

“La Prevención del Daño en el Derecho Privado Colombiano:

Los Presupuestos para una Acción Preventiva”

TRABAJO DE GRADO



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ

2017

“La Prevención del Daño en el Derecho Privado Colombiano:

Los Presupuestos para una Acción Preventiva”

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADA

Presentado por:

JULIANA MORENO MONTOYA

Dirigido por:

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ

2017

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 qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia.

RESUMEN

La prevención del daño ha adquirido un papel preponderante en el moderno derecho de la responsabilidad civil, debido a que el solo resarcimiento de los daños ya causados no satisface siempre, y en su totalidad, a las víctimas. Sin embargo, no existe en Colombia un verdadero desarrollo de los requisitos que se deben acreditar para formular ante la jurisdicción una pretensión encaminada a la tutela preventiva de los intereses ante una amenaza de daño. En consecuencia, el presente trabajo busca analizar la aplicación en concreto de la prevención del daño antijurídico en nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras clave: prevención, daño contingente, amenaza de daño, tutela civil inhibitoria.

ABSTRACT

Damage prevention has acquired an important role in modern law of civil liability, given the fact that the compensation of damages already caused, by itself, doesn't always satisfy the victims in it's integrity. However, in Colombia there isn't a real development of the requirements that must be proven in order to present a claim aimed at preventive protection of interests faced with a threat of injury. In consequence, this document seeks to analyze the particular application of unlawful damage prevention in our legal system.

Key words: *prevention, potential damage, threat of damage, injunction.*

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
EL CONCEPTO TRADICIONAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	3
1. 1. <u>Concepto y Nociones Básicas</u>	3
1. 2. <u>Funciones Básicas de la Responsabilidad Civil</u>	6
1. 2. 1. <u>Indemnizatoria</u>	6
1. 2. 2. <u>Punitiva</u>	8
1. 2. 3. <u>Preventiva</u>	12
1. 3. <u>Presupuestos de la Responsabilidad Civil</u>	18
1. 3. 1. <u>Hecho Dañoso</u>	19
1. 3. 2. <u>Daño Resarcible</u>	21
1. 3. 2. 1. <u>Especial Referencia al Requisito de Certeza</u>	24
1. 3. 3. <u>Nexo Causal</u>	28
1. 3. 4. <u>Factor de Imputación</u>	30
CAPÍTULO II	
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL AL DERECHO DE DAÑOS	31
2. 1. <u>El Derecho de Daños</u>	31
2. 1. 1. <u>Nociones Generales</u>	32
2. 1. 2. <u>La Prevención del Daño</u>	34
2. 1. 2. 1. <u>La Intervención Ex – ante y el Fenómeno Dañoso</u>	35
2. 2. <u>Compatibilidad del Sistema Jurídico Colombiano con el Moderno Concepto de</u> <u>Derecho de Daños</u>	37
2. 2. 1. <u>La Acción por Daño Contingente del Código Civil</u>	37
2. 2. 2. <u>Análisis de la Legislación Civil</u>	38
2. 2. 3. <u>Las Acciones Populares</u>	41
2. 2. 3. 1. <u>Protección de Intereses Colectivos</u>	43
2. 2. 3. 2. <u>La Prevención del Daño Contingente</u>	44
2. 2. 4. <u>La Acción Preventiva o de Prohibición en Materia de Competencia Desleal</u>	45
2. 2. 5. <u>El Código General del Proceso y las Medidas Cautelares Innominadas</u>	47
2. 2. 6. <u>El Deber de Evitar la Extensión y Propagación del Daño</u>	53
CAPÍTULO III	
LA ACCIÓN PREVENTIVA	57
3. 1. <u>La Tutela Civil Inhibitoria</u>	57
3. 1. 1. <u>Configuración Atípica y Límites Objetivos</u>	61
3. 2. <u>El Interés de “Indemnidad”</u>	62

3.3.	<u>Presupuestos de la Acción Preventiva</u>	63
3.3.1.	<u>Hecho Potencialmente Dañoso</u>	63
3.3.2.	<u>Daño Amenazante</u>	65
3.3.3.	<u>Nexo Causal</u>	68
3.3.4.	<u>Factor de Atribución</u>	71

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES	76
---------------------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA	79
---------------------------	-----------

INTRODUCCIÓN

Ha surgido desde hace algunos años una preocupación por redefinir el papel que desempeña la responsabilidad civil en la sociedad, en atención al lugar preponderante que ocupa la protección de la víctima en la actualidad y al derecho que le asiste a las personas de permanecer indemnes. Desde esta perspectiva, es evidente que el derecho debe propender porque los daños no se presenten, de manera que la responsabilidad civil no puede circunscribirse única y exclusivamente a la reparación e indemnización de los perjuicios, sino que resulta necesario expandir su campo de acción hacia la prevención. Como lo pone de presente la doctrina, el “[p]ermanecer impasible ante el potencial preventivo de la responsabilidad civil es casi tan grave como consagrar legislativamente un derecho general a dañar. En efecto, marginar la intervención de la responsabilidad a una fase ulterior a la irrogación del perjuicio, no dista mucho del discurso según el cual es admisible dañar, siempre que se proceda a indemnizar.”¹

En el moderno derecho de daños ha adquirido relevancia la intervención previa a la concreción del daño, que encuentra su fundamento en el análisis del fenómeno perjudicial o dañoso como una categoría aún más amplia e incluyente que la que tradicionalmente se ha utilizado en sede de responsabilidad. Tal es, por ejemplo, el caso de España² y Argentina³, con el desarrollo, principalmente doctrinal, de lo que se ha denominado la “tutela civil inhibitoria”, por oposición

¹ ROJAS QUIÑONES, Sergio y MOJICA RESTREPO, Juan Diego, *Las Funciones del Derecho de Daños: Prevención y Punición en el Sistema contemporáneo*, en *Responsabilidad Civil – La nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá: 2014. Página 107.

² LLAMAS POMBO, Eugenio, *Problemas actuales de la responsabilidad civil*, Consejo Superior de la Judicatura, Módulo de formación de jueces y magistrados, Bogotá: 2011.

³ BERIZONCE, Roberto Omar, *La tutela anticipada en el derecho argentino*, Publicado en J.A. 1996- IV- 741.

de la “tutela resarcitoria”. Con esta figura se pretende la inhibición o prevención del daño, de manera que quien teme que se ocasione un perjuicio pueda exigir la adopción de las medidas necesarias para evitarlo, para lo cual resulta indispensable la correlativa consagración de instrumentos procesales a favor de los potenciales damnificados.

Por su parte, en nuestro sistema se han introducido algunos instrumentos que tienen por objeto lograr la efectiva prevención del daño, como finalidad directa y primaria, no como efecto secundario que puede llegar a derivarse de la imposición de obligaciones indemnizatorias. Sin embargo, no se han planteado dogmáticamente las características y los requisitos de la acción preventiva, que encuentra su principal fuente normativa en el artículo 2359 del Código Civil, el cual no ha tenido desarrollo ni efectividad práctica. Lo anterior supone, entonces, la existencia de un vacío en nuestro sistema en cuanto a los presupuestos para que operen los mecanismos enderezados a la prevención del daño y su aplicabilidad.

El objetivo principal del estudio que se presenta a continuación es, en atención a lo expuesto, definir los presupuestos que tendrían, en el derecho colombiano, las acciones judiciales dirigidas a la prevención del daño antijurídico. Para efectos de su desarrollo, este trabajo se divide en cuatro capítulos: (i) el primero de ellos se refiere a la concepción tradicional de la responsabilidad civil, sus principales funciones y los requisitos para la configuración de la obligación indemnizatoria; (ii) en segundo lugar, se analizará el tránsito de la responsabilidad civil hacia el concepto de derecho de daños, con la referencia a las distintitas figuras consagradas en el ordenamiento jurídico colombiano que evidencian dicho proceso y que demuestran la importancia de la tutela inhibitoria; (iii) en el tercer capítulo se hará referencia a la acción

preventiva, sus características y los requisitos para su procedencia; y (iv), finalmente se dedicará un capítulo a las conclusiones.

CAPÍTULO I

EL CONCEPTO TRADICIONAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El presente capítulo tiene por objeto el análisis del concepto de “responsabilidad civil”, tal como ha sido entendido tradicionalmente y, en especial, la revisión de lo atinente a las distintas funciones que a ella le han sido atribuidas, así como a los presupuestos para su configuración.

1. 1. Concepto y Nociones Básicas

De manera general, el concepto de responsabilidad civil tiene como su eje a la obligación indemnizatoria que surge con ocasión de la causación de un daño antijurídico, en cabeza de quien lo ha producido, o quien por él deba responder. La doctrina ha definido a esta especie del género *responsabilidad jurídica* como “(...) *el conjunto de reglas que obligan al autor de un daño causado a otro a reparar ese perjuicio ofreciendo a la víctima una compensación.*”⁴

De conformidad con este planteamiento, la responsabilidad civil, tal como ha sido concebida tradicionalmente, tiene un carácter eminentemente reactivo toda vez que se pone en funcionamiento cuando se constata la existencia de un daño injustamente causado y sufrido, de manera que su principal objetivo es la reparación de éste último. Así lo ha señalado igualmente la

⁴ VINEY, Geneviève, *Tratado de Derecho Civil Introducción a la Responsabilidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2007. Página 21. En este mismo sentido, Gastón Salinas define la responsabilidad civil como “(...) *la obligación o el deber en que se coloca una persona determinada, de resarcir, reparar, indemnizar o satisfacer cualquier pérdida, detrimento, perjuicio o daño causado por ella, por otra persona que de ella depende, o por alguna cosa que le pertenece o de que se encuentra en posesión.*” SALINAS UGARTE, Gastón, *Responsabilidad Civil Contractual – Tomo I*, Ed. Thomson Reuters y Abeledo Perrot, Chile: 2011. Página 31.

jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual la responsabilidad civil puede ser entendida como “(...) *la obligación de reparar, resarcir o indemnizar un daño causado injustamente (...)*” precisando, a su vez, que “[e]l *daño, entendido en sentido icástico, o sea, la lesión, detrimento o menoscabo de un derecho, interés o, incluso, un valor tutelado por el ordenamiento jurídico, es el primer elemento o presupuesto de la responsabilidad civil (...).*”⁵

Como consecuencia de lo anterior, se colige que, de manera general, la obligación indemnizatoria nace para hacer frente a la violación de un deber jurídico general que se identifica con el principio romano “*alterum non laedere*” o “*neminem laedere*”, el cual corresponde al deber genérico de no dañar a otro. Al respecto, la doctrina ha sostenido que el fundamento de la responsabilidad civil se encuentra en el postulado de no dañar injustamente a otro, que “(...) *se traduce en el deber que pesa sobre toda persona, por el hecho de vivir en sociedad, de observar una conducta prudente y cuidadosa para que en el ejercicio de sus numerosas actividades y de sus derechos no lesione injustamente a otro, deber que incluye el leal y diligente cumplimiento de las obligaciones concretas, voluntariamente contraídas o impuestas por la ley. La violación de este deber compromete la responsabilidad del agente y le acarrea, en consecuencia, la obligación de indemnizar los daños causados.*”⁶ Lo anterior supone que el sistema de responsabilidad civil se orienta a la regulación de las consecuencias indemnizatorias que genera la trasgresión de un deber jurídico, sea éste de carácter general -responsabilidad extracontractual- o de carácter singular, previo y concreto -responsabilidad contractual-.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 24 de Agosto de 2009, Expediente: 11001-3103-038-2001-01054-01, M. P. William Namén Vargas.

⁶ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo, *Régimen general de las obligaciones*, Octava Edición, Ed. Temis S.A., Bogotá: 2001. Página 88.

Sin embargo, como se verá en detalle más adelante, este deber, como fundamento de la responsabilidad civil, no tiene únicamente un carácter reactivo -caso en el cual se requiere de su trasgresión para que haya lugar a la obligación indemnizatoria-, sino que también guarda relación con la prevención del daño, por lo que adquiere en la actualidad un nuevo matiz. En esta medida, es posible atribuirle a este principio una doble naturaleza, tanto reactiva como anticipativa, en el sentido de que no solamente sirve de fundamento al deber de reparar sino también al de no dañar a otro.

Este concepto de responsabilidad civil, en sede extracontractual, encuentra su soporte legal en el artículo 2341 del Código Civil. Según lo dispuesto por dicha norma, *“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.”* La citada definición evidencia, por un lado, el papel preponderante que solía asignársele a la conducta del agente dañador, si bien las tendencias actuales no acentúan el análisis en el comportamiento antijurídico del agente dañador dada la preeminencia de la víctima y su derecho a ser compensada,⁷ y, por otro lado, la función eminentemente reparadora que obliga a la indemnización del daño inferido.

⁷ Señala EUGENIO LLAMAS POMBO que *“(…) en la segunda mitad del siglo XX hemos asistido a un cambio de protagonista dentro del teatro de la responsabilidad civil: el ‘primer actor’ ya no es (como en el artículo 1902 del Código civil) ‘el que causa daño a otro’, ni tampoco (como en el artículo 1101) ‘los que incurrieran en dolo, negligencia o morosidad...’, sino precisamente ese ‘otro’ que es víctima de un daño extracontractual o contractual, de manera que importa poco por quién o por qué motivo se va a afrontar la indemnización de ese daño, con tal de que dicha reparación se produzca. El protagonista es ahora la víctima, de manera que la formulación de los preceptos nucleares de nuestro sistema de responsabilidad civil podría ser muy distinta, para señalar que «todo aquel que sufre un daño antijurídico tiene derecho a ser indemnizado», o algo parecido. Así, lo relevante hoy no es la antijuridicidad (a veces inexistente) de la conducta que causa el daño, sino la antijuridicidad del daño mismo.”* LLAMAS POMBO, Eugenio, *Problemas actuales de la responsabilidad civil*, Op. Cit. . Página 30.

Así entendida la responsabilidad civil, como aquella institución encargada de determinar los presupuestos que dan lugar a que una persona que ha sufrido un daño, respecto del cual no tiene el deber jurídico de soportarlo, pueda reclamar su reparación del agente dañador o de quien por él deba responder, procedemos a analizar brevemente las tres funciones básicas que le han sido asignadas a esta disciplina.

1. 2. Funciones Básicas de la Responsabilidad Civil

Teniendo como eje de análisis el concepto ya referido de la responsabilidad civil, es necesario abordar las distintas funciones que tradicionalmente le han sido atribuidas a la misma, tanto en nuestro sistema como en el derecho comparado. La importancia práctica de la determinación de estas funciones radica en su carácter orientador, que permite la aplicación de las normas a situaciones carentes de regulación expresa, así como la interpretación armónica de las mismas. Adicionalmente, de la función que se le atribuya a este instituto jurídico, dependerán los elementos que la definen.

1. 2. 1. Indemnizatoria

La principal función que desde los planteamientos iusnaturalistas recogidos en las codificaciones se le ha atribuido a la responsabilidad civil, es la que se refiere a la reparación del daño causado con la conducta de un agente, de manera que *“la función primaria de todo sistema de responsabilidad civil es de naturaleza reparatoria o compensatoria: proporcionar a quien sufre un daño injusto, los medios jurídicos necesarios para obtener una reparación, o al menos, una*

compensación.”⁸ Así, y de acuerdo con lo anterior, la finalidad perseguida con las normas que regulan el sistema de la responsabilidad civil, que en nuestro ordenamiento se encuentran en el Título XXXIV del Código Civil (en materia de responsabilidad extracontractual), correspondería a la regulación de las condiciones y presupuestos para que proceda la indemnización de los perjuicios sufridos por la víctima.

La función indemnizatoria, que igualmente se puede denominar “resarcitoria” o “compensatoria”, tiene por objeto poner a la víctima de un daño antijurídico en la situación en la que se encontraría de no haberse producido el mismo, en la medida en que resulte posible, y/o compensar los efectos de aquellas situaciones cuyos efectos resulta imposible retrotraer. Mediante ese mecanismo “[s]e trata de recuperar un equilibrio perdido por el daño, de forma que la víctima finalmente no resulte beneficiada ni disminuida (...). Se trata de lograr la satisfacción de la víctima (...).”⁹

De conformidad con las citas precedentes, el daño y su cuantificación son el eje de la función reparatoria de la responsabilidad civil, la cual corresponde a la consecuencia jurídica que impone el ordenamiento ante la causación del mismo, de manera que su actuación es principalmente reactiva, y opera como mecanismo para trasladar los efectos del daño causado desde la víctima hacia quien con su conducta u omisión lo ha generado. Se trata, en general, del restablecimiento del equilibrio alterado por la intromisión del hecho dañoso en el ambiente en el que actúa la víctima, mediante el resarcimiento y/o compensación de los efectos nocivos de esa conducta,

⁸ TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil, El Derecho de Daños en la Actualidad: Teoría y Práctica – Tomo I*, Ed. La Ley, Buenos Aires: 2004. Página 60.

⁹ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Las funciones del derecho de daños de cara al siglo XXI*, en Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI – Derecho privado Tomo IV Volumen 2, Ed. Temis S.A. y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá: 2010. Página 23.

procurando poner a la víctima en la situación en que se encontraría de no haberse producido el hecho dañoso.

La responsabilidad civil lleva entonces implícita en su naturaleza la noción de reparar o indemnizar un daño¹⁰, por lo que es presupuesto esencial la necesaria existencia del perjuicio, toda vez que constituye el contenido de la obligación que surge en cabeza del agente responsable. Por lo anterior, desde esta perspectiva, se trata de un mecanismo de tutela o de protección judicial de naturaleza resarcitoria.

1. 2. 2. Punitiva

Previo al desarrollo de la función punitiva, debe distinguirse entre la responsabilidad entendida como consecuencia normativa por la trasgresión de deberes jurídicos, por una parte, y el castigo o la sanción que pueda derivarse de la vulneración o violación de tales imperativos de conducta, por la otra. Respecto de la primera, la doctrina nacional define la responsabilidad civil como *“(...) la obligación de reparar el daño que una persona le causa a otra injustamente. (...) Se trata de una sanción legal que se materializa en una obligación reparatoria o resarcitoria según el funcionamiento normativo que se le reconoce al derecho y que en la legislación colombiana se encuentra consagrado en el artículo 6° del Código Civil (...).”*¹¹ En este mismo sentido, autores como ATILIO ANÍBAL ALTERINI conceptúan que la obligación indemnizatoria en sí misma considerada es una sanción en los siguientes términos:

¹⁰ VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Temis S.A. y Universidad de la Sabana, Bogotá: 2015. Página 11.

¹¹ SANTOS BALLESTEROS, Jorge, *Responsabilidad Civil*, Tomo I Parte General, Tercera Edición, Ed. Temis S.A. y Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores No. 58, Bogotá: 2012. Página 24.

“La reparación de daños, fruto de la responsabilidad jurídica en ámbito civil, comporta una forma de sanción. Como orden coactivo, el Derecho organiza un sistema de sanciones, esto es la atribución de una consecuencia a la infracción de los deberes jurídicos; tal consecuencia significa un desvalor para quien es pasible de ella. En el plano de la responsabilidad por reparación de daños la sanción estriba en una mengua patrimonial que –a favor del damnificado- se impone al responsable y tiene causa en el daño inferido al derecho subjetivo ajeno.”¹²

Precisado lo anterior, debe advertirse que en este acápite se pretende estudiar la función sancionatoria -o punitiva- que puedan tener las normas que regulan la responsabilidad civil, independientemente de la reparación entendida la sanción normativa por la transgresión de deberes de conducta, a que se ha hecho referencia.

La denominada función punitiva o sancionatoria hace referencia a que este sistema jurídico, en determinados supuestos, tiene por objeto sancionar o “castigar” a quien con su conducta ha causado un daño, a manera de lo que podría entenderse como una pena civil. Partiendo de que, por regla general, las indemnizaciones deben reparar en forma integral o completa a las víctimas –compensándoles no más pero tampoco menos que el importe del daño-, se ha considerado que la responsabilidad civil adquiere un carácter sancionatorio cuando la indemnización a la que resulta obligado el agente dañador excede la reparación misma del daño, lo que equivale a imponer una

¹² ALTERINI, Atilio Anibal, *Responsabilidad Civil*, Tercera Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires: 1987. Página 15.

pena que no atiende, en su totalidad, al perjuicio efectivamente sufrido, sino que, por el contrario, suele superarlo.¹³

La función punitiva ha tenido su mayor desarrollo en los sistemas del *common law*, los cuales consagran la institución de los denominados “*punitive damages*”, que constituyen sanciones ejemplarizantes con fines disuasivos de futuras conductas, impuestas en especiales condiciones de reproche de la conducta del agente, de manera que guardan especial relación con la función aquí analizada.

WILLIAM PROSSER, citado por el catedrático PABLO SALVADOR CODERCH, define los “daños punitivos” de la siguiente manera: “[*s]uch damages «are given to the plaintiff over and above the full compensation for his injuries, for the purpose of punishing the defendant, of teaching him not to do again, and of deterring other from following his example».*”¹⁴ El profesor GUSTAVO ORDOQUI sostiene al respecto que “[*e]n efecto, prevenir o disuadir, que es lo que se busca indirectamente al imponer condenas resarcitorias, no siempre es suficiente, y en ocasiones en algunos sistemas jurídicos, con respaldo legal expreso se ha institucionalizado lo que se denomina daño punitivo, esto es, la circunstancia en la que se impone una suma de dinero superior al valor del daño causado, en atención a la gravedad de la conducta, tratando de que con esta cifra de dinero se cumpla directamente una función también preventiva y punitiva*”.¹⁵

¹³ La doctrina sostiene que “[*l]a responsabilidad civil asume un carácter punitivo cuando la indemnización excede la reparación del daño causado. En este caso, la indemnización es otorgada al demandante, al menos en parte, en la forma de una pena civil, que es retributiva respecto de un comportamiento particularmente impropio, y es una sanción disuasiva, que mira hacia el futuro, porque su finalidad es amedrentar al demandado y a los otros que estén en posición de incurrir en la conducta reprochable.*” – BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile: 2009. Página 304.

¹⁴ SALVADOR CODERCH, Pablo, *Punitive Damages*, citando a PROSSER, William Lloyd, *The Law Of Torts*, 4th ed., Lawyer’s edition, St. Paul, West: 1971.

¹⁵ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *op. cit.*. Página 13.

Sin embargo, la imposición de este tipo de condenas en cabeza de quien resulte responsable no logra satisfacer la prevención del daño de manera directa y especial, toda vez que, si bien los daños punitivos operan sobre la base de la prevención general, se trata de una intervención *ex post*. Lo anterior debido a que la condena surge como consecuencia de un daño ya consolidado en atención a la gravedad de la conducta, dejando de lado su prevención efectiva, toda vez que no se evita la causación del mismo, sino que se disuade de futuras conductas que puedan generar efectos similares.

Adicionalmente, el reconocimiento de una función sancionatoria mediante la implementación de los denominados “daños punitivos”, que suelen ser extraños a los sistemas jurídicos del *civil law*, puede dar lugar no sólo a situaciones de lo que se conoce como litigio especulativo, sino también a incentivos perversos que motiven a las víctimas a propiciar situaciones dañosas, lo que supone que estos sujetos, a partir de un mismo hecho que se ha instituido como precedente para el reconocimiento de daños punitivos, se causen daños a sí mismos con el fin de obtener indemnizaciones que superan el perjuicio efectivamente sufrido -esto, claro está, cuando las sumas a que resulta obligado a pagar el agente dañador sean efectivamente entregadas a la víctima-.¹⁶

Se colige de todo lo anterior que sancionar y prevenir resultan funciones independientes y diversas, en la medida en que lo que podríamos denominar como “sanción” –con la precisión

¹⁶ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, *Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law*, Revista Ius et Veritas No. 22, Pontificia Universidad Católica del Perú, disponible en: http://works.bepress.com/gaston_fernandez_cruz/5/. Página 27.

realizada al inicio de éste acápite- no pretende, de manera principal, la evitación de conductas dañosas, sino únicamente su disuasión como efecto secundario o indirecto.

1. 2. 3. Preventiva

Las nuevas tendencias académicas y doctrinales se orientan hacia la expansión del campo en que opera la responsabilidad civil, mediante el reconocimiento de la prevención del daño como una función principal de ese sistema normativo,¹⁷ y no únicamente como una función secundaria o indirecta derivada del efecto disuasivo que produce la imposición de una obligación indemnizatoria o de los denominados “daños punitivos”.¹⁸

La preocupación central en el debate sobre esta función se encuentra, en general, en definir si la responsabilidad civil puede intervenir en una fase previa al acaecimiento de un daño con el fin de evitarlo, es decir, si es posible que ante la potencialidad de un daño la eventual víctima pueda reclamar la adopción de las medidas necesarias para que dicho peligro o amenaza no se concrete en un perjuicio.¹⁹

¹⁷ “La responsabilidad civil debe cumplir también una función de prevención de carácter primario. «La reducción absoluta del coste secundario de los accidentes no puede ser la única función de la responsabilidad civil. Es difícil aceptar un sistema que indemnice perfectamente a todos los afectados en los accidentes una vez se hayan producido y, en cambio, no haga nada por evitarlos.» REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *Tratado de la Responsabilidad Civil – Parte General Tomo I*, Ed. Arazandi S.A., Navarra: 2002. Página 57.

¹⁸ Dentro de la doctrina nacional, el profesor CARLOS IGNACIO JARAMILLO se ha preocupado por el estudio del papel que ha de desempeñar la prevención desde el análisis de los denominados deberes de evitar y mitigar el daño, considerados como parte integral del fenómeno dañoso -que trasciende la sola reparación del daño-. Expone este autor que “(...) *debemos examinar la temática de la responsabilidad civil, particularmente desde una perspectiva más omnicomprensiva, a fin de poder revisar críticamente lo atinente a sus funciones, urgidas de un reestudio más a tono con el papel protectorio del Derecho, en general, a la vez que con el papel que ocupa en la actualidad la prevención y el que debe seguir ocupando, en lo porvenir, como nueva variable que, por su significado y penetrante alcance, debe ser considerada con esmerada atención (...)*” JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, Colección Ensayos No. 22, Editorial Temis S.A. y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá: 2013. Página 2.

¹⁹ TRONCOSO, María Isabel, *El principio de precaución y la responsabilidad civil*, Revista de Derecho Privado No. 18, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2010. Páginas 205 a 220. Disponible en <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/viewFile/407/387>>.

Sin embargo, previo al análisis del papel preventivo de la responsabilidad civil, es necesario señalar que existen dos formas distintas de prevención: la primera de ellas conocida como prevención general, que se refiere a la disuasión de conductas antijurídicas en atención a las consecuencias y sanciones de dichas conductas pueden acarrear;²⁰ y, en segundo lugar, se encuentra la prevención especial, que supone la imposición de obligaciones y deberes específicos en cabeza de los agentes, con el fin de evitar la concreción de una amenaza en un daño cierto, y que se manifiesta, principalmente, a través de la denominada “tutela civil inhibitoria”. Así, “[la prevención específica] se realiza mediante la imposición de deberes especiales a ciertos sujetos, destinados a controlar y aminorar los riesgos de la actividad por ellos desplegada, mediante la adopción de medidas de seguridad adecuadas o de mecanismos orientados a impedir la consumación del daño o a detener los efectos de una acción dañosa ya iniciada.”²¹ El énfasis del presente estudio se encuentra en esta segunda forma de prevención, con características autónomas a las que se desprenden del resarcimiento del daño.

Adicionalmente, conviene referirnos a la distinción entre la prevención y el denominado principio de precaución que opera, entre otros campos, en materia ambiental. Al respecto, debe señalarse que la normatividad ambiental en Colombia tiene un carácter principalmente preventivo, toda vez que existen situaciones de urgencia que obligan a actuar aún si hay incertidumbre respecto de las condiciones del evento que puede dar lugar a un daño ambiental, esto por cuanto la recuperación del medio ambiente por los daños causados puede resultar imposible en algunos casos o tardar demasiado tiempo.

²⁰ De acuerdo con Salinas, “[s]e sostiene que la amenaza de una obligación resarcitoria debe inducir al autor de una conducta potencialmente dañosa, ya sea para abstenerse de esa conducta o bien para tomar el máximo de precauciones y medidas de seguridad aptas, con el fin de evitar consecuencias lesivas.” SALINAS UGARTE, Gastón, *Responsabilidad Civil Contractual – Tomo I, Op. Cit.*, Página 38.

²¹ *Ibidem*. Página 411.

El principio de precaución se encuentra consagrado, en la legislación nacional, en el numeral 6 del artículo 1º de la Ley 99 de 1993, de conformidad con el cual “(...) *cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.*” Este principio se caracteriza porque “(...) *el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, toda vez que no se dispone de la posibilidad fáctica real de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, circunstancia que obedece a la falta de evolución al respecto en el conocimiento científico, desde el cual puede no resultar posible alcanzar la certeza en punto de las precisas consecuencias que acarrearía alguna situación o actividad, así se conozca que tales efectos serán nocivos.*”²² Por su parte, el principio de prevención, que igualmente resulta aplicable en asuntos ambientales, tiene por objeto el diseño y la implementación de instrumentos y políticas que eviten la causación de un daño, ante la existencia de riesgos respecto de los cuales sea posible determinar -con anticipación- las consecuencias que podrían generar.

Esta misma distinción es posible identificarla en la doctrina, conforme a la cual el elemento diferenciador entre la prevención y la precaución se encuentra en el conocimiento que se pueda tener respecto de las consecuencias que una determinada conducta habrá de producir, es decir, se trata de un asunto de certeza respecto de los efectos de la conducta del agente. Señala LEONARDO FABIO PASTORINO:

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 4 de noviembre de 2015, Radicación No.: 7600123310002000504271-01 (37.603), Consejero Ponente: Hernán Andrade de Rincón (E).

“Si se conocen estas consecuencias [las de una acción determinada], se deben prevenir. Si, en cambio, no se conocen, porque en el ambiente científico existe la duda o no existen pruebas irrefutables, se deben tomar todas las precauciones necesarias. Así Marine Friant-Perrot (...) explica la aplicación de estos principios según el tipo de riesgo: si éste ya se ha producido, se aplica el principio de reparación o responsabilidad; si es probado, se aplica el principio de prevención; si es sospechado, se aplica el principio de precaución (...). En la prevención uno sabe que si realiza tal acción el daño es cierto; por eso se debe prevenir. En tanto que en la precaución las medidas son tomadas ante el desconocimiento o duda de lo que puede venir. En esta interpretación, ambos principios encuentran fundamento y son dos manifestaciones de la prudencia.”²³

La función preventiva que es objeto de estudio en este acápite se refiere a la intervención *ex - ante*, anterior a la causación de un daño, con el fin de evitar su ocurrencia. Señala la doctrina que esta función es un complemento idóneo del resarcimiento, toda vez que el daño en sí mismo considerado representa una desventaja social en cuanto produce pérdidas de utilidad para toda la comunidad.²⁴ Diversos autores encuentran el fundamento de la prevención del daño en el principio general *alterum non laedere*, previamente referido, en la medida en que su configuración general comprende el deber mínimo de no perjudicar de otro, que cobija tanto la adopción de medidas para prevenir la causación de daños como el deber de repararlos cuando la regla ha sido vulnerada.²⁵ En este mismo sentido, se ha mencionado que en la prevención “(...) se

²³ PASTORINO, Leonardo Fabio, *El daño al medio ambiente*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires: 2005. Página 97.

²⁴ SALINAS UGARTE, Gastón, *Responsabilidad Civil Contractual – Tomo I, Op. Cit.*

²⁵ Señala Carlos Ignacio Jaramillo que “(...) el *alterum non laedere* genuinamente interpretado nos sitúa antes de la floración material del daño, será entonces el terreno de la evitación propicio para su albergue, y también explicación de que sobre el

trata de un actuar antes que el daño ocurra con el fin de evitar el perjuicio. Se basa en el principio alterum non laedere, en cuanto ordena no dañar a otro, lo que debe entenderse como actuar antes que se cause un daño [...].”²⁶

Para algunos autores, la prevención del daño es una figura que únicamente adquiere relevancia en un sistema subjetivo de responsabilidad civil, donde la culpa es el principal factor de atribución de responsabilidad. Esto es así debido a la consideración conforme a la cual la prevención recae sobre la conducta de los agentes, por lo que si ésta no es el factor fundante de la obligación indemnizatoria, tampoco podrá recaer sobre ella efecto preventivo alguno.²⁷ Sin embargo, consideramos que esta postura puede resultar discutible en la medida en que, como se mencionará a lo largo de éste escrito, las tendencias actuales se dirigen a la protección de las víctimas, de manera que el énfasis se encuentra en la constatación de un daño antijurídico -injustamente sufrido-, sin que para ello resulte necesario el reproche de la conducta del agente dañador. Es decir, de aceptarse que la prevención se predica exclusivamente de sistemas subjetivos de responsabilidad, en los que el centro de atención se encuentra en el juicio de reproche sobre la conducta del agente, se impondría a las víctimas potenciales una mayor carga probatoria al exigir la falta de diligencia como requisito para la prosperidad de una acción preventiva, y se desconocería, igualmente, la mayor relevancia que debe tener el daño injustamente sufrido respecto del daño injustamente causado.

sujeto de derecho recae un deber de no perjudicar (deber mínimo), que adicionado con un plus: un deber positivo de actuar, de hacer, de no quedarse inmóvil, invita a la víctima a adoptar las medidas razonables tendientes a su evitación, o su mitigación, conforme las circunstancias (...).” JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, Op. Cit. Página 176.

Igualmente, de acuerdo con Gustavo Ordoqui “[d]ebemos suponer que el deber de prevención, cuando es posible, es exigible por la vigencia de principio general de derecho de alterum non laedere. (...) Prevenir daños futuros o actuar ante la amenaza de daños inminentes es un acto de responsabilidad.”²⁵ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, op. cit. Página 14.

²⁶ SALINAS UGARTE, Gastón, *Responsabilidad Civil Contractual – Tomo I, Op. Cit.* Página 38.

²⁷ ALPA, Guido, *Nuevo tratado de responsabilidad civil*, Ed. Juristas Editores, Lima: 2001. Páginas 204 y 205. Citado por ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Op. cit.*

Esta función preventiva, también denominada inhibitoria, “(...) *se comprueba cuando se hace cesar una situación de peligro o de daño inminente. La reparación del daño y la tutela inhibitoria no son efectos similares, pues en este último caso no hay un daño consumado, sino en proceso o de ocurrencia inminente, y lo que se propone es hacer cesar esta situación para evitar o concluir una situación de peligro de daño.*”²⁸ La prevención, materializada en la tutela inhibitoria, entendida como la acción que pretende impedir la realización del daño, ha sido constantemente destacada por la doctrina. Así, por ejemplo, los tratadistas FÉLIX TRIGO REPRESAS y MARCELO LÓPEZ MESA sostienen que “(...) *la prevención del daño plantea un problema de tutela preventiva tendiente a impedir la realización de los daños ya que, cualquiera sea su fuente, deben ser evitados (...). No se discute ya que la responsabilidad civil también puede y debe cumplir una función preventiva, sobre la base de remedios de tipo inhibitorio, que frente a situaciones de peligro de daño apto para perdurar, posibiliten la evitación, o en su caso la cesación, de las actividades nocivas.*”²⁹

En el derecho anglosajón, la función preventiva se manifiesta a través de la denominadas “*injunctions*”, que corresponden a una orden para impedir una acción que amenaza derechos de otro, o que impone la realización de un acto determinado, siendo su principal característica la atipicidad, lo que confiere un amplio margen de discrecionalidad al juez. Estas órdenes cumplen, principalmente, una función preventiva, ya que permiten regular comportamientos individuales ante la amenaza de daños, incluso antes de que la ocurrencia de los mismos tenga lugar. Según lo señala EUGENIO LLAMAS POMBO, “[*c*]onsiste la *injunction* en una orden, dirigida a un sujeto,

²⁸ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Op. cit.* Página 26.

²⁹ TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil, El Derecho de Daños en la Actualidad: Teoría y Práctica – Tomo I, Op.Cit.*. Página 62.

capaz de evitar la consumación de un daño amenazante, ya mediante un «abstenerse», un «no hacer» (prohibitory injunction), ya mediante un “hacer” (mandatory injunction), según las exigencias del caso. (...) Buena prueba de su pura finalidad preventiva, absolutamente ajena a toda idea de resarcimiento, es que el demandado puede evitar la injunction, si presta un undertaking, es decir, el compromiso de abstenerse de los actos temidos por el actor, e incluso de dar noticia a éste de los actos necesarios para la evitación del daño amenazante. Por lo demás, su característica más específica y diferencial respecto de la tutela inhibitoria, es su fundamento en un poder sustancial del juez, en el sentido de que éste puede «crear» una regla jurídica mediante la injunction, a partir de la costumbre o de la razón.”³⁰

Siguiendo estos lineamientos generales, en los siguientes capítulos se desarrollará con mayor profundidad lo relativo a esta función, su inclusión en el sistema jurídico colombiano y los presupuestos para la configuración de una tutela inhibitoria.

1. 3. Presupuestos de la Responsabilidad Civil

El surgimiento de la obligación indemnizatoria a la que se ha hecho referencia en este capítulo está condicionado a la concurrencia de una serie de elementos o requisitos estructurales, que corresponden a los siguientes:

“La configuración de esa especie de responsabilidad civil [extracontractual] presupone la concurrencia de los siguientes elementos: a.-) una conducta humana; b.-) un daño o perjuicio; c.-) una relación de causalidad entre el daño y el

³⁰ LLAMAS POMBO, Eugenio, *Problemas actuales de la responsabilidad civil*, Op. Cit. Página 60.

comportamiento de quien se le imputa su producción; d.-) un factor de atribución de la responsabilidad.”³¹

En este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina internacional, cuando considera que para el surgimiento del debito resarcitorio se requiere:

“Una conducta activa u omisiva del agente del daño; un criterio de imputación, sustentado normalmente en la culpa; la existencia de un daño injusto que afecte a un derecho jurídicamente tutelable; y la existencia de una relación causal entre aquella conducta y el daño, han sido los elementos tradicionales de la obligación a indemnizar.”³²

Señalados de manera general los presupuestos de la responsabilidad civil, se expone a continuación un breve análisis de cada uno de ellos, con especial énfasis en el daño y los requisitos para que el mismo resulte resarcible.

1. 3. 1. Hecho Dañoso

El primer presupuesto de la responsabilidad civil corresponde a la conducta humana, sea esta positiva o negativa, que se manifieste en una modificación de una situación dada, siendo relevante para el ordenamiento la exteriorización de los efectos del comportamiento.³³ Esta

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 21 de enero de 2013, Referencia No. 110131030262002-00358-01, Magistrado Ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez.

³² REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *Tratado de la Responsabilidad Civil – Parte General Tomo I*, Op. Cit., Página 49.

³³ Al respecto, la jurisprudencia ha mencionado: “(...), es menester tener presente que para que se pueda despachar favorablemente una pretensión de la mencionada naturaleza, en línea de principio, deben encontrarse acreditados en el proceso los siguientes elementos: una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica (...)”. Corte Suprema de

conducta puede provenir de quien directamente resulta vinculado a la obligación indemnizatoria (responsabilidad directa), de manera que su comportamiento es la causa misma del resultado, o de una persona diferente del mismo (responsabilidad indirecta o por el hecho de otro), pero que por él debe responder dado el vínculo existente entre ambos sujetos.

La doctrina también lo ha denominado como “hecho imputable dañoso”, el cual se define como “(...) *todo hecho que como consecuencia del dolo, de la culpa o del riesgo asumido por una persona causa daño a otro (...)*”.³⁴

Tradicionalmente se había sostenido que para el surgimiento de la obligación indemnizatoria se requería la constatación de un reproche a la conducta del agente, en atención a la preponderancia de la culpa como factor de atribución jurídica del resultado dañoso.

Adicionalmente, se exigía que el hecho generador del daño pudiera ser calificado como ilícito, sin embargo hay quienes sostienen que la conducta, activa u omisiva, “[c]omo elemento de la responsabilidad jurídico-civil, es la modificación o transformación de una situación anterior. Debe ser obviamente una modificación objetiva, un cambio o transformación, que no requiere ser calificado como ilícito. Basta simplemente un hecho cualquiera que, para originar responsabilidad obviamente tiene que estar acompañado de los otros requisitos que se exigen para que surja la responsabilidad jurídico civil.”³⁵ De esta manera, en el moderno derecho de la responsabilidad civil, ha habido un desplazamiento de la antijuridicidad de la conducta a la

Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de septiembre de 2011, Referencia No. 19001-3103-003-2005-00058-01. Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez.

³⁴ CUBIDES CAMACHO, Jorge, *Obligaciones*, Sexta Edición, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá; 2009. Página 290.

³⁵ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Undécima Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá: 2003. Página 18.

antijuridicidad del daño, por lo que actualmente dicha condición se estudia desde el daño –esto es, no estar en el deber jurídico de soportarlo-.

1. 3. 2. Daño Resarcible

En línea con lo expuesto con anterioridad, el daño es el presupuesto fundamental de la responsabilidad civil, de manera que sin su existencia no hay lugar a la obligación indemnizatoria. Así lo ha entendido la doctrina, de acuerdo con la cual para que haya responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, se requiere que el demandante haya sufrido un daño, por lo que la sola conducta de un tercero no basta para que se genere un deber de indemnizar.³⁶

El daño ha sido definido por la doctrina como “(...) *el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio.*”³⁷ Así mismo, la jurisprudencia ha entendido por daño “(...) *todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad (...)*”³⁸

Sin embargo, no todo daño adquiere la relevancia jurídica suficiente que da lugar a su reparación, motivo por el cual la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de definir algunas de las

³⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Ed. Legis Editores S.A., Bogotá: 2008. Página 247.

³⁷ ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, 3ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, Buenos Aires: 2005. Página 1.

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, Sentencia de 1º de noviembre de 2013, Referencia: 08001-3103-008-1994-26630-01, Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez.

condiciones que debe cumplir el daño sufrido para efectos de que el mismo sea indemnizable. Así, son características del daño resarcible que éste sea cierto, personal, directo y antijurídico.

En primer lugar, respecto de la certeza del daño, la doctrina ha señalado que “(...) *el daño debe ser cierto, por oposición a lo puramente hipotético, eventual o conjetural; lo que significa que debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma, en el caso de daño actual; o suficiente probabilidad, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos (...), de que el mismo llegue a producirse, como previsible prolongación o agravación de un perjuicio ya en alguna medida existente, en la hipótesis de daño futuro. (...) El daño debe ser ante todo real, cierto y existente, pues procedes a la reparación de un daño eventual o hipotético, aunque sea susceptible de producirse en el futuro, pero todavía no realizado, equivaldría a enriquecer sin causa a la víctima*”.³⁹

Desde esta perspectiva, la amenaza o el peligro de ocurrencia de un daño, en concepto de los autores citados, no basta para que haya lugar a su resarcimiento. Más adelante se profundizará lo relativo a este requisito, en atención a su relevancia en lo tocante a la función preventiva del derecho de daños, toda vez que ella supone una intervención del ordenamiento jurídico previa a la configuración de un daño.

Adicionalmente, se requiere que el daño sea personal, es decir que quien pretenda su reparación debe haberlo sufrido en sus bienes o en su persona, sin que sea procedente el reclamo para sí de

³⁹ TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil, El Derecho de Daños en la Actualidad: Teoría y Práctica – Tomo I, Op. Cit.* Página 413

un daño ajeno.⁴⁰ En otros términos, “(...) *sólo puede reclamar la reparación del daño quien lo haya sufrido en un interés propio.*”⁴¹ Esta característica, de acuerdo con algunos autores, no es propia del daño, sino que su carácter personal guarda, en realidad, relación con la legitimación en la causa, de manera no está legitimado para reclamar una indemnización quien no tiene interés real en la reparación.⁴² Sin embargo, otro sector de la doctrina sostiene que el carácter personal del daño y la legitimación en la causa por activa se confunden en la medida en que ésta última se refiere a la identidad del demandante con quien jurídicamente tiene la vocación para reclamar el resarcimiento, de manera que la ausencia de dicha identidad supone un impedimento sustancial para que proceda la indemnización.⁴³

En tercer lugar, el daño debe ser antijurídico, esto es, la persona que lo ha sufrido no haya tenido el deber jurídico de soportarlo, ya que “(...) *si el daño fuera legítimo, o estuviera justificado, la víctima tendría el deber de soportarlo y el dañador no podría ser responsabilizado por el mismo.*”⁴⁴ Existen algunas situaciones generales, denominadas causales de justificación, que impiden el nacimiento de la obligación indemnizatoria al eliminar la antijuridicidad del daño. Estas causales son, en general, las siguientes: la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento de un deber, la obediencia debida, y el consentimiento de la víctima.⁴⁵

⁴⁰ *Ibidem.* Página 416

⁴¹ SALINAS UGARTE, Gastón, *Responsabilidad Civil Contractual – Tomo I, Op. Cit.* Página 335.

⁴² De acuerdo con Obdulio Velásquez, “[n]o está legitimado para cobrar un perjuicio sino quien conforme a derecho puede hacerlo, porque es el titular del bien lesionado o causahabiente legítimo (...)”. VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio, *Responsabilidad civil extracontractual, Op. Cit.* Página 276. En similar sentido se ha señalado que “[t]an solo puede reclamar reparación del daño aquel que lo haya sufrido. No existe en ello sino la aplicación pura y simple de un gran principio: Donde no hay interés, no hay acción” MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André, *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Tomo Primero Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos aires: 1961. Página 385.

⁴³ HENAO, Juan Carlos, *El Daño Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2007. Páginas 103-104.

⁴⁴ SALINAS UGARTE, Gastón, *op. cit.* Página 330.

⁴⁵ SANTOS BALLESTEROS, Jorge, *Responsabilidad Civil, Op. Cit.* Páginas 457 a 47123.

Finalmente, el daño debe ser directo, es decir que “(...) *debe estar relacionado causalmente con el hecho generador (...), sólo son resarcibles los daños que se hallan en una relación de causalidad, jurídicamente relevante con el acto lesivo.*”⁴⁶ En consecuencia, no habrá lugar al resarcimiento de daños cuya fuente sea distinta al hecho (activo u omisivo) que ha producido el daño. Respecto de este último requisito, es importante señalar que algunos autores lo sitúan en el terreno de la causalidad, y no como requisito autónomo del daño resarcible. Tal es el caso de JAVIER TAMAYO JARAMILLO, quien señala: “*Algunos dicen que (...) el perjuicio debe ser directo y actual. Sin embargo, en sentido estricto, esas notas no hacen parte esencial del daño. En efecto, cuando decimos que el perjuicio debe ser directo, no estamos hablando más que del nexo causal. Ahora, si ese nexo causal no existe, es decir, si el daño no es directo, para efectos de la responsabilidad civil que se estudia simplemente en un caso concreto, el daño es inexistente.*”⁴⁷

1. 3. 2. 1. Especial Referencia al Requisito de Certeza

Como se señaló, la certeza del daño es uno de los requisitos indispensables para que éste sea susceptible de resarcimiento, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico no tutela a quien afirma haber sufrido daños hipotéticos o eventuales, si bien debe advertirse que la certeza puede ser

⁴⁶ TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Op. Cit.* Página 418.

⁴⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de Responsabilidad Civil, Op. Cit.* Página 335. En este mismo sentido, de acuerdo con Jorge Suescún Melo, la clasificación que distingue entre daños directos e indirectos “(...) *se refiere a la existencia de un vínculo causal entre el incumplimiento de la obligación y el daño producido. Ese daño es directo sí (sic) es consecuencia inmediata del incumplimiento, esto es, si éste explica plenamente el perjuicio. Se tratará de un daño indirecto si es una secuela mediata del incumplimiento, de manera que no existe certeza sobre si aquel es una consecuencia necesaria de éste, pues podría provenir de otras causas distintas del incumplimiento. (...) no se repara el daño indirecto por falta un elemento esencial de la responsabilidad civil: el vínculo de causalidad. (...) el daño indirecto es el que no se deriva necesaria y forzosamente del hecho ilícito, lo que impide la existencia del vínculo de causalidad.*” SUESCÚN MELO, Jorge, *Derecho Privado – Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, Tomo I, Segunda Edición, Ed., Legis, 2004. Página 214 y ss.

relativa en lo tocante a los daños futuros.⁴⁸ Desde esta perspectiva, el daño cierto es el que sea real, efectivo y existente, aunque su existencia puede ser actual o futura.⁴⁹

El daño futuro resulta indemnizable siempre que sea cierto, y en concepto de la doctrina, “[p]ara que el daño futuro sea cierto, su acaecimiento debe deducirse de factores objetivos que, apreciados razonablemente y siguiendo el orden natural de las cosas, conduzcan necesariamente a su ocurrencia. (...) La certidumbre del daño, constituye siempre una constatación de hecho actual que proyecta también al futuro, una consecuencia necesaria.”⁵⁰ En este mismo sentido se ha pronunciado ADRIANO DE CUPIS, para quien la relevancia jurídica del daño futuro radica en que el mismo revista los caracteres de certidumbre, por lo que la sola eventualidad del daño no basta para exigir su resarcimiento.⁵¹

En línea con lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que la sola posibilidad de producción de un daño, que no ha sido efectivamente causado, no encuadra dentro del concepto de daño indemnizable,⁵² y esto es así con fundamento en que la responsabilidad civil tiene como fin primordial la reparación de quien ha sufrido un perjuicio.

⁴⁸ Sobre la certeza del daño futuro: SUESCÚN MELO, Jorge, *Derecho Privado – Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, Op. Cit, Páginas 198 y ss. De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia para que el daño futuro sea indemnizable se “*requiere que aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual susceptible de estimación inmediata.*” Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales., Sentencia de 20 de noviembre de 1943. Magistrado Ponente: Arturo Tapias Pilonieta. También se puede consultar: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1º de noviembre de 2013. Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez.

⁴⁹ SALINAS UGARTE, Gastón, *op. cit.* Páginas 326 y 327.

⁵⁰ *Ibidem.* Página 328.

⁵¹ DE CUPIS, Adriano, *El Daño Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Ed. Bosch Casa Editorial S.A., Bogotá: 1996. Página 322.

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 10 de agosto de 1976, citada por SUESCÚN MELO, Jorge, *Derecho Privado Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, Op. Cit., Página 198.

Ahora bien, lo anterior no supone la imposibilidad de resarcir daños futuros, siempre y cuando se verifique el requisito de certeza de los mismos. Para estos efectos, la doctrina acude a un criterio relativo para la determinación de la certeza del daño, que flexibiliza el análisis respecto de daños efectivamente causados y consolidados al momento de proferir una decisión, de acuerdo con el cual dependerá de la valoración del juez el determinar, conforme a las circunstancias propias del caso, la existencia o no de un daño futuro resarcible. Así, señala la doctrina que procederá la reparación de un daño que no ha ocurrido aún, pero que se espera que llegue a tener lugar dada la proyección de un estado de cosas actual.⁵³

Otro punto relevante en el estudio de la certeza como requisito para el resarcimiento del daño, es el de la pérdida de una oportunidad, entendida como “(...) *la supresión de ciertas prerrogativas de indiscutible valía para el interesado, porque en un plano objetivo, de contar con ellas, su concreción le habría significado la posibilidad de percibir, ahí sí, una ganancia, ventaja o beneficio, o de que no le sobrevenga un perjuicio. . Expresado con otras palabras, existen ocasiones en las que la víctima se encuentra en la situación idónea para obtener un beneficio o evitar un detrimento, y el hecho ilícito de otra persona le impide aprovechar tal situación favorable.*”⁵⁴ En estos supuestos, si bien no hay certeza sobre la efectiva pérdida de un activo o de un ingreso, si existe certidumbre en cuanto a que la conducta del demandado privó al accionante de la oportunidad de aprovechar una situación idónea que le habría dado una ventaja o evitado una desventaja.

⁵³ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Régimen General de las Obligaciones*, citado por SUESCÚN MELO, Jorge, *Derecho Privado Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, Op. Cit.. Página 198.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1º de noviembre de 2013. Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez.

Según lo sostenido por los hermanos MAZEAUD, la exigencia de que el perjuicio sea cierto se refiere a que el mismo no sea hipotético o eventual, de manera que “(...) *el juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha. Pero importa poco que el perjuicio del que se queja la víctima se haya realizado ya o que deba tan sólo producirse en lo futuro. Ciertamente, cuando el perjuicio es actual, la cuestión no se plantea: su existencia no ofrece duda alguna. Pero un perjuicio futuro puede presentar muy bien los caracteres de certidumbre. Con frecuencia, las consecuencias de un acto o de una situación son ineluctables; de ellas resultará necesariamente en el provenir un perjuicio cierto.*”⁵⁵

Se desprende de los párrafos anteriores que la sola amenaza de daño, sin que se configure un daño futuro o una pérdida de la oportunidad, no se enmarca dentro del ámbito reparador de la responsabilidad civil, sino que pertenece a la faceta preventiva del derecho de daños.

La certeza del daño no se presenta en los daños contingentes, es decir, aquellos que pueden ocurrir o no en consideración a un cierto grado de probabilidad, en los que se presenta una amenaza de daño cuya ocurrencia dependerá de la concreción o no de la misma, distinto a lo que ocurre con los daños futuros, en los que la prolongación de un estado de cosas actual permite deducir con alta probabilidad objetiva la ocurrencia de un daño o la continuación de un perjuicio. Por ello, la amenaza de daño estaría excluida del régimen de la responsabilidad civil, desde la concepción eminentemente reparatoria del mismo, lo que hace necesario que su análisis se dé en sede de la prevención del daño desde una noción amplia del Derecho de daños que comprenda la

⁵⁵ MAZEAUD, Henri y León, TUNC, André, *Op. Cit.* Página 301.

totalidad del fenómeno dañoso, para efectos de determinar si hay lugar o no a la adopción de medidas tendientes a evitar la concreción de la amenaza, dado su potencial perjudicial.

1. 3. 3. Nexo Causal

La configuración de la responsabilidad civil y el surgimiento de la obligación indemnizatoria exige también que se pueda verificar la existencia de un vínculo causal entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima. De esta manera, el nexo o vínculo de causalidad corresponde a la “*necesaria e indispensable relación de causa a efecto entre el hecho y el daño (...)*”.⁵⁶ El principal fundamento normativo de este último presupuesto de la responsabilidad civil se encuentra en los artículos 1616 y 2341 del Código Civil, conforme a los cuales, (i) los daños deben ser consecuencia directa de incumplimiento de la obligación (tanto los previsibles como los imprevisibles) y (ii) es obligado a la indemnización quien ha cometido un delito o culpa, *que ha inferido* daño a otro, respectivamente.

En concepto de ADRIANO DE CUPIS, “[e]l contenido jurídico del daño está, ante todo, en función de la relación de causalidad entre el hecho productor del daño y el daño, es decir, que para fijar el montante del daño que debe reprimirse jurídicamente, se requiere, en primer lugar, establecer los límites dentro de los que el daño pueda considerarse causado por un hecho humano provisto de los atributos exigidos por la ley con fines de responsabilidad.”⁵⁷

Respecto del fenómeno de la causalidad han surgido múltiples teorías que tienen por objeto determinar cuál de las distintas causas que pueden concurrir a la producción del daño es la que

⁵⁶ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Op. Cit. Página 19.

⁵⁷ DE CUPIS, Adriano, *El Daño Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Op. Cit. Página 246.

tiene la virtualidad de ser considerada como el origen del mismo. Brevemente, se han propuesto: (i) la teoría de la equivalencia de las condiciones, de acuerdo con la cual es causa de un fenómeno, aquél acontecimiento sin el cual éste no se habría producido y todos los acontecimientos que han condicionado el daño son equivalentes; (ii) la teoría de la causa próxima, conforme a la cual es causa de un daño el evento inmediatamente anterior a su realización, apelando a un criterio temporal cuyo énfasis se encuentra en el evento más cercano al daño; (iii) la teoría de la causa eficiente, que sostiene, en términos generales, que es causa aquel suceso que entre los distintos que concurren a la producción del daño ha sido el más eficaz en su realización; y (iv), finalmente, la teoría de la causalidad adecuada, según la cual son causa aquellos acontecimientos que de acuerdo con criterios de normalidad, de razonabilidad o de frecuencia, son los adecuados para producir el perjuicio.⁵⁸

Actualmente, la tesis de la causalidad adecuada es la más frecuentemente acogida por la jurisprudencia y doctrina nacional. Una de las sentencias más ilustrativas sobre este asunto es la proferida por la Corte Suprema de Justicia el 26 de septiembre de 2002, en la que indicó que en la mencionada teoría causal *“(...) se asume que de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, tiene la categoría de causa aquél que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable) sea el más «adecuado», el más idóneo para producir el resultado, atendidas por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de un tajo*

⁵⁸ SANTOS BALLESTEROS, Jorge, *Responsabilidad Civil, Op. Cit.*. Páginas 388 a 399.

*aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarlo.”*⁵⁹

En consecuencia, para que la acción u omisión de un agente pueda considerarse como causa del daño sufrido por quien persigue su reparación, se requiere que dicho evento sea el que normalmente produce el resultado que se ha constatado, en atención a criterios de probabilidad y regularidad.

1. 3. 4. Factor de Imputación

Este presupuesto también ha sido denominado “factor o criterio de atribución” de la responsabilidad, y se refiere a las razones que justifican que una persona determinada – generalmente el autor de la conducta- deba responder por el daño que ha sufrido otra persona. Este presupuesto se refiere a la atribución jurídica de las consecuencias dañosas a un determinado agente, y no a la imputación causal o fáctica. La doctrina ha entendido que se trata de “(...) *las razones que justifican que el daño que ha sufrido una persona sea reparado por alguien, es decir, se traslade económicamente a otro. En palabras de Zavala de González, «constituyen la explicación axiológica de la obligación de impedir o de resarcir el perjuicio».*”⁶⁰ En virtud de este presupuesto, el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas de una conducta, sea esta positiva o negativa, a una persona determinada.

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Expediente número: 6878, Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

⁶⁰ LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Elementos de la responsabilidad civil*, Ed. Diké Biblioteca Jurídica y Pontificia Universidad Javeriana, Colección Internacional, Bogotá: 2009. Página 441. Citando a ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Tomo 4, Ed. Hammurabi, Buenos Aires: 1999.

Los factores de imputación han sido clasificados en dos grandes grupos: (i) el primero de ellos corresponde a los factores subjetivos, y (ii) el segundo hace referencia a los denominados factores objetivos. Los factores subjetivos de atribución de la responsabilidad se caracterizan por tener como fundamento un reproche a la conducta del agente a quien pretende atribuírsele la responsabilidad, cuyo fundamento es la culpabilidad y son -principalmente- el dolo y la culpa. Por su parte, los criterios objetivos prescinden del concepto de culpabilidad, razón por la cual, al momento de analizar la responsabilidad, no se tiene en cuenta la conducta diligente o no del agente, y la prueba de la misma no basta para exonerarlo de responsabilidad; dentro de este grupo se encuentran, entre otros, el riesgo y la garantía.

CAPÍTULO II

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL AL DERECHO DE DAÑOS

2. 1. El Derecho de Daños

En el presente acápite se examinará el tránsito que se ha presentado del tradicional concepto de responsabilidad civil hacia la moderna noción del que se ha denominado como derecho de daños, en el entendimiento de que ésta última conceptualización, al referirse esencialmente al daño y a la protección de las víctimas, centra su atención no solo en la reparación de los perjuicios ya causados sino que también incorpora planteamientos enderezado a la prevención de los daños antijurídicos.

2. 1. 1. Nociones Generales

Siguiendo a GIOVANNA VISINTINI, puede señalarse que “[e]n el lenguaje técnico jurídico, tradicionalmente, el término ‘responsabilidad civil’ evoca la idea de un daño sufrido por alguien y la obligación de repararlo a cargo de alguien más.”⁶¹ En consecuencia, la referencia a la responsabilidad civil sitúa al interprete en una fase posterior a la consumación del daño, en la que, ante su ocurrencia, únicamente hay lugar a la reparación y compensación de los perjuicios irrogados, dejando de lado con ello consideraciones preventivas que son de gran importancia en la actualidad.

Conforme lo ha sostenido la doctrina, “(...) dentro del derecho de daños se estudia no sólo su reparación y compensación sino también los sistemas de prevención y evitación de los mismos.”⁶² De esta manera, resulta claro que el derecho de daños, a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad civil, propugna porque a través de diversas figuras y conceptualizaciones se intervenga con el fin de evitar que el daño ocurra, y no que únicamente se actúe con posterioridad a que esto suceda, particularmente teniendo en cuenta que la indemnización o compensación de la víctima no siempre elimina la totalidad de los efectos nocivos del daño.⁶³

Respecto de los efectos de la distinción entre la noción de responsabilidad civil y la de Derecho de daños, en la obra de EUGENIO LLAMAS POMBO, se señala que “[r]esponsabilidad es un posterior, la consecuencia jurídica de un daño, y la idea de prevención requiere un prius que

⁶¹ VISINTINI, Giovanna, *¿Qué es la responsabilidad civil?*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2015. Página 13.

⁶² VICENTE DOMINGO, Elena, *El Daño*, en *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Editorial Arazandi-Thompson, Pamplona: 2002. Página 2002.

⁶³ “Así, el derecho de daños no actúa solo después del daño, sino antes, tratando de evitar que ocurra, máxime cuando están en juego valores esenciales de la persona humana, como la integridad y el honor, en los que, como es claro, no siempre el dinero indemnizatorio elimina el daño causado.” ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Op. Cit.* Página 117.

encaja mal en aquel concepto, por mucho que queramos ampliarlo o deformarlo. (...) De manera que el moderno Derecho de daños, indudablemente todavía en construcción, ha de bifurcarse para comprender dos manifestaciones distintas: a) La inhibición del daño amenazante, la prevención, a través de la llamada tutela civil inhibitoria. b) La responsabilidad por el daño irrogado, la reparación, mediante la llamada tutela resarcitoria.”⁶⁴

Como se pudo apreciar en el capítulo precedente, la responsabilidad civil, entendida como una obligación de carácter indemnizatorio, excluiría la posibilidad de actuar sin que exista un daño cierto -actual o futuro-, de manera que quien se viera amenazado por el potencial sufrimiento de un perjuicio no contaría con los instrumentos idóneos para evitarlo. Al ampliar el espectro de intervención del ordenamiento, a través de la introducción del concepto de derecho de daños, se daría paso a la regulación de dos acciones distintas: (i) la tutela inhibitoria y (ii) la tutela resarcitoria.⁶⁵ Esta ampliación, a su vez, trae consigo consecuencias beneficiosas tanto para las víctimas (actuales y potenciales) como para la sociedad en general, en la medida en que impide la afectación de intereses legítimos y evita el mayor desgaste que supone perseguir la reparación, la cual en pocas ocasiones logra verdaderamente su fin: dejar a la víctima en la situación en que estaría de no haberse producido el daño, pues hay perjuicios irreparables -como por ejemplo, los daños morales, respecto de los cuales procede la compensación mas no la reparación-, con lo que se garantiza igualmente un orden jurídico más justo.

⁶⁴ LLAMAS POMBO, Eugenio, *Problemas actuales de la responsabilidad civil*, Op. Cit. Página 43.

⁶⁵ En el mismo sentido, se señala que “[a] todo evento, la prevención del daño (que es un prius), junto a la responsabilidad civil (que es un posterius), podrían incardinarse dentro del denominado «derecho de daños», que ha de comprender entonces en dos manifestaciones distintas: la tutela civil inhibitoria (que inhibe el daño amenazante) y la tutela civil resarcitoria (a la que le compete reparar el daño irrogado)”. PRÉVÔT, Juan Manuel, *La obligación de seguridad*, Segunda Edición, Ed. Temis S.A., Bogotá: 2012. Página 77.

En igual sentido se ha sostenido que “(...) *el Derecho de daños no versa únicamente sobre los perjuicios y sus consecuencias jurídicas, sino que se ha expandido como un Derecho sobre los derechos que no deben ser dañados (...): es un derecho a la preservación y no únicamente un Derecho de la reparación.*”⁶⁶ Con ello se pone de presente la relevancia de proteger el interés de indemnidad que asiste a las potenciales víctimas, y al que nos referiremos más adelante, que en todo caso es una manifestación más del principio *alterum non laedere*, en el sentido de que el mismo responde al derecho a no ser dañado, y no sólo al correlativo deber de no dañar a otro.

Resulta lógico, en consecuencia, que una misma institución se ocupe del remedio preventivo y de la compensación e indemnización de los daños, ya que se trata de dos fenómenos distintos pero estrechamente relacionados, por lo que es acertada la afirmación que sostiene que “(...) *prevención y resultado dañoso, en efecto, forman parte de una cosmovisión común, como lo ha entendido – y comienza a entender – la dogmática moderna, que cobija la prevención y el daño resarcible en una disciplina única (...).*”⁶⁷

2. 1. 2. La Prevención del Daño

Evitar la producción del daño es una de las preocupaciones centrales del Derecho de daños, que, como se expuso, tiene un contenido más amplio que la tradicional responsabilidad civil y ofrece remedios preventivos que operan con antelación al surgimiento del perjuicio. De allí que, “[a]dmitida la necesidad de un instrumento preventivo de los daños dentro del ordenamiento jurídico privado, y rechazada la bondad del (indirecto y amenazante) mecanismo indemnizatorio

⁶⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar.*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires: 2004. Página 26.

⁶⁷ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, Op. Cit.. Página 37.

para conseguirlo, es preciso establecer un camino que, de manera directa, permita impedir las conductas dañosas y promover los comportamientos minoradores de los efectos del daño.”⁶⁸

La estudio de la prevención del daño comprende, según las recomendaciones emitidas en Argentina en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán en el 2011, y citadas por el profesor argentino ATILIO ANÍBAL ALTERINI, el deber de evitar el daño, la acción preventiva y los efectos de la sentencia que ordena la prevención. El contenido del deber de prevención del daño implica la adopción de medidas razonables que eviten su acaecimiento, así como las necesarias para hacer cesar un daño ya iniciado e impedir su agravamiento.⁶⁹

2. 1. 2. 1. La Intervención Ex – ante y el Fenómeno Dañoso

Tal como fue expuesto en el capítulo precedente, es posible afirmar que sin daño no se puede hablar de responsabilidad civil, toda vez que el enfoque de esta institución es principalmente remedial y, en consecuencia, reactivo. Así lo manifiesta el Profesor CARLOS IGNACIO JARAMILLO, quien señala que *“[d]ada la concepción reinante en el terreno obligacional, en concreto en la esfera reservada a la responsabilidad civil o más modernamente al Derecho de daños, se ha entendido (...) que el centro de gravedad de una u otro estriba en el daño, en cuyo caso en función suya se ha tejido todo, o buena parte del sistema imperante, sin parar mientes que esta concepción (...) es sustancialmente remedial y de paso reactiva (daño-efecto o secuela), como*

⁶⁸ LLAMAS POMBO, Eugenio, *Problemas actuales de la responsabilidad civil*, Op. Cit., Página 57.

⁶⁹ ALTERINI, Atilio Anibal, *Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil*, Publicado en La Ley 2012-D, 1154, Argentina: 2012. Página 3. Citando las recomendaciones de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, septiembre de 2011).

*quiera que propende [por] su reparación, resarcimiento, indemnización o compensación, a raíz de su floración y, claro está de sus efectos perturbadores e indeseados.”*⁷⁰

Debido a la relevancia que ha adquirido la necesidad de prevenir el daño, se han introducido los conceptos de “fenómeno dañoso” o “situación dañina”, en los que la preocupación central es el daño “(...) como entidad – o realidad en potencia – que se desea evitar (...)”.⁷¹ Con estos conceptos se pretende cobijar actuaciones previas a la materialización del daño, capaces de evitarlo y de intervenir ante la amenaza o riesgo de su producción, siempre y cuando resulte inequívoca la inminencia de su concreción.

En línea con lo expuesto, en la medida en que la prevención del daño, como uno de los asuntos de que se ocupa el moderno Derecho de daños, implica la intervención del sistema jurídico de manera previa a su causación (intervención *ex – ante*), conviene hacer referencia en la actualidad al concepto del “fenómeno dañoso”, y no ya simplemente al del daño. Respecto de este asunto, el Decano CARLOS IGNACIO JARAMILLO señala que “[y]a no será admisible, por lo tanto, seguir insistiendo en que lo único que interesa al Derecho es el daño, una vez aflorado (daño secuela o daño consecuencia), (...) como si su antesala, todo lo que ab initio tenga que ver con él, previa y retrospectivamente (iter dañoso), no fuere relevante (...). Hasta hace poco, en suma, la obsesión era la víctima y su consecuente resarcimiento; ahora la obsesión descansa en evitar que el daño aparezca, de ser ello viable, claro está.”⁷²

⁷⁰ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, Op. Cit, Página 25.

⁷¹ *Ibidem*. Página 37.

⁷² *Ibidem*. Página 29.

En consideración a lo anterior, hacer referencia al concepto del “fenómeno dañoso” permite la incorporación del daño probable o contingente, con gran relevancia desde el punto de vista fáctico y causal, en el sentido de que no resulta necesario aguardar a la ocurrencia del perjuicio, sino que se hace posible impedirlo, interrumpiendo la cadena causal que podría llevar al mismo.

2. 2. Compatibilidad del Sistema Jurídico Colombiano con el Moderno Concepto de Derecho de Daños

Es posible identificar en nuestro ordenamiento jurídico algunas figuras de creación legislativa que tienen como finalidad la prevención o evitación de los daños y que se concretan en múltiples supuestos de acciones de tutela inhibitoria, con las que se resalta la importancia de intervenir con antelación a la irrogación del perjuicio. Es consecuencia, la prevención del daño, como uno de los elementos que interesa al Derecho de daños, no es una cuestión ajena al sistema jurídico colombiano, sino que, por el contrario, hace parte del mismo.

2. 2. 1. La Acción por Daño Contingente del Código Civil

Es posible identificar una referencia general –en lo relativo a la prevención del daño- en el artículo 2359 del Código Civil, el cual consagra la acción por daño contingente en los siguientes términos: *“[p]or regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.”*

Sobre el daño contingente a que se refiere el artículo precedente, JAVIER TAMAYO JARAMILLO considera que hay lugar al mismo cuando *“(…) se han creado unas condiciones de hecho en las*

*cuales solo falta el transcurso del tiempo para que el daño se produzca, es decir, la cadena causal que desemboca en el perjuicio ya ha comenzado y solamente un determinado correctivo puede impedir que el daño se produzca.”*⁷³ Como consecuencia de lo mencionado, para la aplicabilidad del artículo 2359 no resulta suficiente la probabilidad de producción del daño, sino que se requiere que su causa “(...) *se esté gestando o que no quepa duda de que, de no intervenir en tiempo, comenzará a gestarse.*”⁷⁴ Igualmente, de la redacción adoptada por el legislador, pareciera que para la prosperidad de la acción por daño contingente fuera necesaria la presencia de un factor subjetivo de imputación, fundado en la culpabilidad –imprudencia o negligencia- de quien amenace causar daño a otro, asunto éste que será de importancia al momento de determinar los presupuestos de una acción preventiva en el capítulo siguiente.

2. 2. 2. Análisis de la Legislación Civil

Existen en el Código Civil algunas disposiciones que permiten la aplicación de remedios preventivos ante amenazas determinadas. Algunos ejemplos de esto lo constituyen los siguientes artículos: (i) 913, que dispone que cualquiera de los condueños podrá provocar un juicio “práctico” para que se adopten las medidas necesarias para que una nueva construcción realizada sobre una pared medianera no dañe al vecino; (ii) 986, de conformidad con el cual el poseedor tiene derecho a solicitar que se prohíba toda obra nueva que se pretenda construir sobre suelo de que está en posesión; (iii) 988, según el cual quien tema que la ruina de un edificio vecino le depare perjuicio, tiene derecho de querellarse al juez para que se ordene al dueño a derribarlo o para que ordene su reparación inmediata; (iv) 992, que extiende la aplicación de las disposiciones precedentes al peligro que se tema de cualesquiera construcciones o de árboles mal arraigados o

⁷³ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de Responsabilidad Civil, Op. Cit.* Página 1339.

⁷⁴ *Ibidem.* Página 1339.

expuestos a ser derribados por casos de ordinaria ocurrencia; y ,(v) 998, que le concede al dueño de una casa la posibilidad de impedir que cerca de sus paredes haya depósitos o corrientes de agua o materias húmedas que puedan dañarla.

Especial relevancia adquieren algunas de las normas consagradas en el Título XXXIV del Libro IV del Código Civil, relativo a la responsabilidad común por los delitos y las culpas, del cual se deriva nuestro régimen de responsabilidad extracontractual y que guardan estrecha relación con la prevención del daño. Dentro de estas normas sobresalen los artículos 2355 y 2356, que a continuación se transcriben:

*“ARTICULO 2355. (...) Si hubiere alguna cosa que de la parte de un edificio, o de otro paraje elevado, **amenace caída o daño**, podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien pertenezca la cosa, o que se sirviere de ella, y cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción.*

“ARTICULO 2356.. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

“Son especialmente obligados a esta reparación:

1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego.

2. *El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.*

3. *El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, **lo tiene en estado de causar daño** a los que transitan por el camino.”* (Negrilla fuera de texto).

De los artículos citados es posible concluir que ante la existencia de un peligro de daño, sin necesidad de que el mismo se haya causado aún, la persona que podría resultar perjudicada se encuentra habilitada para solicitar que se adopten las medidas pertinentes que eviten su realización. Así, los mecanismos anticipativos como medio para la prevención del daño no son figuras ajenas a nuestro sistema jurídico.

Sostiene la doctrina internacional, al analizar normas del Código Civil uruguayo relativas a la amenaza de ruina de edificios y paredes, que “[d]e aquí se puede deducir, incluso, un principio general conforme al cual cuando existan situaciones que en forma inminente pongan en evidencia un riesgo de causar un daño, se deberán tomar medidas tendientes a evitarlo.”⁷⁵

Estas disposiciones normativas evidencian la existencia de una preocupación jurídica por la prevención del daño.

⁷⁵ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *op. cit.* Página 27.

2. 2. 3. Las Acciones Populares

Las acciones populares están definidas en el artículo 2º de la Ley 472 de 1998 como los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos, que se ejercen con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre los referidos derechos e intereses, o restituir las cosas a su estado anterior cuando ello fuere posible. En concordancia con la referida disposición normativa, el artículo 9º de la citada Ley prescribe que las acciones populares proceden contra autoridades públicas o particulares, que con sus acciones u omisiones hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. Se trata del desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política, que elevó a rango constitucional las acciones populares y de grupo, y que fijó en el legislador la competencia para su regulación, lo que no significa desconocer que las acciones populares ya habían sido previstas por nuestro ordenamiento jurídico de derecho privado (artículos 1009 y 2359 del Código Civil).

Así concebidas las acciones populares, en una de sus principales aplicaciones constituyen el mecanismo para prevenir o enfrentar la amenaza de daño que pueda llegar a afectar intereses colectivos, lo que constituye un ejemplo de tutela inhibitoria en nuestro ordenamiento.

La jurisprudencia ha sostenido que las acciones populares son procedentes para efectos de proteger los derechos colectivos ante la amenaza o violación de los mismos,⁷⁶ y en esta medida se trata “(...) *de medios procesales de carácter preventivo, reparativo, correctivo o restitutorio, que proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de particulares que hayan*

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 24 de Septiembre de 2015, Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02151-00(AC), Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.

violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos amparados por el ordenamiento jurídico.”⁷⁷

De acuerdo con la doctrina nacional, “(...) *podemos concluir que en Colombia, la Ley 472 de 1.998 permite a cualquiera (sic) ciudadano interponer las acciones populares para obligar a los particulares o al Estado a suprimir cualquiera actividad que esté amenazando con producir un daño a los intereses y derechos colectivos, así como a indemnizar los daños que ya se hubieren causado a tales derechos e intereses.*”⁷⁸

Para el ejercicio de las acciones populares, se requiere de la presentación de una demanda cuyos requisitos son, entre otros, la indicación del derecho o interés colectivo amenazado, la indicación de los hechos que motivan la petición y la enunciación de las pretensiones (artículo 18 de la Ley 472 de 1998). Es de resaltar que el texto normativo no exige, para la interposición de una acción popular, acreditar en forma específica la amenaza de daño, sino el hecho que podría causarlo y el interés que se vería afectado. Sin embargo, conforme a la jurisprudencia contencioso-administrativa, los presupuestos sustanciales -no procesales- para su procedencia son los siguientes: “(...) *a) una acción u omisión de la parte demandada, b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos; peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y, c) la*

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación número: 85001-23-33-000-2012-00268-01(AP), Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala.

⁷⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, 1ª Edición, Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda (Baker & McKenzie), Bogotá: 2001. Página 40.

*relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses (...).”*⁷⁹

A continuación se expone lo concerniente a los intereses colectivos y a la prevención del daño contingente, pues se trata de los elementos más relevantes frente al tema objeto de nuestra investigación.

2. 2. 3. 1. Protección de Intereses Colectivos

Las acciones populares, no fueron concebidas para la tutela de intereses individuales que puedan verse amenazados, sino para la protección de derechos e intereses colectivos, que el Consejo de Estado ha definido como “(...) *aquellos mediante los cuales aparecen comprometidos los derechos de la comunidad, y cuyo radio de acción va más allá de la esfera de lo individual o de los derechos subjetivos previamente definidos por la ley(...).*”⁸⁰ En más recientes sentencias, la referida Corporación ha sostenido que el objeto de las acciones populares “(...) *no es otro que la tutela de aquellos derechos que la Constitución y la Ley han reconocido de manera indivisible y global a la comunidad en cuanto cuerpo social titular de unos intereses merecedores de protección, en tanto que presupuestos o condiciones determinantes para el buen funcionamiento de la sociedad y la realización del orden jurídico, político, económico y social justo que aspira implantar la Norma Fundamental.*”⁸¹

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación número: 85001-23-33-000-2012-00268-01(AP), Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sentencia de 24 de agosto de 2000, Radicación número: AP-056, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación número: 85001-23-33-000-2012-00268-01(AP), Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala.

La doctrina hace referencia al concepto de daños colectivos, definidos como “(...) *aquellos que no afectan a personas en particular, sino a una comunidad entera (...)*.”⁸² En esta medida, los daños colectivos se concretan en perjuicios dispersos o difusos, no porque sean imperceptibles jurídicamente, sino porque afectan derechos cuyo goce se esparce entre los miembros de un grupo o comunidad.⁸³

El artículo 88 de la Constitución Política, señala un listado enunciativo de derechos e intereses colectivos, al disponer que los mismos se relacionan con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza. Este listado se complementa con el que se encuentra consagrado en el artículo 4° de la Ley 472, que dispone que también serán derechos e intereses colectivos aquellos definidos como tales en las leyes ordinarias y en los tratados internacionales celebrados por Colombia.

2. 2. 3. 2. La Prevención del Daño Contingente

El daño contingente, concepto estudiado en el numeral 2.2.1., puede entenderse como aquel cuyo acaecimiento es previsible en atención a una cadena causal ya iniciada, en donde únicamente basta el transcurso del tiempo para su realización.

⁸² TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Op. Cit. Página 30.

⁸³ “*Los daños colectivos inciden sobre una colectividad propiamente dicha y los sujetos que son dañados lo son por constituir parte integrante de la comunidad.* Pero el daño colectivo no surge de la simple suma de daños individuales, presenta una autonomía, una entidad grupal, ya que afecta simultánea y coincidentemente al grupo o a la sociedad que es víctima indiscriminada de la lesión.” GARRIDO CORDOBERA, Lidia M.R., Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Colección Internacional No. 10, Primera Edición, Bogotá: 2009. Página 123.

Las acciones populares se orientan a impedir que ese curso causal iniciado, idóneo para la producción de un daño, efectivamente desemboque en un daño cuya reparación puede no satisfacer de manera efectiva el restablecimiento de los derechos e intereses vulnerados. En línea con lo mencionado, la Corte Constitucional señaló, en sentencia C-622 de 2007, que las acciones populares tienen como finalidad “(...) a) evitar el daño contingente (preventiva), b) hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre esa categoría de derechos e intereses (suspensiva), c) o restituir las cosas a su estado anterior (restaurativa).”⁸⁴ El ejercicio de estos instrumentos procesales permite entonces prevenir una conducta de la que podría derivar la ocurrencia de un daño que pone en peligro intereses colectivos, así como hacer cesar una conducta amenazante y, en caso de que haya ocurrido un daño, exigir su reparación.

Se trata, en consecuencia, de un claro ejemplo de tutela inhibitoria definitiva, y no cautelar,⁸⁵ consagrada en nuestro ordenamiento, si bien su propósito principal se encuentra en la protección de derechos e intereses colectivos y no individuales.

2. 2. 4. La Acción Preventiva o de Prohibición en Materia de Competencia Desleal

El numeral 2 del artículo 20 de la Ley 256 de 1996 consagra la acción preventiva o de prohibición en materia de competencia empresarial, conforme a la cual la persona que considere que puede resultar afectada por actos de competencia desleal podrá solicitar al juez que evite la realización de una conducta que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno. En contraposición a ésta acción, se encuentra la acción declarativa y

⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-622 de 14 de agosto de 2007, Expediente: D-6668, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

⁸⁵ El artículo 25 de la Ley 472 de 1998 consagra las medidas cautelares atípicas o innominadas para el caso de las acciones populares, que son también una muestra de la prevención del daño “inminente”, como allí se califica. Así, se distingue la tutela inhibitoria cautelar de la tutela inhibitoria definitiva, si bien ambas pueden concurrir en un mismo caso.

de condena (numeral 1º del artículo 20), con la que se pretende la declaratoria de ilegalidad de los actos y que, en consecuencia, se ordene al infractor remover los efectos producidos e indemnizar los perjuicios causados al demandante. Así, la ley que establece el régimen de competencia desleal distingue dos escenarios: el de la prevención del daño y el de su reparación, para lo cual consagra dos instrumentos procesales distintos.

Sobre esta acción se ha señalado que “(...) constituye uno de los mayores avances en materia de competencia desleal, toda vez que expresamente permite suspender la ejecución de los actos desleales antes que se produzcan los efectos negativos que éstos envuelven.”⁸⁶ El establecer una acción independiente a la indemnización de perjuicios permite que el demandante acuda ante la jurisdicción sin que deba probar los elementos propios de la responsabilidad civil, especialmente el daño.

La acción preventiva o de prohibición comprende dos hipótesis: por un lado, aquella en que el acto de competencia desleal aún no se ha producido; y, por otro, la situación en que habiéndose producido el acto de competencia desleal, no se ha producido un perjuicio. En la primera, la pretensión irá dirigida a la prohibición de la conducta que se prevé se va a cometer y que supone un peligro para el demandante, por lo que la decisión del juez consistirá en una orden de no hacer, que se concreta en abstenerse de desarrollar una determinada conducta. Respecto de la segunda hipótesis, la solicitud versará sobre la cesación de una conducta que constituye un acto de competencia desleal y que, si bien no ha causado daños, se considera, fundadamente, que los causará.

⁸⁶ JAECKEL KOVACS, Jorge, *Apuntes sobre competencia desleal*, Recurso en línea publicado por el Centro de Estudios de Derecho de la Competencia –CEDEC-. Bogotá. Página 36.

Según lo señala el profesor JORGE JAECKEL, “[e]l fundamento de estas pretensiones es el peligro que envuelven las conductas desleales, las cuales, por lo general, no se agotan en una única actuación, sino que suelen repetirse en el tiempo. De esta forma se proporcionan elementos suficientes al demandante para defenderse de actuaciones desleales que presume que le van a causar perjuicios, sin tener que esperar a que la actuación produzca las consecuencias negativas que dicha conducta ocasionaría.”⁸⁷

De las distintas disposiciones contenidas en la Ley 256 de 1996 se desprende que no se requiere de una conducta negligente o culpable del agente que pretende adelantar una conducta desleal o que ya la ha ejecutado, sin generar aún sus efectos nocivos. Lo anterior por cuanto las distintas prohibiciones hacen referencia a conductas que tengan por objeto o como efecto *la desviación de la clientela, la desorganización interna de la empresa, la confusión con la actividad o prestaciones ajenas, entre otros actos*, de manera que es irrelevante la intención del agente, en la medida en que basta con que se produzca el efecto contrario a la leal competencia. Igualmente, para la solicitud de las medidas cautelares contempladas en el artículo 31, tampoco se exige reproche alguno a la conducta.

2. 2. 5. El Código General del Proceso y las Medidas Cautelares Innominadas

En términos generales, JORGE PARRA QUIJANO define las medidas cautelares como “(...) *aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege de manera provisional y mientras dura el proceso, un derecho que está siendo controvertido dentro de ese mismo proceso, teniendo en*

⁸⁷ *Ibíd.*

*cuenta el inevitable tiempo de duración de los procesos judiciales.”*⁸⁸ El fundamento constitucional de estos instrumentos se encuentra en los artículos 228 y 229 de la Carta Política, conforme a los cuales prevalecerá el derecho sustancial en las actuaciones adelantadas por la administración de justicia y se garantizará el acceso de todos a la misma. Respecto de la prevalencia del derecho sustancial, indica el referido autor, que “[e]llo supone en determinados casos «la tutela de los derechos mediante la medida cautelar anticipatoria y a la seguridad de la tutela del derecho material que se encuentra eventualmente amenazado de lesión en el curso del proceso».”⁸⁹

Los distintos sistemas jurídicos existentes en el mundo han adoptado diversos modelos en lo tocante a la regulación de la potestad cautelar del juez. Así, se distinguen principalmente ordenamientos (i) en los que el sistema cautelar es totalmente atípico; (ii) aquellos en que dicho sistema es totalmente típico y no se admite el decreto de medidas distintas a las taxativamente dispuestas por la ley; y (iii) sistemas típicos pero moderados por la inclusión de medidas cautelares atípicas de aplicación residual. Los primeros se caracterizan por la existencia de un único procedimiento cautelar que cubre todos los supuestos de peligro que pueda generar la mora en la adopción de una decisión de fondo y definitiva, de manera que el contenido de las resoluciones cautelares no se encuentra predeterminado por el legislador, sino que es identificado por el juez en cada caso concreto conforme al peligro que se desea contrarrestar. Entre los países que cuentan con este tipo de sistema se encuentran Francia y Alemania.⁹⁰ En segundo lugar, los sistemas cautelares típicos se identifican con el establecido en Colombia por el ya derogado

⁸⁸ PARRA QUIJANO, Jairo, *Medidas Cautelares Innominadas*, Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto de Colombiano de Derecho Procesal. Página 306.

⁸⁹ *Ibidem*. Página 306.

⁹⁰ *Ibidem*. Página 309.

Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970), que consagraba en su Libro Cuarto una serie de disposiciones taxativas en torno a las medidas cautelares, de forma tal que el juez no se encontraba habilitado para decretar medidas distintas a las allí prescritas. Finalmente, el sistema mixto en el que existen medidas típicas pero moderadas por la facultad cautelar atípica reconocida al juez, es el consagrado en Colombia con el artículo 590 del Código General del Proceso, el cual, de manera enunciativa, señala algunas de las medidas que el juez puede adoptar en procesos declarativos y adicionalmente lo habilita para decretar aquellas que resulten necesarias con el fin de proteger el derecho objeto del litigio y prevenir daños.

Encontrándose nuestro régimen jurídico en el grupo de los sistemas mixtos, y en consideración a que el eje fundamental de este estudio es la función preventiva de la responsabilidad civil corresponde examinar el concepto de medidas cautelares innominadas o atípicas, y su relación con la tutela inhibitoria.

Respecto de las medidas cautelares innominadas, la doctrina señala que *“[e]n el ámbito procesal, aparecen medidas de amparo ante actos que, en forma actual o inminente, lesionen, restrinjan o amenacen derechos y garantías constitucionales. Estas medidas procesales de prevenir se denominan ‘medida de tutela procesal inhibitorias’, y se usan para evitar o prevenir daños (...). En este ámbito se recurre a prevenir y evitar, suspendiendo actividades o actos que puedan llegar a dañar.”*⁹¹

⁹¹ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *op. cit.* Página 28.

En línea con lo anterior, podríamos definir las medidas cautelares innominadas - o atípicas -, como aquellas que, sin encontrarse expresamente previstas por el legislador, pueden adoptarse en el marco de un proceso con el fin de evitar la causación o agravación de un daño como consecuencia del tiempo que tarda la administración de justicia en proferir una decisión de fondo y definitiva.

En nuestro ordenamiento, las medidas cautelares innominadas fueron introducidas por el literal c) del artículo 590 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), que autoriza a decretar “[c]ualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.” Para que proceda el decreto de esta clase de medidas, el Código General del Proceso exige: (i) la apreciación de la legitimación o interés para actuar de las partes; (ii) la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho; (iii) la apariencia de buen derecho,⁹² así como la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida.⁹³

Sin perjuicio de lo anterior, es importante resaltar que, dentro de las funciones que la doctrina – principalmente JORGE ORLANDO RAMÍREZ- le atribuye a la administración de justicia, se encuentra la denominada función precautelar, “(...) que previene y pone los medios necesarios

⁹² “(...) siendo el derecho del demandante más probable que el del demandado.” PARRA QUIJANO, Jairo, *Medidas Cautelares Innominadas*, Op. Cit. Página 311.

⁹³ “(...) es decir que exista riesgo que requiere pronta atención, que sea efectiva para cumplir cualquiera de los eventos plasmados en el inciso primero del literal c) del artículo en comentario, y además la proporcionalidad de la medida, es decir, debe hacer una ponderación teniendo en cuenta dos extremos opuestos: por un lado los derechos del demandado que todavía no ha sido vencido en juicio y, por otro, los del demandante que enfrenta el riesgo que cuando se produzca la sentencia, esta resulte completamente inútil, porque el daño fatalmente se produjo.” PARRA QUIJANO, Jairo, *Medidas Cautelares Innominadas*, Op. Cit. .Página 311.

*para evitar un riesgo o peligro.*⁹⁴ A juicio del autor citado, esta función precautelar, que reviste un carácter eminentemente anticipativo, debe diferenciarse de las medidas cautelares, que buscan asegurar preventivamente el objeto del juicio; por el contrario, al referirse a la función precautelar de anticipación, indica que “(...) *la misma se hace necesaria debido a la prolongación del estado de insatisfacción del derecho reclamado en el juicio que, evidentemente, genera un riesgo: el de que la providencia de mérito llegue demasiado tarde y sea irreparable el daño causado a la parte actora que resultó vencedora (...).*”⁹⁵ Se trata entonces de una distinción de acuerdo con la cual la función precautelar corresponde al género que se manifiesta a través de dos instrumentos principales: las medidas cautelares y la función precautelar de anticipación, entendiendo que ésta última es independiente de las medidas cautelares al tener un objeto distinto, que es adelantar provisionalmente la pretensión de la demanda, sea de manera total o parcial.

Para la doctrina argentina, la tutela anticipada es una institución procesal que tiene por objeto la satisfacción provisional de una pretensión urgente, que coincide total o parcialmente con lo solicitado en la demanda y cuyo fundamento es la necesidad de evitar un daño irreparable.⁹⁶ Así, el criterio de urgencia es el factor diferenciador entre la tutela anticipada y la tutela preventiva, en tanto que resulta más acentuado en la primera, relacionado con el carácter irreparable del perjuicio que hace necesario un proceso judicial rápido, mientras que en la tutela preventiva la urgencia se relaciona con la necesidad de evitar la producción de un daño, pero no con la celeridad del proceso judicial en sí mismo considerado. Sin embargo, nada obsta para que, dentro

⁹⁴ RAMÍREZ, Jorge Orlando, *Función precautelar*, Editorial Astrea, Buenos Aires: 2005. Página 64.

⁹⁵ *Ibidem*. Página 65.

⁹⁶ REVIRIEGO, José Antonio, *La tutela preventiva y la acción preventiva en el derecho argentino*, Revista Ars Boni E Aequi, Año 8, No. 1, Argentina: 2012. Página 162.

de un mismo proceso, una y otra tutela concurren, pudiendo el demandante solicitar la anticipación de la tutela dentro del proceso iniciado en ejercicio de la acción preventiva.

Realizada la aclaración precedente, corresponde referirnos a la relación que existe entre la tutela inhibitoria, entendida como la acción tendiente a hacer cesar un estado de cosas actual que necesariamente conducirá a la producción de un daño⁹⁷ (tal como se analizará el siguiente capítulo), y las medidas cautelares. Sobre este punto concreto, resulta claro que las medidas cautelares son uno de los mecanismos a través de los cuales se manifiesta la tutela inhibitoria, toda vez que permiten la adopción de decisiones al interior de un proceso judicial, tendientes a prevenir daños, atendiendo a un criterio de urgencia. No obstante lo anterior, la prevención de daños potenciales no es un asunto exclusivamente procesal, sino sustancial, que cuenta además con medios autónomos para su efectividad -la acción preventiva-,⁹⁸ como quedó expresado al referirnos a la acción por daño contingente consagrada en el artículo 2359 del Código Civil, y las demás figuras afines consagradas en nuestro sistema legislativo. Las medidas cautelares no son medios autónomos, sino siempre accesorios a una pretensión principal que da lugar al inicio de un proceso, que responden a lo que la doctrina denomina “tutela inhibitoria cautelar”.⁹⁹

Adicionalmente, las medidas cautelares son esencialmente temporales, por lo que no dan lugar a la adopción de decisiones definitivas con vocación de permanencia, sino que sus efectos se encuentran limitados temporalmente; de allí la necesidad de un instrumento distinto que tenga la

⁹⁷ LLAMAS POMBO, Eugenio, *Problemas actuales de la responsabilidad civil*, Op. Cit., Página 62.

⁹⁸ “Constituyen notas características de las medidas cautelares la provisoriedad de las mismas y el carácter subsidiario de un proceso principal. Por el contrario, en la acción preventiva, sin distinguir el tipo de trámite que las regule, según la norma procesal, se desarrolla en un proceso autónomo y se resuelve en definitiva. No tiene un carácter instrumental de otro proceso principal. Confirma esta afirmación, la posibilidad de peticionar una medida cautelar como accesorio a una acción preventiva (...).” REVIRIEGO, José Antonio, *La tutela preventiva y la acción preventiva en el derecho argentino*, Op. Cit. Página 161.

⁹⁹ *Ibidem*. Página 64.

capacidad de mantener sus efectos en el tiempo de manera definitiva. De igual manera, existe una diferencia en cuanto al eje sobre el cual se erigen una y otra figura -la tutela cautelar y la tutela inhibitoria definitiva-, ya que la primera busca conjurar los efectos del peligro en la demora (*periculum in mora*), mientras que la segunda guarda relación con la amenaza de daño derivada del hecho de un tercero. Esta diferencia en cuanto a sus efectos evidencia la importancia que adquiere la posibilidad de que una y otra tutela converjan en un mismo caso, ya que en la práctica lo que puede llegar a ocurrir con mayor frecuencia es que la pretensión elevada mediante la acción por daño contingente vaya acompañada de una medida cautelar, cuyos efectos provisionales llegarían a consolidarse con la sentencia definitiva que se pronuncia sobre el daño contingente y las medidas preventivas.

2. 2. 6. El Deber de Evitar la Extensión y Propagación del Daño

Adicional a los supuestos normativos que consagran acciones preventivas específicas, explicados en los numerales anteriores, existe en el ordenamiento jurídico colombiano una figura adicional que sigue los postulados de la filosofía preventiva a la que hemos aludido a lo largo de esta monografía y que corresponde al deber de evitar la extensión y propagación del daño.

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe, en materia de responsabilidad civil, una consagración expresa relativa al deber de quien ha sufrido un daño de evitar la extensión del mismo -esto es, de mitigar el daño-, a diferencia de lo que ocurre con el régimen de seguros, respecto del cual el artículo 1074 Código de Comercio dispone: “[o]currido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas. El asegurador se hará cargo, dentro de las normas que regulan el importe de

la indemnización, de los gastos razonables en que incurra el asegurado en cumplimiento de tales obligaciones.”

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han identificado en nuestro sistema algunos fundamentos que permiten la aplicación de este deber en sede de responsabilidad civil.¹⁰⁰

En primer lugar, se encuentra el principio de la buena fe, al cual se ha referido igualmente la jurisprudencia para sustentar la aplicabilidad del referido deber en sede de responsabilidad tanto contractual como extracontractual. Así, en sentencia de 16 de diciembre de 2010 la Corte Suprema de Justicia se pronunció en los siguientes términos:

“(…) cabe señalar que en el campo de la responsabilidad civil -contractual y extracontractual- la doctrina contemporánea destaca la importancia, cada vez mayor, que adquiere el que la víctima con su conducta procure mitigar o reducir el daño que enfrenta o que se encuentra padeciendo. (...)

“El señalado comportamiento, que muchos tratadistas elevan a la categoría de deber de conducta¹⁰¹ al paso que otros lo identifican con una carga, encuentra su razón de ser en el principio de buena fe, hoy de raigambre constitucional (art. 83, C.P.), el cual, sin duda, orienta, en general, todas las actividades de las personas que conviven en sociedad, particularmente aquellas que trascienden al mundo de lo jurídico, imponiendo a las personas que actúan -sentido positivo- o que se abstienen

¹⁰⁰ VÉLEZ OCHOA, Ricardo, *La carga de evitar la extensión y propagación del siniestro*, Ed. Grupo Editorial Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá: 2013.

¹⁰¹ DIEZ PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Editorial Civitas. Madrid: 1999. Página 322. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Universidad de Deusto, Editorial Civitas. Madrid: 1993. Páginas 845 y 846.

de hacerlo -sentido negativo- parámetros que denotan honradez, probidad, lealtad y transparencia o, en el campo negocial, que la actitud que asuman, satisfaga la confianza depositada por cada contratante en el otro, de modo que ella no resulte defraudada (arts. 1603 del C.C. y 871 del C. de Co.). (...)

“En tal orden de ideas, resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues sólo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido.”¹⁰²

En segundo término se encuentra, como consecuencia lógica de la aplicación de los requisitos generales de la responsabilidad civil, lo relativo al rompimiento del nexo causal. Al respecto, es necesario resaltar que la conducta de la víctima puede incidir en el juicio de responsabilidad civil, toda vez que en algunas ocasiones dicha conducta resulta ser la causa del perjuicio que ella ha sufrido, ya sea de manera exclusiva o concurrente con la conducta del tercero a quien se pretende declarar como civilmente responsable. En términos generales, la doctrina ha sostenido:

“Es frecuente y de común ocurrencia que en la producción del daño intervenga como factor preponderante la actividad o hecho de la víctima, de tal manera que interfiere

¹⁰² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de diciembre de 2010, Referencia: 11001-3103-008-1989-00042-01, Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez.

en la cadena causal iniciada con la acción del agente, hasta el punto de llegar a ser en unos casos causa única del daño y en otros concausa en la realización del perjuicio.”¹⁰³

Así, el hecho de la víctima se encuentra dentro de los factores de exoneración de la responsabilidad, de manera que cuando es la única causa del perjuicio interrumpe el nexo causal y exonera de responsabilidad al demandado. De igual forma, cuando concurre con el hecho del demandado, hay lugar a una reducción de la indemnización en los términos del artículo 2357 del Código Civil, que constituye un tercer fundamento del deber de mitigar el daño, ya que preceptúa que “[l]a apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.”

Lo anterior guarda estrecha relación con uno de los requisitos del daño resarcible que impone que el mismo, para efectos de que proceda su indemnización, sea directo, esto es, consecuencia de la acción u omisión del agente cuya responsabilidad se persigue.

Del breve análisis precedente se colige entonces que existe una especie de deber de prevención en cabeza de la víctima, que se concreta en el deber de mitigar el daño y que tiene por objeto evitar que los efectos nocivos del hecho de un tercero se extiendan, agravando así el daño ya causado. Sin embargo, se trata de un deber que surge con ocasión de un perjuicio preexistente, sin impedir de manera principal la causación del mismo, pero que en todo caso pone de presente la importancia que la prevención tiene en materia de derecho de daños.

¹⁰³ SANTOS BALLESTEROS, Jorge, *Responsabilidad Civil*, Op. Cit., Página 449.

CAPÍTULO III

LA ACCIÓN PREVENTIVA

Expuesta previamente la importancia y necesidad de diseñar un instrumento preventivo para efectos de que los daños no se causen, debido a la insuficiencia del mecanismo indemnizatorio para, de manera autónoma y directa, evitar su ocurrencia, procedemos en este capítulo a desarrollar la noción y los presupuestos de dicho instrumento, que la doctrina ha denominado “tutela civil inhibitoria”.

3. 1. La Tutela Civil Inhibitoria

El profesor EUGENIO LLAMAS POMBO define la tutela inhibitoria como “(...) *una orden o mandato dictado por la autoridad judicial, a petición de quien tiene fundado temor de sufrir un daño, o de que se produzca la repetición, continuación o agravamiento de un daño ya sufrido, y que va dirigido al sujeto que se encuentra en condiciones de evitar tal resultado dañoso, mediante la realización de una determinada conducta preventiva, o la abstención de la actividad generatriz de tal resultado.*”¹⁰⁴ Surge por oposición a la tutela resarcitoria, con la que se indemnizan perjuicios ya sufridos.¹⁰⁵

La doctrina argentina ha sido, en Latinoamérica, la que mayor desarrollo ha dado a la responsabilidad civil como instrumento de prevención y no únicamente de resarcimiento de

¹⁰⁴ LLAMAS POMBO, Eugenio, *Problemas actuales de la responsabilidad civil*, Op. Cit. Página 62.

¹⁰⁵ “La tutela resarcitoria consiste en la indemnización del perjuicio sufrido, ya sea in natura o mediante una compensación monetaria (...). En este caso, el concepto de acción procesal se identifica con el momento patológico de la violación del derecho sustantivo. De tal modo está condicionada a la deducción en juicio de una pretensión basada en (...) la prueba del perjuicio.” LORENZETTI, Ricardo L., *La tutela civil inhibitoria*, Publicado en: La Ley 1995-c, 1217, Argentina: 2003. Página 7.

daños. Surge en dicho país la preocupación de que “(...) *la vía procesal sea idónea y útil para lograr la tutela de los derechos, no solo lesionados, sino más bien amenazados de afectación. (...) Existiendo la amenaza de lesión de un derecho, el sujeto tiene derecho a acudir ante la justicia y, como corolario de ello, el derecho a una tutela preventiva.*”¹⁰⁶ Desde esta perspectiva, siempre que existan cuestiones fácticas de las que se derive, con una verdadera probabilidad, que de continuarse con el curso natural y ordinario de los hechos, se generarían daños o lesiones a derechos o intereses de personas, las mismas estarían habilitadas para solicitar ante la autoridad judicial competente la prevención de dichas consecuencias nocivas, sea ordenando la abstención de una conducta o imponiendo la adopción de una distinta. La finalidad de la acción preventiva, también llamada tutela civil inhibitoria, es evitar la producción, continuación o agravación de un daño, a partir de una situación fáctica dada.¹⁰⁷

Siguiendo esta misma línea argumentativa, la doctrina italiana se refiere a la tutela inhibitoria final o definitiva como “(...) *la orden del juez que, interviniendo procesalmente después de comprobar los derechos y deberes de las partes, tiene como contenido la obligación de poner inmediatamente fin a una actividad ilícita o de nunca llevarla a cabo. Por lo tanto, su eficacia continúa todo el tiempo durante el cual despliega sus efectos la sentencia en la cual se encuentra tal obligación (...).*”¹⁰⁸

¹⁰⁶ REVIRIEGO, José Antonio, *La tutela preventiva y la acción preventiva en el derecho argentino*, Op. Cit. Página 137.

¹⁰⁷ *Ibidem*. Página 142.

¹⁰⁸ Traducción libre. Texto original: “*L’inibitoria finale si può definire quel comando del giudice, che, intervenendo processualmente dopo l’accertamento dei diritti e dei doveri delle parti, ha come contenuto l’obbligo di porre immediatamente fine a un’attività illecita o di non porla mai in essere. La sua efficacia si protrae perciò per tutto il tempo durante il quale dispiega i suoi effetti la sentenza nella quale tale obbligo si rinviene (...).*” FRIGNANI, Aldo, *L’injunction nella common law e l’inibitoria nel diritto italiano*, Publicación de la Facultad Jurídica de la Universtià di Ferrara, Editorial Giuffrè: 1974. Página 406.

La prevención a que se orienta la tutela inhibitoria debe diferenciarse del concepto de precaución, que se refiere a “(...) los riesgos hipotéticos, que aún no se han confirmado científicamente, pero cuya posibilidad de existencia puede identificarse a partir de conocimientos empíricos y científicos.”¹⁰⁹ En Colombia, la precaución se encuentra consagrada como principio en materia ambiental en la Ley 99 de 1993, la cual dispone en el numeral 6 del artículo 1º que: “[l]a formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente”. En atención a este principio, las autoridades deben adoptar medidas tendientes a impedir la realización de un riesgo eventual, aun cuando no exista certeza de que el que peligro a que se refieran las medidas adoptadas represente una amenaza real.

Por el contrario, la prevención actúa en supuestos en que los daños provienen de riesgos comprobados, o situaciones fácticas respecto de las cuales existe incertidumbre en cuanto a la concreción del daño, pero no respecto del riesgo en que se está de continuar el estado de cosas actual.

La tutela inhibitoria, también denominada preventiva, corresponde a una tutela específica que busca “(...) proteger en sí mismo el derecho o la situación jurídica de ventaja a la cual sirve (...). Lo que se pretende entonces, es evitar que un comportamiento potencialmente dañoso se lleve a

¹⁰⁹ TRONCOSO, María Isabel, *El principio de precaución y la responsabilidad civil*, Op. Cit. Página 209.

*cabo (se repita o continúe), para lo cual se deberá imponer al demandado una obligación de hacer o no hacer.”*¹¹⁰

Uno de los fundamentos de la tutela inhibitoria es el ya expuesto principio del *alterum non laedere*, que “(...) *preside el Derecho de daños; pero no debe traducirse sólo como «el que causa un daño debe repararlo» sino también como «el que teme un daño tiene derecho a exigir la adopción de medidas que lo eviten».*”¹¹¹ En este sentido, son dos los deberes que, en este contexto, se desprenden de la aplicación del principio de no dañar a otro: por un lado, el deber de no lesionar a otro, que tiene un contenido negativo (no hacer); y, por otro, el de adoptar las medidas que eviten dañar al otro (hacer).

La tutela inhibitoria admite tres modalidades distintas, según lo que se pretenda con ella, y son: (i) la dirigida a hacer cesar una conducta o imponer el desarrollo de un comportamiento, cuando no se haya producido efecto nocivo alguno; (ii) la modalidad tendiente a impedir la repetición de un acto que ya ha causado un daño y se prevé la producción de nuevos daños por la probabilidad de repetición del hecho; y (iii) la acción inhibitoria que pretende impedir la continuación de un acto.¹¹²

Con estas bases generales, se procede a la exposición de algunas notas características de la acción preventiva y de los requisitos para su procedencia.

¹¹⁰ ZELA VILLEGAS, Aldo, *La tutela preventiva de los derechos: una introducción*, THÉMIS-Revista de Derecho No. 58, Perú: 2010. Página 42.

¹¹¹ LLAMAS POMBO, Eugenio, *Problemas actuales de la responsabilidad civil*, Op. Cit. Página 57.

¹¹² Al respecto ver MARINONI, Luiz Guiherme, *La Prueba en la Acción Inhibitoria*, Op. Cit. Página 168.

3. 1. 1. Configuración Atípica y Límites Objetivos

Característica fundamental de la tutela inhibitoria es la atipicidad, esto es, debe tratarse de una cláusula general que permita al juez la valoración en cada caso concreto de la existencia de una verdadera amenaza de daño que, junto con el cumplimiento de los demás elementos que a continuación se exponen, dará lugar a la adopción de las medidas tendientes a inhibir su ocurrencia. De acuerdo con la doctrina,“(…) *de lo que hablamos ahora de (sic) de tutela inhibitoria contra daños, contra el específico interés de indemnidad. Y aquí radica la (relativa) novedad de la materia: prevenir el daño de forma atípica, a través de un instrumento genérico.*”¹¹³

Ahora bien, el diseño de una cláusula general, como la contenida en el artículo 2359 del Código Civil al disponer que “*por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente (…)*”, no puede promover en forma alguna la discrecionalidad absoluta del juez al punto tal de que su arbitrio sea el único criterio orientador de la decisión, razón por la cual es importante fijar algunos límites objetivos a manera de parámetros que han de guiar la apreciación del juzgador.

Estos límites pueden asimilarse a los que impone el Código General del Proceso en materia de medidas cautelares innominadas, como la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la obligación que habría de imponerse en cabeza del demandado. La importancia de establecer estos límites se encuentra en la restricción de la libertad que trae consigo la imposición de cualquier medida al interior de un proceso promovido por el ejercicio de una acción preventiva, que exige

¹¹³ LLAMAS POMBO, Eugenio, *Problemas actuales de la responsabilidad civil*, Op. Cit. Página 58.

un mayor rigor al momento de ponderar los derechos del demandado con los del demandante, por cuanto los de éste último aún no han sufrido menoscabo alguno, sino que se prevé que lo sufrirán.

3. 2. El Interés de “Indemnidad”

El interés de indemnidad ha sido entendido por algún sector de la doctrina como un derecho, pues se afirma que “(...) *se trata de un derecho subjetivo a menudo implicado con bienes y derechos de la personalidad, elevados caso siempre a la categoría constitucional de derechos fundamentales.*”¹¹⁴ Para efectos de su análisis en sede de acción preventiva consideramos que este interés no se identifica únicamente con derechos fundamentales de rango constitucional, si bien de los distintos principios sobre los que se construye el Estado social de Derecho podría derivarse su protección. Aquí entendemos el interés de indemnidad, de manera general, como aquel de no ser dañado, esto es, de no sufrir menoscabo alguno en sus derechos, bienes o intereses, sean estos de contenido patrimonial o no.

Se trata de una manifestación más del principio *alterum non laedere*, entendido como “(...) *el que teme un daño tiene derecho a exigir la adopción de medidas que lo eviten.*”¹¹⁵ Esta interpretación del principio general sobre el cual se erige la construcción doctrinal de la responsabilidad civil, más acorde con las tendencias que se orientan hacia el ya explicado derecho de daños, sirve de fundamento para que la tutela preventiva se oriente primordialmente a la protección de este interés, en la medida en que con ella se pretende mantener a la persona exenta de daño, cuyo contenido y extensión dependerá en cada caso concreto de la amenaza que enfrente la potencial víctima.

¹¹⁴ *Ibidem*. Página 45.

¹¹⁵ *Ibidem* Página 57.

3. 3. Presupuestos de la Acción Preventiva

Siguiendo los presupuestos para la configuración de la responsabilidad civil, expuestos en el Capítulo I, se exponen a continuación, a modo de paralelo, los requisitos o presupuestos que deben verificarse para que haya lugar a una acción preventiva.

Para la doctrina, los requisitos de la tutela civil inhibitoria son: (i) un daño amenazante, (ii) un comportamiento antijurídico, (iii) una relación de causalidad entre los dos anteriores y (iv) la posibilidad material de evitar la ocurrencia del daño.¹¹⁶ En nuestro estudio, plantearemos como requisitos: (i) un hecho potencialmente dañoso, (ii) una amenaza de daño, (iii) una relación de causalidad entre el hecho y la amenaza de daño, y (iv) un factor de atribución que justifique ordenarle a un sujeto la cesación de su conducta o la adopción de una.

3. 3. 1. Hecho Potencialmente Dañoso

El primer presupuesto de la acción preventiva, al igual que ocurre con la acción reparatoria, es una conducta humana, positiva o negativa, que adicionalmente revista la característica de ser potencialmente dañosa.

La conducta, teniendo en cuenta las distintas modalidades que admite la tutela inhibitoria, puede concretarse, en cuanto al comportamiento positivo, en un único acto que amenaza un interés, o que habiéndolo lesionado podría llegar a repetirse, así como puede tratarse de una actividad ya iniciada y que continúa en el tiempo, amenazando el interés de indemnidad de terceros. Señala la

¹¹⁶ *Ibidem*. Página 69.

doctrina que “[e]l acto ilícito se caracteriza normalmente por una actividad continuada, o bien por una pluralidad de actos susceptibles de repetición, o bien por la inminencia de un acto ilícito. Este elemento es necesario porque hace a la posibilidad de prevenir.”¹¹⁷

Adicionalmente, se señala que la acción debe ser susceptible de ser detenida en sus efectos futuros, es decir, las obligaciones que pueden ser impuestas en un juicio de daño contingente deben ser capaces de prevenir y evitar los efectos que la conducta puede causar, para lo cual también deberán ponderarse los costos –económicos y sociales- que genera la medida necesaria para prevenir el daño respecto del perjuicio en sí mismo considerado, de permitirse que el mismo se cause.

Como ya se ha mencionado, la conducta puede ser positiva o negativa, según corresponda a un actuar efectivo del agente o a su simple inactividad, por lo que se ha señalado que “(...) *el ilícito se puede concretar a través de una conducta o mediante la omisión; en el primer supuesto, la orden impide la continuidad del daño; en el segundo evita su aparición.*”¹¹⁸

El contenido final de la decisión que se adopte en el marco de un proceso impulsado por el ejercicio de la acción preventiva dependerá de la naturaleza de la conducta sobre la que recaiga la pretensión, ya que si se trata de una actividad positiva la obligación que surgirá será un no hacer (abstenerse), y, por el contrario, si lo que se presenta es una omisión, se impondrá un hacer.¹¹⁹

¹¹⁷ LORENZETTI, Ricardo L., *La tutela civil inhibitoria*, Op. Cit. Página 7.

¹¹⁸ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Amparo*, Ed. Rubinal-Culzoni, Buenos Aires: 2002. Página 463.

¹¹⁹ “(...) hay que tener en cuenta **que el ilícito se puede concretar a través de una conducta o mediante la omisión**, y por lo tanto la tutela inhibitoria dependerá, conforme sea el caso concreto, no sólo de la posibilidad de la imposición de un no hacer, sino también la de hacer.” MARINONI, Luiz Guilherme, *Acciones inhibitoria y de resarcimiento en forma específica en el “anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica” (art. 7º)*, Congreso Mundial de Derecho Procesal, Ciudad de México: 2003. Página 7.

3. 3. 2. Daño Amenazante

La amenaza de daño es quizás el requisito más relevante de la acción preventiva, toda vez que la protección que con ella se persigue es la prevención del perjuicio, por lo que resultaría equivocado exigir la acreditación de éste último.

La adopción de una acción preventiva supone “(...) *la puesta en marcha del mecanismo de la responsabilidad civil ante una situación de daño previsible, es decir, de un daño que aún no se materializa (que no debe confundirse con el daño futuro, el cual es perfectamente reparable desde el momento en que su realización es cierta; mientras que, cuando hablamos de precaución, se trata de tomar medidas para evitar un daño que se sospecha puede ocurrir) (...)*”.¹²⁰

Por oposición a lo que ocurre con la tutela resarcitoria, con la que se busca reparar un daño causado con el fin de restablecer el equilibrio que se ha visto alterado con la irrupción del mismo, en el caso de la tutela inhibitoria la reparación deja de ser la preocupación y adquiere relevancia la inhibición del daño, tal como su nombre lo indica. Por esa razón, procede el examen, con criterios de probabilidad y no simple posibilidad, de que ocurra un daño de continuar la prolongación de un estado de cosas actual, que llevaría a la materialización de un perjuicio. Según señala RICARDO LORENZETTI, “(...) *el elemento activante [de la tutela inhibitoria] es la posibilidad de un ilícito futuro; es la amenaza de violación. Este dato normativo le confiere*

¹²⁰ TRONCOSO, María Isabel, *El principio de precaución y la responsabilidad civil*, Op. Cit Página 206.

algunas características especiales: En primer lugar, prescinde de la verificación del daño en la esfera jurídica del titular, siendo suficiente la amenaza. (...).”¹²¹

Se ha mencionado que “[e]n cuanto respecta al daño, debemos señalar aquí que el presupuesto de la acción inhibitoria no es ya la materialización de un daño en cabeza del sujeto que actúa, sino una situación objetiva que contrasta con el interés reclamado. En consecuencia, el daño adquiere un papel puramente accidental en la configuración del ilícito (...).”¹²² En todo caso, se reitera que no basta con que el daño sea posible, sino que debe haber “(...) amenaza o inminencia clara y probada de que, de no adoptarse medidas preventivas, el perjuicio ocurrirá ciertamente.”¹²³

En línea con lo expuesto en los párrafos precedentes, señala CARLOS IGNACIO JARAMILLO que “(...) a partir de la citada prevención, se inicia el que hemos denominado fenómeno dañoso (o situación dañina), en sentido muy lato, pues su inequívoco punto de referencia, su norte, será el daño, como entidad –o realidad en potencia- que se desea evitar, pero con la mira puesta en él, de lo que se sigue que, desde esta perspectiva, no es rayano en el error extender sus fronteras o límites, en aras de cobijar fenomenologías y actuaciones previas con vocación de evitación, más propias de la contemplación de una amenaza (riesgo), siendo importante definir, eso sí, el momento a partir del cual deviene exigible el aludido deber de evitación: sólo ante su inequívoca

¹²¹ LORENZETTI, Ricardo L., *La tutela civil inhibitoria*, Op. Cit. Página 7.

¹²² Traducción libre. Texto original: “Per quanto concerne il danno, dobbiamo qui rilevare che presupposto dell’azione inhibitoria è non già la materializzazione di un danno in capo al soggetto agente, bensì una obiettiva situazione che contrasti con l’interesse fatto valere. Di conseguenza, il danno assume un ruolo prettamente accidentale nella configurazione dell’illecito (...).” PALUMBO, Amedeo, *La tutela inhibitoria*, Tesis de Doctorado, Università Degli Studi Roma Tre, Roma: 2010. Página 64.

¹²³ SOTO KLOSS, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago: 1992. Página 85.

inminencia, o aún antes, conforma a las circunstancias de cada caso individual (...).”¹²⁴ Si bien lo afirmado por el autor en cita analiza la evitación del daño como un deber de la potencial víctima, nada impide que los postulados relativos al daño amenazante, entendido como daño en potencia, puedan predicarse del daño amenazante en general para efectos de la procedencia de la acción preventiva.

Ahora bien, la amenaza no puede entenderse, en un sentido amplio y genérico, como cualquier riesgo al que se encuentra expuesta una persona, a manera de lo que podría llamarse “riesgo general de vida”. Por el contrario, presupone la existencia de un interés concreto y particular o de una situación favorable verificable y específica, que podrían verse afectados en atención a las circunstancias dadas en cada caso. De esta manera, para que la amenaza de daño (o el daño amenazante) sea susceptible de tutelarse mediante el ejercicio de una acción preventiva, consideramos relevante proponer un paralelo con los requisitos del daño resarcible, explicados en el primer capítulo de este escrito, como sigue a continuación.

En primer lugar, mencionamos que el daño debe ser cierto, en oposición a lo puramente eventual o hipotético, requisito que consideramos aplicable al daño amenazante, pero con un alcance y contenido diversos: la certeza de la amenaza del daño se refiere a la verificación de unas circunstancias de hecho objetivas cuya prolongación en el tiempo conduciría necesariamente, y con un alto grado de certeza (probabilidad objetiva), a la causación de un daño en cabeza de la potencial víctima. En segunda medida, el daño amenazante ha de ser personal, esto es, cuando el

¹²⁴ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, Op. Cit., Página 37.

daño amenace a personas determinadas, solo ellas –que son quienes podrían sufrir el daño en sus bienes e intereses- podrían ejercer la acción, según lo dispone el artículo 2359 del Código Civil. En cuanto a la antijuridicidad, deberá determinarse, similar a lo que podría ocurrir al momento de valorar el decreto de una medida cautelar innominada, si quien reclama la prevención está o no en el deber jurídico de soportar el riesgo, bien sea porque la medida preventiva podría resultar desproporcionada frente al daño que amenaza con suceder, o porque corresponde a un riesgo ordinario y genérico que surge de la convivencia en sociedad. Finalmente, la amenaza deberá ser consecuencia directa del hecho potencialmente dañoso.

Como segundo requisito de la acción preventiva se encuentra, entonces, la existencia de una amenaza comprobada de daño, que supone la presencia de factores objetivos de los que se desprenda, con grado de *certeza* –o con alta probabilidad objetiva de realización para decirlo en los términos de la jurisprudencia cuando alude a daños que aún no se han realizado-, que los intereses de la potencial víctima podrían verse afectados con el paso del tiempo, por haberse iniciado una cadena causal que llevará al resultado nocivo.

3. 3. 3. Nexo Causal

El doctrinante define el nexo de causalidad en materia de responsabilidad civil como “(...) *la vinculación externa, material, que enlaza el evento dañoso con el hecho de la persona o de la cosa.*”¹²⁵ Este requisito tiene por objeto determinar quién resulta obligado a la reparación del daño y hasta dónde ha de extenderse dicha reparación.

¹²⁵ SALINAS UGARTE, Gastón, *Responsabilidad Civil Contractual – Tomo II, Op. Cit.*, Página 532.

Como se dejó sentado en el primer capítulo, de las distintas teorías que se han formulado para efectos de analizar la relación causal, la que actualmente goza de mayor aceptación a nivel doctrinal y jurisprudencial en el derecho nacional es la de la causalidad adecuada. Según esta teoría, “(...) *causa es solamente la condición que según el curso natural y ordinario de las cosas, es idónea para producir un resultado; es más, debe ser una condición que regularmente acarree dicho resultado.*”¹²⁶ De esta manera se explica cuál es la causa jurídicamente relevante, seleccionándola entre los distintos antecedentes causales que concurren a la producción de un resultado.¹²⁷

Para efectos de definir en cada caso cuál ha sido la causa adecuada se acude al denominado proceso de “prognosis póstuma”, definido por la doctrina como aquel “(...) *consistente en determinar ex post facto la posibilidad de un resultado en función de las condiciones precedentes.*”¹²⁸ Se trata de un juicio retrospectivo que determina la posibilidad de un resultado en función de las condiciones precedentes verificadas. Este procedimiento ha sido adoptado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de acuerdo con la cual “(...) *[en] la indagación que se haga –obviamente luego de ocurrido el daño (...)- debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son*

¹²⁶ TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de responsabilidad civil, Op.Cit.* Página 609. Igualmente, Gastón Salinas Ugarte sostiene que “(...) *un acontecimiento no puede ser considerado causa de un daño por el solo hecho que se haya probado que sin su concurrencia el perjuicio no se habría producido. Todos los hechos que concurren a la generación de un daño, son condiciones de él, pero no son una causa, desde el punto de vista de la responsabilidad civil. Sólo es posible considerar causa de un daño los acontecimientos que deberían producirlo normalmente.*” SALINAS UGARTE, Gastón, *Responsabilidad Civil Contractual – Tomo II, Op. Cit.* Página 547.

¹²⁷ Se distingue entre la causalidad de hecho y la causalidad de derecho (imputación objetiva), así: “*Esta dicotomía propone entonces distinguir entre la causalidad de hecho y la causalidad de derecho para indicar que el examen causal debe partir, en un primer estadio, de la verificación fáctica del nexo –o verificación naturalista, fundamentada en los criterios de la cuenta y de la física- (causalidad de hecho) y, una vez determinado el conjunto de causas fácticas, seleccionar aquella o aquellas que resulten jurídicamente relevantes (Causalidad de derecho).*” ROJAS QUIÑONES, Sergio y MOJICA RESTREPO, Juan Diego, *De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana*, Revista Universitas No. 129: 187-235, Bogotá: Julio . diciembre 2014. Página 217.

¹²⁸ TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, *Op. cit.* Página 614.

causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos per se para producirlos, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud.”¹²⁹

De conformidad con lo anterior, el juicio de causalidad, en sede de responsabilidad civil, se desarrolla una vez ocurrido el daño mediante un pronóstico retrospectivo. Sin embargo, esta valoración posterior no podría tener lugar cuando se está en presencia de una amenaza de daño, caso en el cual el pronóstico debe ser previo.

Se propone entonces un procedimiento de prognosis previa, *ex ante*, que proyecte hacia futuro las probabilidades de ocurrencia de un daño, conforme a los criterios que aporta la teoría de la causalidad adecuada, esto es, el desenlace que ordinariamente se presentaría de continuarse con la conducta -activa u omisiva-, distinguiendo dos etapas en el análisis: (i) aquella relativa a la causalidad de hecho, en la que corresponde identificar cuáles son las condiciones fácticas que se presentan en el caso, para lo cual es posible acudir al test de la *conditio sine qua non*,¹³⁰ y (ii) la fase de la causalidad de derecho, que reconoce, conforme a la causalidad adecuada, cuál de las distintas causas naturales es aquella relevante jurídicamente, por ser la que normal y previsiblemente generaría el resultado que se pretende evitar. Dentro de estas causas, la conducta

¹²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Expediente número: 6878, Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

¹³⁰ “(...) al emplear un juicio contrafáctico, el test sine qua non permite dilucidar, definitivamente, qué factores han sido decisivos en la producción del resultado, comoquiera que evalúa en ausencia de cuáles de ellos desaparece la consecuencia analizada. Este razonamiento tan básico conduce, en últimas, a esclarecer el universo de causas determinantes en el acaecimiento del desenlace final, lo que hace de esta idea un postulado muy sugestivo en lo que a la **causalidad fáctica** se refiere.” (Negrilla fuera de texto).).” ROJAS QUIÑONES, Sergio y MOJICA RESTREPO, Juan Diego, *De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana*, Op. Cit. Página 221.

potencialmente dañosa del agente debe aparecer como aquella con la dimensión jurídica requerida para que a ella le sea imputable el probable resultado dañoso.

3. 3. 4. Factor de Atribución

La doctrina internacional sostiene que “[n]o interesa si existe la intención de realizar un acto ilícito, dañoso o no, o simplemente se trata de una negligencia imputable. No es elemento central de la acción preventiva acreditar dolo o culpa alguna porque lo que interesa es directamente evitar el acto y no imputar el mismo. Entonces, no debe probarse la culpa o dolo del demandado, ya que basta con justificar la posibilidad cierta y concreta de que se ocasione un daño inminente.”¹³¹

Desde esta perspectiva, la valoración del dolo o de la culpa en la conducta del agente no corresponde a un presupuesto para la procedencia de la tutela inhibitoria definitiva, por cuanto ésta interviene en el momento anterior a aquél en que la presencia del elemento subjetivo y psicológico de la culpabilidad, adquiere relevancia. Se menciona entonces que “[l]a culpa no tiene ninguna relevancia en la disciplina inhibitoria, puesto que no es posible evaluar el elemento subjetivo de una conducta antijurídica futura.”¹³²

En el caso de la acción preventiva, orientada a impedir la ocurrencia de un acto capaz de producir un daño, el elemento subjetivo de la culpa pierde su fundamento, toda vez que no cabe pensar en el daño. Al respecto señala el profesor LUIZ GUILHERME MARINONI que “[e]l daño y el elemento subjetivo solamente tienen importancia en caso de resarcimiento, pero no en las hipótesis de

¹³¹ REVIRIEGO, José Antonio, *La tutela preventiva y la acción preventiva en el derecho argentino*, Op. Cit. Página 143.

¹³² LORENZETTI, Ricardo L., *La tutela civil inhibitoria*, Op. CIT., Página 7.

inhibición y de remoción del ilícito. En caso de remoción del ilícito basta la trasgresión de la norma, importando muy poco lo que motivó al infractor a proceder de esta manera.”¹³³

En línea con estas tendencias doctrinales, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación argentina (Ley 26.994), consagró la acción preventiva en su artículo 1711, en los términos que se transcriben: “*ARTICULO 1711.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.*” Este cuerpo normativo prescinde de toda consideración subjetiva respecto de la conducta del agente en cabeza de quien recaerán las medidas que se adopten con el fin de garantizar la prevención del daño, de manera que basta con la acreditación de una acción u omisión –allí calificada como antijurídica, lo que puede resultar contradictorio con la inexigibilidad de un factor de atribución- y de la previsibilidad de producción de un daño.

Por su parte, el ordenamiento jurídico colombiano, en el ya citado artículo 2359 del Código Civil, establece que “*se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas determinadas o indeterminadas*”. Esta norma consagra entonces una hipótesis que permite a la persona que se vea amenazada de sufrir un daño, acudir ante el juez para evitar la lesión de sus intereses. Sin embargo, contrario a lo que ocurre en el derecho comparado, de la redacción de la norma se colige que como factor de atribución que sustente la restricción de la libertad del demandado, es necesaria la comprobación de un factor subjetivo basado en un reproche a la conducta del agente. A su vez, este factor

¹³³ MARINONI, Luiz Guilherme, *Acciones inhibitoria y de resarcimiento en forma específica en el “anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica” (art. 7º)*, Op. Cit. Página 6.

subjetivo a que hemos hecho referencia parece enmarcarse en el régimen de culpa probada, de manera que quien ejerza la acción por daño contingente estaría obligado a probar la imprudencia o negligencia de aquel frente a quien se ejerce.

Lo anterior puede explicarse si se tiene en cuenta que la acción por daño contingente supone una restricción a las libertades y derechos del demandado, con fundamento en la sola amenaza de daño, sin que sus acciones u omisiones hayan causado perjuicio alguno aún.

Nuestro artículo 2359 del Código Civil encuentra su par en el artículo 2333 del Código Civil chileno, de acuerdo con el cual “[p]or regla general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.” El ordenamiento chileno, en consecuencia, también exige la comprobación de la culpabilidad del agente respecto de quien se ejerce la acción por daño contingente. Al respecto, el autor HERNÁN CORRAL TALCIANI sostiene que “[p]ara que proceda la responsabilidad anticipada o preventiva, debe existir una amenaza cierta y real del daño, una relación de causalidad entre la conducta del demandado y la posibilidad de ocurrencia del daño, una ilicitud en la conducta por quebrantamiento del deber de cuidado de prevenir el surgimiento del daño, y la imprudencia o dolo en el autor (...). El art. 2333 [del Código Civil chileno] es claro al exigir que de parte del agente exista negligencia, es decir, culpa. La amenaza debe

corresponderse con una omisión que al demandado le sea imputable por haber incumplido un deber de cuidado que le inducía a eliminar la amenaza o inminencia del daño.”¹³⁴

Es claro entonces, en nuestra opinión, que uno de los requisitos para la prosperidad de esta acción es la culpabilidad del autor de la conducta potencialmente dañosa, cuyo fundamento se halla en que la imputación procede siempre que haya habido violación de un deber específico de cuidado, referido a la negligencia en adoptar las medidas necesarias, concretas y particulares que habrían de evitar el daño. El incumplimiento de este deber se traduce en la negligencia o imprudencia del agente potencialmente dañador, y ello permite la imputación de la conducta.

Efecto práctico adicional de la exigencia de un factor de imputación subjetivo de culpa probada, como parece desprenderse del análisis precedente, corresponde a que el demandado podrá demostrar su diligencia, esto es, la adopción de medidas para prevenir y evitar el daño, como mecanismo de defensa para evitar la imposición de una obligación de hacer o no hacer.

No obstante lo anterior, es de resaltar que las demás figuras jurídicas que consagran mecanismos preventivos o de tutela inhibitoria en Colombia, como las acciones populares, la acción preventiva o de prohibición, y las medidas cautelares innominadas, no exigen la acreditación de la culpa como factor de atribución para efectos de que proceda la protección de los intereses a que dichas figuras se dirigen, sino que basta con la comprobación de una amenaza de daño como consecuencia de una acción u omisión.

¹³⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán, *La responsabilidad preventiva*, en *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago: 2004. Páginas 355 y 357

Es posible que una de las causas por las cuales la acción por daño contingente no ha sido utilizada aún en nuestro país, además de que el ideal de la prevención no ha estado arraigado en nuestra cultura, sea precisamente la exigencia de la prueba de la culpa del agente, que podría entorpecer su ejercicio.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que el eje central de la acción preventiva es el daño contingente, estimamos, como propuesta para una futura regulación sobre el tema, que para su prosperidad debería bastar con la verificación de que existe una conducta capaz de producir un daño, valorada la idoneidad de la misma para ser causa del perjuicio que se teme, y de que existe una verdadera amenaza de daño con probabilidad de concreción. En consecuencia, más que de la antijuridicidad de la conducta habrá que referirse a la antijuridicidad del daño amenazante.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

Del breve análisis presentado en este documento, es posible concluir que la prevención del daño ha adquirido una especial relevancia jurídica, tanto a nivel de derecho comparado como dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en el cual es posible identificar algunos instrumentos tendientes a la inhibición del daño. Dentro de estos instrumentos se destaca el artículo 2359 del Código Civil, que consagra la acción por daño contingente y permite la intervención judicial de manera previa a la causación de un daño, con el fin de evitar que la amenaza del mismo llegue a concretarse. Se trata de una manifestación de lo que la doctrina ha llamado como “tutela inhibitoria definitiva”, entendida, no sólo como el instrumento que permite a quienes se sientan amenazados en sus derechos e intereses acudir ante la jurisdicción para solicitar la cesación de una conducta potencialmente dañosa, sino también como la imposición de una actuación en caso de que lo que amenace los intereses de la posible víctima sea una omisión.

De acuerdo con el estudio elaborado, el ejercicio de la acción preventiva exige la concurrencia de cuatro requisitos que hemos clasificado y denominado de la siguiente forma: (i) un hecho potencialmente dañoso, (ii) una daño amenazante, (iii) un nexo de causalidad entre el hecho y la amenaza, y (iv) un factor de atribución. Respecto del primero de los presupuestos de la acción preventiva, se concluye que debe comprobarse la existencia de una conducta –positiva u omisiva– que revista el carácter de ser potencialmente dañosa en cuanto a que, de continuar en el tiempo sin alteración en su curso, con una alta probabilidad el resultado que se produciría correspondería a la afectación o aminoración de una situación favorable.

En segundo lugar, la exigencia de una amenaza de daño surge en contraposición al concepto tradicional de daño que se ha acuñado en materia de responsabilidad civil, y en torno al cual ella se ha desarrollado. Este requisito corresponde a la verificación de unas condiciones de hecho respecto de las cuales únicamente falta el transcurso de tiempo para que el daño se produzca, pues la cadena causal adecuada para la causación del daño ya ha iniciado.

Los dos requisitos adicionales, esto es, el nexo causal y el factor de atribución, si bien conservan la denominación que usualmente se le reconoce en este ámbito, cuando se estudian los presupuestos de la acción indemnizatoria, no se puede pasar por alto que, en sede de tutela inhibitoria, tienen un alcance y contenido distintos. En cuanto al nexo de causalidad, la variación que se presenta se verifica en el análisis que permite determinar cuál es la causa adecuada del potencial daño, ya que al no haberse consumado no es posible acudir al método de la *prognosis póstuma*. Por el contrario, lo que procede es un pronóstico previo de los efectos que la conducta que se pretende imputar produciría, para lo que se debe proyectar hacia futuro las consecuencias que se generarían, siguiendo los dictados de la causalidad adecuada.

Por su parte, en lo tocante al factor de atribución, no se referirá a la investigación o búsqueda de la razón jurídica que permita imponer al autor del daño la obligación de indemnizar y reparar un daño, sino de determinar los motivos que sustenten el que se imparta una orden tendiente a evitar la materialización de un perjuicio ante la presencia de un daño contingente. Este requisito es quizás el más problemático en lo que respecta a la acción preventiva, por cuanto existen posiciones encontradas. Una de estas posiciones, en contraposición a lo sostenido en este análisis,

aboga por la presencia de un factor subjetivo de culpa probada, cuyo fundamento está en un reproche a la conducta del agente potencialmente dañador. En el derecho comparado, la tendencia mayoritaria sostiene que debe prescindirse de toda valoración subjetiva de la conducta, puesto que es imposible realizar un juicio imputación sobre una conducta futura. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico adopta la tesis contraria, al exigir el artículo 2359 del Código Civil la negligencia o imprudencia del agente.

No obstante lo anterior, del análisis armónico de las distintas figuras de tutela inhibitoria que existen en Colombia y de la finalidad eminentemente preventiva que se persigue, demuestra que en ningún otro caso, salvo por el artículo previamente mencionado, se exige la culpa como factor de atribución, y ello es natural en la medida en que un requisito de esa naturaleza podría entorpecer el ejercicio de la acción preventiva. Por lo anterior, proponemos una modificación del artículo 2359 del Código Civil, en el siguiente sentido: (i) en primer lugar, deberá eliminarse la exigencia de la prueba de negligencia o imprudencia de aquel respecto de quien se ejerce la acción por daño contingente, de manera que baste con la comprobación de una conducta potencialmente dañosa y de la amenaza de daño; (ii) de otro lado, la norma deberá distinguir de manera más clara la acción popular de la acción por daño contingente referida a intereses individuales y no colectivos; y, (iii) finalmente, análogo al juicio que la ley prevé al momento de decretar una medida cautelar, la norma deberá contener algunos de los criterios que el juez habrá de evaluar al momento de decidir, como la menor restricción posible de la libertad del demandado, la proporcionalidad de la medida frente al interés que podría verse vulnerado y la eficacia de la medida para realmente inhibir la producción del daño, sin que se trate de un listado taxativo.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad Civil*, Tercera Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires: 1987.

ALTERINI, Atilio Aníbal, *Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil*, Publicado en La Ley 2012-D, 1154, Argentina: 2012.

ALPA, Guido, *Nuevo tratado de responsabilidad civil*, Ed. Juristas Editores, Lima: 2001.

BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile: 2009.

BERIZONCE, Roberto Omar, *La tutela anticipada en el derecho argentino*, Publicado en J.A. 1996- IV- 741.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *La responsabilidad preventiva*, en *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago: 2004

CUBIDES CAMACHO, Jorge, *Obligaciones*, Sexta Edición, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá; 2009.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Universidad de Deusto, Editorial Civitas. Madrid: 1993.

DE CUPIS, Adriano, *El Daño Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Ed. Bosch Casa Editorial S.A., Bogotá: 1996.

DIEZ PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Editorial Civitas. Madrid: 1999.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, *Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law*, Revista Ius et Veritas No. 22, Pontificia Universidad Católica del Perú, disponible en: http://works.bepress.com/gaston_fernandez_cruz/5/.

FRIGNANI, Aldo, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Publicación de la Facultad Jurídica de la Universtià di Ferrara, Editorial Giuffrè: 1974.

GARRIDO CORDOBERA, Lidia M.R., Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Colección Internacional No. 10, Primera Edición, Bogotá: 2009.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Amparo*, Ed. Rubinal-Culzoni, Buenos Aires: 2002.

HENAO, Juan Carlos, *El Daño Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2007.

JAECKEL KOVACS, Jorge, *Apuntes sobre competencia desleal*, Recurso en línea publicado por el Centro de Estudios de Derecho de la Competencia –CEDEC-. Bogotá.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, Colección Ensayos No. 22, Editorial Temis S.A. y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá: 2013.

LLAMAS POMBO, Eugenio, *Problemas actuales de la responsabilidad civil*, Consejo Superior de la Judicatura, Módulo de formación de jueces y magistrados, Bogotá: 2011.

LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Elementos de la responsabilidad civil*, Ed. Diké Biblioteca Jurídica y Pontificia Universidad Javeriana, Colección Internacional, Bogotá: 2009.

LORENZETTI, Ricardo L., *La tutela civil inhibitoria*, Publicado en: La Ley 1995-c, 1217, Argentina: 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme, *La Prueba en la Acción Inhibitoria*, Revista da Faculdade de Direito da UFPR, V. 36, Universidade Federal do Paraná: 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Acciones inhibitoria y de resarcimiento en forma específica en el “anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica” (art. 7º)*, Congreso Mundial de Derecho Procesal, Ciudad de México: 2003.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Undécima Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá: 2003.

MAZEAUD, Henri y León, y TUNC , André, *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Tomo Primero Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos aires: 1961.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Las funciones del derecho de daños de cara al siglo XXI*, en Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI – Derecho privado Tomo IV Volumen 2, Ed. Temis S.A. y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá: 2010.

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo, *Régimen general de las obligaciones*, Octava Edición, Ed. Temis S.A., Bogotá: 2001.

PALUMBO, Amedeo, *La tutela inhibitoria*, Tesis de Doctorado, Università Degli Studi Roma Tre, Roma: 2010.

PARRA QUIJANO, Jairo, *Medidas Cautelares Innominadas*, Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto de Colombiano de Derecho Procesal.

PASTORINO, Leonardo Fabio, *El daño al medio ambiente*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires: 2005.

PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo, *La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato*, Revista para el Análisis del Derecho InDret, Universidad Pablo de Olavide, Barcelona: 2015.

PRÉVÔT, Juan Manuel, *La obligación de seguridad*, Segunda Edición, Ed. Temis S.A., Bogotá: 2012.

RAMÍREZ, Jorge Orlando, *Función precautelar*, Editorial Astrea, Buenos Aires: 2005.

REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *Tratado de la Responsabilidad Civil – Parte General Tomo I*, Ed. Arazandi S,A., Navarra: 2002.

REVIRIEGO, José Antonio, *La tutela preventiva y la acción preventiva en el derecho argentino*, Revista Ars Boni E Aequi, Año 8, No. 1, Argentina: 2012.

ROJAS QUIÑONES, Sergio y MOJICA RESTREPO, Juan Diego, *Las Funciones del Derecho de Daños: Prevención y Punicción en el Sistema contemporáneo*, en *Responsabilidad Civil – La nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá: 2014.

ROJAS QUIÑONES, Sergio y MOJICA RESTREPO, Juan Diego, *De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana*, Revista Universitas No. 129: 187-235, Bogotá: Julio . diciembre 2014.

SALINAS UGARTE, Gastón, *Responsabilidad Civil Contractual – Tomo I*, Ed. Thomson Reuters y AbeledoPerrot, Chile: 2011.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge, *Responsabilidad Civil*, Tomo I Parte General, Tercera Edición, Ed. Temis S.A. y Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores No. 58, Bogotá: 2012.

SOTO KLOSS, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago: 1992.

SUESCÚN MELO, Jorge, *Derecho Privado – Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, Tomo I, Segunda Edición, Ed., Legis, 2004.

TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Ed. Legis Editores S.A., Bogotá: 2008.

TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, 1ª Edición, Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda (Baker & McKenzie), Bogotá: 2001

TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil, El Derecho de Daños en la Actualidad: Teoría y Práctica – Tomo I*, Ed. La Ley, Buenos Aires: 2004.

TRONCOSO, María Isabel, *El principio de precaución y la responsabilidad civil*, Revista de Derecho Privado No. 18, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2010.

VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Temis S.A. y Universidad de la Sabana, Bogotá: 2015.

VÉLEZ OCHOA, Ricardo, *La carga de evitar la extensión y propagación del siniestro*, Ed. Grupo Editorial Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá: 2013.

VICENTE DOMINGO, Elena, *El Daño*, en *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Editorial Arazandi-Thompson, Pamplona: 2002.

VINEY, Geneviève, *Tratado de Derecho Civil Introducción a la Responsabilidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2007.

VISINTINI, Giovanna, *¿Qué es la responsabilidad civil?*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2015.

ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, 3ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, Buenos Aires: 2005.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Tomo 4, Ed. Hammurabi, Buenos Aires: 1999.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar.*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires: 2004.

ZELA VILLEGAS, Aldo, *La tutela preventiva de los derechos: una introducción*, THĒMIS-Revista de Derecho No. 58, Perú: 2010.

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 24 de Septiembre de 2015, Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02151-00(AC), Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 4 de noviembre de 2015, Radicación No.: 7600123310002000504271-01 (37.603), Consejero Ponente: Hernán Andrade de Rincón (E).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación número: 85001-23-33-000-2012-00268-01(AP), Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala.

Corte Constitucional, Sentencia C-622 de 14 de agosto de 2007, Expediente: D-6668, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Consejo de Estado, Sentencia de 24 de agosto de 2000, Radicación número: AP-056, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales., Sentencia de 20 de noviembre de 1943. Magistrado Ponente: Arturo Tapias Pilonieta.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Expediente número: 6878, Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 24 de agosto de 2009, Expediente: 11001-3103-038-2001-01054-01, Magistrado Ponente: William Namén Vargas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de diciembre de 2010, Referencia: 11001-3103-008-1989-00042-01, Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de septiembre de 2011, Referencia No. 19001-3103-003-2005-00058-01. Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 21 de enero de 2013, Referencia No. 110131030262002-00358-01, Magistrado Ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, Sentencia de 1º de noviembre de 2013, Referencia: 08001-3103-008-1994-26630-01, Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez.