligación de demostrar el daño y su extensión, con arreglo a las disposiciones procesales acerca de la prueba.

Como punto de partida se puede anotar que la jurisprudencia colombiana, invocando el texto del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, ha sido enfática en afirmar que "el legislador tiene establecido que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", cual ocurre en el derecho francés, y que la acción de responsabilidad no prospera cuando no se cumple con la carga que impone dicho artículo. Recordando al maestro Antonio Rocha, se puede anotar que dicha regla es apenas natural porque "los elementos que lo integran (daño) son conocidos, mejor que por nadie, por el mismo acreedor que los ha sufrido, y a él le toca, obviamente, poner de presente los medios conducentes para conocer su existencia y su extensión'. No basta, entonces, que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia del daño, porque "el demandante no puede limitarse, si quiere sacar adelante su pretensión, a hacer afirmaciones sin respaldo

probatorio", que por demás no pueden ser valoradas "como si se tratara de hechos notorios o presumibles, y no de situaciones cuya comprobación, por mandato legal, le correspondía al demandante". Es así como el juez considera que el demandante debe probar la existencia del daño, so pena, si no lo hace, de impedir la declaratoria de responsabilidad.<sup>43</sup>

## **5. EL DAÑO DEBE SER INDEMNIZADO PLENAMENTE**

La idea fundamental en torno a la reparación del daño, es volver desde el punto de vista económico, a dejar las cosas como estaban originalmente o lo más cercano a ésta situación inicial.

Si bien es cierto que el daño debe ser reparado integralmente, esto no quiere decir que puede sobrepasar el perjuicio realmente causado, pues el exceso puede dar lugar al enriquecimiento a favor del accionante.

La enunciación de la presente regla es simple; la reparación del daño debe dejar indemne a la persona, esto es, como si el daño no hubiere ocurrido, o, al menos, en la situación más próxima a la que existía antes de su suceso. Dicho de otra manera, se puede afirmar que "se debe indemnizar el daño, sólo el daño y nada más que el daño", o, en palabras de la Corte Constitucional colombiana, que el "resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, más no puede superar ese límite". La explicación que se da esta regla se apoya en un principio general del derecho; si el daño se

---

<sup>43</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998. pág.39

indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la "víctima"; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima. Es así el daño la medida del resarcimiento.<sup>44</sup>

## **6. DISTINCION ENTRE LAS NOCIONES DE DAÑO Y PERJUICIO.**

Aunque regularmente las palabras daño y perjuicio se consideren sinónimos, personalmente considero que son conceptos diferentes en materia de responsabilidad civil extracontractual. Daño es esa acción u omisión con la que se lesiona a una persona o a un bien, perjuicio, es la consecuencia negativa que se produce con dicha acción u omisión.

"Otro de los aspectos tradicionales en el estudio del daño ha sido el determinar si dicho concepto es sinónimo de perjuicio. Si bien en términos generales los conceptos son utilizados indistintamente, lo que explica que la jurisprudencia colombiana haya afirmado que "la palabra daño equivale exactamente a perjuicio", vale la pena precisar que las nociones, dependiendo de cómo sean tratadas, llaman la atención sobre formas diferentes de operar la responsabilidad civil, de concebir la legitimación en la causa para actuar y, por tanto, de indemnizar"<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998. pág.45

<sup>45</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998. pág.76, 77

"Si bien la doctrina no ha profundizado sobre el punto, el profesor B enoit aportó algunos elementos que se encargaron de definirlo, al afirmar: "...el daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación [...] el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada".<sup>46</sup>

"Con esta misma lógica, una sentencia colombiana afirmó que "el daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio", mientras que "el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó".<sup>47</sup>

## **7. LA INDEMNIZACION DEL DAÑO NO DEPENDE DE LA ACCION PROCESAL.**

No importa cual sea la acción procesal que se entable, el daño debe ser reparado plenamente.

---

<sup>46</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998p g.77

<sup>47</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998. pág.77

En el derecho colombiano hay varias acciones para obtener la reparación del daño producido por la administración, dependiendo de cuál haya sido la causa del mismo. Estas acciones están consagradas en el Código Contencioso Administrativo en sus artículos 85, 86 y 87.

La Ley 446 de 1998, en sus artículos 31 y 32 modificó los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo. La acción de reparación directa, correspondiente al artículo 86, cambió en el sentido de que no solo los particulares pueden promover esta acción, las entidades públicas lo deben hacer cuando: resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En cuanto al Artículo 87, de las controversias contractuales, la modificación tiene que ver con que excluye la expresión: “con cláusula de caducidad”, para que en un contrato estatal, cualquiera de las partes pueda pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

En su inciso segundo, establece que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, pueden ser demandados mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.

## **8. CONDICIONES DE EXISTENCIA DEL PERJUICIO.**

### **8.1 CARÁCTER PERSONAL.**

Para que el perjuicio sea resarcido, debe haber sido sufrido por quien solicita su reparación.

A pesar de que parece simple la anterior afirmación, es importante para determinar los requisitos adicionales exigidos por el juez. A continuación, se desarrollará este principio partiendo de su evolución histórica.

**8.1.1 Evolución del carácter personal del daño.** Para ilustrar ampliamente la evolución del carácter personal del daño, el Doctor Juan Carlos Henao hace una comparación entre la jurisprudencia francesa y la colombiana que se estima conveniente citar: "Para la jurisprudencia francesa una persona sufría personalmente un perjuicio cuando había sido víctima de la violación de un derecho o de una situación jurídicamente protegida o legítima, radicados en su cabeza".<sup>48</sup>

El fallo Señorita Rucheton es explícito al respecto, pues el juez rechazaba las pretensiones, en esta época, "al considerar que, para obtener en justicia la reparación de un perjuicio, no es suficiente un interés, sino que se ha de acreditar un derecho lesionado.

---

<sup>48</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998. pág.88

La solución contenida en este fallo se explicaba, según la nota de Hauriou, al partir de la idea de que "por fuera del interés legítimo resultante de un derecho establecido o de una situación administrativa, no es posible el recurso contencioso", siendo legítimo el interés "reconocido por el derecho", que en el caso del administrativo se presentaba siempre que hubiera un interés que proviniera de un derecho que hiciera parte de las instituciones jurídicas establecidas", o "de un interés que se originara en una situación jurídica creada por la administración en virtud de su poder jurídico.<sup>49</sup>

A la máxima "sin interés no hay acción" se le agregaba un término que le cambiaba, puesto que el enunciado afirmaba sin situación jurídica protegida por la ley, no hay acción".

Para justificar dicha posición, el Consejo de Estado echó mano de la analogía con la de la obligación alimentaria. Consideraba que, cuando el demandante podía beneficiarse de la acción alimentaria, su situación era jurídicamente protegida, con lo cual se abría en consecuencia la posibilidad de su derecho a reparación. Pero que en el caso inverso el demandante no tenía el derecho. El mismo fallo Señorita Rucheton enunció, en este sentido, que la demandante, "...que no es apta para reclamar el auxilio alimentario previsto para la mujer casada por los arts. 212 y 214 del c.c., no puede justificar nexo de derecho alguno con la víctima que le permita tener la calidad para demandar la responsabilidad del Estado en el accidente relatado".

---

<sup>49</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998. pág.89

Obligación alimentaria y nexo jurídico se convirtieron en términos sinónimos, a punto tal que la inexistencia de aquella implicaba la sugerencia de este.<sup>50</sup>

"Pero la pensión alimentaria no fue la única fuente que sirvió para definir la situación jurídicamente protegida. En efecto, el derecho al trabajo podía también servir de base para concluir en la existencia de una situación jurídicamente protegida. Esta posición es clara en el fallo del 29 de abril de 1980, en donde se reconoció por primera vez en Colombia el derecho a indemnización para la concubina por la muerte de su compañero".<sup>51</sup>

"La noción de "situación legítima" sirvió entonces para apoyar una lógica que en ningún caso debe ser la de derecho positivo. En efecto, puesto que se volvían sinónimos situación legítima y derechos jurídicamente reclamables, solo se otorgaba indemnización cuando se lograba establecer que la víctima que la pedía habría tenido acción jurídica para pedir alimentos o para reclamar una prestación laboral del difunto. Si la víctima no se encontraba en la posibilidad de exigir alguno de tales derechos, su pretensión sería rechazada".<sup>52</sup>

Afortunadamente, las exigencias que se hacían antiguamente respecto al carácter personal del daño han sido superadas, sin embargo esto no significa que dicho carácter personal haya cambiado, podría decirse que han evolucionado para beneficio de los administrados.

---

<sup>50</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998.pág.89,90.

<sup>51</sup> Ibídem.pág. 91.

<sup>52</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998.pág.91.



**8.1.2 Posición actual de la jurisprudencia: Hacia una nueva concepción del carácter personal del daño.** En el derecho colombiano, frente al caso de la muerte una persona, desde el fallo del 24 de junio de 1942 la Corte Suprema de Justicia enunció claramente que tienen derecho a solicitar reparación "las personas que ya por vivir directamente del esfuerzo del muerto, ya por derivar utilidad cierta y directa de las actividades del fallecido, tienen el derecho, la personería, la acción, para reclamar o pedir la indemnización de perjuicios, porque ellas directamente han sido perjudicadas" (Corte Suprema de Justicia.,S.C.C., 24 de junio de 1942, M.P.: Dr. L. Escallón, G.J., LIII, No. 1983, p.656.).

Este fallo es importante porque solo exige ningún como requisito para demandar reparación el que el demandante haya sufrido un perjuicio, lo cual implica como única condición que el perjuicio sea personal.

El Consejo de Estado en fallo del 21 de febrero de 1985, sostiene que "la acción para reclamar los perjuicios por muerte pertenece a quien los sufra, sin consideración alguna al parentesco o a las reglas de la sucesión".

Como se observa, la posición de la jurisprudencia anterior era estricta al señalar que sólo podía reclamar quien estuviera amparado por una situación jurídicamente protegida, a pesar de su evolución se hace una enunciación mucho más restrictiva ya que una persona no puede exigir que se le repare un daño que es consecuencia de una situación ilegal y no tiene derecho a recibir indemnización, no porque no haya sufrido un perjuicio, sino porque el ordenamiento jurídico no protege ese interés o derecho porque se deriva de una situación contraria a la ley. "Si, por ejemplo, muere un narcotraficante por una falla del servicio, es apenas natural que sus deudos puedan reclamar el *pretium doloris*.

Nadie podría discutir que el título del afecto, del amor filial, es legal a pesar de que un esposo o un padre sea narcotraficante. Por el contrario, en lo que toca con la pérdida de la ayuda alimentaria, se tendría que establecer de donde provienen los recursos para dicha ayuda y, si se encuentra que son ilegales, sería improcedente la indemnización del perjuicio a pesar de que en efecto se haya sufrido. La razón es sencilla: el hijo no puede derivar legalidad de la ilegalidad de los bienes con los que su padre los sostenía económicamente. Ello no es más que la aplicación de la máxima *fraus omnia corrumpit*, que al decir de Josserand "hace fracasar todas las reglas del derecho, las domina".<sup>53</sup>

Se nota entonces, que lo único que limitaría el obtener indemnización es cuando se trate de las de daños a bienes o de pérdida de ingresos que tengan por origen recursos ilegales del demandante.

Por lo que resta, el carácter personal del daño deduce que puede ser sufrido por toda persona.

Lo que se pretende aclarar, es que no se trata de rechazar las pretensiones por considerar que la persona no está dentro de una situación jurídicamente protegida, sino que al momento de otorgar una indemnización, se debe estudiar si esta proviene o no de una causa ilegal. Por lo anterior, el hecho de que un individuo se encuentra al margen de la ley, no quiere decir, para todos los efectos, que esté privada de tutela legal.

"La noción de título legítimo se convierte entonces, mejor que la noción de situación jurídicamente protegida, en la clave para definir si una persona está legitimada para demandar. Dicho título, que de todas formas se presume

---

<sup>53</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998. pág.96

legítimo y que sólo en casos excepcionales se podrá probar que no lo es, es lo que debe amparar al demandante".<sup>54</sup>

Entonces, el carácter personal del perjuicio se presenta en el evento de que el demandante establezca una relación entre el daño sufrido con los derechos que tiene sobre el bien menoscabado, es decir, fundamentando una titularidad jurídica sobre el derecho que tiene respecto del bien menguado.

En este entendido se recuerda un concepto elemental del derecho de daños, claramente enunciado por De Cupis cuando afirma que "el que el derecho tutela, el daño vulnera", y por ello el demandante en un proceso debe establecer que tenía el derecho que vulneró el daño, como requisito para lograr establecer que en efecto hubo lesión en su patrimonio.

Es la lógica del artículo 2342 del Código Civil colombiano cuando enuncia que "puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso". Dentro de esta concepción se puede afirmar que, "en consecuencia, es claro que la lesión de un derecho constituye una condición de existencia del daño, necesaria para que proceda la indemnización. La lesión del derecho es entonces un elemento para apreciar el perjuicio reparable."<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998. pág.102.

<sup>55</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998.pág .103

La plenaria del Consejo de Estado colombiano ha afirmado que "la legitimación en la causa por activa, que es esa relación que debe existir entre el demandante y el interés sustancial en litigio, debe acreditarse, pues sólo probada plenamente esa condición el actor puede aspirar a obtener una providencia acorde con sus intereses" (Consejo de Estado., Sala plena, 28 de junio de 1995, C.P. Pedraza de Arenas Dolly, actor: Cía. Mayaca Express S. de R.L., exp. R-090.).

Se puede entonces concluir, que el daño es personal cuando el demandante es la persona que lo sufrió, independientemente de que se encuentre o no bajo una situación jurídicamente protegida, que se presume, a menos que se pruebe que el título en que se fundamenta el derecho para obtener la indemnización del daño es ilegal.

**8.1.3. Ilustración del carácter personal del daño.** "Hoy en día la tendencia de la responsabilidad debe ser no sólo la reparación de perjuicios, sino la de daños, porque como lo sostiene Emeri, "puede existir daño sin perjuicio".<sup>56</sup>

Como se dijo en páginas anteriores, el daño es el detrimento ocasionado a una persona o bienes, el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño. "Por consiguiente, la ilustración del carácter personal del daño estará marcada por la forma en que se conciba quién está legitimado, como y con y con qué objetivo, para obtener una indemnización. Por ello el interés personal para demandar dependerá de si se pide o no para sí, según la hipótesis, se dará o no una radical transformación de dicho elemento del perjuicio".<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998. pág.107.

<sup>57</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998.pág, 108.

**8.1.4. Petición para sí.** Tal como se indicó anteriormente, lo esencial es que la persona que entabla la demanda demuestre en el curso del proceso que efectivamente se le causó un daño a un interés del cual es titular, ya sea una persona jurídica o natural.

El accionante debe aportar la prueba del título de su derecho para reclamar, es decir, lo que identifica el resarcimiento pedido y el derecho a obtenerlo, de conformidad con el artículo 2342 del Código Civil. La persona debe, demostrar el título con el cual comparece al proceso, esto es, la concordancia entre título y persona.

Lo anterior se traduce a que la acción de responsabilidad extracontractual es una acción personal y no real, lo cual significa que sólo puede intentarla quien que sido perjudicado por el daño, reafirmando así, el carácter personal del mismo.

"En general, entonces, se observa que la persona que pide para sí indemnización de un daño debe identificar el título que le sirve para desatar su derecho y probarlo, con la advertencia de que, naturalmente, no sólo puede pedir para sí sino a nombre de su representado".<sup>58</sup>

**8.1.5. Petición para otro.** A diferencia del punto anterior, la persona intenta una demanda en la que pretende un resarcimiento colectivo.

El carácter personal del daño se vuelve amplio en el sentido de que ya no se pide solo para sí sino que se pueden presentar dos situaciones: la primera es

el de las personas jurídicas que representan intereses colectivos, y la segunda cuando cualquier persona se arroga el derecho para pedir para otros. Es decir, en el primer caso planteado, una persona colectiva o una asociación determinada pide para sí la indemnización de daños; el segundo, consiste en que una persona - asociación o no - no pide para sí la indemnización de perjuicios o la reparación de daños. De todas formas, en ambos casos se trata de una lesión al interés de una colectividad.

"En la hipótesis de asociaciones que representan intereses colectivos, aunque se presenta una extensión del concepto de legitimación en la causa, de todas formas

se está otorgando indemnización para el demandante, con lo cual nos ubicamos realmente frente a las tradicionales formas de operar de la responsabilidad. Lo único que ocurre en estos casos es que el juez amplía el espectro de personas que son recibidas ante la jurisdicción, sin alterar la forma habitual de otorgar indemnización para el patrimonio que lo solicita".<sup>59</sup>

Con Relación a este tipo de petición, cabe resaltar, las acciones populares y de grupo consagradas en el artículo 88 de nuestra Constitución Nacional y reglamentadas por la Ley 472 de 1998.

El artículo primero de esta Ley, señala que este tipo de acciones están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, así como los de grupo o de un número plural de personal. Igualmente, define las acciones populares como un medio procesal para la protección de los derechos e intereses colectivos y las acciones de grupo, como aquellas interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó

---

<sup>58</sup> *Ibíd.* pág.116.

perjuicios individuales para dichas personas, con el objeto exclusivo de obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de tales perjuicios.

## **8.2 CARÁCTER CIERTO.**

La existencia del daño resiste el análisis de que sea un hecho pasado, o futuro como la prolongación razonable y cierta de ese hecho pasado, de todas maneras de una manera u otra deberá probarse su existencia o más exactamente su certeza.

"En derecho colombiano, un fallo de la Plenaria del Consejo de Estado enuncia que "tanto en lo civil como en lo administrativo, para que exista la responsabilidad, es necesario que el daño se haya ocasionado"<sup>60</sup>. Es claro entonces que "el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de señalar que el daño para que pueda ser reparado debe ser cierto" <sup>61</sup>, esto es, "no un daño genérico o hipotético sino uno específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio"<sup>62</sup>."<sup>63</sup>

Tomando en consideración lo anterior, el perjuicio debe ser cierto, real, efectivo y personal de no ser por él la víctima estaría en mejor situación. La antítesis de esta situación, sería lo eventual, lo meramente hipotético.

---

<sup>59</sup> Henao Juan Carlos. "El Daño". Bogotá: ED Universidad Externado De Colombia.1998.págs 117,118

<sup>60</sup> Consejo de Estado, Sección tercera, 30 de septiembre de 1994, C.P.: Dr. Gómez Naranjo, ACE, año XXXI, 1949-1950, T.58, No. 367-371, pp.365 a 376.

<sup>61</sup> Consejo de Estado., Sección tercera, 2 de junio de 1994, C.P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Julio César Delgado Ramírez, exp. 8998.

<sup>62</sup> Consejo de Estado., Sección tercera, 19 de octubre de 1990, C.P.: Dr. De Greiff Restrepo, actor: Textiles Morfel Ltda., exp. 4333.

<sup>63</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De Colombia.Bogotá.1998. pág.129.

Cuando se dice que la víctima estaría en mejor posición hay que entenderlo, con dos conclusiones:

**a.** Las meras posibilidades conjeturables no son indemnizables, como por ejemplo: el niño que se prepara para entrar a la escuela con el proyecto de hacerse médico en el futuro y es arrollado por un automóvil; el que llegue a ser médico es hasta ese momento una posibilidad conjeturable, la indemnización se limitaría a lo real hasta ese momento.

**b.** Si la víctima presenta un futuro cierto, razonablemente esperado, como por ejemplo: el estudiante que cursa los últimos semestres de medicina y su madre aparte de lo que ha invertido en sus estudios confía razonablemente que su hijo la ayude económicamente al finalizar sus estudios profesionales.

Por lo tanto, no deben confundirse dos conceptos, de una parte: lo que se ha invertido hasta el momento en sus estudios es un daño actual y cierto y, lo que se esperaba como posibilidad de cierta ganancia que obedece a otro concepto.

En síntesis, en la proposición b., sería indemnizable, lo invertido hasta la fecha de la muerte en estudios y, de igual manera, lo que razonablemente podía esperarse del ejercicio de su profesión en la situación descrita.

La Corte Suprema de Justicia en esta materia en alguna jurisprudencia ha aceptado la tesis de "certeza probable" (22 de Julio de 1.934. G.J. t. LV; 4 de Diciembre de 1.952. G.J. t. LXXIII).

"De entrada se puede, comprobar que existe la regla según la cual el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. Eventualidad y certeza se convierten en términos opuestos desde un punto de vista lógico, pues el perjuicio es calificado de eventual - sin dar derecho a indemnización -, o de



cierto - con lo cual surge entonces la posibilidad de derecho a indemnización -, pero jamás puede recibir las dos calificaciones".<sup>64</sup>

Para concluir, la característica de la certeza del daño es su existencia.

## **9. TIPOLOGIA DEL PERJUICIO.**

Corresponde ahora hacer la clasificación de las principales maneras como el perjuicio se presenta. El daño en relación con el perjuicio recibido puede ser material o moral. En Colombia, respecto de los perjuicios materiales se hace una clasificación: daño emergente y lucro cesante. Igualmente, para los inmateriales, encontramos el daño moral y el perjuicio fisiológico, los cuales serán estudiados a continuación.

### **9.1. PERJUICIOS MATERIALES**

Los perjuicios de orden material son aquellos que atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mesurables en dinero. En derecho colombiano, quizás por la presencia de los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, la subclasificación establecida, como ya se mencionó, ha sido la de daño emergente y lucro cesante.

La jurisprudencia en consecuencia, ha señalado que para determinar el daño material se debe tener en cuenta los conceptos del Daño Emergente y el Lucro Cesante, de acuerdo con el artículo 1613 del C. C.

---

<sup>64</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998. pág.129,130.

A su turno, el artículo 1614 del C. C. señala que el daño emergente es el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, y el lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplida imperfectamente o retardado su incumplimiento.

El Dr. Tamayo Jaramillo en su obra “De La Responsabilidad Civil” al subsumir estos conceptos dentro de la responsabilidad extracontractual en los siguientes términos expresa:

*Hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima; por el contrario, hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima.*

**9.1.1 El daño emergente.** Puesto que ya se dio la definición de daño emergente, nos centraremos en la forma como este se expresa, según, si se causa a la persona o a los bienes.

**9.1.1.1 Daño emergente cristalizado en la lesión a personas.** El daño emergente se presenta cuando se lesiona a la persona en su aspecto físico. En este caso, se busca que se indemnicen todos los gastos necesarios para hacer frente al daño, sin importar que este sea pasado o futuro, es decir, el juez tendrá que reconocer en cada caso en concreto, los egresos patrimoniales que se relacionen directamente con el daño sufrido por la víctima.

Tratándose de la muerte de la persona se considerara como daño emergente todos los costos consecuencia de esta causa dañina que resulten afectando el patrimonio del causante o los herederos.

Ahora, el daño emergente puede ser anterior a la muerte o aún posterior, como por ejemplo cuando la víctima ha invertido en gastos quirúrgicos con posterioridad a la lesión y con anterioridad a la muerte, o los gastos funerarios ocurridos obviamente con posterioridad a la muerte.

En el evento en que la víctima no sufra lesiones físicas, todo gasto ocasionado para restablecer su salud será reconocido como daño emergente, el cual puede ser en dinero o por ejemplo cuando se requieran aparatos ortopédicos o aquellos necesarios para el restablecimiento de la salud o, también para conllevar una vida medianamente normal como una silla de ruedas.

**9.1.1.2 Daño emergente cristalizado en la lesión a bienes.** En el daño emergente con respecto a los bienes, en general se aplica la misma regla que con respecto a la lesión de personas, es decir, debe repararse el daño integralmente, indemnizando todos los costos que tengan directa relación con el daño de manera tal, que a su restablecimiento, permita volver a la situación en que se encontraban originalmente.

Es claro que si el bien se destruye en su totalidad deberá pagarse lo que se llama el valor de reposición; si la destrucción no es total el daño emergente corresponderá a las reparaciones necesarias para volver el bien a su estado anterior, cuyo valor se cuantificará en dinero.

El valor de reposición o de reemplazo, debe ser reconocido al valor actualizado que sirva para poner el bien en la función que cumplía antes del daño, por cuanto si no es así la reparación no es integral.

Quando el hecho dañino afecta a un bien mueble o inmueble, ...el juez aplica la misma lógica de la reparación del daño emergente sobre personas: se indemnizan todos los rubros que sean consecuencia directa del hecho dañino y cuyo restablecimiento permita volver a la situación que antecedió el daño o, al menos, a la que más se le parezca. Se busca así permitir, mediante la indemnización, que la víctima tenga el dinero para reemplazar el bien, o el dinero necesario para realizar las reparaciones indispensables para que vuelva a cumplir la función que venía cumpliendo antes del hecho dañino, o aun, el dinero que haya invertido en la recuperación de su bien. Es así como el daño emergente dependerá del nivel de afectación del bien.<sup>65</sup>

9.1.2 El lucro cesante. **Se estudiará ahora el lucro cesante, y se distinguirá si se expresa sobre personas o sobre otra clase de bienes, según la clasificación por la que se ha optado.**

9.1.2.1. El lucro cesante cuando la lesión la sufre una persona. **"Cuando la persona es lesionada, el lucro cesante consistirá en el dinero que habría recibido la persona de no haber ocurrido el daño cuya pérdida o mengua se origina en su incapacidad laboral"**<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998. págs. 204,205.

Al fallecimiento de una persona sus herederos podrán demandar el pago a título de indemnización de lo que el causante les aportaba económicamente, lo cual es un perjuicio reparable económicamente, por cuanto los herederos sufren un detrimento patrimonial consistente en la pérdida de lo que el fallecido les contribuía económicamente.

Desde luego no basta en este caso probar el daño, sino también el detrimento que sufre el heredero o deudo, como por ejemplo demostrar que con esos emolumentos se proporcionaba ayuda económica a esas personas y al faltar esta ayuda se verán afectadas patrimonialmente, con la advertencia que el Consejo de Estado presume la ayuda económica entre familiares en virtud del concepto de obligación alimentaria prevista en el Código Civil (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de Junio de 1.997. Expediente 11508).

"Debe aclararse que la Sala Plena del Consejo de Estado en Sentencia de Septiembre 5 de 1.997 expediente S-259 aportó un criterio adicional consistente en que además debe demostrarse que el causante producía económicamente, y al

respecto expresó: *Se estará igualmente a lo dicho por el a quo respecto del reconocimiento de los perjuicios materiales solicitados por los demandantes, en razón de que no aparece demostrado que al momento de su muerte el señor Martínez Arroyo ejerciera alguna actividad lucrativa o devengara un salario; tampoco que por el hecho de su muerte sus parientes demandantes se hubiesen visto afectados económicamente"* <sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Ibídem.pág.212.

<sup>67</sup> HERNANDEZ Oswaldo.Modulo de Responsabilidad Extracontractual.Especialización en Derecho Administrativo.Universidad Del Rosario.Bogotá.1999.

Iguales criterios se aplican respecto a los ingresos laborales que recibía el causante, es decir, en el caso de las lesiones a personas, el lucro cesante se estimará por los ingresos que habría percibido la persona si por causa del daño impide que lo siga recibiendo, calculándose la indemnización por la disminución en su capacidad laboral.

En este caso el destinatario de la indemnización será el propio lesionado, la que debe incluir los gastos de subsistencia. Desde luego, no puede descartarse la posibilidad de que quienes se beneficiaban de ese ingreso aduzcan título jurídico válido para intentar una acción adicional para percibir ese ingreso o apoyo económico.

Puede también contemplarse la posibilidad de una lesión tan grave que aunque la persona continúa biológicamente viva, no pueda valerse directamente por sí misma, en este caso se considera que nada impide que sus deudos ejerzan directamente la acción de reparación, pidiendo a nombre del lesionado y para sí.

9.1.2.2. El lucro cesante cuando la lesión es a un bien. **El lucro cesante cuando la lesión se produce directamente sobre un bien está constituido por lo que este deja de producir en razón del hecho dañino.**

La valoración de la indemnización respecto del lucro cesante por la pérdida de bienes, en ciertas ocasiones no es de fácil apreciación, es decir, si además del daño emergente, esto es el valor del bien, debe pagarse el lucro cesante, es decir lo que producía ese bien.

La tendencia en este caso del Consejo de Estado es pagar el valor del bien actualizado hasta el momento del pago, e igualmente el valor actualizado de lo que dejó de producir ese bien desde el momento del daño hasta el de la indemnización, liquidando ambos factores en forma separada y en ningún caso conjuntamente. Para ilustrar este punto se trae a colación una sentencia del Consejo de Estado extractada de la obra “El Daño” del Dr. Juan Carlos Henao que es bastante ilustrativa al respecto:

***En la demanda se reclama indemnización de perjuicios materiales tanto por daño emergente como por lucro cesante. Cuando se pretende la indemnización de perjuicios causados al dueño de una cosa que ha sido destruida, el resarcimiento comprende, en primer término, el valor de la especie afectada. Restituida, recuperada o reemplazada la especie perdida, en principio cesan los perjuicios derivados de su destrucción. A partir de entonces, sólo el costo del dinero, o intereses, constituye el perjuicio material indemnizable. Por otra parte, si además del daño emergente, se busca la recuperación del lucro cesante, la obligación del responsable del daño no es la de pagar el precio de la cosa destruida, sino el de su valor de obsolescencia, o de rescate, de la época en que dejaría de producir utilidad neta. Porque es obvio que no podría reconocerse simultáneamente el valor total de la cosa y el de sus rendimientos netos, ignorando que para obtener el provecho económico de la cosa esta se envejece, se desgasta, se deteriora y queda finalmente convertida en desecho. Luego si al causante del daño se obliga a pagar la cosa en el estado en que se hallaba en el momento de su destrucción, ese valor de restitución deja, idealmente, la cosa en el mismo estado de producir renta; y el dueño indemnizado queda en condición de sacar de ella – de la cosa destruida – el provecho***

***que habría obtenido con la cosa destruida. Si al responsable del daño se le obligara, además, a pagar todo el lucro cesante que hubiera podido generar el bien destruido, del indemnizante sería entonces el nuevo lucro, porque al propietario ya se le habría pagado, anticipadamente, tal beneficio. Lo mismo puede decirse del valor de la cosa cuando quede como desecho. Esta solución parece poco adecuada al contexto de la dinámica actual, a la cual debe adaptarse el derecho. De donde se colige que, en principio, la reparación del daño emergente y del lucro cesante no puede seguir el derrotero hipotético que se acaba de ver. Entonces el resarcimiento por la destrucción de cosas en eventos como el aquí estudiado, se obtiene pagando el valor de la especie al momento de su destrucción, más el costo del dinero, o interés, por el tiempo transcurrido desde el día del daño hasta el de su satisfacción total; o reconociendo el valor del lucro cesante más el precio que deba tener la cosa al terminar su vida útil. ( Consejo de Estado., Sección Tercera, 20 de febrero de 1989, C.P.: Dr. De Irisarri Restrepo, actor: Alfonso Sierra Velázquez, exp. 4655, Jurisprudencia y Doctrina, marzo de 1989, p.249.).***

Aunque algunos autores como el Dr. Henao consideran que existen diversas posiciones del Consejo de Estado al respecto; considero que en el fondo es exactamente lo mismo, por cuanto la dificultad consiste en probar el lucro cesante que es mucho más difícil de comprobación que el daño emergente.

En efecto, el lucro cesante como regla general no se puede inferir, ni se presume como consecuencia la pérdida total o parcial de un bien; en realidad, debe probarse con factores objetivos que demuestren la pérdida de ganancia que reportaba ese bien, pues en ciertos casos la pérdida no significa el lucro cesante, como por ejemplo en el caso de una finca dedicada



exclusivamente al recreo del propietario, en este evento difícilmente podría demostrarse el lucro cesante.

## **9.2. PERJUICIOS INMATERIALES**

La idea alrededor de este tema consiste en que lo que se busca es una compensación por el precio del dolor, pues estamos hablando en el terreno subjetivo o del espíritu.

La compensación en este caso consiste simplemente en tratar de mitigar el dolor producido por el daño y de alguna manera contribuir de la mejor forma a aliviar el dolor sufrido, en el sentido que el dolor se sufre menos con compensación.

Básicamente el daño moral se aplica en los casos de fallecimiento de una persona con respecto a sus herederos cercanos esto es padres e hijos, incluyendo los adoptivos tanto en sentido ascendente como descendente, y desde luego en el caso de los cónyuges con respecto al sobreviviente, e igualmente en los eventos referidos a los abuelos y nietos, suegros con respecto a sus yernos y los hermanos entre sí.

También puede aplicarse en ocasiones en el caso de las lesiones de personas, como en el caso de quemaduras extensas o los sufrimientos de la víctima de un accidente o severos daños físicos, o en general aquellas circunstancias que causen dolor a los familiares más cercanos.

El dolor es imposible medirlo con patrones objetivos, por ser en esencia subjetivo. Sin embargo, si ubicamos dicha indemnización desde el ámbito de la compensación y no de la restitución del bien fracasado, aquella se defiende en el plano conceptual. En los eventos de indemnización del daño inmaterial la naturaleza de la indemnización, se reitera, es compensatoria, en el sentido de que mediante el bien equivalente del dinero, o, de cualquier otra manera a petición razonable de la víctima o por decisión del juez, se otorga a aquella un bien que le ayuda a aliviar su pena, sin que sea relevante que la indemnización sea o no dineraria.<sup>68</sup>

"No se busca que se quede materialmente indemne, sino que se tenga el dinero u otro bien que permita hacer más llevadera la pena y sufrir en las mejores condiciones posibles la alteración emocional producida, y permitir así que cese o se aminore el daño ocasionado".<sup>69</sup>

A continuación se hace una comparación entre el derecho francés y el derecho colombiano respecto a los inicios de la jurisprudencia con relación al reconocimiento del daño moral:

El fallo Villaveces del 21 de julio de 1922 para el derecho colombiano, y el fallo Letisserand del 24 de noviembre de 1961 para el derecho francés, son los fallos de principio que, según la doctrina, reconocen por primera vez de manera explícita la indemnización del perjuicio moral.

---

<sup>68</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998. pág.231.

<sup>69</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998. pág. 231.

En efecto, el fallo colombiano citado, al resolver un caso de perjuicio causado a un viudo por la extracción ilícita de la fosa de los restos de su mujer, considera que "al demandante Villaveces, por el solo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del Municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, artículos que el Tribunal infringió por haber restringido su alcance interpretado, por tanto, erróneamente". A su turno, el fallo Letisserand, al considerar que "el dolor moral que resulta para esta última (la madre) de la desaparición prematura de su hijo es por sí mismo indemnizable", revolucionó la concepción del Consejo de Estado Francés que negaba dicha reparación al apoyarse sobre la célebre frase "las lagrimas no se monedean".<sup>70</sup>

El reconocimiento hecho por los dos fallos permite observar que el perjuicio moral es independiente.

El perjuicio moral no solo tiene cabida cuando una persona fallece o por lesiones físicas, puede también darse situaciones que atenten contra la reputación o dignidad de una persona.

Para finalizar con este tema, es preciso estudiar dos situaciones objeto de debate doctrinario y jurisprudencial: el de la transmisibilidad del daño moral y el de su procedencia para personas jurídicas.

En cuanto al primer tema, ciertos autores consideran que el daño moral es transmisible, es decir, que en el evento de la muerte de su titular sus

---

<sup>70</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998. pág.233.

herederos tienen derecho a recibir indemnización por tal concepto como lo vimos anteriormente.

A nivel colombiano el profesor Tamayo Jaramillo, quien precisa que en el evento en el cual se reclama como heredero el daño moral "los límites puestos por la jurisprudencia a la indemnización por dicho daño tendrían plena aplicación", lo cual es obvio, "por cuanto el daño moral hereditario es justamente el dolor físico o sicólogo sufrido por la víctima, y si esta hubiera sobrevivido habría podido obtener una indemnización máxima equivalente "En posición contraria se encuentra, por ejemplo, el doctrinante argentino Brebbia, quien estima que "de acuerdo con la clasificación que se efectúa en doctrina de las acciones con relación al derecho que protegen, la acción de reparación de un agravio moral debe ser incluida en el grupo de las acciones personalísimas. Ello implica que no pueda ser entablada por otra persona que el damnificado; que se extinguen con dicha persona; y que es incesible.<sup>71</sup>

No se debe confundir el carácter personalísimo del daño con el derecho pecuniario a la reparación que de él deriva, y que se convierte en una acreencia de la víctima y por tanto de sus herederos.

Respecto del segundo punto planteado, esto es, el relacionado con el daño moral que puedan sufrir las personas jurídicas, también existen teorías diversas. El rector Hineirosa considera que "la persona jurídica no es susceptible de recibir daño moral puro, sino exclusivamente material", lo mismo piensa el profesor Tamayo

---

<sup>71</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De colombia.Bogotá.1998. pág.247.

Jaramillo, cuando afirma que si " los perjuicios morales subjetivos consisten en un dolor físico o síquico, no hay lugar entonces a la indemnización por este concepto a favor de personas jurídicas".

Esta posición se justifica, como bien lo enuncia Scognamiglio, en la medida en que se tome la noción de daño moral en su sentido estricto, cosa que no ocurre con todos los autores, como por ejemplo De Cupis, para quien el concepto de daño privado no patrimonial permite afirmar que "sujeto pasivo de (este último daño) puede ser también la persona jurídica. Esto se produce cuando se compromete el beneficio que ella - independientemente por su puesto de un sentimiento de bienestar - puede experimentar en alguno de aquellos bienes no patrimoniales de los que ostenta titularidad. Así, una sociedad mercantil, una institución de beneficencia, etcétera, puede alcanzar un daño no patrimonial, valga decir a título de ejemplo, con una campaña difamatoria, por la violación del secreto de correspondencia, etc.". El problema es que, también dentro de la perspectiva de De Cupis, par quien "la persona jurídica [...] sufre, comúnmente, el daño que incide en su reputación en la cual se refleja su mismo honor", se presenta una confusión entre daño inmaterial y *good will* o *know how*.

Es claro que un a persona jurídica puede sufrir daño tanto en su *good will* como en su *know how*, pero dichos daños son de contenido patrimonial y por ello los ejemplos del citado profesor italiano no sirven para ilustrar los daños inmateriales.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> HENAO Juan Carlos.El Daño.ED. Universidad Externado De Colombia.Bogotá.1998. pág.247,248, 249.

**9.2.1 Reparación del daño inmaterial.** En la actualidad los daños extrapatrimoniales son reparados mediante la compensación entendida como aquellos actos tendientes a igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra, ya sea a través de la entrega de una suma de dinero o mediante la realización de ciertas conductas tendientes a restablecer el equilibrio turbado, verbigracia la publicación de una rectificación o de una sentencia. Hablamos de compensación por cuanto el daño extrapatrimonial no es indemnizable.

La indemnización en su sentido jurídico consiste en la restauración del equilibrio comprometido mediante la subrogación por el equivalente pecuniario del interés afectado. Encuentra su fundamento en la justicia, entendida como dar a cada cual lo suyo.

Como los bienes extrapatrimoniales, por su naturaleza misma, no pueden ser devueltos a su integridad - dar a cada cual lo suyo - y no tienen un equivalente en dinero - no hay correlación ni ajustamiento posible entre el daño extrapatrimonial y el dinero -, se debe buscar su reparación por un medio distinto a la indemnización.

Dicho medio es la compensación en equidad, la cual busca no dar al ofendido lo suyo sino satisfacerlo. Dicha satisfacción se logra proporcionándole a la víctima una suma de dinero con la cual pueda adquirir ciertos bienes que le procuren un goce, aunque no sea igual a aquel que obtenía con los bienes de los que fue privado; o también realizando ciertas conductas.

Nuestro Código Civil habla indistintamente de reparación e indemnización, y una lectura rápida de las sentencias de la Corte nos haría pensar que confunde conceptos como reparación, indemnización, compensación y satisfacción. Sin embargo, no se trata de un problema conceptual sino terminológico, ya que la H. Corte es clara en admitir la reparabilidad del daño extrapatrimonial a título de satisfacción".<sup>73</sup>

**9.2.1.1 El quantum de la reparación.** "Para la determinación de la cuantía de la reparación, la Jurisprudencia ha recurrido al *arbitrium iudicis*, otorgándole al juez la facultad de fijar el monto de una suma de dinero, que según su criterio, de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto satisfecerá a la víctima. La condena no podía ser ilimitada, se han impuesto algunos límites de forma que el ordenamiento jurídico penal impone como máximo la de mil (1.000) gramos oro, la Jurisprudencia administrativa se adhirió a tal límite y la civil por su parte impuso la de dos millones (\$ 2.000.000,00) de pesos.

Claro que debemos advertir, que estos límites se refieren únicamente a los daños morales, ya que tratándose de daños distintos, el juez no se encuentre atado a tal monto y según su criterio puede condenar a una mayor suma. Tal es el caso de la sentencia de 1 de julio de 1993 en la que el Consejo de Estado condenó por perjuicio fisiológico a dos mil (2.000) gramos oro. De igual forma en sentencia del 30 de mayo de 1994 la Corte tomando en cuenta además del daño moral, lesiones que limitaron funciones básicas de la vida, condenó a pagar al responsable la suma de cuatro millones de pesos.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> En Revista, Temas Jurídicos, No. 9. Colegio Mayor de nuestra Señora del Rosario. Bogotá. 1997. Págs 139,142, 143.

<sup>74</sup> En, Revista Temas Jurídicos, No. 9. Colegio Mayor de nuestra Señora del Rosario. Bogotá. 1997. Pág. 145.

9.2.2. Daño o perjuicio moral objetivado. **"Cuando como consecuencia del trauma anímico producido por el hecho dañoso se afecta el patrimonio económico, el perjuicio se denomina moral objetivado". (Consejo de Estado col., Sección Tercera, 28 de junio de 1967, C.P.: Dr. Portocarrero M., ACE, T. LXXII, p. 527).**

"Es daño moral objetivado la enfermedad proveniente de un ataque al sentimiento de afección y la depresión síquica, con el mismo origen, que produce inhibición para el trabajo, y que consecuentemente se refleja en patrimonio material" (Corte Suprema de Justicia col., S.N.G., 3 de marzo de 1942, M.P.: Dr. Cardozo Gaitán, G.F., T. LII, No. 1977, p.905), e, igualmente, "el menoscabo que un profesional o comerciante sufre en su honor o reputación, y que puede disminuir sus entradas de dinero, o en la depresión que un dolor moral ocasiona y que disminuye la productividad del que padece". (Corte Suprema de Justicia col., S.N.G., 4 de diciembre de 1952, M.P.: Dr. Gómez Prada, G.F., T. LXXIII, No. 2119 - 2123, p. 899).

Anteriormente, los perjuicios materiales se diferenciaban de los perjuicios morales objetivados, es decir se debían solicitar separadamente e igualmente se indemnizaban. En sentencia del 13 de diciembre de 1943, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia expresa:

No es el caso de hacer condenación de perjuicio moral propiamente dicho, porque la parte petitoria del libelo fue expresa en solicitar únicamente daños materiales por lucro cesante y daño emergente, no así los morales, y porque de meras deducciones e interpretaciones de otras partes del proceso no puede llegarse a la conclusión de tener esa petición como realmente solicitada. Se



observa sin embargo, que en los perjuicios materiales por el lucro cesante quedan comprendidos los morales objetivados que corresponden a la merma de la capacidad de producción económica del lesionado con origen en la pena psíquica que debió producirle el daño físico que sufrió.

Si los dos rubros del perjuicio se separaban, los fallos debían, en consecuencia, ordenar que se repararan de manera diferente. Pero hay casos en que, como lo ha dicho la Corte, no es posible aislar con existencia jurídica propia el daño moral, porque el perjuicio material y el moral se mezclan y confunden de tal modo que el último no puede considerarse sino como una fase o aspecto del primero.

Esta noción de derecho moral objetivado, es de gran importancia puesto que nos conlleva al estudio de una nueva clase de rubro del perjuicio no material del derecho colombiano: el perjuicio fisiológico.

**9.2.3. El perjuicio fisiológico.** Basta concebir nuestras vidas privados de los placeres ordinarios, para entender que el daño causado a la funcionalidad del órgano de una persona no termina en la pérdida o disfunción del mismo, ni el dolor que esto conlleva, sino que abarca otro tipo de menoscabo, cual es la imposibilidad de realizar ciertas actividades que el funcionamiento normal del órgano le permitía.

Este tipo de daño ha sido llamado por la doctrina francesa como *préjudice d'agrément*, por la italiana como *perjuicio a la vida de relación* y el derecho anglosajón se ha referido al mismo como *the loss of amenities of the life*.

Finalmente, nuestro derecho lo ha venido reconociendo desde hace varios años bajo el nombre de *perjuicio fisiológico*.

Nuestros doctrinantes tomaron la teoría del daño fisiológico de los juristas franceses. En dicho país se empezó a reconocer este tipo de daños hace varias décadas, pero en un principio sólo eran reconocidas aquellas actividades deportivas, lúdicas o culturales a las que se dedicaba la víctima antes del daño. Por ello, la víctima tenía que probar que se dedicaba a determinadas actividades antes de la ocurrencia del daño y la imposibilidad de dedicarse a aquellas luego de éste.

Sin embargo, desde el año de 1.973 dicho concepto fue ampliado hasta el punto de comprender toda "disminución de los placeres de la vida causada particularmente por la imposibilidad o dificultad de dedicarse a ciertas actividades gratas (*d'agrément*)", de conformidad con lo señalado en sentencia del dos de diciembre de 1977 proferida por los tribunales franceses.

A partir de entonces se reparó la imposibilidad de realizar actividades gratas sin entrar a considerar si la víctima se dedicaba a ellas. Lo que no debe llevar a equívocos de considerar al perjuicio *d'agrément*, como un daño incierto, toda vez que consiste en la pérdida de la posibilidad de dedicarse a las actividades gratas, lo que constituye un daño cierto.<sup>75</sup>

En Colombia, bajo la terminología de perjuicio fisiológico se encuadra aquella pérdida de la posibilidad de gozar actividades placenteras de la vida.

---

<sup>75</sup> En, Revista Temas Jurídicos, No.9. Colegio Mayor de nuestra Señora del Rosario. Bogotá. 1997. pág. 153

En materia civil no encontramos un desarrollo jurisprudencial propiamente dicho, aparte de una jurisprudencia del Tribunal de Medellín (Sentencia 22 de marzo de 1.985) en la que se mencionan esta clase de daños y se les diferencia claramente de los perjuicios morales y materiales. La Corte Suprema de Justicia ha guardado silencio sobre el tema, cuestión que no sabemos si obedece a que los apoderados de las víctimas no solicitan indemnización por este perjuicio a que la Corte simplemente nunca lo ha considerado dentro de aquellos daños extrapatrimoniales reparables.

En la jurisdicción contenciosa administrativa, el Consejo de Estado ha reconocido la existencia de este tipo de daños, siendo del caso resaltar la sentencia del 6 de mayo de 1993, en la que se hace un análisis del daño fisiológico en su concepción extensiva, con el fin de lograr la reparación del daño al que se ve expuesta una persona causa de la amputación de ambas piernas por encima de las rodillas.<sup>76</sup>

Para estos fines fueron acogidos los planteamientos del Doctor Javier Tamayo, los cuales han sido reiterados en varias sentencias posteriores:

Podría argumentarse que en casos similares ya la víctima fue indemnizada, cuando recibió reparación de los perjuicios morales subjetivos o de los perjuicios materiales, ya que en tal virtud se estaría cobrando doble indemnización por un mismo daño. Sin embargo, tal apreciación es inexacta. Veamos:

---

<sup>76</sup> En, Revista Temas Jurídicos, No.9. Colegio Mayor de nuestra Señora del Rosario. Bogotá. 1997. pág. 154

A causa de la lesión física o psíquica la víctima pierde su capacidad laboral, es decir, no podrá seguir desplegando una actividad que le produzca un ingreso periódico.

Fuera de lo anterior, la lesión le produjo a la víctima dolores físicos y descomposición emocional, por o cual surge la obligación de indemnizar perjuicios morales subjetivos. Suponiendo que la víctima reciba la indemnización de esos daños, seguirá existiendo el fisiológico que también debe ser reparado. En realidad, la víctima se podría hacer esta reflexión: mi integridad personal me concedía tres beneficios: ingresos periódicos, estabilidad emocional y actividades placenteras. Si las dos primeras han sido satisfechas con la indemnización, quedaría por reparar la tercera que es la que da lugar precisamente a la indemnización por perjuicios fisiológicos. Si por ejemplo, la víctima queda reducida a una silla de ruedas por una incapacidad permanente total, no podemos decir que el habersele indemnizado los perjuicios materiales y los perjuicios morales subjetivos, ya todo el daño había sido reparado. De qué vale a la víctima seguir recibiendo el valor del salario u obtener una satisfacción equivalente a un perjuicio moral subjetivo, si para el resto de actividades vitales no dispone de la más mínima capacidad? Sigamos con el ejemplo: supongamos que la víctima después de la indemnización de los daños materiales y morales subjetivos, queda con dinero y tranquila. Sin embargo, seguirá estando muy lejos de la situación privilegiada en que se encontraba antes del hecho dañino, pues no podrá seguir disfrutando de los placeres de la vida. Esto nos indica que el daño moral subjetivo y el fisiológico son diferentes. Repetimos: la indemnización por perjuicios morales subjetivos repara la satisfacción psíquica o el dolor físico de la

víctima; en cambio, la indemnización del perjuicio fisiológico repara la supresión de las actividades vitales.<sup>77</sup>

El juez colombiano confunde en ocasiones las alteraciones en las condiciones de existencia y el perjuicio material. Por lo anterior, "si las alteraciones en las condiciones de existencia tienen una naturaleza básicamente no pecuniaria, en ocasiones los fallos les otorgan una naturaleza híbrida al confundirlas con las consecuencias pecuniarias del hecho dañino, con lo cual se introduce una confusión respecto de la naturaleza misma de esta clase de perjuicio".<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> En, Revista Temas Jurídicos, No. 9. Colegio Mayor de nuestra Señora del Rosario. Bogotá. 1997. Pág. 155.

<sup>78</sup> Henao Juan Carlos. "El Daño". Bogotá. ED Universidad Externado De Colombia. 1998. Pág. 263.

## CONCLUSIONES

Como se dijo desde el inicio, el presente ensayo monográfico tiene como tema central, el daño.

Para entrar en su estudio, se partió del tema de la responsabilidad civil contractual y extracontractual entendiendo que el daño es uno de los elementos fundamentales para que ésta se pueda configurar.

En el trayecto de este análisis, se puede destacar el desarrollo, evolución y evidente tendencia de nuestro Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, de indemnizar los perjuicios que pueda causar el Estado a través de sus diferentes agentes, a los particulares.

Es claro, que esa indemnización depende fundamentalmente de la ocurrencia de un daño, si se tiene en cuenta, que este es la razón de ser de la responsabilidad y que al sufrir un menoscabo en las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial, ese detrimento debe ser indemnizado.

El principio establecido actualmente en nuestra carta política (Artículo 90), es que los daños antijurídicos deben ser reparados pecuniariamente por la vía de la indemnización.

El particular víctima de un daño causado por la Administración puede, bajo ciertas condiciones, obtener una indemnización compensatoria impuesta a la colectividad pública – llámese Nación, departamentos, municipios, entidades descentralizadas etc.– a la cual el perjuicio le es imputable.

Es obvio que el interés particular debe ceder ante el interés público, sin embargo, se hace presente dentro de la moderna teoría del Derecho Público que todo perjuicio causado por el Estado, aún con miras a la satisfacción de intereses y necesidades colectivas, al traducirse en una mayor carga para uno de los ciudadanos, debe ser reparado.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. De La Responsabilidad Extracontractual En El Derecho Civil. Ed. Universal. Santiago.1981.

DE LAUBADÉRE, André. Manual de Derecho Administrativo. Ed. Témis. Bogotá.1984.

HENAO, Juan Carlos. El Daño. ED. Universidad Externado De Colombia. Bogotá.1998.

Jurisprudencia y Doctrina, t. XVIII, núm.208. Bogotá. Edit. Legis

MAZEAUD, Henry y Léon. Tratado Teórico Práctico De La Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Ed. EJEA. Buenos Aires.1961.Tomo Primero, Volúmen I.

MAZEAUD, Henry y Léon. Tratado Teórico Práctico De La Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Ed EJEA. Buenos Aires.1961.Tomo Dos. Volúmen II.

PEIRANO Facio, Jorge. Responsabilidad Extracontractual. Ed. Témis. Bogotá. 1981.

Revista Temas Jurídicos, No. 9. Bogotá. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.1997.

TAMAYO Jaramillo, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo II. ED. Témis. Bogotá. 1986.

TAMAYO Jaramillo, Javier. La Responsabilidad del Estado, El riesgo excepcional y las actividades peligrosas, El daño antijurídico ( Const. Pol., art. 90) . Ed. Témis. Bogotá. 1997.Ed. Temis