

# **Derecho de las obligaciones**

**Con propuestas de modernización**

**TOMO III**

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES  
*(Coordinadora)*

SEGUNDA EDICIÓN





DERECHO  
DE LAS OBLIGACIONES



MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

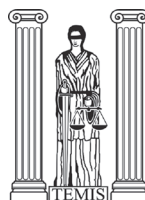
(Coordinadora)

# DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

CON PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN

TOMO III

*Segunda edición*



---

Bogotá - Colombia  
2018

Derecho de las obligaciones : con propuestas de modernización / Marcela Castro de Cifuentes (coordinadora). – Segunda edición. – Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes : Temis, 2016-4 tomos; 888 p.; 23 cm. – (Biblioteca Jurídica Uniandina)

ISBN 978-958-35-1187-5 (tomo III)

1. Obligaciones (Derecho) – Colombia I. Castro de Cifuentes, Marcela II. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho.

CDD 346.03

SBUA

Para citar este libro: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.174>

© Marcela Castro de Cifuentes, 2018

© Universidad de los Andes - Facultad de Derecho, 2018

Carrera 1ª núm. 18A-10, Bogotá

Tels.: 339 4999 ext. 3991

<http://derecho.uniandes.edu.co>

© Editorial Temis S. A., 2018

Calle 17 núm. 68D-46, Bogotá

[www.editorialtemis.com](http://www.editorialtemis.com)

[gerencia@editorialtemis.com](mailto:gerencia@editorialtemis.com)

Diseño de cubierta: Neftali Vanegas

ISBN 978-958-35-1187-5

2956 20180029800

ISBN ebook: 978-958-774-714-0

Universidad de los Andes Vigilada Mineducación.

Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 de 30 de mayo de 1964.

Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 de 23 de febrero de 1949, Minjusticia.

Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 582 del 9 de enero de 2015,

Mineducación

Hecho el depósito que exige la ley.

Impreso en Talleres Editorial Nomos.

Carrera 39B núm. 17-85, Bogotá.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

# ÍNDICE GENERAL

## CAPÍTULO I

### EL HECHO ILÍCITO. NOCIONES FUNDAMENTALES EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

PÁG.

1. Introducción .....	1
2. El hecho ilícito como fuente de obligaciones .....	3
3. La responsabilidad civil contractual .....	5
A) Primer requisito: contrato válido.....	5
B) Segundo requisito: incumplimiento doloso o culposo .....	7
a) Incumplimiento del contrato.....	7
b) El dolo y la culpa .....	8
C) Tercer requisito: perjuicio indemnizable .....	13
a) Perjuicio cierto .....	13
b) Perjuicio directo.....	14
c) Perjuicios presentes y futuros .....	14
d) Perjuicios materiales.....	14
e) Perjuicios extrapatrimoniales.....	14
f) La pérdida de oportunidad.....	16
g) Perjuicios previsibles e imprevisibles.....	16
h) Indemnización compensatoria y moratoria.....	16
i) Formas de evaluar los perjuicios .....	16
D) Cuarto requisito: vínculo causal .....	17
4. La responsabilidad civil extracontractual.....	19
A) Primer requisito: conducta dolosa o culposa.....	19
a) Responsabilidad directa .....	19
b) Responsabilidad indirecta.....	20
c) Responsabilidad por daños causados por las cosas .....	20
d) Responsabilidad en actividades peligrosas.....	21
B) Segundo requisito: perjuicio indemnizable.....	23



	PÁG.
C) Tercer requisito: nexo de causalidad .....	23
5. Causales de exoneración de la responsabilidad civil .....	23
6. Propuestas de modernización .....	24
A) Definición del concepto de responsabilidad civil o planteamiento del principio indemnizatorio .....	25
B) Factores de atribución .....	25
C) Perjuicios .....	26
D) Deber de mitigar los daños .....	27
E) Responsabilidad de las personas jurídicas en materia contractual, extracontractual y precontractual .....	27
F) Apreciación de la culpa en materia contractual .....	28
G) Responsabilidad por hechos de otros en materia contractual .....	30
H) Acumulación de responsabilidades contractual y extracontractual .....	31
I) Acciones in iure proprio, iure hereditatis .....	32
J) Régimen de la fuerza mayor o caso fortuito como causal de exoneración en la responsabilidad contractual .....	33
K) Cláusulas de exoneración, exclusión y limitación de responsabilidad .....	35
L) Casos y régimen de responsabilidad extracontractual objetiva .....	36
M) Otros asuntos .....	37
7. Bibliografía .....	38
A) Doctrina .....	38
B) Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil .....	39

## CAPÍTULO II

### EL CONCEPTO DE DAÑO

LUIS F. BOTERO ARISTIZABAL

1. Quimera .....	43
2. El diagnóstico o la introspección crítica del derecho de daños en Colombia .....	48
A) Un sucinto recuento .....	48
B) El manto de lo inasible .....	60
C) Transversalidad .....	64
D) Universalidad frustrada: los gemelos enfermos .....	65

	PÁG.
E) Dislocación jurisdiccional: ¿tenemos un sistema jurídico? .	66
F) Ausencia de políticas públicas en torno al fenómeno del daño	69
G) Los dogmas .....	69
a) No hay responsabilidad patrimonial sin daño.....	70
b) El daño y nada más que el daño .....	70
c) El daño no puede ser fuente de enriquecimiento para la víctima .....	70
d) Para ser indemnizable el daño debe ser cierto, personal y directo .....	71
e) El daño sufrido pero no susceptible de ser valorado puede ser reparado sobre la base del principio de equidad .....	71
f) No se repara a quien pretende la protección de ventajas obtenidas ilícitamente .....	71
g) El daño debe probarlo quien lo sufre.....	72
3. ¿Quién puede decir qué es daño?.....	72
4. ¿La definición del daño desde el derecho procesal? .....	74
A) La definición de daño como manifestación de una relación obligatoria .....	75
B) No toda amenaza, privación o alteración a un derecho o interés es daño y el derecho a la reparación no es, en principio, un derecho fundamental .....	75
C) La amenaza puede ser daño. El daño contingente-daño inminente.....	77
D) La privación puede ser daño .....	78
E) La alteración puede ser daño.....	78
F) ¿Qué es el núcleo de protección de un sujeto (individual o colectivo)? .....	79

### CAPÍTULO III

#### ELEMENTO SUBJETIVO: LA CULPA Y EL DOLO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

JUAN IGNACIO GAMBOA URIBE

1. Responsabilidad subjetiva .....	85
2. Concepto y necesidad de la culpa en la responsabilidad civil ...	86
A) Fundamentación histórica de la responsabilidad civil en la culpa .....	86

	PÁG.
a) Evolución de la culpa contractual.....	87
b) Evolución de la culpa en la responsabilidad extracontractual.....	90
B) El concepto de culpa: examen subjetivo “objetivado” de la conducta.....	95
C) La culpa en sentido estricto, y el dolo.....	98
D) La teoría del riesgo de “lege ferenda”.....	99
3. Régimen de la culpa en Colombia: regulación dual con elementos comunes.....	102
A) Culpa en la responsabilidad civil contractual.....	104
a) La apreciación de la culpa contractual.....	106
b) Graduación de la culpa contractual.....	108
c) Carga de la prueba de la culpa contractual.....	111
d) Exoneración de la culpa contractual.....	116
B) La culpa en la responsabilidad civil extracontractual.....	117
a) Régimen general: responsabilidad por el hecho propio... ..	119
b) Responsabilidad por el hecho de personas a cargo.....	126
c) Responsabilidad por el hecho de la cosa al cuidado.....	133
d) Responsabilidad por actividades peligrosas.....	145
4. Bibliografía.....	169

#### CAPÍTULO IV

### EL NEXO DE CAUSALIDAD COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

MARÍA CAROLINA CORCIONE MORALES

1. Ubicación del nexo de causalidad en la responsabilidad civil extracontractual: definición, funciones y dificultades.....	173
A) Definición de causalidad en la responsabilidad civil extracontractual.....	173
B) Funciones del nexo de causalidad en la responsabilidad civil extracontractual. Establecer la autoría del daño.....	176
C) Dificultades que enfrenta el nexo de causalidad como elemento de la responsabilidad civil extracontractual.....	177
a) La causalidad y la culpabilidad: autores contra responsables.....	177
b) La concurrencia o concurso de causas.....	182

	PÁG.
2. La causalidad jurídica: teorías elaboradas para establecer la causa de un daño en la responsabilidad civil extracontractual	187
A) ¿Qué debemos entender por causalidad jurídica? .....	187
B) ¿Cuáles son los rasgos propios de la causalidad jurídica? ...	191
a) La aplicación a casos concretos.....	191
b) La conducta humana como causa y las hipótesis de la responsabilidad objetiva.....	192
c) El proceso de escogencia de la causa .....	193
d) Las omisiones .....	196
C) La causalidad jurídica: planteamiento del problema.....	198
a) La teoría de la equivalencia de las condiciones o conditio sine qua non.....	199
b) Características de la teoría de la equivalencia de las condiciones.....	204
c) Críticas a la teoría de la equivalencia de las condiciones	207
d) Teorías correctivas de la teoría de la equivalencia de las condiciones .....	215
D) La teoría de la causalidad adecuada .....	220
a) Los planteamientos iniciales de von Bar .....	220
b) La teoría de la causalidad adecuada propiamente dicha..	222
c) Teorías correctivas de la teoría de la causalidad adecuada	227
d) Ventajas de la teoría de la causalidad adecuada en general	234
e) Críticas formuladas a la teoría de la causalidad adecuada, en general.....	236
d) El rigor científico de la aplicación de los criterios de probabilidad y posibilidad.....	237
E) Otras teorías de la causalidad jurídica.....	244
a) La teoría de la causa próxima .....	244
b) La teoría de la causa eficiente.....	247
c) La teoría de la causa humana.....	256
d) La teoría de la condición preponderante.....	258
e) La teoría de la limitación de la responsabilidad según el ámbito de la norma violada .....	259
f) La teoría del seguimiento o de la impronta continua de la manifestación dañosa.....	261
g) La teoría de la causa impeditiva .....	263
h) La teoría del riesgo general de la vida.....	264
i) La teoría de la provocación .....	265
j) La teoría de la causa inmediata y de la valoración.....	265

	PÁG.
k) La teoría de la imputación objetiva: una posible solución en materia de responsabilidad civil extracontractual.....	266
3. La causalidad jurídica en la legislación civil colombiana. Conclusiones .....	271
4. Conclusiones .....	283
A) La constante confusión entre causalidad y culpabilidad en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual .....	283
B) La carencia de legislación respecto de la causalidad jurídica: ¿Vacío legislativo o decisión del legislador? .....	285
5. Bibliografía .....	286

## CAPÍTULO V

### EL ABUSO DEL DERECHO

ERNESTO RENGIFO GARCÍA

1. Concepto de principio .....	291
2. Antecedentes históricos del abuso del derecho .....	295
3. De la relatividad de los derechos .....	300
4. Explicaciones doctrinarias del abuso del derecho .....	302
5. Naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad por abuso del derecho .....	316
6. Diferencia entre abuso del derecho y fraude de la ley .....	318
7. Aplicaciones prácticas de la teoría .....	319
8. Valoraciones finales .....	333
9. Bibliografía .....	338

## CAPÍTULO VI

### LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL, CONTRACTUAL Y PRE CONTRACTUAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

ALBERTO ZULETA LONDOÑO

1. Introducción .....	343
2. Responsabilidad extracontractual de la persona jurídica .....	344
A) Delimitación del problema .....	344

	PÁG.
B) Las consecuencias de resolver el problema en favor de la responsabilidad directa o de la indirecta.....	346
a) La persona responsable.....	347
b) Elementos de la responsabilidad.....	349
c) Causales de exoneración.....	352
d) La prescripción de la acción.....	352
e) Aspectos procesales.....	354
C) Historia de la jurisprudencia en Colombia en materia extracontractual y el estado actual de la cuestión.....	358
a) Primera tesis.....	359
b) Segunda tesis.....	360
c) Tercera tesis.....	361
3. Responsabilidad contractual de la persona jurídica.....	362
A) Incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato.....	362
B) Incumplimiento de obligaciones adquiridas a lo largo de la ejecución del contrato.....	363
4. Responsabilidad precontractual de la persona jurídica.....	366
5. Conclusiones.....	366
6. Bibliografía.....	367

## CAPÍTULO VII

### RESPONSABILIDAD OBJETIVA EXTRA CONTRACTUAL

MAXIMILIANO A. ARAMBURO C.

1. La insuficiencia de la responsabilidad civil basada (solo) en culpa.....	369
2. Diversos casos de responsabilidad sin culpa.....	376
3. La responsabilidad por actividades peligrosas como paradigma.....	379
A) Tres posiciones sobre su fundamento en la doctrina y la jurisprudencia.....	382
B) ¿Qué hace peligrosa una actividad?.....	387
C) Responsabilidad por ‘cosas’ y por ‘actividades’ peligrosas.....	388
D) Peligrosidad en la estructura y en el comportamiento.....	389
E) ¿Qué actividades se consideran peligrosas?.....	389
F) ¿Quién responde por actividades peligrosas? (la noción de guardián).....	390
G) La posibilidad de una guarda compartida.....	393

	PÁG.
H) Carga de la prueba.....	397
I) Actividades peligrosas inertes.....	398
J) Colisión de actividades peligrosas.....	399
K) Los incapaces aquilianos y las actividades peligrosas.....	402
L) La exoneración.....	402
4. Otras responsabilidades objetivas.....	403
A) En el Código Civil.....	403
a) La responsabilidad por el hecho ajeno.....	403
b) La responsabilidad por el hecho de las cosas.....	404
c) La responsabilidad por el hecho de los animales.....	405
B) En otras leyes.....	406
a) La ley sobre residuos peligrosos (ley 1252 de 2008, que derogó la 430 de 1998).....	406
b) El Estatuto del Consumidor (ley 1480 de 2011).....	407
c) En materia de responsabilidad ambiental.....	408
5. Bibliografía.....	410

## CAPÍTULO VIII

### CAUSA EXTRAÑA COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJIA

1. Fuerza mayor.....	416
A) Fuerza mayor factor universal de exoneración de responsabilidad.....	416
B) Prueba de la causal de exoneración: la fuerza mayor, la ausencia de culpa y la causa ignorada.....	420
2. Caso fortuito y fuerza mayor.....	423
3. Elementos de la fuerza mayor.....	425
A) Carácter externo de la fuerza mayor.....	427
B) La irresistibilidad.....	433
C) La imprevisibilidad.....	440
D) El evento irresistible pero previsible.....	443
4. Los efectos de la fuerza mayor.....	446
A) Convenciones sobre fuerza mayor.....	450
5. El hecho de un tercero.....	452
A) Los requisitos para la exoneración por el hecho de un tercero.....	452

	PÁG.
B) El problema de la concurrencia de causas con el hecho de un tercero o de varios terceros .....	453
C) El hecho de la víctima.....	456
a) Los requisitos de exoneración .....	456
D) El hecho del acreedor .....	465
6. Conclusión .....	467
7. Bibliografía .....	468

CAPÍTULO IX

LAS ACCIONES “IURE HEREDITATIS”  
EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

1. Introducción.....	473
2. Legitimación para demandar la reparación de los daños.....	474
3. Caso de la muerte de la víctima del ilícito.....	476
A) Ejercicio de la acción “ex iure hereditatis”.....	480
B) Ejercicio de la acción “ex iure proprio”.....	485
4. Acumulación de las acciones “ex iure proprio” y “ex iure hereditatis” .....	487
A) El problema de la acumulación de las responsabilidades contractual y extracontractual y las acciones “ex iure proprio” y “ex iure hereditatis”.....	489
B) Acciones contractual “iure hereditatis” y extracontractual “iure proprio” derivadas del fallecimiento del pasajero en desarrollo de un contrato de transporte.....	496
5. Bibliografía.....	502

CAPÍTULO X

EL PATRIMONIO COMO PRENDA GENERAL  
Y LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

1. Efectos de las obligaciones.....	507
2. Derechos principales de los acreedores.....	508
A) Ejecución forzosa.....	508
a) Ejecución individual.....	509



	PÁG.
b) Ejecución colectiva.....	512
c) Insolvencia de personas naturales no comerciantes .....	515
B) Indemnización de perjuicios .....	516
3. Derechos auxiliares.....	520
A) Medidas conservatorias del patrimonio del deudor .....	520
B) Medidas reconstitutivas del patrimonio del deudor .....	525
a) La acción pauliana.....	525
b) Acción de simulación .....	528
c) Acciones revocatorias concursales .....	532
d) Otras medidas de los acreedores.....	534
4. Propuestas de modernización .....	536
5. Bibliografía.....	538

## CAPÍTULO XI

### DERECHOS PRINCIPALES DE LOS ACREEDORES

HORACIO CRUZ TEJADA

1. Introducción.....	543
2. Derecho de ejecución.....	543
3. Aspectos sustanciales de la ejecución forzosa.....	544
4. Aspectos procesales de la ejecución forzosa .....	546
5. Pretensión ejecutiva por obligación de dar .....	547
A) Obligación de pagar sumas de dinero .....	548
B) Obligación de dar especies muebles o bienes de género distintos de dinero.....	550
a) Entrega del bien más el pago de perjuicios moratorios (C. G. P., art. 426).....	550
b) Pago de perjuicios compensatorios (C. G. P., art. 428 num. 1).....	552
c) Entrega del bien más perjuicios moratorios y, en subsidio, perjuicios compensatorios (C. G. P., arts. 428 num. 2 y 437).....	552
6. Pretensión ejecutiva por obligación de hacer .....	553
A) Ejecución del hecho debido más perjuicios moratorios (C. G. P., arts. 426 y 433).....	554
B) Pago de perjuicios compensatorios (C. G. P., art. 428 num. 1)	555

	PÁG.
C) Ejecución del hecho debido más perjuicios moratorios y, en subsidio, perjuicios compensatorios (C. G. P., arts. 428 num. 2 y 437) .....	555
7. Pretensión ejecutiva por obligación de suscribir documentos (C. G. P., art. 434).....	555
8. Pretensión ejecutiva por obligación de no hacer (C. G. P., art. 435)	556
9. La ejecución por perjuicios.....	557
10. La conversión del proceso ejecutivo en proceso declarativo.....	558
11. A manera de conclusiones. Aspectos de mejora de la regulación del derecho de ejecución del acreedor.....	560
12. Bibliografía .....	562

## CAPÍTULO XII

### EJECUCIÓN INDIVIDUAL

ULISES CANOSA SUÁREZ

1. Generalidades .....	565
2. Evolución de la ejecución individual.....	568
3. Proceso ejecutivo. Título ejecutivo.....	576
4. Proceso monitorio .....	580
5. Medidas cautelares.....	581
6. Principios del proceso ejecutivo .....	586
A) Principio de la satisfacción máxima de la pretensión del acreedor .....	586
B) Principio del respeto de los derechos del deudor .....	587
C) Principio del respeto de los derechos de terceros.....	589
D) Principio garantizador de los derechos de otros acreedores	590
E) Principio del respeto a los intereses públicos.....	590
7. Bibliografía .....	591

## CAPÍTULO XIII

### EJECUCIÓN COLECTIVA Y PROCESOS CONCURSALES

GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ

#### GENERALIDADES

1. Introducción y concepto .....	595
----------------------------------	-----

	PÁG.
2. Ejecución singular frente a ejecución colectiva.....	597
3. Antecedentes históricos .....	598
A) Antecedentes legales en Colombia.....	600
4. Prelación de créditos como remedio ante la insuficiencia patrimonial .....	602
5. Principales modalidades concursales.....	605
A) Concurso de acreedores.....	606
B) Quiebra y liquidación obligatoria.....	606
C) Concordatos y acuerdos de reestructuración.....	609
6. Sistema actual en Colombia. Régimen de insolvencia .....	611
A) Proceso de reorganización .....	612
B) Proceso de liquidación judicial.....	619
7. Apreciación crítica final y conclusiones .....	624
8. Bibliografía .....	625

#### CAPÍTULO XIV

### PRELACIÓN DE CRÉDITOS

PAOLA ORDÓÑEZ ARIAS

1. Generalidades .....	629
A) Introducción y concepto .....	629
B) Principios que gobiernan la prelación de créditos .....	630
2. Clases de créditos en Colombia .....	632
A) Créditos de la primera clase .....	632
a) Créditos que comprende actualmente la primera clase ...	633
b) Régimen aplicable a los créditos de la primera clase .....	638
B) Créditos de la segunda clase .....	638
a) Créditos que comprende actualmente la segunda clase...	639
b) Régimen aplicable a los créditos de la segunda clase .....	643
c) Comentario en relación con la ley 1676 de 2013 de garantías mobiliarias.....	644
C) Créditos de la tercera clase.....	650
a) Créditos que comprende actualmente la tercera clase .....	650
b) Régimen aplicable a los créditos de la tercera clase.....	651
c) Comentario en relación con la ley 1676 de 2013 de garantías mobiliarias.....	651
D) Créditos de la cuarta clase.....	653

	PÁG.
a) Créditos que comprende actualmente la cuarta clase .....	654
b) Régimen aplicable a los créditos de la cuarta clase.....	656
E) Créditos de la quinta clase .....	656
3. Otros comentarios en relación con el sistema de prelación de créditos en Colombia.....	657
A) El derecho de retención.....	657
B) Gastos de administración en procesos de reorganización y liquidación judicial de la ley 1116 de 2006.....	658
C) Otros bienes excluidos de la masa que se debe liquidar de acuerdo con la ley 1116 de 2006 .....	660
D) Acuerdos de modificación de prelación de créditos en procesos de reorganización de la ley 1116 de 2006.....	661
E) Cesión de créditos y subrogación.....	662
F) Régimen de intereses en relación con la ley 1116 de 2006..	662
G) Praelación de créditos en materia de liquidación forzosa administrativa de instituciones financieras .....	663
4. Conclusiones.....	663
5. Bibliografía .....	667

CAPÍTULO XV

INDEMNIZACIÓN COMPENSATORIA  
E INDEMNIZACIÓN MORATORIA DE PERJUICIOS

ÉDGAR RAMÍREZ BAQUERO

1. Introducción .....	671
2. Presupuestos axiológicos de la pretensión de resarcimiento en el escenario de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento .....	672
3. Modalidades de la inejecución obligacional.....	672
A) Inejecución absoluta.....	673
B) Ejecución imperfecta.....	673
C) Ejecución tardía.....	674
D) En el derecho alemán .....	675
4. Correlación entre las modalidades de inejecución obligacional y las indemnizaciones compensatoria y moratoria.....	677
5. La diferencia entre indemnización compensatoria e indemnización moratoria únicamente procede en responsabilidad civil por incumplimiento.....	677

	PÁG.
6. Esta clasificación del daño solo es pertinente en materia de daños patrimoniales .....	678
7. Indemnización compensatoria de perjuicios.....	678
8. Indemnización moratoria de perjuicios.....	680
9. Indemnización moratoria de perjuicios y las obligaciones dinerarias .....	681
10. Compatibilidad o incompatibilidad entre la indemnización moratoria y la indemnización compensatoria de perjuicios .....	683
11. Contenido de las prestaciones indemnizatorias compensatoria y moratoria .....	684
12. Indemnización compensatoria e indemnización moratoria en el marco de los contratos de prestaciones recíprocas. Su incidencia en punto de los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio.....	685
13. Relaciones entre la prestación penal (cláusula penal) y las indemnizaciones compensatoria y moratoria. Cláusulas penales compensatorias y moratorias .....	688
14. Relaciones con la clasificación del daño que distingue entre daño emergente y lucro cesante .....	689
15. Algunos aspectos de la ejecución coactiva de la indemnización compensatoria de perjuicios (c. g. p., arts. 428, 437 y 439).....	689
16. Algunos aspectos de la ejecución coactiva de la indemnización moratoria de perjuicios (C. G. P., arts. 426, 435 y 439). .....	690
17. Régimen probatorio de la indemnización compensatoria y de la indemnización moratoria de perjuicios .....	690
18. Reajuste o corrección monetaria de las indemnizaciones compensatoria y moratoria .....	692
19. Propuesta de enmienda legislativa.....	695
20. Bibliografía .....	695

## CAPÍTULO XVI

### EL DERECHO DE RETENCIÓN

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

1. Concepto y propósito del derecho de retención.....	698
2. Presupuestos para el ejercicio del derecho de retención.....	700
3. Casos en los que procede alegar el derecho de retención.....	702

	PÁG.
A) Casos legales de retención .....	703
a) En el Código Civil .....	703
b) En el Código de Comercio.....	707
B) La retención convencional .....	709
4. Naturaleza jurídica.....	710
A) Tesis de la excepción personal .....	711
B) Derecho de retención: derecho real.....	712
C) Retención como derecho “sui generis” .....	714
D) Nuestra opinión .....	715
5. Características del derecho de retención.....	716
A) Accesoriedad .....	716
B) Indivisibilidad .....	716
C) Unilateralidad.....	717
D) Oponibilidad “erga omnes”.....	717
E) Renunciabilidad .....	719
F) Provisionalidad.....	720
G) Transmisibilidad.....	720
6. Contenido y alcance del derecho de retención.....	720
A) Facultades, limitaciones y prohibiciones respecto de la cosa retenida.....	721
B) Facultades del retentor sobre los frutos de la cosa .....	722
C) Aplicación de las disposiciones sobre el contrato de prenda, por analogía.....	723
D) Alcance del derecho en caso de ejecución o concurso.....	723
a) La retención ante la ejecución individual iniciada contra el retinente .....	724
b) Concurso de acreedores, quiebra o liquidación judicial del acreedor retenedor .....	724
c) La retención ante la ejecución iniciada contra el deudor, dueño de la cosa, por uno o más de sus acreedores.....	724
7. Obligaciones y responsabilidad del acreedor-retinente .....	727
A) Cuidado y conservación de la cosa .....	727
B) Restitución .....	728
C) Responsabilidad del retenedor .....	728
D) Retención de bienes consumibles y de sumas de dinero.....	729
a) Bienes consumibles .....	729
b) Sumas de dinero.....	729
8. El derecho de retención frente a la excepción de contrato no cumplido.....	731

	PÁG.
9. Derecho de retención y compensación .....	733
10. Extinción del derecho de retención.....	734
11. El derecho de retención como garantía mobiliaria .....	735
12. Propuestas de modernización .....	739
13. Bibliografía.....	744

## CAPÍTULO XVII

### LAS ACCIONES RECONSTITUTIVAS DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR

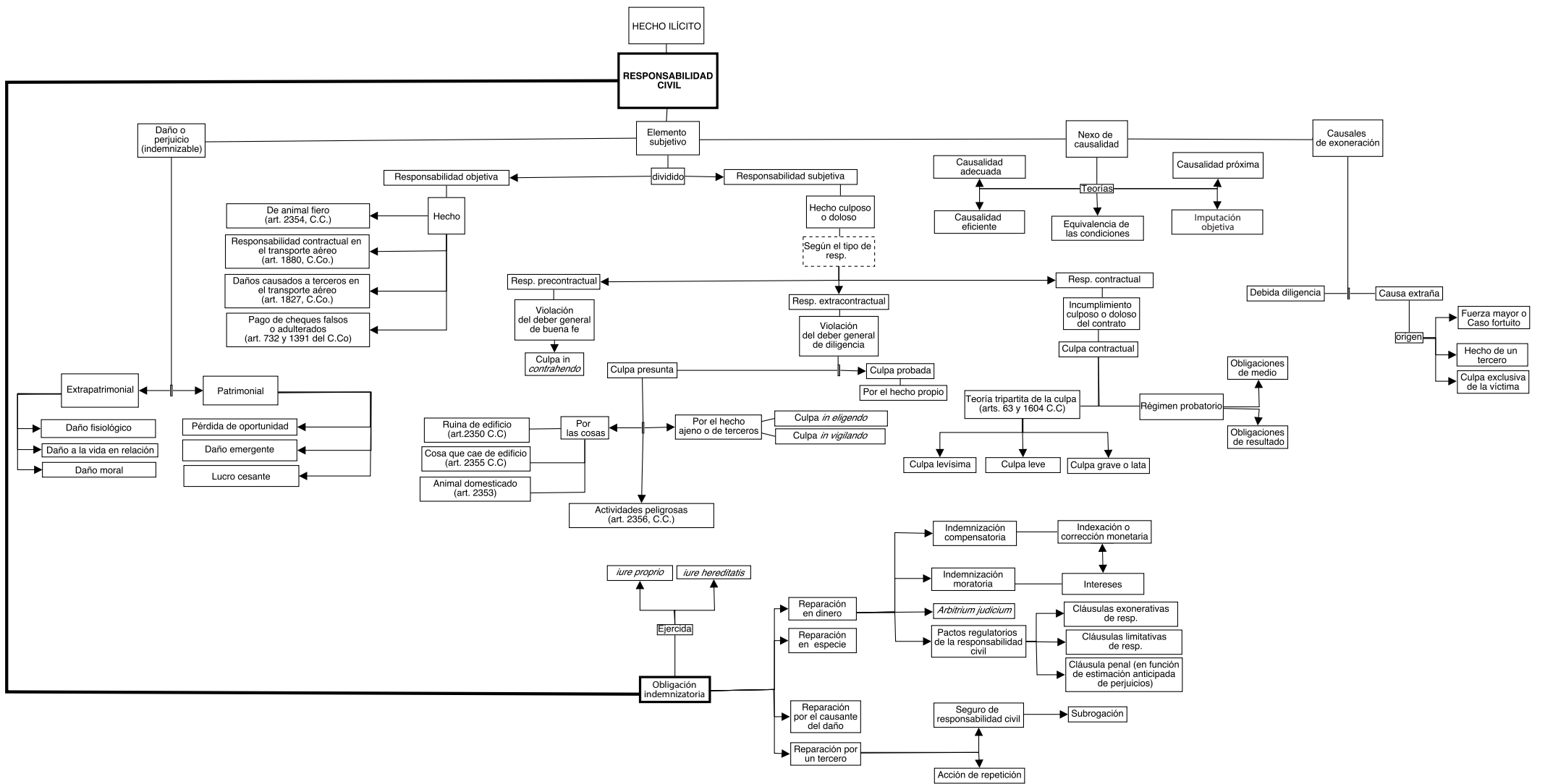
NICOLÁS PAJARO MORENO

1. Introducción.....	749
2. El patrimonio como garantía general de los acreedores .....	751
A) La responsabilidad patrimonial .....	751
B) Insolvencia, iliquidez y otros detonantes de crisis.....	752
C) Actos que deterioran el patrimonio del deudor .....	753
a) Actos del deudor que comprometen su solvencia .....	755
b) Actos del deudor que comprometen su liquidez.....	756
c) Actos del deudor que alteran el orden de prelación de pa- gos o la par conditio creditorum .....	758
d) Actos del deudor que cambian sus condiciones de opera- ción .....	759
3. La acción pauliana .....	760
A) Naturaleza de la acción pauliana.....	761
B) Titulares de la acción pauliana .....	763
a) Legitimación en la causa .....	764
b) Interés para obrar .....	765
C) Actos revocables .....	766
D) Elementos de la acción pauliana .....	768
a) Daño al acreedor (“eventus damni”) .....	769
b) Mala fe (“consilium fraudis” o “scientia damni”).....	770
E) Extinción de la acción pauliana.....	775
4. Las acciones revocatorias concursales.....	776
A) Acciones revocatorias de la ley 1116 de 2006 .....	777
a) Naturaleza de la acción revocatoria concursal .....	777
b) Titulares de la acción revocatoria concursal.....	779
c) Actos revocables.....	781

	PÁG.
d) Elementos de la acción revocatoria concursal.....	782
e) Régimen de recompensas .....	787
f) Extinción de la acción revocatoria concursal .....	788
B) Acciones revocatorias de la ley 550 de 1999 .....	788
C) Acciones revocatorias del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) .....	789
D) Acciones revocatorias en el régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante, en el Código General del Proceso.....	789
5. La acción de simulación .....	790
A) Concepto y especies de acción de simulación.....	791
a) Simulación absoluta.....	792
b) Simulación relativa .....	793
B) Naturaleza de la acción de simulación .....	796
C) Titulares de la acción de simulación .....	799
a) Las partes del negocio simulado.....	799
b) Los terceros.....	800
D) Elementos de la acción de simulación .....	804
a) Existencia de un acto jurídico aparente .....	804
b) Existencia de una situación jurídica oculta.....	804
c) Daño al tercero.....	807
d) Otros elementos (no esenciales) de la acción de simulación .....	808
E) Extinción de la acción de simulación.....	810
F) La acción de simulación concursal .....	811
6. La acción subrogatoria.....	811
A) Naturaleza de la acción subrogatoria .....	813
B) Titulares de la acción subrogatoria.....	814
a) Legitimación en la causa .....	814
b) Interés para obrar .....	814
C) Elementos de la acción subrogatoria.....	815
a) Condición de acreedor del demandante.....	815
b) Existencia de un derecho subjetivo en favor del deudor .	815
c) Inactividad del deudor frente a dicho derecho subjetivo.	815
d) Daño al acreedor.....	815
D) Extinción de la acción subrogatoria.....	816
7. Algunas reflexiones con miras a la modernización de los temas aquí tratados .....	816



	PÁG.
A) Necesidad de modernizar la acción pauliana .....	816
B) Necesidad de una regulación general y expresa sobre las acciones de simulación y oblicua .....	817
C) Simplificación, unificación o —¿por qué no?— eliminación de regímenes especiales de las acciones revocatorias y de simulación concursales .....	818
D) Problemas derivados de la insuficiencia en las funciones jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia de Sociedades .....	819
E) De nuevo sobre la buena fe .....	821
8. Bibliografía .....	821
Índice de autores .....	829
Índice de disposiciones .....	835
Índice de materias .....	843



## CAPÍTULO I

# EL HECHO ILÍCITO. NOCIONES FUNDAMENTALES EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL\*

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES\*

### 1. INTRODUCCIÓN

El sistema normativo confiere amplia iniciativa y autonomía a los particulares para obrar según su propio interés, pero impone como principio superior para la justicia y la convivencia social, el respeto de los derechos ajenos. Este principio se plasma en la regla “a nadie es permitido agraviar al prójimo”<sup>1</sup>, enunciado que acarrea consecuencias prácticas cuando una persona de manera injusta causa un daño a otra. La respuesta del derecho es la responsabilidad jurídica, por la cual se impone al sujeto una consecuencia prevista por el orden legal, en caso de trasgresión.

En el sistema colombiano existen diversas formas de responsabilidad jurídica, atendiendo el tipo de normas que resulten vulneradas. Existe —por citar las dos más comunes— la responsabilidad penal y la civil. En la primera, la conducta ilícita se encuentra descrita específicamente por las normas penales y su realización genera la imposición de una pena que también se señala de antemano por la ley (principio de legalidad)<sup>2</sup>. Este comportamiento vulnera un bien jurídico protegido

\* <http://dx.doi.org/10.15425/2017.175>

\*\* Abogada de la Universidad de los Andes, con Maestría en Derecho Comparado de la Universidad de Illinois, como becaria Fulbright. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Profesora titular, docente e investigadora, autora de libros y artículos especializados en derecho civil y comercial, ha sido directora del área de derecho privado de la misma universidad. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. La autora agradece a Laura Bermúdez, Andrea Solano y Felipe Yamin, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes su labor de investigación para la revisión de este capítulo en la segunda edición del libro. (e-mail: macastro@uniandes.edu.co).

<sup>1</sup> Es el principio de derecho romano *alterum non laedere*.

<sup>2</sup> C. P., art. 6°.

por el derecho penal que involucra el interés general de la sociedad, aunque las conductas criminales suelen afectar, al mismo tiempo, derechos individuales<sup>3</sup>.

Por su parte, la responsabilidad civil se desencadena cuando una persona, con su conducta dolosa o culposa causa un daño al patrimonio de otra, o vulnera intereses que son protegidos por el ordenamiento, como se expondrá posteriormente. Las normas de responsabilidad civil tienen, por consiguiente, una función reparadora antes que propiamente sancionatoria, es decir, buscan colocar al perjudicado en la posición más parecida posible a la que tendría si no hubiese sufrido el daño, pero su objetivo no es castigar al autor del perjuicio, sino resarcir a la víctima<sup>4</sup>.

Aunque estas especies de responsabilidad pertenecen a ramas distintas del derecho y cada una tiene un ámbito propio de acción, es posible que una misma conducta produzca consecuencias tanto de responsabilidad civil como penal cuando aquella se encuentra tipificada como punible en las normas penales, a la vez que infiere daño al patrimonio de otra persona<sup>5</sup>.

El sistema de responsabilidad civil no prohija la ventaja indebida en favor del perjudicado, y por ello la indemnización no puede ser fuente de enriquecimiento para la víctima del daño; ella está encaminada en forma exclusiva a remediar en la justa medida el perjuicio irrogado<sup>6</sup>. Si bien toda lesión patrimonial ocasionada por dolo o culpa debe ser

<sup>3</sup> Por ejemplo, como hay interés general en proteger la vida humana, se consagra el delito de homicidio así: “El que matare a otro incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años” (C. P., art. 103). En la responsabilidad penal el autor debe soportar la imposición de la sanción prevista ante la realización de una conducta tipificada en la ley penal. Para que surja este tipo de responsabilidad se requiere que la conducta enjuiciada sea: 1) típica: descrita específicamente por la ley (art. 10 del C. P.); 2) antijurídica: que viole un interés protegido por la ley penal (art. 11 del C. P.), y 3) culpable: que la conducta del autor se haya realizado con dolo, culpa o preterintención (art. 12 del C. P.).

<sup>4</sup> Véase C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 abril 1997, exp. 4422, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, “G. J.”, t. CCXLVI, núm. 2485, págs. 397 y ss.

<sup>5</sup> Al tiempo de estar tipificado el hecho como delito por la ley penal (principio de legalidad-tipicidad), la conducta pudo generar el daño a un patrimonio ajeno. Por ejemplo, en un accidente de tránsito causado por imprudencia de un conductor, puede surgir responsabilidad penal por homicidio o lesiones personales culposas y responsabilidad civil por los daños pecuniarios causados a la víctima o a sus familiares.

<sup>6</sup> JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado de derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pág. 45.

reparada en forma integral, esta reparación se limita a la pérdida efectivamente sufrida<sup>7</sup>.

Este capítulo versará exclusivamente sobre la responsabilidad civil, consagrada en las normas de derecho privado que tutelan los derechos de los particulares, contenidas de manera principal en el Código Civil y en el Código de Comercio. Estas disposiciones han sido interpretadas a lo largo del tiempo por nuestros tribunales, que al resolver casos concretos, precisan su alcance. Los autores expertos en el tema han contribuido igualmente a comprender las instituciones jurídicas propias de la responsabilidad. El conjunto de normas, decisiones judiciales y opiniones doctrinales sobre el tema integra el sistema de responsabilidad civil, el cual servirá de marco para nuestros comentarios.

La finalidad del capítulo es presentar los conceptos fundamentales de la responsabilidad civil, los cuales se ilustran de manera esquemática en el mapa conceptual que hemos incorporado de manera previa y que se desarrollan en los capítulos siguientes de esta obra.

## 2. EL HECHO ILÍCITO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

El hecho ilícito es, junto con la ley y el acto voluntario, fuente de obligaciones. Se considera ilícita toda conducta humana que causa un perjuicio injustificado a otro, sea que el deterioro se manifieste en la persona misma o en su patrimonio. Cabe aclarar que el sistema jurídico reconoce la responsabilidad civil de las personas jurídicas por conductas de sus agentes o dependientes que son personas físicas al servicio de aquellas.

En el terreno de la responsabilidad civil, del hecho ilícito surge una relación jurídica entre el causante de un daño y su víctima en virtud de la cual el primero —como deudor— debe reparar a la segunda —en calidad de acreedora— el perjuicio causado<sup>8</sup>. La indemnización de perjuicios es la prestación como objeto de la obligación. Una vez establecida de manera cierta la existencia de la obligación de resarcir, el perjudicado tiene en su patrimonio un derecho subjetivo patrimonial (derecho personal o crediticio) y el autor del daño tendrá, correlativamente, una deuda consistente en el pago de la indemnización propiamente dicha.

<sup>7</sup> PHILLIPE LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil*, trad. de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Legis Ediciones, 2004, pág. 68.

<sup>8</sup> C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 enero 1967, “G. J.”, t. CXIX, núms. 2285 y 2286, M. P. Enrique López de la Pava.

Esta responsabilidad se manifiesta de diferentes formas, según sea la situación en la que se ocasiona el daño:

— es contractual cuando el perjuicio se causa por el incumplimiento de obligaciones pactadas en un contrato;

— es extracontractual —llamada también responsabilidad aquiliana— si el daño surge como consecuencia de violar un deber general de diligencia y prudencia que se impone al realizar actividades en sociedad, sin que exista un vínculo jurídico previo entre las partes, y

— se denomina precontractual cuando en la etapa de las negociaciones previas a la celebración de un contrato alguna de las partes causa un daño a la otra al terminar en forma abusiva, injustificada o intempestiva las negociaciones atentando contra el interés de confianza que se ha generado, y cuando, en general, se violan los deberes propios de dicha etapa (información, buena fe, lealtad, confidencialidad)<sup>9</sup>.

El perjudicado en todos los casos debe acudir ante la justicia para que el juez competente determine si están presentes los presupuestos de la responsabilidad civil y consecuentemente declare que esta existe para condenar al demandado al pago de la respectiva indemnización. Aunque todos los casos enumerados pertenecen al sistema de responsabilidad civil, cada uno tiene particularidades en su régimen, de manera que el perjudicado no puede, en principio, exigir la reparación invocando cualquiera de ellos, varios o todos a la vez. Debe escoger aquella que corresponda a la situación fáctica del caso particular. Es decir, las acciones contractual, extracontractual o precontractual no pueden acumularse ni la víctima tiene plena libertad para elegir a cuál de ellas acude para demandar el resarcimiento (prohibición de opción)<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> El art. 863 del Código de Comercio dispone al respecto: “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.” La responsabilidad precontractual se estudia en un capítulo especial de esta obra sobre la “Formación del contrato”, escrito por PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA, y en el capítulo sobre la “Responsabilidad de las personas jurídicas” del profesor ALBERTO ZULETA LONDOÑO, publicado en este tomo. Véase, además, C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 28 junio 1989, M. P. Rafael Romero Sierra, en *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XVIII, núm. 213, Bogotá, Legis, septiembre de 1989; 23 noviembre 1989, “G. J.”, t. CXCVI, núm. 2435, pág. 114, M. P. José Alejandro Bonivento Fernández; 27 junio 1990, “G. J.”, t. CC, núm. 2439, pág. 296, M. P. Pedro Lafont Pianetta; 13 diciembre 2001, exp. 6775, M. P. Manuel Ardila Velásquez.

<sup>10</sup> Véase sobre la no acumulación de la responsabilidad contractual y la extracontractual, de la C. S. de J., Sala de Casación Civil, la sent. de 19 abril 1993, M. P. Pedro Lafont Pianetta. “G. J.”, t. CCXXII, núm. 2461, págs. 391 y ss.