

LA REPARACIÓN DEL DAÑO: ALGUNOS CASOS CONTROVERTIDOS

**ANA MARÍA RUBIANO DELGADO
LINA MARÍA VÉLEZ CRUZ
ISABELLA ZAMBRANO OBANDO**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO**

Bogotá D.C.

2011

LA REPARACIÓN DEL DAÑO: ALGUNOS CASOS CONTROVERTIDOS

**ANA MARÍA RUBIANO DELGADO
LINA MARÍA VÉLEZ CRUZ
ISABELLA ZAMBRANO OBANDO**

Presentado para optar al título de ABOGADO

ANTONIO PABÓN SANTANDER

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO
Bogotá D.C. 2001**

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Tabla de Contenido

RESUMEN	13
CAPÍTULO I	17
ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	17
CAPÍTULO II	20
ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE REPARACIÓN DEL DAÑO CONTEMPLADOS EN LA LEY COLOMBIANA	20
2.1 El artículo 16 de la Ley 446 de 1998.	20
<i>2.1.1 El concepto de Reparación Integral.</i>	21
<i>2.1.2 Equidad</i>	24
<i>2.1.3 Los Criterios Técnicos Actuariales</i>	26
2.2 Análisis Jurisprudencial	27
2.3 Propuesta como solución al problema planteado.	36
CAPÍTULO III	39
REPARACIÓN IN NATURA	39
3.1. Noción	39
3.2. Problemas en la práctica de la reparación in natura	40
<i>3.2.1 Imposibilidad de realizar la reparación en la práctica:</i>	41
<i>3.2.2. Excesiva onerosidad de la reparación in natura.</i>	42
<i>3.2.3. Preferencia de la reparación por equivalente por parte de la víctima</i>	42
3.3. Modalidades de Reparación in natura	43
<i>3.3.1. Restitución de un bien de especie o cuerpo cierto</i>	43
<i>3.3.2. Remplazo del bien jurídico perdido destruido o deteriorado.</i>	45

3.3.3. <i>Reemplazo del bien genérico perdido, destruido o deteriorado.</i>	45
3.3.4. <i>Supresión de la actividad causante del daño</i>	46
3.3.5. <i>Restauración del bien dañado</i>	46
3.4. Derecho Comparado	47
3.4.1. <i>Tendencias sobre la elección de la reparación in natura</i>	47
3.4.2. <i>Referencia especial al caso español</i>	49
3.5. Propuesta como solución al problema planteado	53
CAPÍTULO IV.	54
COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO	54
4.1. Consideraciones Generales	54
4.2. Noción	55
4.3. Finalidad de la figura	56
4.4. Elementos	58
4.4.1. <i>Daño</i>	58
4.4.2. <i>Lucro</i>	60
4.4.3. <i>Causalidad del lucro</i>	61
4.5. Diferencias con otras figuras	64
4.5.1. <i>Compensación de créditos</i>	65
4.5.2. <i>Inexistencia originaria del daño</i>	66
4.6. Hipótesis de aplicación de la CLCD	67
4.6.1. <i>Causa inmediata</i>	67
4.6.2. <i>Causa mediata</i>	68
4.7. Aplicación en Colombia	70
4.8. Aplicación extranjera	72
4.9. Jurisprudencia	74
4.10. Propuesta como solución al problema planteado	79

CAPITULO V	82
CONCLUSIÓN	82
BIBLIOGRAFÍA	85

RESUMEN

Este trabajo de grado se encamina a analizar algunos de los muchos problemas que eventualmente en un proceso de responsabilidad civil pueden presentarse al momento de evaluar u ordenar la reparación del daño. Por ello, teniendo en cuenta lo anterior, el estudio aborda inicialmente un análisis del precepto legal que consagra la obligación del juez de valorar y ordenar la reparación del daño atendiendo a los principios de reparación integral, equidad y criterios técnicos actuariales, y así mismo, el estudio de las figuras de reparación *in natura* y *compensatio lucri cum damno* con el objetivo de formular unas propuestas que permitan unificar su aplicación en la vida diaria.

Palabras clave: responsabilidad civil, reparación, daño, equidad.

INTRODUCCIÓN

Teniendo en cuenta los innumerables eventos que cobran relevancia en el mundo del derecho, se evidencian casos en los cuales se hace problemática la aplicación de las normas jurídicas, partiendo de la base que, en muchas ocasiones, éstos desbordan los parámetros generales que se utilizan para resolver las dificultades dentro del marco de la responsabilidad civil. Por ello, este trabajo de grado busca entrar a analizar tres escenarios poco estudiados por los agentes del derecho, con el fin de plantear propuestas que esclarezcan el camino a seguir cuando en la práctica éstos ocurran. Dichos eventos son: (i) la aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, (ii) la reparación *in natura* y (iii) la *Compensatio lucri cum damno*.

En desarrollo de lo anterior las cuestiones que se estudiarán son:

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 establece que en cualquier proceso jurisdiccional la valoración de los daños se realizará atendiendo los principios de reparación integral, de equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

Sin embargo la amplitud de la norma no establece en qué casos se debe acudir a dichos criterios, ni tampoco en qué tipo de situaciones utilizar cada uno de ellos. ¿Será obligatorio para el juez aplicar siempre y oficiosamente el artículo? ¿En qué casos debe acudir a cada uno de los criterios?

Por otro lado, teniendo en cuenta que la figura de la reparación *in natura* tiene como fin primordial restaurar la situación de la víctima a la que tendría de no haber existido el perjuicio, a simple vista pareciese cubrir cualquier evento, sin embargo en la práctica la situación es otra en la medida que se presentan interrogantes que no son tan fáciles de responder ¿Esta figura cubre todos los efectos generados por el acontecimiento dañoso? O por lo contrario ¿Es necesaria una indemnización de perjuicios adicional?.

Por último, contrario a la común ocurrencia, en determinadas ocasiones, un hecho dañoso, no trae consigo la consecuencia de generar un detrimento, sino que dependiendo de las circunstancias, puede producir beneficios a la víctima.

De lo anterior surge el interrogante acerca que cómo proceder cuando ello ocurre y por ello se estudiará la figura de la denominada *Compensatio Lucri Cum Damno* (en adelante, *CLCD*).

¿Cómo contraponer en la práctica el daño patrimonial y extrapatrimonial con el lucro generado por aquel?

¿Cómo diferenciar la *CLCD* de otras figuras, y así evitar una aplicación indiscriminada y errónea de la misma?

Dado el caso, se pretende realizar un estudio conceptual de la *CLCD* y así lograr efectuar propuestas respecto de la aplicación práctica de la misma.

Así pues, se procederá en los capítulos siguientes a abordar cada uno de los problemas expuestos, y a intentar dejar plasmadas algunas propuestas de solución a cada uno de ellos, que si bien no serán soluciones definitivas, pretenden constituirse en nuevos aportes que contribuyan a su mejor comprensión y un manejo más práctico de los mismos; lo anterior toda vez que ni la ley, ni la doctrina ni la jurisprudencia los han desarrollado suficientemente para trazar unos parámetros claros y uniformes que permitan su correcta y general aplicación.

CAPÍTULO I.

ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El deber jurídico preexistente en toda relación jurídica, es el de no dañar; pero qué sucede cuando un sujeto de derecho sufre un daño que no debe soportar? La respuesta a esta pregunta es la base de la responsabilidad civil, pues desde ese instante surge la obligación para quien causó el daño de repararlo integralmenteⁱ, tal como lo consagra el Código Civil en su artículo 2341ⁱⁱ. En términos generales, nadie tiene porqué soportar una afectación de su patrimonio o de su esfera extrapatrimonial, salvo cuando la ley así lo prevea, razón por la cual el ordenamiento jurídico reacciona buscando que a la víctima del daño se la deje en el estado que tendría como si no hubiera acaecido el hecho dañosoⁱⁱⁱ o cuando menos, en la situación más cercana posible.

Para que se configure una situación en la cual sea predicable la responsabilidad civil de un sujeto, deben concurrir los elementos conocidos como culpa o actuación, daño y nexo causal.

Por un lado, es necesario que exista una actuación del agente, que en muchos casos, se enmarca dentro de lo que la doctrina llama la culpa, es decir que mediante una acción u omisión, se hayan desatendido los parámetros de conducta óptimos que impone el Derecho. Es así, como la culpa comprende un elemento subjetivo del actor, y por lo tanto “...se refiere a la reprochabilidad psíquica de la acción...^{iv}”. En otros eventos, basta con una simple actuación.

Como elemento adicional y esencial de la responsabilidad civil, se encuentra también el daño. Éste consiste en el agravamiento de una situación o el menoscabo de un derecho, como resultado de una circunstancia que no ha debido de ser sufrida. El daño, para ser resarcido, debe ser cierto, es decir que no haya duda alguna de su ocurrencia siendo real y efectivo, también debe ser personal, o sea que quien lo alegue es quien efectivamente lo padeció, y además debe ser directo, implicando que no se tendrán en cuenta los perjuicios que provengan de causas exógenas.

Finalmente, como tercer elemento encontramos el nexo causal que debe existir entre la actuación y el daño efectivamente sufrido. Esta relación se caracteriza por ser “...*el elemento que vincula el daño directamente con el hecho ...*”^v.” Así las cosas, mediante el nexo causal se puede determinar a quién debe imputarse la causación del daño que ha de ser resarcido y no radicar en cabeza del agente hechos que no guarden relación con la conducta examinada en cada caso en concreto. A su vez, “...*no sólo permite establecer la autoría material del sujeto, sino también la extensión o medida del resarcimiento a su cargo.*”^{vi}”

Sobre esos elementos, se edifica el objetivo fundamental de la responsabilidad civil: la reparación de los daños.

Por ello, el estudio de esa institución sería incompleto si él no se acompañara de un análisis relativo a la forma en que se debe realizar esa reparación. Así, se reitera, por un lado, es necesario constatar en primer lugar la existencia del daño para que alguien pueda ser considerado civilmente responsable, pues como bien se señala “...*el daño además de ser*

uno de los presupuestos, es sin duda el elemento imprescindible para que se ponga en marcha el mecanismo de la responsabilidad civil y de la reparación, tanto en la vía contractual como en la extracontractual. Se trata de la pieza clave del sistema, ya que sin el daño o perjuicio no hay obligación de resarcir...^{vii}”

Pero adicionalmente el daño permite determinar exactamente el contenido y el alcance de la obligación resarcitoria y la forma de cumplirla^{viii}.

Es en este punto donde radica el gran interrogante respecto de cómo proceder a resarcir en la práctica. Pues cuando se trata de derechos patrimoniales vulnerados la reparación consistirá en restablecer el patrimonio, ya sea en especie o pecuniariamente. Sin embargo, el tema se vuelve un poco más complejo cuando se trata de derechos extrapatrimoniales pues, cuantitativamente no hay una suma que restablezca el equilibrio perdido o acaso, cómo se calcula el dolor? O tal vez, cuánto cuesta el daño a la vida en relación de una persona? En este punto, se busca compensar tanto a la víctima como a su familia mediante una suma de dinero con la cual se pueda superar el daño o atenuar en alguna medida las secuelas que dejó.

Y si bien en algunos ordenamientos el legislador ha pretendido establecer las formas idóneas de reparar, lo cierto es que la efectividad de la obligación reparatoria genera múltiples y diversos cuestionamientos y discusiones, tal y como pasa a exponerse en los capítulos subsiguientes.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE REPARACIÓN DEL DAÑO CONTEMPLADOS EN LA LEY COLOMBIANA.

2.1 El artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

La legislación colombiana no señala expresamente el modo o la forma de reparar el daño cuando un individuo es responsable frente a otro.^{ix} Sin embargo, con el artículo 16 de la ley 446 de 1998, el principio de reparación integral tuvo consagración legislativa y a su vez dispuso que el juez debe valorar y ordenar la reparación del daño atendiendo “*los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.*”

No obstante, si bien la norma constituye un valioso intento legislativo encaminado a fijar unas pautas serias para la reparación del daño, su interpretación y aplicación presenta importantes dificultades que bien vale la pena analizar, con la finalidad de proponer en este trabajo una interpretación que consulte los principios de la responsabilidad civil, y claro está, la protección de las víctimas.

Así las cosas, antes de entrar a presentar esa propuesta, resulta de gran importancia definir y entender cada uno de los criterios a que se refiere la norma y establecer cuál es la implicación de cada uno de ellos.

2.1.1 El concepto de Reparación Integral.

El criterio de reparación integral tiene como fin reparar a la víctima buscando que quede en una situación idéntica o similar a la que tendría si el hecho ilícito no se hubiera presentado, razón por la cual, el ordenamiento jurídico reacciona para que ese daño sea reparado por el autor.

La reparación va a ser diferente en la medida que se trate de un daño patrimonial, aquellos que “... son, en tales casos evaluables económicamente por referencia al valor que el bien dañado tiene en el mercado cuando el daño se ha causado”^x o se trate de un daño extrapatrimonial “... La lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de afectación pecuniaria”.^{xi}

En principio se estudiarán los daños que afectan el patrimonio de la víctima y al final aquellos que afectan la integridad corporal, derechos fundamentales o la esfera espiritual de la persona.

La reparación del daño patrimonial busca restablecer el equilibrio económico perdido ya sea en especie o en equivalente pecuniario. La reparación en especie, también llamada reparación *in natura* es la forma primaria de reparar el daño causado, pues implica dejar a la víctima en la situación que tendría en el momento actual de no haber ocurrido el daño, es decir, la víctima debe quedar indemne a las consecuencias que el daño produce; en palabras del profesor Reglero Campos “ *No consiste meramente en el deber de eliminar ciertos*

obstáculos, sino que tiene un contenido positivo, puesto que obliga a crear un estado de cosas que de momento no existe”^{xii}. Bajo este entendido, se repara el interés personal que tenía la víctima sobre el objeto dañado y no solo su valor material, pues no puede perderse de vista todo aquello que el damnificado hubiera podido desarrollar administrando la parte perdida.

Esta reparación *in natura* tiene varias modalidades que más adelante se entrarán a estudiar. Sin embargo, existen tres casos en los que la reparación debe hacerse por equivalente pecuniario. El primero de ellos es la imposibilidad de realizar la reparación *in natura*, el segundo cuando resulta excesivamente oneroso y por último cuando la víctima prefiere la reparación por equivalente. A continuación se explicará específicamente cada una de estas tres situaciones.

Cuando la reparación es excesivamente onerosa, aunque legalmente no hay un artículo que de una solución, la doctrina ha establecido que será el juez quien deberá adoptar la fórmula subsidiaria de reparación por equivalente. Sin embargo ¿cuándo saber que es excesivo? Se ha establecido un criterio adecuado para determinarlo: cuando el costo en que incurre el deudor es excesivo frente a los beneficios que obtiene el acreedor. De esta manera, si la satisfacción del acreedor puede ser similar bajo otras alternativas menos costosas deberá optar por esa opción, pues se debe propender porque el costo – beneficio sea proporcional en miras a la equidad, tema que se abordará más adelante.

Al hablar de imposibilidad, debe ser analizada desde tres puntos de vista: la imposibilidad física, es decir, aquella que no es humanamente posible refiriéndose en su mayoría a los

daños corporales, la imposibilidad subjetiva, cuando es el deudor el único que puede cumplir y no puede hacerlo o se niega a hacerlo, y por último la imposibilidad objetiva, en aquellos casos cuando un bien cuerpo cierto se extravía definitivamente y no resulta factible restaurar el interés del sujeto con otro bien que llegase a ser fungible en relación con el perdido.

Referente al último caso, en el que la víctima es quien prefiere la reparación por equivalente, se trata de aquel en el cual busca que se resarza el menoscabo del patrimonio mediante una suma de dinero que se considera equivalente al detrimento que sufrió. Puede darse como suma única o a modo de renta sin que cambie el valor equivalente. *“La reparación por equivalente lo que produce, por tanto, es una subrogación en el patrimonio del afectado, reemplazando el interés lesionado por el valor económico del mismo, representado en una suma de dinero”*^{xiii}

Sin embargo, tal y como quedó expuesto, no siempre el daño sufrido por la persona afecta su patrimonio, sino que puede consistir en un daño en su integridad física, emocional, psicológica, en sus condiciones de vida, esto es, lo que se ha denominado un daño extrapatrimonial.

En estos casos la reparación por equivalente es la única alternativa para resarcir el daño causado, pues el dolor de perder un ser querido, de perder una extremidad del cuerpo ó quedar lisiado son daños que no son susceptibles de una valoración económica, no tienen un referente pecuniario que permita repararlos integralmente, pues es obvio que nunca será lo mismo. En estos eventos, se busca compensar el daño mediante una suma de dinero que

tiene como fin que la persona pueda superar el acontecimiento dañoso y hacer menos gravosas sus secuelas.^{xiv}

Por último, es menester señalar que las formas de reparación mencionadas anteriormente no son excluyentes en los casos que puedan concurrir; sin embargo, nunca pueden ser fuente de enriquecimiento, pues, en nuestro derecho, su naturaleza es reparatoria.

Como conclusión de lo expuesto anteriormente, se evidencia que la finalidad esencial del criterio de reparación integral busca retrotraer la situación dañosa sufrida por el perjudicado en su patrimonio o integridad, y así, equilibrar las cargas que fueron afectadas por una situación que no ha debido de ser soportada por la víctima. En palabras sencillas, el criterio de reparación integral conlleva que se debe reparar todo el daño y sólo el daño.

2.1.2 Equidad

El derecho es una ciencia social que se va transformando a través del tiempo, pues las leyes surgen de acuerdo con las necesidades y realidades sociales. Es por esta razón que a diferencia de las ciencias exactas, no se trata de una aplicación mecánica donde siempre se consigue un mismo resultado, pues en éste evento se trata de variables siempre diferentes; se trata de casos particulares, casos que atienden a realidades sociales con características específicas.

Sería una tarea muy fácil para el juez aplicar sistemáticamente parámetros dictados por el legislador, es más, muy probablemente la congestión judicial no existiría, sin embargo la realidad es otra.

El juez es un ser imparcial, que mediante la interpretación y aplicación de la ley busca darle la solución más justa a las situaciones en disputa, siendo ese el espacio donde la equidad cobra su gran relevancia dentro del ordenamiento jurídico.

Según Aristóteles, la equidad “*sirve como una cierta razón de justicia que suple los defectos de la ley escrita*”.^{xv} La ley por su carácter general no contempla en sí los casos específicos y por ellos la equidad es la herramienta de la que se vale el juzgador para lograr complementarla según cada circunstancia en particular. Conforme a esto, la finalidad del juez es ajustar el derecho escrito con las exigencias de la vida diaria “*es una justicia situada en las circunstancias particulares del caso*”^{xvi}. No significa lo anterior, que la norma analizada desde el punto de vista general es injusta, si no que - en ciertos eventos - aplicada al caso particular puede resultar desmedida.

Es así como el juez, al dictar la sentencia hace lo que hubiese hecho el legislador si hubiera tenido los elementos fácticos de la situación concreta. “*Consiste entonces en un juicio de valor realizado por un magistrado en la resolución de una causa creando en la sentencia una norma individual adecuada al caso concreto*”^{xvii} y es la equidad el criterio que el juez no debe olvidar en el proceso de conversión de la norma genérica y abstracta consagrada en la ley a la norma individualizada con la cual al aplicarla se busca obtener la justicia del caso.

No se trata de hacer menos severa la norma, sino que según las circunstancias el juez debe evaluar y atenuar el rigor que puede emanar de una disposición legal buscando que no sea desmedida, con el objeto de lograr un adecuado equilibrio en las relaciones humanas.

En el ordenamiento colombiano, como ya se dijo, el artículo 16 de la ley 446 de 1998 incluye la equidad como criterio de reparación. Sin embargo cabe preguntarse si la interpretación de la norma permitiría que el juez pudiera en ocasiones corregir situaciones que impliquen una excesiva onerosidad, rompiendo así unos de los lineamientos en los que se basa el principio de reparación integral?. En nuestro concepto la interpretación de la norma debe consultar el principio de eficacia y debe evitar contradicciones. Responder afirmativamente la pregunta planteada implicaría que el juez puede escoger si se inclina por la reparación integral o si opta por la equidad, lo cual resulta extremadamente peligroso.

Por ello, consideramos que el principio de la reparación integral deberá ser el rector de todo proceso de responsabilidad civil y que la equidad lo complementará específicamente en aquellos casos en que la cuantificación del daño probado sea imposible.

2.1.3 Los Criterios Técnicos Actuariales

El criterio técnico actuarial es el último al que se refiere el artículo 16 de la ley 446 de 1998 que consiste en la utilización de modelos matemáticos mediante los cuales es posible decir que una determinada indemnización reparará el efecto del daño que la víctima ha sufrido.

En este orden de ideas, es importante recalcar el rol del actuario, pues es el profesional que mediante modelos matemáticos analiza y cuantifica implicaciones financieras de riesgos futuros inciertos, evalúa los hechos económicos y sociales sometidos a leyes probabilísticas y financieras, todo con miras a resolver problemas de la vida real, pues no sólo se trata de ser expertos en el área de las matemáticas, sino de la capacidad que tiene de asociar los resultados y amoldarlos a situaciones específicas.

Finalmente, y centrándose en el tema que ocupa el presente trabajo, una de las tareas más importante de los actuarios es la de determinar las condiciones de cambio de valores presentes por valores futuros, estableciendo el equilibrio actuarial y así impedir los efectos adversos de la depreciación de la moneda a la hora de indemnizar, pues siempre se busca obtener resultados adecuados y equitativos.

Establecido lo anterior, corresponde entonces entrar al análisis de la norma mencionada y específicamente a elaborar la propuesta de aplicación, pues si bien en ella se contemplan los tres criterios esbozados, lo cierto es que no existe claridad sobre la forma de aplicación de los mismos, si existe un orden de prelación, si pueden concurrir, si todos deben utilizarse o si son excluyentes.

2.2 Análisis Jurisprudencial

Analizados y definidos cada uno de los criterios de indemnización que contempla la ley colombiana, es importante a continuación, analizar el manejo jurisprudencial que se le ha dado al tema, pues sólo entendiendo cómo las Altas Cortes los han desarrollado, se podrán

fijar las pautas que permitan esbozar una posible solución al problema planteado ayudando a un mejor desarrollo del tema.

Como ha quedado expuesto, el problema que se vislumbra al respecto y que da lugar al desarrollo del presente trabajo de grado, consiste en la inexistencia en el ordenamiento colombiano de pronunciamiento alguno que analice específicamente y fije los alcances pertinentes sobre lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Aparecen algunas decisiones que se refieren tangencialmente a la norma, pero no se registra ninguna que haga un estudio concreto y profundo sobre su contenido y su aplicación. No hay, en consecuencia, claridad sobre la forma de utilización de cada uno de los criterios que en ella se establecen.

Se procederá entonces a plasmar los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes en los cuales las Cortes, o incluso en algunos casos, una misma corporación en diferentes momentos, han utilizado los criterios anteriormente esbozados, todo con miras a analizar cuál es el alcance que se le debe dar a cada uno de ellos.

Es necesario enfatizar que no sólo se pretende analizar el artículo mencionado y los pronunciamientos jurisprudenciales realizados después de su promulgación sino que por el contrario, es de suma importancia tener en cuenta el reconocimiento hecho por las Altas Cortes al principio de reparación integral y equidad, el cual se dio mucho antes de expedirse dicha ley.

En primer término vale la pena mencionar que en 1991, la Corte Suprema de Justicia estableció que cuando se haya dañado a otro por delito o culpa, el que lo ha cometido es obligado a la indemnización, precisando que *“la llamada indemnización tiene como límite cuantitativo aquél que, según su función de dejar indemne, alcance a reparar directa o indirectamente el perjuicio ocasionado, para el restablecimiento en sus diferentes formas de la misma situación patrimonial anterior”*.

Como se denota, la CSJ en ese fallo delimita algunos de los elementos fundamentales de la indemnización como medio para reparar el daño causado y lograr así la finalidad de la responsabilidad civil. De esta manera, por un lado señala como límite cuantitativo dejar a quien fue dañado en la misma situación patrimonial anterior, y por el otro señala la posibilidad que tiene el causante del daño de reparar de diferentes formas, supuesto que encuentra su fundamento en la responsabilidad civil general.

Posteriormente, dos años después de su creación, la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema señalando que el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite. Bajo dicho supuesto, restringe la reparación y establece que ésta debe ser acorde con el daño sufrido, pero enfatiza que el resarcimiento no puede ir más allá, pues éste no puede ser fuente de enriquecimiento.

De lo anterior, se evidencia que la reparación integral era un criterio generalmente empleado en el resarcimiento del daño; sin embargo, no fue el único que se aplicó antes de la promulgación de la Ley 446.

La CSJ en el año de 1995^{xviii} estableció que *“no es imperativo que el fallador exprese cuál es la norma jurídica en que se basa cada uno de los razonamientos con que resuelve el caso, pues teniendo en cuenta que la ley no puede proveer sobre todas las situaciones de la vida real, la Constitución Política (Art. 230, inc. 2o) y la Ley (Art. 304 del Código de Procedimiento Civil y 8o de la Ley 153 de 1887) permiten al fallador resolver el asunto con apoyo, no solo en la legislación existente, sino también en la justicia y la equidad, valores que de por sí son integrantes del ordenamiento jurídico imperante en el país.”*

Es evidente el gran avance alcanzado por medio de la jurisprudencia, pues incluso antes de que el legislador lo consagrara, los jueces basándose en la Constitución y en principios del derecho natural, emplearon como herramientas la equidad y la justicia, criterios que no sólo debían ser utilizados en temas de responsabilidad civil, sino que bien podía extenderse a otras ramas del derecho.

En el año 1997, el Consejo de Estado en la Sala de lo Contencioso Administrativo^{xix} aplicó por primera vez para la indemnización de un perjuicio causado por parte del Estado, el principio de equidad.

El caso contemplado se refiere a la muerte del Doctor Enrique Low Mutra, en el cual su esposa, Yoshiko Nakayama de Low demanda a la Nación Ministerio de Defensa. Sin entrar a realizar un análisis detallado del fallo, puesto que no es el tema que ocupa el presente trabajo, es menester explicar las condiciones profesionales y de vida del Dr. Low para dar un mayor entendimiento al primer pronunciamiento jurisprudencial emitido atendiendo el

criterio de equidad. A continuación se citan apartes del fallo que permiten dar una mayor claridad.

“La responsabilidad demandada deriva de falla en el servicio por omisión, dado que el asesinato se produjo porque las autoridades de Colombia no lo protegieron, a pesar de conocer las amenazas en contra de su vida.

(...) En el momento de ser asesinado hacía 4 meses que había regresado al país después de ser embajador en Suiza por más de un año, razón por la cual apenas estaba empezando a reorganizar su actividad económica por fuera de un cargo público, y el único ingreso fijo que tenía era aquel derivado de su actividad académica, pero que no correspondía realmente a su capacidad productiva, si se tiene en cuenta la trayectoria que tenía en posiciones públicas y su preparación académica.

(...) Su trayectoria permite a la Sala determinar que la remuneración que tendría de haber continuado con vida, correspondería por lo menos a la de un alto funcionario del Estado, entre los cuales se encuentran los magistrados de las Altas Cortes; cabe recordar que fue consejero de Estado. Pero en ningún caso su remuneración podía ser inferior. La Sala optará por reconocer la indemnización con base en la remuneración que hoy devenga un Consejero de Estado, es decir un alto funcionario del Estado.

(...) proceder a su tasación, acudiendo al arbitrium judicis; por supuesto, que en esa tarea se atenderán las condiciones de la lesión y las secuelas que hubiere producido en los ámbitos personal, familiar y social de la víctima”

Aunque en el presente caso la Sala no hace un análisis sobre la equidad específicamente, el pronunciamiento refleja los lineamientos de la figura en el entendido que no se acoge rigurosamente a la situación concreta del Dr. Low el día de su muerte como base para tasar los perjuicios, sino que con el objetivo de proferir una sentencia justa, analiza la trayectoria y las capacidades del Dr. Low y “acudiendo al *arbitrium judicis*” ordena tasar los perjuicios no con base en el salario de profesor universitario que devengaba en el momento de su muerte, sino en el salario de un alto funcionario del Estado por su carrera como Consejero de Estado.

A luz propia el fallo refleja ese espíritu que tuvo el juzgador de analizar el caso en concreto y darle un sentido justo al fallo basándose en el *arbitrium judicis*, que no es otra cosa que acudir al criterio de equidad, pues son las circunstancias fácticas del caso las que permiten que la ley general se aplique de determinada manera. Obsérvese que, en estricto sentido, tampoco se estaba indemnizando un daño futuro, porque no existía certeza de su ocurrencia, sino que lo se tuvo en cuenta para determinar la indemnización fueron las condiciones personales o propias del Dr. Low, proyectadas a futuro, lo que no es nada distinto que la utilización de la equidad.

Sin embargo vale la pena destacar que el hecho de que la corporación hubiese utilizado en ese fallo el criterio de la equidad, no significaría que fuese el criterio que se esbozaría de ahí en adelante.

Así mismo, la CSJ en 1998 siguió pronunciándose y delimitando el tema de la reparación integral del daño y señaló en su jurisprudencia que cuando se causa un perjuicio a otro debe cubrir absolutamente todo el detrimento que el hecho culposo del agente irroga a la víctima. No hay razón valedera para que un daño, inclusive por pequeño que se lo juzgue, quede sin reparar y que entonces deba soportarlo el damnificado. Es inconcebible, pues, que la indemnización resulte inferior al daño, porque indemnizar equivale, en su más simple significado, a borrar en la medida de lo posible los efectos nocivos de un hecho, procurando que la víctima recupere el estado anterior en el que se hallaba.

Fue ese mismo año cuando se expidió la Ley 446, en la cual el legislador en el artículo 16 dispuso que *“[d]entro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”*.

Frente a las demandas de inconstitucionalidad presentadas en contra de la norma, la Corte Constitucional la declaró exequible señalando *“se tiene que esta Corporación, inicialmente en la Sentencias C-114 de 1999 (M.P. Fabio Morón Díaz) y luego en la Sentencia C-487 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), adelantó el correspondiente juicio de inconstitucionalidad. En la primera providencia, el juicio se concentró en determinar si el contenido material del precepto violaba la reserva de Ley estatutaria prevista en el artículo 152 de la Carta, y en la segunda, si el mismo era contrario al principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 Superior. En ambos casos, la Sala concluyó que la norma no contrariaba tales presupuestos constitucionales, procediendo a declarar su exequibilidad^{xxx}*.

Lamentablemente, ninguno de los pronunciamientos precedentes se ocupó de darle un alcance más claro a la norma delimitando su forma de interpretación y aplicación. Es claro que persiste el problema consistente en que no hay en el ordenamiento colombiano un pronunciamiento que dentro de sus consideraciones tenga como objetivo hacerlo y así, consolidar ese intento del legislador de fijar los parámetros para resarcir el daño causado a otro.

Finalmente, la sentencia del 20 de enero de 2009xxi de la CSJ con MP Dr. Pedro Octavio Munar cita el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y sostiene además que *“Sabido es que quien por sí o a través de sus agentes causa a otro un daño, originado en culpa suya, está obligado a resarcirlo, lo que significa que quien, a su vez, pretenda la indemnización de un perjuicio deberá acreditar, en principio, que éste realmente existió, el hecho intencional o culposo imputable al accionado y el nexo causal entre éstos.”*

En consonancia con lo anterior, se hace evidente su interés, una vez más, por plasmar y puntualizar jurisprudencialmente el deber de reparar como fin esencial de la responsabilidad civil. Sin embargo, es de suma importancia señalar que ese fallo, no sólo contempla el deber de indemnizar, sino que también se detiene a pronunciarse sobre los elementos que se deben configurar para ser acreedor de una indemnización.

Con base en este último punto, es necesario precisar que los criterios que debe seguir el juez para lograr el resarcimiento de un daño permiten el logro de los fines de la

responsabilidad civil, no obstante, no hay que dejar de lado, hecho que enfatiza el fallo, la importancia de los supuestos fácticos que deben concretarse para que la reparación se configure y sólo en ese instante, el fallador entrará a pronunciarse tomando como herramientas los criterios que la ley consagra.

“El juez, estando acreditado el daño, ante las deficiencias probatorias para cuantificar un lucro cesante efectivamente causado (pasado) o con un alto grado de posibilidad de producirse (futuro), debe echar mano de los métodos de evaluación que permitan determinarlo, ya sea por analogía o comparación, o por proyección o modelización.”xxii

En otras palabras, la Corte se ocupa de señalar el procedimiento que debe seguirse para la procedencia de una indemnización, comenzando por (i) la demostración del daño, del nexo causal y de la falta o la conducta y, (ii) una vez configurados, permitiendo al juez la posibilidad de acudir a las diferentes herramientas que la ley y, en un sentido amplio, la responsabilidad civil le otorgan para que con su correcta aplicación se logre reparar a quien fue víctima de un daño que no tenía porque soportar. En esta etapa de ese proceso reparatorio es donde precisamente se pueden aplicar los criterios previstos en el mencionado artículo de la ley 446 de 1998.

Así las cosas, estudiados los pronunciamientos jurisprudenciales de las diferentes corporaciones respecto al tema, es evidente que la norma fue el resultado de recopilar aquellos criterios que desde mucho antes de su expedición, los jueces utilizaban a la hora de indemnizar un daño. No se trata, en estricto sentido, de una innovación legal que introdujera al ordenamiento nuevas herramientas ni nuevas alternativas jurídicas para

reparar el daño. Pero, sin duda alguna es un valioso intento del legislador de plasmar de manera general y obligatoria esos criterios, no obstante lo cual, el carácter innovador hubiese sido delimitar los alcances de dichos criterios y la forma adecuada de aplicación.

Queda claro entonces que la jurisprudencia tampoco ha sido la herramienta que haya procurado dar una solución al vacío jurídico, pues son muchos los fallos que se refieren a cada uno de los criterios, pero no existe pronunciamiento alguno que se haya ocupado específicamente de analizar la norma y darle una aplicabilidad general.

2.3 Propuesta como solución al problema planteado.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, como aporte de este trabajo de grado, se propone una interpretación de la norma en el siguiente sentido:

Sin duda alguna la carga de la prueba de todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad debe mantenerse en cabeza de la víctima.^{xxiii} No puede olvidarse que es ella quien mejor conoce el daño sufrido y las circunstancias que rodearon su causación. Por ello, siguiendo las pautas trazadas por la Corte como guía para la prosperidad de todo proceso de responsabilidad, una vez el afectado haya demostrado la existencia del daño, el nexo causal y la conducta generadora, podrá el juez, a falta de elementos probatorios aportados al proceso sobre el quantum o monto del perjuicio acudir oficiosamente a los criterios técnicos actuariales y a la equidad, para efectos de velar por el cumplimiento del

principio de reparación integral contemplado en la norma y que es la finalidad de la responsabilidad civil.

Lo anterior no significa que las facultades oficiosas se puedan extender hasta el punto de llegar a probar alguno de los elementos de la responsabilidad; sin embargo una vez establecidos estos si debe entrar a operar la norma y específicamente los criterios en ella contenidos, puesto que no sería justo negar una indemnización o reparación cuando todos sus presupuestos están demostrados, por el solo hecho de que su monto no se haya podido acreditar adecuadamente. Si el juez encuentra que los requisitos esenciales para la prosperidad de la condena están dados, deberá extender su labor probatoria a verificar el monto de esa condena, y para ello el legislador le otorgó los criterios tantas veces mencionados, haciendo obligatorio, como puede leerse en la norma, el respeto por el principio de la reparación integral, la cual evidentemente sólo se alcanzaría complementando los presupuestos de la responsabilidad con una cuantificación adecuada del perjuicio.

En otras palabras, la aplicación de los criterios contenidos en la norma es imperativa para el juez, siempre y cuando estén demostrados los elementos propios de la responsabilidad.

Ahora bien, se puede sugerir una complementación a la anterior interpretación. La norma menciona los criterios técnicos actuariales y la equidad. Por ello con base en algunas de las consideraciones expuestas en otro capítulo de este trabajo, se sugiere la utilización de los primeros para todos aquellos daños patrimoniales cuya cuantificación es exacta y de contenido económico puro, mientras la equidad será la herramienta a empelar respecto de

aquellos perjuicios no patrimoniales y de aquellos que siéndolo, - y estando probados en su existencia, se reitera – no son demostrables matemáticamente.

Finalmente, esta propuesta interpretativa, recoge los intereses del legislador al plasmar positivamente las mencionadas herramientas, y al mismo tiempo guarda respeto y estrecha relación con los principios fundamentales del derecho de los daños, de la distribución de las cargas probatorias y del principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial.

CAPÍTULO III.

REPARACIÓN *IN NATURA*.

3.1. Noción

La reparación *in natura* se refiere a una forma de reparación que tiene como propósito fundamental colocar al individuo afectado por el daño a la situación en la que se encontraría si no hubiera sucedido el evento que le ocasionó el perjuicio. *“Es importante reiterar que la reparación in natura implica restaurar la situación de la víctima a la que tendría de no haber existido el hecho dañoso”*^{xxiv}

Es menester señalar, que la reparación *in natura* se materializa evidenciando un escenario hipotético que existiría si el daño no se hubiera presentado, generando de esta manera una situación similar o casi idéntica al estado ideal de la persona, de esta manera implementando todos los actos necesarios para que la persona alcance dicho estado.

En concordancia con lo anterior, el presupuesto en donde el daño se repara a partir de la teoría de la reparación *in natura*, parte de la base de un concepto “dinámico” de patrimonio, en donde se deben tomar en cuenta todos los acontecimientos que se relacionen con el caso que se pretende restaurar. *“Por ello, es claro que la reparación, adicionalmente al colocar al damnificado en la situación que tenía al presentarse el hecho dañoso, deberá compensarle los otros perjuicios que se le hayan ocasionado”*^{xxv}

Para comprender de una manera completa la noción general de la reparación *in natura*, es de suma importancia traer a colación la doctrina alemana de Hans Fischer, la cual distingue dos tipos de reparaciones *in natura*; material y económica. Como primera medida, en lo que respecta a la material, esta se refiere a la situación material del damnificado, es decir la situación en la que se encontraban los bienes del mismo antes de que acaeciera el daño. Al referirse a la económica, es importante entender que dicha reparación consiste en “*lograr la indemnidad de la víctima del hecho ilícito, contemplando en la reparación, además de lo material, las consecuencias posteriores del hecho dañoso*”^{xxvi} Es decir, dicha reparación económica consiste en dejar al individuo que se le causó el daño en una situación económica similar a la que tenía antes de generarse el perjuicio.

“De esta manera, utilizando una u otra fundamentación teórica, se estará reparando a la víctima el interés que ella tenía en las cosas perdidas deterioradas, y no sólo lo que ellas le representaban material u objetivamente”^{xxvii}

Ahora bien, es fundamental tener en cuenta, que en principio los daños extra patrimoniales no se pueden reparar bajo esta modalidad de resarcimiento, ya que la reparación *in natura* se refiere a los daños patrimoniales directos.

3.2. Problemas en la práctica de la reparación *in natura*

Sin perjuicio de que la reparación *in natura* parece ser la forma más completa de reparar a la víctima que sufrió el perjuicio, es claro que este tipo de resarcimiento trae una serie de problemas en la práctica tales como el tiempo que el responsable del daño tome en realizar

la reparación y así mismo la necesidad de que el sistema judicial funcione de manera óptima, para que en el momento que el juez se pronuncie, el daño pueda repararse en su totalidad.

En virtud de lo anterior, es fundamental para este análisis traer a colación tres escenarios en los cuales no es posible aplicar la reparación *in natura*, partiendo del hecho de que en estos, la reparación por equivalencia tiene una mayor aplicabilidad. Los escenarios para analizar son los siguientes:

3.2.1 Imposibilidad de realizar la reparación en la práctica:

Esta categoría se refiere a aquellos escenarios donde no es posible física o humanamente. *“Tal será el caso de la mayoría de los casos de los daños corporales. No puede devolverse la vida que se le haya arrancado a la víctima; el brazo que se le ha cortado está perdido definitivamente. (...)Ocorre así igualmente con todo daño moral; nada borra el dolor; el hombre es impotente en este terreno”^{xxviii}*

Ahora bien, al referirse a los daños patrimoniales, partiendo del hecho que anteriormente se afirmó, que es sobre estos que recae la reparación *in natura*, es necesario realizar una distinción entre la imposibilidad subjetiva y la imposibilidad objetiva.

- a. Imposibilidad objetiva:** Se trata de aquellos casos en los cuales no es posible reparar en la realidad la situación que existía previamente al perjuicio causado a la víctima. Un ejemplo claro es la pérdida o destrucción de un cuerpo cierto. *“Fischer*

recomienda para estos eventos explorar la posibilidad de una reparación analógica, entregando, un bien igual al perdido, destruido o deteriorado”^{xxix}

- b. Imposibilidad subjetiva:** Se presenta en aquellos casos en los cuales el individuo que debe reparar el daño no lo puede hacer o se niega a hacerlo.

3.2.2. Excesiva onerosidad de la reparación in natura.

Se predica de onerosidad de la reparación *in natura*, aquellos casos en los cuales dicha forma de resarcimiento resulta altamente costosa para el causante del daño. En este caso, el Juez de manera unilateral deberá determinar de oficio qué se debe reparar bajo la teoría de la equivalencia.

“Un criterio adecuado para determinar cuando la onerosidad es excesiva consiste en establecer si el costo en que incurre el deudor para realizar la reparación in natura es excesivo frente a la utilidad que obtendría el acreedor con otros remedios equivalentes.”

.xxx

3.2.3. Preferencia de la reparación por equivalente por parte de la víctima

Este caso concreto, parte del escenario en el cual la reparación *in natura* es contraria a los intereses específicos de la víctima, y por ende esta forma de resarcimiento no la va a llevar a la situación anterior a la que se encontraba antes de que se produjera el perjuicio. Es de suma importancia tener en cuenta, que este criterio es viable mientras el legislador le confiera a la víctima la posibilidad de elegir la forma de reparación.

“Este derecho, como todo derecho subjetivo, debe ser ejercido dentro de los cauces que su propia funcionalidad le imprime y teniendo en cuenta los principios superiores que dan forma al ordenamiento positivo, como son la buena fe y la prevención del abuso del derecho. Por ello, una facultad de elegir contraria a los principios básicos de corrección y lealtad en el tráfico jurídico, o desbordada en relación con los cauces que su propia función le señalan, no debería ser aceptada por el juez.”^{xxxvi}

3.3. Modalidades de Reparación in natura

Como primera medida, es menester señalar que la ley colombiana no trae una lista taxativa de las formas como se debe reparar *in natura*. Sin perjuicio de lo anterior, es viable afirmar que éstas se determinarán mientras tengan directa coherencia con la definición que estudiamos anteriormente.

Ahora bien, a continuación se estudiarán todas aquellas modalidades que tengan como principal y único objetivo *“ubicar a la víctima en la situación en la que se encontraría si el hecho dañoso no se hubiera presentado”*.^{xxxvii}

En concordancia con lo anterior, las siguientes modalidades se adaptan de manera precisa a la noción analizada:

3.3.1. Restitución de un bien de especie o cuerpo cierto

Esta forma de reparación *in natura*, se refiere a aquellos casos en los cuales un bien de cuerpo cierto se pierde o queda en manos de un tercero que no tiene un título legítimo para su tenencia. En este caso, es evidente que en los dos incidentes entran en directa relación la reparación *in natura* y las acciones reales a las que tiene derecho el titular del bien de cuerpo cierto, en concreto a lo que se refiere a la acción reivindicatoria.

Sin perjuicio de lo anterior, en la práctica estas dos acciones presentan diferencias evidentes como las siguientes:

- a. La acción reivindicatoria es una acción real, que en principio sólo puede ser ejercida por el propietario, y se presenta en contra del poseedor del bien. Por lo contrario, la acción para obtener la reparación *in natura* es una acción personal, que sólo puede ser ejercida por quien sufrió el perjuicio, y simplemente debe demostrar un interés jurídico vulnerado.
- b. La acción reivindicatoria es ajena a consideraciones de causalidad o culpabilidad, las cuales si deberán analizarse en caso de interponer una acción que tenga como fin la reparación *in natura*.
- c. La acción reivindicatoria está encaminada a restituir los derechos subjetivos afectados, mientras que la acción de responsabilidad civil tiene una función meramente indemnizatoria.

“ En nuestra opinión a pesar de que el derecho de dominio continúe en el patrimonio de la víctima de una sustracción ilícita, ello no hace que en ese evento no exista un daño, toda vez que el sujeto no podrá disfrutar de elemento del que fue injustamente despojado, que es en lo que finalmente se concreta su interés jurídico, y, en consecuencia, el ordenamiento podrá ordenar la restitución de la cosa para efectos de que se proteja ese interés jurídico digno de tutela ”^{xxxiii}

3.3.2. Reemplazo del bien jurídico perdido destruido o deteriorado.

Este caso se presenta en los eventos en los cuales se destruye o se deteriora de forma definitiva un bien de cuerpo cierto, situación que deberá ser reparada con un bien que cumpla con las mismas características, y tenga como único y principal fin satisfacer de manera completa e idónea a la víctima que sufrió el perjuicio, llevándola a una situación similar a la que tenía antes de que se causara el daño.

“Es decir, somos de la opinión según la cual el criterio de fungibilidad no es exclusivo de la comparación entre cosas genéricas, sino que también los bienes de especie o cuerpo cierto, que se hayan perdido o hayan sufrido un deterioro de tal entidad que no resulten aptos para ser utilizados según su destino natural, pueden ser reemplazados o sustituidos en caso de que existan otros que tengan las mismas calidades (...) ”^{xxxiv}

3.3.3. Reemplazo del bien genérico perdido, destruido o deteriorado.

“Consiste en entregar a la víctima un objeto de las mismas características y de una calidad similar a la que tenía el bien genérico perdido o dañado, o en su defecto, de una calidad a lo menos mediana” ^{xxxv}

Es fundamental tener en cuenta, que en este caso entran a jugar variantes tales como la afección de la víctima con el bien, partiendo del hecho que dicha afectación puede generar que sea imposible satisfacer al individuo perjudicado en su totalidad. En la situación anteriormente expuesta dificulta de manera evidente la reparación *in natura*.

3.3.4. Supresión de la actividad causante del daño

Dentro de esta categoría se encuentran todos aquellos casos en los cuales el individuo que sufrió el daño adicionalmente a que se le amorticen sus perjuicios, requiere que se destruya de manera completa el fenómeno que causó el daño.

“La supresión del ilícito puede comprender desde la destrucción total de una cosa o situación, hasta la implantación de medidas tendentes a hacer desaparecer el perjuicio, corrigiendo lo hecho” ^{xxxvi}

3.3.5. Restauración del bien dañado

La restauración del bien dañado, se refiere a los casos en los cuales el daño causado al bien de la víctima, a pesar de causarle un deterioro no afecta de manera alguna la utilización en su destino natural por parte del individuo perjudicado del mismo bien. Esta modalidad se

entiende materializada por medio de la restauración, refacción o recomposición del bien a través del remplazo de los elementos que se vieron afectados por el daño causado.

Esta forma de reparación *in natura* no sólo aplica sobre bienes corporales, sino por el contrario también sobre bienes como el medio ambiente en el caso de los daños ecológicos.

3.4. Derecho Comparado

3.4.1. Tendencias sobre la elección de la reparación in natura

Como primera medida, es menester señalar que al realizar un recorrido por la regulación de la reparación *in natura*, se puede evidenciar que concurren ordenamientos en los que el legislador no ha establecido una forma de reparación preferente. Sin perjuicio de lo anterior, existen otros en los cuales la forma de reparación se encuentra ampliamente delimitada.

Ahora bien, para poder entender dichos contextos es necesario plantear los siguientes escenarios:

Reparación *in natura* como principio general:

En este numeral se deben incluir aquellas legislaciones en las cuales la forma idónea de reparar es la *in natura*, y sólo en aquellos casos en que sea imposible, se debe recurrir a la reparación por equivalencia.

a. ITALIA:

Se caracteriza como un sistema en el cual prevalece la reparación *in natura*, “debemos señalar que efectivamente, el artículo 2058 del Código Civil de 1942, recoge la que denomina como “reintegración en forma específica”, como forma primaria de reparar los daños. Esta forma de reparación se establece como principio o regla general, si ello es posible, en todo o en parte. Si esta forma de reparación resulta excesivamente onerosa para el deudor, el juez puede ordenar que la reparación se haga mediante el equivalente pecuniario.”^{xxxvii}

b. ARGENTINA

En la legislación argentina, se establece de manera expresa un principio general de reparación *in natura*. Así, en EL artículo 1083 del Código Civil se establece:

“El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero”.^{xxxviii}

Es importante tener en cuenta, que la doctrina argentina considera que es el perjudicado quien deberá escoger la forma de reparación que le resarcirá el daño.

Criterio exclusivamente del Juez:

En este caso, la legislación plantea que es el Juez quien debe establecer la forma de reparación. Es así como éste deberá determinar las condiciones en las cuales se deberá resarcir el daño causado.

“Un tercer grupo está conformado por las legislaciones que entregan al criterio del juez la determinación del modo o forma de la reparación, como sería el caso del Código suizo de las Obligaciones (art. 43)”^{xxxix}

Criterio exclusivamente de la Víctima:

En este contexto se encuentran aquellos países en los cuales se encuentra expresamente en su normatividad, que la forma de reparación debe ser determinada por el damnificado.

“Tal es el caso del Código Civil mexicano, que en su artículo 1915 establece que:

“[l]a reparación del daño debe consistir, a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o el pago de daños y perjuicios”^{xl}

3.4.2. Referencia especial al caso español

Como primera medida, es menester señalar que en España la legislación civil no trae consigo una regulación de las formas de reparación de los daños extrapatrimoniales. Ahora bien, la ley 30 de 1992 (Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), plantea una distinción en su artículo 141.4, entre reparación *in natura* y por equivalente de los daños causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

“La falta de una regulación expresa en el Código Civil y, en el conjunto del ordenamiento jurídico, la ausencia de una regulación uniforme sobre las formas de reparación del daño

suscitan la cuestión acerca de cuáles son éstas y quién está facultado para escoger entre una u otra. »^{xli}

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente plantear el desarrollo del tema en dicho país, partiendo de la base de que se hace interesante por su misma ausencia normativa.

Formas de reparación del Daño:

En España existen tres formas distintas de cumplimiento de la obligación de reparar el daño:

- a) Reparación específica o *in natura*, en el sentido de arreglo de la cosa dañada o mediante su sustitución por otra igual.
- b) Indemnización por equivalente, mediante la entrega de la cantidad de dinero correspondiente al daño sufrido.
- c) Reparación en especie, mediante la entrega de bienes, cuyo valor equivalga al daño sufrido.

La tres figuras anteriormente mencionadas, tienen la finalidad de regresar a la víctima al estado anterior a la causación del perjuicio. Sin perjuicio de lo anterior, hay ocasiones en las cuales, un solo acto no es suficiente frente al resarcimiento completo, por ende se hace necesario realizar varios actos con el fin de dejar a la persona en el estado en que se encontraba antes de presentarse el daño.

“Piénsese en los daños derivados del incendio de un local de negocio: en el lucro cesante en el caso del incendio de un local de negocio: el local de negocio podrá ser reconstruido,

es decir, reparado in natura, pero los beneficios dejados de obtener como consecuencia del acto ilícito deberán ser resarcidos mediante la indemnización por equivalente.”^{xlii}

Sumado a lo anterior, tanto la jurisprudencia como la doctrina afirman que cualquiera de las anteriores formas de reparación se encuentran comprendidas en las expresiones «reparar el daño» del art. 1902 Código Civil e «indemnización de los daños y perjuicios» del art. 1101 del mismo estatuto.

La elección por la víctima de las formas de reparación del daño

En España a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, como el alemán o el italiano, no se regula si la víctima puede escoger entre las distintas formas de reparación del daño.

Sin perjuicio de lo anterior, muchos doctrinantes consideran que el perjudicado es quien debe elegir la forma más idónea de reparar el daño que le causaron. Teniendo en cuenta la anterior tesis, es importante tener en cuenta que la víctima no puede escoger cuando la reparación *in natura* es imposible. Un ejemplo se presenta con la naturaleza de las cosas, cuando la reparación específica es físicamente imposible. *“Es el caso de los supuestos de destrucción de un bien único que no tenga un sustitutivo en el mercado o en los supuestos de daños corporales que, conforme al estado de los conocimientos de la medicina, no admiten reparación.*”^{xliii}

Límite a la libertad de opción de la víctima: la excesiva onerosidad de la reparación *in natura*:

Se puede afirmar que el perjudicado puede exigir la reparación *in natura* bajo la legislación española. Sin perjuicio de lo anterior, dado el caso que dicha forma de reparación sea evidentemente onerosa, el Juez podrá intervenir al establecer otra forma de reparación para el resarcir el daño.

“En las sentencias de las Audiencias Provinciales y en la doctrina se ha limitado la libertad de opción de la víctima en el supuesto en el que la reparación in natura resulte muy onerosa en relación con el daño causado. No puede obligarse al causante a pagar un coste excesivamente elevado por un daño que puede repararse íntegramente a menor costo.”^{xliv}

Es importante tener en cuenta, que en otras providencias las Audiencias Provinciales utilizan como límite a la libertad de opción de la víctima un criterio no cuantitativo, en tanto que excluyen la reparación *in natura* en favor de la indemnización de los daños y perjuicios cuando la reparación plantea serias dificultades o es muy compleja.

Preferencia por la reparación «in natura» en caso de silencio de la víctima

La falta de regulación acerca de las formas de reparación del daño en España también hace reflexionar cuál es la manera de reparar cuando la víctima no ha establecido expresamente la forma de reparación.

Ahora bien, tanto la doctrina como la Jurisprudencia afirman que en España se entiende como principio esencial *“que la reparación in natura constituye la forma preferente de*

responsabilidad, en tanto que implica la puesta en práctica de la actividad precisa para reponer lo dañado al estado en que se encontraba con anterioridad.”^{xlv}

3.5. Propuesta como solución al problema planteado

Como se pudo evidenciar en el análisis anteriormente planteado, la reparación *in natura*, cuando nos referimos a ella en la teoría, parece ser la forma más idónea para reparar aquellos daños que se originan por un acto involuntario o voluntario de una persona.

Sin embargo, en muchos escenarios es dificultoso devolver a la persona al estado en el cual se encontraba antes de producirse el perjuicio, ya que existen factores que hacen imposible la reparación a la que hace referencia éste sistema. Sumado a lo anterior, en muchas ocasiones es riesgoso que la víctima sea la que escoja la forma en la cual se va a reparar el daño, ya que esto podría traer consigo abusos en los cuales el victimario asumiera cargas innecesarias con el objetivo de reparar el daño según los elementos de la reparación *in natura*.

Por lo anterior, se propone, mantener la libertad de formas indemnizatorias para lograr así que en aquellos eventos en los cuales la reparación *in natura* se torne imposible, puedan las partes o el juez acudir a ellos con el objeto de respetar la finalidad de la responsabilidad civil. Y precisamente en éste punto es dónde bien puede acudirse a las herramientas previstas en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, las cuales desde ningún punto de vista riñen con la figura de la reparación *in natura* sino que muy por el contrario utilizadas todas en conjunto confieren un escenario mucho más amplio para el logro adecuado de una reparación.

CAPÍTULO IV.

COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO

4.1. Consideraciones Generales

Como ya ha quedado expuesto, la finalidad esencial de la responsabilidad civil consiste en propender por la reparación de efectos gravosos ocasionados por hechos o actos ilícitos^{xlvi}, es decir, retrotraer la situación dañosa sufrida por el perjudicado y así equilibrar las cargas que fueron afectadas por una situación que no ha debido ser soportada.

Con base en el último punto, es necesario precisar que el daño no es lo único a tener en cuenta a la hora de determinar aquello que debe resarcir el civilmente responsable; también debe tenerse en cuenta que frente a un hecho dañoso la víctima puede, en ciertas ocasiones, recibir beneficios.

Lo anterior ha sido plasmado en la figura conocida como *compensatio lucri cum damno*, *CLCD*, según la cual los daños producidos deben ser compensados con los beneficios que guardan relación directa^{xlvii}. Por lo tanto, el “[d]año no es más que el perjuicio causado a la esfera del interés de un sujeto y si esa esfera experimenta a su vez un detrimento y un incremento, la entidad del daño que realmente soporta y es la que jurídicamente hay que considerar, es la resultante del detrimento e incremento.”^{xlviii}

La razón de ser de este tratamiento se ve plasmada en la esencia misma de la reparación, la cual en ningún momento persigue que el perjudicado se lucre injustificadamente, sino que por el contrario reciba aquello que logre situarlo en el estado en el que se encontraría de no haber ocurrido el hecho dañoso. Es decir, “[s]i las ventajas no se compensasen con los daños, el resarcimiento desorbitaría su función equilibradora de los intereses perjudicados, dado que una vez producido el daño, el perjudicado quedaría restituido a una situación mejor que la que con anterioridad tenía.”^{xlix}

A continuación, se analizará cómo se debe entender dicha figura, respecto de los elementos que la componen, su finalidad, los presupuestos que la generan, los aspectos que la diferencian de otras nociones jurídicas, las distintas hipótesis en que se presenta y por último el tratamiento legal y jurisprudencial que ha tenido la *CLCD*. Lo anterior con la finalidad de lograr una mejor comprensión acerca de lo que se debe entender por una indemnización integral.

4.2. Noción.

La *CLCD* se describe como la figura según la cual es necesaria la compensación del daño con el lucro percibido por el damnificado, cuyo fin es el restablecimiento de una carga que sería excesivamente gravosa para el civilmente responsable si a éste le fuera imputado el pago del daño sin tener en cuenta el lucro generado con ocasión al mismo hecho dañoso, el cual no tiene justificación jurídica alguna.

Al realizar un análisis de dicho concepto se evidencian ciertos elementos que conforman su estructura, los cuales se estudiarán con la finalidad de comprender con más claridad los alcances de dicha figura.

Dado el caso, se aprecia que el daño, el lucro y la identidad del hecho productor componen la estructura que forja la *CLCD*, por lo cual se estudiarán en los próximos capítulos.

4.3. Finalidad de la figura.

La *CLCD*, en su esencia pretende velar por la noción bajo la cual todo hecho relevante para el derecho, debe sustentarse en una causa jurídica que lo justifique.

Cabe precisar que aunque varios autores no mencionan dicha figura expresamente, sí la contemplan e incorporan dentro de sus estudios, pues su esencia se encuentra en la lógica jurídica, que se basa en la buena fe, la justicia y la teoría del abuso del derecho. Es así, como Díez-Picazo, al hablar del derecho de crédito, es decir aquel que tiene el perjudicado frente al responsable del daño, contempla la “...*aplicación la idea de buena fe como idea de conducta ética en el ejercicio de los derechos, y la idea de abuso del derecho, cómo técnica de represión de los actos de extralimitación.*”¹

Por ejemplo, Arturo Solarte, consagra que “[s]i se permitiera que la víctima quedara en mejor situación en relación con la que tendría de no haberse presentado el hecho ilícito, la atribución patrimonial correspondiente a tal excedente no tendría causa jurídica que la

justificara, con lo cual, de contera, se produciría en el obligado a sufragar tales erogaciones un correlativo empobrecimiento que, igualmente, carecería de justificación.^{li5}

Por lo tanto, la *CLCD*, se fundamenta como una figura bajo la cual el Derecho va más allá de la simple noción de la reparación debida al perjudicado, pues normalmente se mira a éste como la única parte dentro de la relación jurídica, que nace con fundamento en la responsabilidad civil, como merecedora de reconocimiento. En contraposición, es igualmente necesario considerar al deudor inicial de la relación jurídica consistente en reparar, es decir al causante del daño, como un potencial perjudicado de la misma, dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso. Cabe precisar, que no se está afirmando que el causante del daño, es al mismo tiempo perjudicado por un hecho dañoso atribuible a la víctima, pues esto implicaría otro juicio de responsabilidad civil; sino que por el contrario, dentro de un solo juicio de responsabilidad se evidencia al mismo tiempo la ocurrencia de daño y lucro.

Dado el caso, la *CLCD* se esgrime como una figura cuyo objetivo es plasmar la obligación de reparar en términos objetivos y reales, más no subjetivos o nominales, ni dejando de lado circunstancias que inciden directamente a la hora de determinar claramente la obligación resarcitoria. De lo contrario, si por ejemplo el perjudicado se llegare a negar a deducir los beneficios del quantum del daño, incurriría en extralimitación, pues estaría esperando “...una prestación distinta o de cuantía o calidad superior o si trata de obtenerla en unas circunstancias de tiempo y de lugar más ventajosas para él”^{lii}.

Por lo tanto, es evidente que la finalidad esencial de la *CLCD* consiste en restablecer de la manera más concreta y real, la situación en la que se encontrarían, tanto el perjudicado como el causante del daño, de no haberse presentado el hecho dañoso.

4.4. Elementos.

4.4.1. Daño.

Etimológicamente la noción del daño proviene del vocablo latino *damnum*, por el cual hoy se entiende como deterioro, nocividad, avería o destroz^{liii}.

Por otro lado, de acuerdo con el autor argentino Jorge Mosset Iturraspe^{liv} existe una situación de daño “*cuando se lesione un derecho subjetivo o una facultad.*” Igualmente entiende por derecho subjetivo como “*un poder jurídico de la voluntad, concedido por el ordenamiento jurídico al sujeto, que se manifiesta como un “señorío” o bien como una “pretensión” y cuyo sustrato es un interés en la satisfacción de alguna necesidad humana, en el logro de un bien jurídico.*”^{lv} Así mismo, señala, que se entiende por facultad como “*la manifestación del derecho subjetivo en sus posibilidades...*”^{lvi}

Ahora bien, el autor López Mesa, establece que daño es “*... todo detrimento, mengua o menoscabo que sufre una persona, en sus bienes patrimoniales o económicos, en ciertas condiciones-daño material, y en hipótesis particulares la lesión al honor o a las afecciones íntimas, o en general a los llamados derechos “de la personalidad o personalísimos”-daño moral o extrapatrimonial.*”^{lvii}

Igualmente, cabe precisar que se puede tratar de todo tipo de daño, según las distintas clasificaciones que se han consolidado. Siguiendo a Solarte Rodríguez en, “...*los daños producidos por un hecho ilícito se pueden distinguir aquéllos que afectan el patrimonio del sujeto damnificado, los que afectan su integridad corporal, los que lesionen otros de sus derechos fundamentales, o, finalmente aquellos que hieren su esfera espiritual.*”^{lviii}

Dado el caso, se entiende que el daño que da origen a la *CLCD* puede comprender tanto lesiones al patrimonio, como las que menoscaben su integridad moral, corporal o espiritual, las cuales no deban soportadas por el sujeto, en razón de deber jurídico alguno.

Con base en lo anteriormente planteado, cabe preguntarse, cómo se puede lograr contraponer un daño extrapatrimonial, el cual se caracteriza por no ser cuantificable. Tales son las hipótesis que propone De Cupis, al señalar que “[s]i una acción, aparte de ocasionar dolor o disminución física, hace que se concentre la atención del público en el ofendido de forma que origina una repercusión favorable, en sus relaciones sociales, es justo tomar en consideración todos los elementos, y no limitarse a algunos...”^{lix}” o si por ejemplo “...una operación quirúrgica se ha realizado ilícitamente (sea por no haber obtenido el consentimiento del paciente o por influjo del estado de necesidad) los daños que puedan haberse ocasionado se deben compensar con el éxito favorable de la operación y con el restablecimiento de la salud.”^{lx}” Así las cosas, el daño no necesariamente debe consistir en un detrimento de tipo patrimonial, por lo tanto a la hora de contraponerlo con el lucro, deberá ceñirse a los parámetros establecidos jurisprudencialmente para cuantificar el daño extrapatrimonial.

Por lo tanto, para que opere la *CLCD* es imprescindible que exista un daño antijurídico, en cualquiera de sus modalidades, el cual no deba ser soportado, y que por ende deba ser indemnizado por parte del civilmente responsable, según la normatividad que regula la responsabilidad civil.

4.4.2. Lucro.

Dentro de la *CLCD* el lucro consiste en aquél elemento que se pretende contraponer al daño al momento de indemnizar los perjuicios causados por un mismo hecho.

Así las cosas lucro proviene del vocablo latín *lucrum*, que se entiende como aquella “[g]anancia o provecho que se saca de algo”^{lxi}.

Conjuntamente, debe advertirse que el concepto de lucro no debe limitarse únicamente a una mejoría o beneficio que entra al patrimonio del damnificado, puesto que como se verá más adelante, la situación beneficiosa también puede consistir en el alejamiento de una pérdida, el evitar que del patrimonio del damnificado salgan componentes, que con anterioridad al daño inicial ya se encontraban allí. Tal como lo señala De Cupis, “[p]uede suceder también que el lucro compensable con el daño se concrete en vez de en una ventaja positiva en el alejamiento de una pérdida.”^{lxiii}

Igualmente, es necesario precisar que el lucro contemplado por la *CLCD*, debe ser injustificado, es decir, no hay una causa jurídica alguna que legitime al damnificado a percibirlo y por lo tanto se le debe reconocer al civilmente responsable su causación.

Por otro lado, también cabe señalar que es igualmente viable la hipótesis en la cual el beneficio percibido no sea patrimonial, tal como ocurre con el daño. En dicha circunstancia, se hace necesario emplear un método para lograr de cierta manera cuantificar el lucro, pues de lo contrario cómo se compensaría con el daño, de qué manera y bajo qué parámetros se haría a la hora de aplicarse la *CLCD* en cada caso concreto. Dado el caso, sería conveniente establecer unos límites y presunciones dentro de los cuales se cuantificaría el lucro, tal como ocurre con el daño extrapatrimonial.

Asimismo, se evidencia que el lucro consiste en el elemento diferenciador de la *CLCD*, puesto que en los procesos de responsabilidad civil de índole ordinaria no existe dicho componente, y por lo tanto al momento de determinar la reparación de perjuicios sólo se tiene en cuenta el daño^{lxiii}. En cambio la *CLCD* contempla un ingrediente adicional, el lucro, el cual se pretende contraponer al daño sufrido, para así reparar a la víctima pero sin generar una ganancia injustificada ni tampoco imponer al deudor de la reparación una situación más gravosa de lo que debe ser.

4.4.3. Causalidad del lucro

Por otro lado, para dar aplicación a la figura de la *CLCD* es necesario, según lo establece De Cupis, que el hecho originador del daño que se pretende indemnizar, sea aquél que generó la ganancia que se pretende contraponer, es decir que el lucro y el daño se deriven de un mismo hecho, “...*la compensatio lucri cum damno se debe circumscriber a aquellos casos en que tanto el lucro como el daño derivan de un mismo hecho.*^{lxiv}” Igualmente reitera que es necesario el acaecimiento de “... *un mismo acto, ilícito, culpable, ya que, las consecuencias favorables de otros actos, aunque hayan sido realizadas por la misma persona, quedan al margen de la acción ilícita y de su responsabilidad subsiguiente, por lo que no juegan a la hora de determinarla ni de disminuirla.*^{lxv}”

Sin embargo, dicha teoría no es acogida en este trabajo de grado, pues como se estudiará más adelante, no es necesario que ambos elementos se deriven de un mismo hecho que causalmente sea idéntico, sino que pueden ser consecuencia de la relación jurídica que nace con ocasión a la responsabilidad civil, pero partiendo de hechos distintos. Por lo tanto, no se requiere que el beneficio percibido y el daño sufrido necesariamente se deriven de un solo acaecimiento fáctico.

En otra instancia, es menester señalar que los sujetos involucrados tanto en el daño como en el lucro, deben de ser los mismos para que así pueda operar la *CLCD*. Así las cosas, no cabe confrontar un daño producido por X, con el lucro generado por W, así ambos los perciba Y. Ni tampoco es factible hacer valer el lucro o daño ocasionados en las distintas hipótesis en donde no confluyan los mismos sujetos, es decir aquel que se ve afectado por el menoscabo sufrido, debe ser el mismo que percibe la ganancia o beneficio, pero que además han debido de ser producto de un mismo sujeto originador. Dado el caso, el citado

autor, señala que “[n]o es suficiente que el hecho dañoso haya provocado en otra persona un impulso liberal o filantrópico a favor del perjudicado, aunque se haya exteriorizado en una intervención apta para proporcionarle cualquier alivio. En este caso la ventaja se ha originado directamente por la acción caritativa del filántropo y no por la acción del culpable, a la que se liga tan sólo indirectamente...” así las cosas “...se infiere que el responsable no puede pretender que del daño resarcible se deduzca aquello que el perjudicado ha obtenido por la caridad del filántropo.”^{lxvi} Es claro entonces, que la actividad del tercero que trae consigo un beneficio para el afectado, no incide en la entidad del daño, sino que por el contrario tiene consecuencias en lo referente a la obligación en cabeza del culpable según la cual debe reparar. Así las cosas, la acción del tercero conlleva efectos respecto de la extinción de la obligación resarcitoria, mas no tendría la capacidad de invocar la *CLCD*.

Con base en lo anterior, surge la cuestión acerca de qué ocurre cuando aquél que genera el beneficio no es el mismo sujeto que ocasionó el menoscabo, sino que es quien reparó al perjudicado, como por ejemplo sucede en el caso de las compañías aseguradoras, se aplica o no la *CLCD*. Es importante tener en cuenta que en dicha situación, el beneficio no se deriva por un acto de caridad, como ocurre con el filántropo, sino por una relación jurídica que existe con la aseguradora que la obliga a responder, escenario el cual se analizará más adelante.

Adicionalmente, no basta simplemente con que los sujetos sean los mismos, sino que deben derivarse de una misma causa, por lo tanto, no se puede contraponer algún beneficio que X le generó a Y, con ocasión al cumplimiento de un contrato jurídico, respecto de un

deterioro que X produjo al patrimonio de Y, pero que se debió a una situación de responsabilidad extracontractual completamente ajena a las circunstancias que dieron origen al beneficio percibido. Dado el caso, De Cupis, al hablar acerca de la cuantificación del daño, consagra que “[e]l cómputo cuantitativo de la responsabilidad (es decir el alcance del quantum resarcible) se extingue en sus consecuencias directas sin que intervengan para nada los resultados o colorarios que puedan añadir otros hechos extraños.^{lxvii}” Así las cosas, es necesario aplicar estas afirmaciones no solamente a la hora de considerar el daño, sino también para cuantificar el lucro.

Igualmente se vislumbra que el beneficio percibido por la conducta del agente infractor, puede ser consecuencia de una causa mediata o inmediata respecto del hecho dañoso. Es así como en las hipótesis en la cual el lucro es consecuencia inmediata de la conducta originadora del perjuicio, se encontrarían las situaciones en las cuales se aleje de una pérdida. O por el contrario, la ganancia sería consecuencia mediata cuando por ejemplo, como consecuencia de la reparación, la víctima queda en una situación más beneficiosa respecto al estado anterior al daño. Lo anterior se analizará con más detalle en el acápite respectivo.

4.5. Diferencias con otras figuras.

Para dar una correcta aplicación a la *CLCD*, no sólo es necesario fijar unas pautas propias de la figura, sino también delimitar las diferencias que se presentan con otras figuras del mundo jurídico, y así evitar abusos en cuanto a una aplicación errónea.

Por lo tanto, se proseguirá a realizar una comparación que permita diferenciar la *CLCD* con otras figuras jurídicas.

4.5.1. Compensación de créditos.

En ocasiones, podría llegarse a confundir la *CLCD* con la figura conocida como “Compensación de Créditos”, sin embargo se esbozarán las diferencias que se encuentran entre las dos nociones para así comprender con más claridad la primera de éstas.

Por un lado, la compensación de créditos, es un “[m]odo de extinguir obligaciones vencidas, dinerarias o de cosas fungibles, entre personas que son recíprocamente acreedoras y deudoras. Consiste en dar por pagada la deuda de cada uno por la cantidad concurrente”^{lxviii}. Se evidencia entonces, que hay dos derechos distintos, en cabeza de dos partes que al mismo tiempo son acreedores y deudores entre sí, mientras que en la *CLCD* sólo hay un derecho, aquel en cabeza del acreedor, que es el perjudicado.

Igualmente, se advierte que para que opere la compensación de créditos, se requiere que el objeto de las obligaciones que se pretenden contraponer y por ende extinguir, sea fungible, es decir que puedan ser sustituidos entre sí, por ser de la misma especie y calidad. En cambio en la *CLCD* no se requiere dicha condición, puesto que no hay dos obligaciones, y además el lucro y el daño que se contraponen no deben pertenecer a la misma especie ni calidad. Es decir, la compensación de créditos propende por la extinción de la obligación, mientras que la *CLCD* no procura dicha consecuencia.

Es así, como “[i]nicialmente, la compensación encuentra su razón de ser en la conveniencia de simplificar la operación de cumplimiento, sustituyendo dos o más pagos con efectiva transferencia de fondos por una simple operación aritmética. Desde este punto de vista, la compensación encuentra un amplio campo de aplicación entre personas o entidades que poseen reiteradas y diferentes operaciones y negocios y permite sustituir múltiples pagos por un saldo al cierre del periodo.^{lxi}” Por lo tanto, es claro que la finalidad de la compensación de créditos, es simplificar operaciones en aras de promover un ágil tráfico jurídico. Mientras que la *CLCD* se fundamenta para retrotraer de la manera más clara y exacta los efectos gravosos producidos un hecho dañoso, tanto para el perjudicado como para el civilmente responsable.

4.5.2. Inexistencia originaria del daño.

Otra situación en la cual podría confundirse la *CLCD* es en la hipótesis en la cual, a pesar de haber ocurrido un hecho, y a raíz de éste se alteraron circunstancias, en realidad no se genera un daño susceptible de ser reparado. Es decir, cuando se producen consecuencias cuya entidad no es suficiente como para ser consideradas dañosas, como por ejemplo, tal como lo propone De Cupis, cuando “...pese a la lesión que ha experimentado en su integridad física, el trabajador sigue percibiendo la misma retribución de antes, es evidente que tal lesión no repercute en el plano patrimonial de la relación laboral”.^{lxx} Es decir, “la prosecución inalterada de la relación laboral no integra un lucro que pueda compensarse con el daño, sino que excluye la existencia del daño en sí.^{lxxi}”, por lo tanto la no causación de un daño reparable, con motivo en un hecho, no puede llegarse a considerar

como un beneficio susceptible de contraponerse a un daño. Tales situaciones también podrían ocurrir en distintas hipótesis, no solamente de índole laboral.

Por el contrario, al aplicarse la *CLCD*, es menester la existencia del daño, pues si éste no podría llegarse a considerar siquiera la imputación de la responsabilidad civil.

4.6. Hipótesis de aplicación de la *CLCD*.

Como bien se expuso anteriormente, el lucro que se contrapone al daño ocasionado por una conducta, puede surgir como consecuencia mediata o inmediata, dando así varias hipótesis en las cuales se puede aplicar la *CLCD*.

4.6.1. *Causa inmediata.*

Se vislumbra cómo en determinadas circunstancias el beneficio percibido por el perjudicado, es consecuencia del mismo hecho causal que produjo el daño. Es así como lo plantea De Cupis en su obra, al señalar que el lucro debe proceder “...*de un mismo acto, ilícito, culpable...*” que el perjuicio sufrido.^{lxxii}

Por lo tanto, cuando el hecho dañoso ocasiona un detrimento, que al mismo tiempo se concreta en un beneficio para el perjudicado, se contraponen ambas circunstancias a la hora de determinar la cuantía de la reparación. Tal es el caso del lucro consistente en el alejamiento de una pérdida, como por ejemplo cuando “[s]i con un tiro de perdigones, se mata a un par de pichones del vecino y a un halcón que estaba a punto de aprisionar a

otro, el daño derivado de la muerte de los dos pichones se reduce en proporción al lucro constituido por la preservada muerte del tercero.^{lxxiii} Se evidencia entonces, que cuando con la misma conducta dañosa del agente civilmente responsable, se proporciona una situación al mismo tiempo beneficiosa al perjudicado, sin que medie otro hecho distinto, necesariamente se deben tener en cuenta ambas circunstancias a la hora de realizar el juicio de responsabilidad.

4.6.2. Causa mediata.

Por otro lado, la *CLCD* es igualmente aplicable a los casos en los cuales con una conducta se genere un detrimento, y con otra circunstancia fáctica distinta, que guarda estricta relación y es consecuencia directa del hecho dañoso, se fomente una situación beneficiosa para el perjudicado, es decir media un evento adicional.

Así las cosas, cuando como consecuencia de los actos reparatorios, el perjudicado queda en una mejor condición a la que se encontraría de no haber ocurrido el hecho dañoso, es necesario acudir a la figura de la *CLCD*, y contraponer ambas circunstancias. Es claro, que no es la conducta inicial del responsable la que generó el lucro, sino que por el contrario, es un acto posterior que nace como consecuencia de la responsabilidad civil del agente del daño, el que concibe el beneficio.

En consonancia con lo anterior, se encontrarán los casos en los que se repare el daño mediante la reparación *in natura*, en donde por razones de imposibilidad física y material

no es viable restituirle al acreedor a una situación idéntica a la que tendría de no haber ocurrido el daño, sino por el contrario a una mejor. Es así, como por ejemplo cuando en un accidente de tránsito X estrella Y, dejando su vehículo en pérdida total, y como consecuencia de la reparación X entrega a Y un automotor de iguales características y especificaciones que el que tenía con anterioridad, sin embargo es nuevo y por lo tanto no ha sufrido depreciación ni desgaste. Por ende, *“... en tales casos el principio general deberá ser la procedencia de la reparación in natura, pero por razones de equidad se deberá buscar que el obligado a reparar sea compensado por el mayor valor que tiene el objeto nuevo frente al que se perdió o destruyó, para así también evitar un enriquecimiento injusto de la víctima”*^{lxxiv}.

Así mismo, Tamayo plantea la hipótesis en la cual la magnitud del daño es tan grande que la reparación del objeto es inútil, por lo tanto *“[c]uando la víctima obtiene reemplazo total del bien destruido, el salvamento pasa a ser propiedad del responsable, puesto que de lo contrario habría un enriquecimiento injusto de la víctima y a su vez un empobrecimiento del causante del daño.”*^{lxxv}

Igualmente, tal como lo plantea Mariano Yzquierdo Tolsada es viable la situación en la cual la cosa dañada o destruida, no tenga un equivalente dentro del mercado, por lo tanto *“...habrá de entregarse una cosa nueva, pero como la que se dañó fue usada, la diferencia de valor habrá de ponerse a cargo del perjudicado, con lo que, de no convenirle, habrá de conformarse con un resarcimiento en forma de indemnización, calculada ésta conforme al valor que la cosa usada tenía.”*^{lxxvi} Es decir, el perjudicado puede optar por

una de dos opciones, por un lado tendrá la posibilidad de escoger la reparación *in natura*, asumiendo él los costos que resulten del mayor valor de la cosa nueva.

Por el contrario, el perjudicado, si así lo prefiere según su conveniencia, puede optar por que sea reparado mediante indemnización, caso en el cual éste no asumiría directamente costo alguno, puesto que al no entregársele cosa alguna que implique un mayor valor, no se engendrará una mejor situación a la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera acaecido, no se producirá beneficio o lucro alguno que pueda ser contrapuesto al daño.

Dado el caso, se evidencia que la mejora experimentada por el perjudicado puede ser consecuencia mediata del hecho dañoso que se presenta en un inicio, puesto que por actos tales como la reparación es que se constituye un escenario más beneficioso para el perjudicado, circunstancia que debe ser tomada en cuenta a la hora de concretar el proceso de reparación propio del juicio de la responsabilidad civil, dando aplicación a la *CLCD*.

4.7. Aplicación en Colombia.

Lamentablemente, el movimiento jurídico colombiano no ha dado gran importancia a la *CLCD*, circunstancia que ha impedido su aplicación por mandato legal de manera expresa. Igualmente, es claro que el desarrollo doctrinal de la figura ha sido muy escaso, pues los autores no la tratan directamente en sus obras, sino que por el contrario, aquellos pocos que la incluyen, lo hacen de manera sutil y sin mencionarla expresamente.

En otra instancia, respecto de la jurisprudencia nacional, ésta ha sido bastante restringida y no muy uniforme tal como se verá más adelante. Por el contrario, su desarrollo se ha dado principalmente en la práctica, con estipulaciones contractuales que plasman la voluntad de aplicar dicha noción, siendo así muy restringida su aplicación.

Así las cosas, se vislumbra que el campo en el cual la *CLCD* ha tenido mayor aplicación es el de los seguros. Las compañías aseguradoras, al ser las llamadas a reparar daños que con motivo a los juicios de responsabilidad incurren sus asegurados, han consolidado un sistema en el cual puedan hacer valer el lucro o beneficios generados a los perjudicados, frente al daño ocasionado. Es así como “[g]eneralmente, las compañías aseguradoras estipulan cláusulas que les permiten obtener el dominio sobre el salvamento cuando la pérdida total sea declarada”^{lxxvii}. Por ende, es posible contraponer el lucro obtenido de manera mediata, el cual es producto de haber recibido una cosa de mayor valor a la que se tenía con anterioridad a la ocurrencia del siniestro.

Un claro ejemplo de lo anterior, se encuentra en la antigua póliza de seguros de automóviles, consagraba en el literal H, cláusula 14, que “[e]l asegurador tiene el derecho de reparar, reemplazar o de pagar el valor del vehículo. En los dos últimos casos el asegurado se obliga a hacer el traspaso del vehículo a favor de la compañía.” En consonancia con lo anterior, es claro que varias compañías aseguradoras adicionan a las pólizas cláusulas de la misma índole^{lxxviii}. Así las cosas, es claro que aunque el asegurador no es el causante del daño, sí es el llamado a la hora de reparar en los casos en que sus asegurados son declarados civilmente responsables. Lo anterior se da como consecuencia

del contrato de seguros que media entre éstos, y la figura procesal conocida como llamamiento en garantía, figura cuyo estudio no hace parte de este trabajo de grado^{lxxix}.

Por lo tanto, es clara la restringida aplicación que tiene la *CLCD* en el país, a pesar de contar con la potencialidad de convertirse en un postulado general que se aplicase en diversas situaciones relevantes para el derecho, y no solamente en situaciones particulares con ocasión a estipulaciones contractuales.

4.8. Aplicación extranjera.

Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia que el campo extranjero no es la excepción a la situación nacional en cuanto a la aplicación de la *CLCD*. Es así, como a pesar de ser una figura que se remonta a los principios generales del derecho, su desarrollo y aplicación no ha sido ampliamente difundido. Dado el caso, se presentarán algunos casos en donde se ejemplifique dicha figura.

Por un lado, se encuentra México, nación cuyo poder legislativo expidió la “Ley sobre el contrato de seguros”^{lxxx}, en la cual se consagra lo siguiente *“Artículo 116.- La empresa podrá adquirir los efectos salvados, siempre que abone al asegurado su valor real según estimación pericial. Podrá también reponer o reparar a satisfacción del asegurado la cosa asegurada, liberándose así de la indemnización.”* (Subrayado no original)

Así las cosas, se visualiza cómo la compañía aseguradora tiene la posibilidad de hacerse dueña de los salvamentos, es decir los elementos parte de la cosa dañada que no fueron destruidos. Para ello, debe pagar su valor, el cual se pagaría mediante la indemnización en dinero o la entrega de una cosa nueva, cuyo valor supere al del elemento destruido, evento en el cual aplicaría la *CLCD*.

Adicionalmente, al analizar dicha disposición normativa, se vislumbra cómo se añade un ingrediente adicional para la aplicación de la *CLCD*, el cual consiste en la evaluación del valor por parte de un perito. Es decir, quien da la cuantificación del lucro versus el daño es el perito, pues al valorar los salvamentos, también se estaría calculando el beneficio que recibió el perjudicado al momento en que fue reparado con una cosa nueva.

En otra instancia se encuentra el caso italiano, se ve cómo el Código Civil en su artículo 1592, consagra una situación en la cual al arrendatario le son reconocidas las mejoras que realice a la cosa arrendada a la hora de calcular el valor del deterioro de la misma, es decir se contrapone el lucro que percibe el arrendador por concepto de los incrementos de valor que recaigan sobre la cosa y que además aporte el civilmente responsable, al detrimento que sufra la cosa arrendada, siempre que no haya sido causado por dolo o culpa grave, por lo tanto se aplicaría la *CLCD*. El mencionado caso, es bastante particular, puesto que es citado por De Cupis en su obra, y admite que “*en él la compensación se admite a mero título de beneficio, ya que las mejoras y los desperfectos se originan no ya de una única acción del arrendatario, sino de los distintos modos de comportarse con relación a la cosa arrendada.*”^{lxxxi} Se evidencia cómo el autor admite la hipótesis en la cual el lucro es consecuencia mediata de un acto distinto al que produjo el perjuicio.

Igualmente, la misma nación consagra en la Ley 25 de 1865, artículo 41, la hipótesis en la cual es expropiado un predio, pero por concepto de la obra pública que se realiza, la parte no expropiada experimenta una ventaja o beneficio, éste deberá ser deducido a la hora de calcular el monto de la indemnización. Por lo tanto, es clara la aplicación de la *CLCD* en este caso, puesto que se contraponen el lucro que recibe el dueño del predio no expropiado con el monto a ser indemnizado.

Teniendo en cuenta los anteriores ejemplos, se evidencia que la aplicación de la *CLCD* no se da de manera expresa, debido a que la legislación no habla de ella directamente, sino que por el contrario establece casos concretos en los cuales se debe proceder de tal manera. Es decir, su aplicación es meramente casuística mas no como un precepto general que ha de tenerse en cuenta en cualquier situación relevante para el derecho que se enmarque en los postulados de la figura.

4.9. Jurisprudencia.

Los pronunciamientos jurisprudenciales respecto de la *CLCD* han sido originados básicamente dentro del seno del Consejo de Estado. Así en sentencia del 30 de octubre de 1989, Expediente No. 5275, y posteriormente en fallo del 5 de abril de 1990, Expediente No. 5060 (191), dicho órgano sentó un lineamiento en donde dejó clara la importancia de determinar la naturaleza de las prestaciones a la hora de realizar descuentos y compensar una indemnización con algún beneficio. Estableció la imposibilidad en cuanto a proceder a

descontar prestaciones sociales e indemnizaciones de índole laboral, pues éstas son perfectamente compatibles con la indemnización de perjuicios que reciben los familiares de funcionarios oficiales fallecidos. Es decir no se aplica la *CLCD*, pues no se consideran causalmente compatibles la indemnización por parte del civilmente responsable, con las prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar por el sistema de seguridad social y normativa laboral.

Posteriormente, el 8 de junio de 1990^{lxxxii}, el Consejo de Estado se refirió expresamente a la *CLCD*, al resolver un caso de responsabilidad estatal, en donde concurren una pensión de sobrevivientes otorgada por parte del Instituto de Seguros Sociales, y la indemnización reconocida por el Estado con ocasión al juicio de reparación directa, es decir la acumulación de la reparación laboral con la civil, tema que si bien es pertinente, no es el tema central de este trabajo de grado, por lo cual la presente providencia se analizará bajo la óptica de la concerniente a la *CLCD*.

En esta ocasión, dicha corporación recurre a citar al tratadista uruguayo Jorge Peirano Facio,^{lxxxiii} en cuanto señala que Esto que aparece como ociosa tautología cuando se encara el problema pensando en que *“...el ofensor ha indemnizado a la víctima del daño sufrido, cobra interés cuando en virtud de una circunstancia cualquiera el perjuicio ha sido reparado sin la intervención del ofensor, puede la víctima accionar contra éste? se entiende que en tal caso subsiste el daño como elemento integrante de la responsabilidad extracontractual?, o por el contrario, ha desaparecido ya dicho extremo de la responsabilidad?”*.

Así las cosas se evidencia que el Consejo de Estado trae a colación la *CLCD*, en las hipótesis en que el beneficio no es causa inmediata según lo analizado en los acápites anteriores, pero además distingue los siguientes supuestos de hecho en los cuales es pertinente estudiar la aplicación o no de la *CLCD*, i) cuando se ha contratado un seguro para la reparación de un eventual daño; ii) se otorga una pensión con motivo al detrimento ocasionado y iii) el perjudicado es objeto de actos de socorro y caridad.

Respecto del primer supuesto establece dicha entidad, parafraseando al mencionado autor, lo siguiente: “...demostrado que la naturaleza indemnizatoria del seguro de cosas, el intérprete lejos de encontrarse frente a un negocio indemnizatorio, se halla frente a una figura jurídica muy distinta de la indemnización, tanto en aquélla como en esta circunstancia, la suma vertida por el asegurador en caso de accidente no es pagada a título de reparación de daños; por el contrario, es la contrapartida de las sumas recibidas, constituye sólo la ejecución de una obligación condicional, en la cual el evento del que depende la condición es el acaecimiento de determinado riesgo”.

En cuanto al segundo supuesto se establece que en “...este evento la pensión tiene carácter puramente indemnizatorio y “El Estado, el municipio, o el que daba servir la pensión en razón del evento dañoso, sufren por este mismo hecho, una merma en su patrimonio, merma que no está compensada por ninguna contraprestación concreta que anteriormente hayan recibido” de donde concluye que respecto del pensionado, la pensión constituye indemnización y que quien paga la pensión puede repetir contra el ofensor.”

Por último, en lo referente a la tercera hipótesis expuesta, señala que cuando el beneficio es producto de “...*los socorros voluntarios que recibe de terceros, y que como es natural, pueden, incluso superar el monto del daño que se ha inferido*”, lo resuelve en el sentido que el ofendido naturalmente puede reclamar del ofensor la indemnización por cuanto la caridad que aquél recibe tiene un sentido de beneficiencia, esta es su causa y no tiene el carácter de indemnización, aparte que desde el punto de vista de la equidad abocaría que la víctima no tuviera en tal evento una acción de indemnización contra el responsable del daño, porque entonces resultaría favorecido con aquella caridad si en razón de ella “*se exonera de la obligación de reparar el daño causado por su dolo o culpa*”.

En conclusión, termina el Consejo de Estado en esta ocasión, estableciendo que “...*iría contra la equidad aceptar el descuento de las pensiones de jubilación que reconoció a viudas e hijos el Instituto de Seguros Sociales porque con ello se beneficiaría a la administración responsable que por razón de un pago con causa en disposiciones legales laborales se eximiría de indemnizar el daño causado por su omisión en cumplir los deberes de previsión que la ley impone*”. Es decir en ese caso, se abstiene de aplicar la *CLCD* al encontrar que no existe la causalidad necesaria entre el lucro y el daño, como para proceder con la compensación de lo contrario, considera dicha corporación se estaría beneficiando al autor del daño, y dejando en una situación más gravosa al afectado.

En otra ocasión, la sección Tercera de la misma corporación^{lxxxiv}, en sentencia de 2002, abordó nuevamente la temática concerniente a la *CLCD*, igualmente se trató el problema ocasionado por la concurrencia de la indemnización civil, con las prestaciones laborales del caso. Procedió a diferenciar las situaciones en las cuales el daño es atribuible al empleador

por un lado, y por el otro aquellas en las cuales el detrimento es imputable a un tercero. El Consejo de Estado, prosigue a estudiar cómo se ha manejado el tema, respecto si se descuenta o no al valor de la indemnización, los montos percibidos con ocasión al sistema de seguridad social, y quién puede reclamar dicho descuento.

Así las cosas establece lo siguiente *“Sobre este punto, la jurisprudencia de la Corporación no ha mantenido una posición uniforme, pues ha considerado: a) que si bien el damnificado tiene derecho a la reparación plena del daño, para evitar un enriquecimiento sin causa debe descontarse de la indemnización la suma correspondiente a las prestaciones sociales que hubiera recibido; b) que había lugar a esa acumulación sin ningún descuento porque las prestaciones sociales y la indemnización tenían fuentes diversas: las primeras, derivan de la relación jurídico laboral de la víctima y por lo tanto, no tienen carácter indemnizatorio y la segunda tiene su origen en el daño sufrido por la víctima y c) en otras oportunidades se ha negado el derecho a recibir la indemnización por incapacidad laboral temporal cuando la víctima ha recibido la prestación social correspondiente.”*

Igualmente cita al Consejo de Estado Francés, en su fallo *Pallotin*, de 1906, en donde se señala que *"cuando un colaborador de la administración en servicio es víctima de un accidente corporal imputable a la persona pública de la cual depende, de modo que ésta esté obligada al pago de una pensión de invalidez se considera excluyente de cualquier otra indemnización..."*

En fin, realiza un análisis en donde se remite además a la jurisprudencia de la Sala Laboral y Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en donde lo que se termina discutiendo es la procedencia o no de la acumulación de indemnizaciones, mas no la aplicabilidad en sí de la *CLCD*, pues el debate gira en torno a la imposibilidad de obtener una doble indemnización que se da por vías distintas, y no por la generación causal de un beneficio por parte del daño.

Dado el caso, es claro que la jurisprudencia aunque ha tratado de abordar el tema relativo a la *CLCD*, no ha perfilado su aplicación.

4.10. Propuesta como solución al problema planteado.

Teniendo en cuenta el anterior desarrollo de la *CLCD*, es necesario plantear determinadas pautas que ayuden a un mejor desarrollo de la misma y así lograr una mayor difusión y aplicación.

Dado el caso, surgen los siguientes lineamientos como propuesta del presente trabajo de grado; por un lado, respecto de las situaciones en donde se presente un beneficio, cuya entidad no sea patrimonial, y se pretenda contraponerlo a un daño, sería conveniente realizarlo tal como se hace cuando éste último es de carácter extrapatrimonial. Es decir, se deben fijar unos límites que funcionen como franjas dentro de las cuales el juez se moverá a la hora de fijar un monto.

En otra instancia, se presentan diversas alternativas en cuanto al momento de reparar al perjudicado, las cuales conllevan a diferentes hipótesis a la hora de establecer el lucro, y la manera como se debe contraponer al daño. Es así como “...podría suceder que al hacer la evaluación del daño se condene al responsable al pago total del objeto destruido, previa deducción de lo que valga el salvamento. En este evento, es el demandante quien queda como propietario y responsable del objeto deteriorado.”^{lxxxv} Lo anterior, se explica con base al lineamiento según el cual, si se deduce del valor total de la cosa, lo que represente el salvamento, se entiende que ya se aplicó la *CLCD*, pues se contrapuso el daño, o sea el valor de la cosa, con el lucro, el salvamento.

Desde otra perspectiva, se encuentra la hipótesis en la cual el objeto también es destruido, pero se opta por la reparación *in natura*, es decir, el responsable le entrega al perjudicado un objeto con las mismas calidades y cualidades al que tenía con anterioridad. Por lo tanto, el perjudicado recibirá a cambio una cosa nueva con un mayor valor, pues no ha sido usada, y por lo tanto no ha sufrido depreciación alguna. En esta situación ha de procederse a entregar el salvamento, es decir los restos de la cosa destruida, al civilmente responsable, y así compensar el lucro recibido con el perjuicio ocasionado.

Por otro lado, están los casos en donde el objeto no se destruye pero es averiado, evento en el cual el responsable debe asumir los costos en que se incurra por la reparación de la cosa. A simple vista no se crea una ventaja gratuita para el perjudicado, y por lo tanto éste seguirá siendo el propietario del objeto sin tener contraponer lucro alguno. Sin embargo, si algunas de las piezas son cambiadas por otras nuevas, el salvamento de éstas, serán de pertenencia del civilmente responsable.

Igualmente, respecto de los casos en los que se presenta el lucro como un alejamiento de una pérdida, se deberá proceder de la siguiente manera, en primer lugar ha de calcularse el valor del daño y seguidamente, compensarlo con el monto que implicaría el hecho de no haberse evitado la pérdida que no ocurrió.

Los anteriores lineamientos se refieren específicamente a cómo realizar la compensación del daño con el lucro en casos específicos. Sin embargo, también es importante realizar una propuesta que logre concretizar la aplicación de la *CLCD*. Es decir, hasta el momento en Colombia, la figura tan solo se tiene en cuenta en los casos en que es pactada expresamente, sin embargo, se pretende darle una mayor circulación dentro del tráfico jurídico al ser consagrada como uno de los lineamientos generales del derecho que rigen la responsabilidad civil. Por lo tanto se propone abrir la posibilidad por consagración normativa, para que en los juicios de responsabilidad civil las partes puedan pedir al fallador su aplicación e igualmente para que éste la imponga de oficio.

Lo anterior, no se pretende realizar mediante disposiciones legales casuísticas, pues esta técnica restringe su aplicación, sino que por el contrario tal como sucede con los principios de la equidad y reparación integral, se implemente mediante un postulado general y así lograr una reparación más objetiva y más justa para todos los involucrados.

CAPITULO V

CONCLUSIÓN

Las consideraciones contenidas en los capítulos que anteceden, ponen en evidencia que la reparación del daño presenta, en la práctica, no pocos problemas al momento de su efectiva realización, tres de los cuales han quedado planteados.

Así respecto del primero de ellos, esto es la forma de aplicación y los alcances del artículo 16 de la ley 446 de 1998, consideramos, que en cuanto se hallen demostrados los elementos propios de la responsabilidad civil y sólo falte determinar el monto o quantum del perjuicio sufrido, la aplicación de los criterios contenidos en el referido artículo se hace imperativa para el juez buscando reparar integralmente a la víctima.

Así, los criterios actuariales deberán ser aplicados en aquellos casos donde los daños sean de carácter patrimonial y sean susceptibles de ser cuantificados exactamente, contrario a lo que sucede con los perjuicios de carácter no patrimonial en donde el juez debe acudir a la equidad como herramienta y propender por una integra reparación bajo el entendido que se está frente a situaciones que no son de carácter económico o que siéndolo, no se tornan en imposibles de cuantificar matemáticamente. De esa forma, el juez no solo va a tener en sus manos la norma sino los elementos suficientes que permitan su correcta y general aplicación.

Por otro lado, respecto de la problemática que presenta la figura de la reparación *in natura*, es evidente que si bien se trata de un sistema que busca indemnizar de manera total los

perjuicios generados a una persona, en muchas ocasiones no logra ese cometido. Por ello, la ley debe otorgar a la víctima o al juez la posibilidad de acudir a otras formas indemnizatorias - sin privilegiar ninguna - incluso en conjunción con las herramientas previstas en el art 16 de 446, y de esa manera facilitar el objetivo esencial de la Responsabilidad Civil.

Finalmente, en cuanto a la *CLCD*, se trata de una figura que respeta los principios de la responsabilidad civil, pero que sin embargo no constituye un paradigma instituido en las mentes de los operadores jurídicos, sino que por el contrario ha sido relegada al olvido y considerada una teoría un tanto vanguardista en las ocasiones en las que es implementada.

Es por lo anterior que se hace necesario contar con postulados jurídicos que refuercen su aplicabilidad en las innumerables relaciones jurídicas en las cuales es procedente. Igualmente, es clara la urgencia de ampliar su aplicación, fijando objetivamente sus presupuestos y las limitaciones a los agentes del derecho, evitando posibles abusos en cuanto a su aplicación, pero al mismo tiempo brindando más confianza dentro del tráfico jurídico, y tratando que deje de ser un concepto jurídico olvidado.

Después de haber analizado los tres temas principales planteados en este trabajo de grado, se considera que no basta con la existencia de una norma que contemple un imperativo hipotético que determine la conducta a seguir cuando se presenten los supuestos de hecho previstos, sino que – en esos tres eventos analizados, dada la problemática que en la práctica ellos implican - se requieren disposiciones legales que brinden al juez mejores y más precisos parámetros objetivos que permitan una mejor comprensión y una facilidad de aplicación en la realidad de estas nociones de derecho. Así las cosas, no basta la simple

existencia de la norma sino que se hace necesario darle al juez pautas que le indiquen cómo aplicarla a cada caso en particular.

Por consiguiente, es clara la necesidad de fundar tanto por vía normativa como jurisprudencial una nueva conciencia jurídica, que permita una ágil pero adecuada implementación de los conceptos anteriormente estudiados, y así lograr que las ciencias jurídicas respondan con mayor eficiencia a las necesidades de una sociedad cambiante.

BIBLIOGRAFÍA

- CARDENAS MEJIA, Juan Pablo. *El arbitraje en equidad*. Revista Universitas. Bogotá: 2003 N105 jun Página 347-374.
- CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 30 de octubre de 1989, Expediente No. 5275.
- CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 5 de abril de 1990, Expediente No. 5060 (191)
- CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 8 de junio de 1990 Expediente No. 5814. CP. Gustavo de Greiff Restrepo.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo, Sección III. 19 de Junio de 1997. Radicación: 11875. CP: Daniel Suarez Hernandez.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 3 de octubre de 2002, Expediente No. 14207.. CP. Ricardo Hoyos Duque.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-965/03, 21 de octubre de 2003, ref: exp D-4539. MP: Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Casación Civil, 15 de Febrero de 1995. Ref: Exp No. 4733. MP: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Casación Civil, 20 de enero de 2009, ref: exp No.170013103005 1993 00215 01. MP: Pedro Octavio Munar Cadena.
- CUBIDES CAMACHO, Jorge, *Obligaciones*, Bogotá: 5ª Edición de la Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

- DE CUPIS, Adriano, *El daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Traducción de la Segunda edición Italiana y estudio preliminar, por Ángel Martínez Sarrión, BOSCH, Casa Editorial, S.A.- Urgel, 51 bis, Barcelona, 1996.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA – Real Academia Española, Vigésima segunda edición, Madrid, 2001.
- DÍEZ-PICAZO, Luís, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, Vol. II. Las relaciones obligatorias*, 6ª Ed. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2008.
- LÓPEZ MESA, Marcelo, *Elementos de la responsabilidad civil: examen contemporáneo*, 1ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
- LUNA Yerga, Álvaro, *et al*, “*Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español.*”. Barcelona: Indret, 2002.
- SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo, *Tendencias a la responsabilidad civil en el siglo XXI. Artículo El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo*. 1ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
- SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo, *La reparación in natura del daño*. Revista Universitas número 109. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II*. Segunda Edición, Bogotá. Legis Editores S.A., 2007.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano *Sistema de Responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001.

Notas al Pie

ⁱ “El resarcimiento quiere equilibrar los intereses en la medida en que han sido perjudicados. Restaurar y nada más que restaurar el equilibrio comprometido por mediación de un equivalente pecuniario.” DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de la Segunda edición Italiana y estudio preliminar, por Ángel Martínez Sarrión, BOSCH, Casa Editorial, S.A.- Urgel, 51 bis, Barcelona, 1996. Página 751.

ⁱⁱ Código Civil, artículo 2341. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

ⁱⁱⁱ Como lo decanta Arturo Solarte, “[e]stá suficientemente decantado en el derecho contemporáneo que cuando un sujeto de derecho ocasiona un daño a otro, sea que se afecte su patrimonio, le cause una lesión corporal, vulnere sus derechos fundamentales o, en fin, le genere una afectación en sus sentimientos morales, sin que exista un fundamento jurídico para que tal sujeto deba soportar de manera exclusiva dicho detrimento, se produce una reacción del ordenamiento jurídico para efectos de que esa lesión o menoscabo..., sea reparado o compensado por el autor mismo o por quien por él deba responder, con el propósito de que el afectado quede en una situación similar a la que tendría si el hecho dañoso no se hubiera presentado.” *Tendencias a la responsabilidad civil en el siglo XXI. Artículo El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo*. 1ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009. Página 511

^{iv} LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Primera Edición, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Internacional No 11, Bogotá 2009. Pág. 367

^v *Ibidem*. Pág. 361.

^{vi} *Ibidem*. Pág. 360.

^{vii} VICENTE DOMINGO, Elena, “El daño, En REGLERO CAMPOS, Fernando, (Coordinador), “Tratado de Responsabilidad Civil”, Tercera Edición, Cit Página 250, No 1.

^{viii} Existen dos formas principales, bajo las cuales se puede reparar un daño, por un lado se encuentra la reparación en especie, situación en la cual, según los hermanos Mazeaud y André Tunc, el juez “o bien dispondrá la reposición de las cosas en el estado anterior, adoptará las medidas propias para colocar al demandante en la misma situación que si el demandado no hubiera incurrido en culpa. Del acto ilícito no quedará sino el recuerdo; sus efectos se borrarán; el daño desaparecerá realmente.” Igualmente se puede contar con la reparación mediante equivalente, situación en la cual “... el juez no tratará de borrar el daño sufrido por la víctima pero se esforzará en compensarlo, tomará las medidas destinadas a procurarle a la víctima una ventaja que sea el equivalente del perjuicio padecido; condenará, por ejemplo, al responsable a abonarle una cierta suma de dinero a la víctima, por daños y perjuicios. El perjuicio no desaparecerá; pero quedará compensado.”

^{ix} En palabras del profesor LOPEZ MESA “...responder civilmente es el deber de resarcir los daños, ocasionados a otros, por una conducta lesiva”

^x VICENTE DOMINGO, Elena, “El daño, En REGLERO CAMPOS, Fernando, (Coordinador), “Tratado de Responsabilidad Civil”, Tercera Edición, Página 266.

^{xi} LÓPEZ MESA, Marcelo, *Elementos de la responsabilidad civil: examen contemporáneo*, 1ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009. Página 164.

^{xii} SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. *Tendencias a la responsabilidad civil en el siglo XXI. Artículo El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo*. 1ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009. Página 516.

^{xiii} *Ibidem*, en Página 520.

^{xiv} “Al no tener un valor estimado de referencia sería absurdo pensar que se obtendría una reparación integral con el pago de una suma determinada”. VICENTE DOMINGO, Elena. *Comentario al tratado de responsabilidad civil*. F REGLERO CAMPOS. Ed Arazandi, 2002. Página 263.

^{xv} CARDENAS MEJIA, Juan Pablo. *El arbitraje en equidad*. Revista Universitas. Bogotá: 2003 N105 jun Página 347

^{xvi} KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída citada por LÓPEZ MESA, Marcelo, *Elementos de la responsabilidad civil: examen contemporáneo*, 1ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009. Página 556

^{xvii} BUSTAMANTE ALSINA, Jorge citado por LÓPEZ MESA, Marcelo, *Elementos de la responsabilidad civil: examen contemporáneo*, 1ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009. Página 557

^{xviii} CSJ, Sala Casación Civil, 15 de Febrero de 1995. Ref: Exp No. 4733. MP: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

^{xix} Consejo Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección III. 19 de Junio de 1997. Radicación: 11875. CP: Daniel Suarez Hernandez.

^{xx} Corte Constitucional, Sentencia C-965/03m 21 de octubre de 2003, ref: exp D-4539. MP: Rodrigo Escobar Gil.

^{xxi} CSJ, Sala Casación Civil, 20 de enero de 2009, ref: exp No.170013103005 1993 00215 01. MP: Pedro Octavio Munar Cadena.

^{xxii} *Ibidem*

^{xxiii} Es de suma importancia aclarar que según el ordenamiento colombiano existen algunos casos en los cuales la carga de la prueba no se encuentra en cabeza de la víctima.

^{xxiv} SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo, La reparación in natura del daño. Revista Universitas número 109. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005. Página 206.

^{xxv} *Ibidem*, en Página 206.

^{xxvi} *Ibidem*, en Página 207.

^{xxvii} *Ibidem*, en Página 207

^{xxviii} *Ibidem*, en Página 213

^{xxix} *Ibidem*, en Página 213

^{xxx} *Ibidem*, en Página 214

^{xxxi} *Ibidem*, en Página 216

^{xxxii} *Ibidem*, en Página 225

^{xxxiii} *Ibidem*, en Página 226

^{xxxiv} *Ibidem*, en Página 227

^{xxxv} *Ibidem*, en Página 227

^{xxxvi} *Ibidem*, en Página 228

^{xxxvii} *Ibidem*, en Página 219

^{xxxviii} *Ibidem*, en Página 219

^{xxxix} *Ibidem*, en Página 220

^{xl} *Ibidem*, en Página 220

^{xli} LUNA Yerga, Álvaro, et al, “Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español.”. Barcelona: Indret, 2002, Página 2.

^{xlii} *Ibidem*, en Página 3.

^{xliiii} *Ibidem*, en Página 4.

^{xliiv} *Ibidem*, en Página 5.

^{xli v} *Ibidem*, en Página 7.

^{xli vi} “El resarcimiento quiere equilibrar los intereses en la medida en que han sido perjudicados. Restaurar y nada más que restaurar el equilibrio comprometido por mediación de un equivalente pecuniario.” DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Página 751.

^{xli vii} Es necesario precisar que no se está haciendo referencia a la compensación como modo de extinguir las obligaciones jurídicas.

^{xli viii} DE CUPIS, *Ibidem*, en Página 328.

^{xli ix} *Ibidem*, en Página 328.

ⁱ DÍEZ-PICAZO, Luís, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, Vol. II. Las relaciones obligatorias*, 6ª Ed. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2008 en página. 144 .

ⁱⁱ SOLARTE, *Ibidem*, en .Página 526.

ⁱⁱⁱ DÍEZ-PICAZO, *Ibidem*, en Página 132

ⁱⁱⁱⁱ Pequeño Larousse

^{liv} Citado por DE CUPIS, *Ibídem*, en Página 81.

^{lv} MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Tomo I, Parte General. Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires, Página 253.

^{lvi} *Ibídem*.

^{lvii} LÓPEZ MESA, Marcelo, *Elementos de la responsabilidad civil: examen contemporáneo*, 1ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009. Página 64.

^{lviii} DE CUPIS, *Ibídem*, en Página 511.

^{lix} *Ibídem*, en Página 382.

^{lx} *Ibídem*, en Página 328.

^{lxi} DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA – Real Academia Española, Vigésima segunda edición, Madrid, 2001.

^{lxii} DE CUPIS, *Ibídem*, en Página 329.

^{lxiii} Así lo plantea De Cupis al establecer que “[e]l resarcimiento es una reparación que corresponde a la medida del daño.” *Ibídem*, en Página 753.

^{lxiv} *Ibídem*, en Página 330.

^{lxv} *Ibídem*, en Página 331.

^{lxvi} *Ibídem*, en Página 331.

^{lxvii} *Ibídem*, en Página 331.

^{lxviii} *Ibídem*.

^{lxix} DÍEZ-PICAZO, *Ibídem*, en Página 612.

^{lxx} DE CUPIS, *Ibídem*, en Página 340.

^{lxxi} *Ibídem*, en Página 340.

^{lxxii} *Ibídem*, en Página 331.

^{lxxiii} *Ibídem*, en Página 329.

^{lxxiv} SOLARTE, *Ibídem*, en Página 519.

^{lxxv} TAMAYO, *Ibídem*, en Página. 840.

^{lxxvi} YZQUIERDO TOLSADA, Mariano *Sistema de Responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001.

^{lxxvii} *Ibídem*, en Página 840.

^{lxxviii} Póliza de Seguros de autos, SURAMERICANA S.A., Numeral 10.

“SALVAMENTO.

Cuando el Asegurado o Beneficiario sea indemnizado, el vehículo, los accesorios originales y no originales asegurados o sus partes salvadas o recuperadas quedarán de propiedad de SURAMERICANA. El ASEGURADO participará proporcionalmente en el valor neto de la venta del salvamento, teniendo en cuenta el deducible y el infraseguro, cuando hubiere lugar a ellos.

Se entiende por valor neto de venta, el resultante de descontar del valor de venta del salvamento los gastos realizados por SURAMERICANA, tales como los necesarios para la recuperación, conservación y comercialización de dicho salvamento.”

^{lxxix} Artículo 57, Código Procedimiento Civil, “Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores.”

^{lxxx} Ley Sobre El Contrato De Seguro, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1935. Última reforma publicada DOF 06-05-2009

^{lxxxi} DE CUPIS, *Ibídem*, en Página 334.

^{lxxxii} Sentencia, Consejo de Estado, Sección Tercera, 8 de junio de 1990 Expediente No. 5814. CP. Gustavo de Greiff Restrepo

^{lxxxiii} PEIRANO FACIO, Jorge “Responsabilidad Extracontractual” ,Ed. Temis, Bogotá, 1981, No. 208. Citado por el Consejo de Estado en sentencia de la Sección Tercera, 8 de junio de 1990 Expediente No. 5814. CP. Gustavo de Greiff Restrepo

^{lxxxiv} Sentencia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 3 de octubre de 2002, Expediente No. 14207.CP. Ricardo Hoyos Duque

^{lxxxv} TAMAYO, Ibídem, en Página 840