

LA REPARACIÓN *IN NATURA* DEL DAÑO

*Arturo Solarte Rodríguez**

RESUMEN

El estudio contenido en los siguientes párrafos pretende presentar a consideración de la comunidad académica y de los abogados en ejercicio los elementos básicos del régimen jurídico de una de las formas de reparación o resarcimiento de los daños, que tradicionalmente se ha conocido como “reparación *in natura*”, figura ésta también denominada en el derecho comparado como reparación “en especie” o resarcimiento “en forma específica”. Aunque el concepto es aparentemente sencillo, la terminología que se utiliza para referirse a él, la utilidad misma de la figura, y la aplicación práctica que al respecto realizan los tribunales, han generado importantes polémicas en la doctrina, y ello nos ha motivado a examinar la situación a la luz del derecho colombiano. Para cumplir el propósito antes señalado se analizará, en primer término, el concepto de reparación del daño y sus modalidades, luego se hará una reseña sobre la evolución que el concepto de reparación ha tenido en las diversas etapas del derecho, seguidamente se entrará de lleno en el análisis de la reparación *in natura* y su relación con la reparación del daño a través del pago de una indemnización expresada en términos dinerarios, y culminaremos este escrito con el estudio de las principales aplicaciones que tiene la figura en el derecho colombiano.

Palabras clave: responsabilidad civil, derecho de daños, reparación.

Fecha de recepción: 11 de mayo de 2005

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en legislación financiera de la Universidad de los Andes. Estudios de doctorado en derecho en la Universidad de Salamanca. Profesor investigador del Departamento de Derecho Privado de la Pontificia Universidad Javeriana.

ABSTRACT

The study contained in the following paragraphs pretends to put in consideration of the academic community and of the practicing lawyers the basic elements of the juridical regime of one of the forms of reparation or indemnity of the damages, which, traditionally had been known as “indemnity in natura”, this figure also nominated in comparative law as “in species” indemnity or “specific forms of indemnify”. Even thought, the concept is apparently simple, the terminology used to refer about it, the usefulness of the figure and the practical application realized by tribunals, had engendered important polemics in the literature, and that has motivated us to examine such situation according to Colombian Law. To accomplish such target we will analyze, in first term, the concept of damage reparation and its modalities, then, we will do a synopsis about the evolution that the concept of damage repair have had in the diverse stages of the Juridical Sciences, afterwards, we will enter into the analysis of in natura indemnity and its relation with the damage repair through the indemnify expressed in monetary terms, and culminate this writing with the study of the principle applications that the figure has in Colombian Law.

Key words: *Civil responsibility, Torts, indemnity.*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. LA REPARACIÓN DEL DAÑO
 - 2.1. Noción
 - 2.2. La obligación de reparar el daño
3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS
 - 3.1. El derecho romano
 - 3.2. El derecho común
 - 3.3. La escuela del derecho natural
 - 3.4. Las codificaciones
 - 3.5. El derecho germánico

4. MODOS O FORMAS DE REPARACIÓN
5. PRINCIPALES MODOS O FORMAS DE REPARACIÓN
 - 5.1. La reparación *in natura*
 - 5.2. La reparación por equivalente
6. PREEMINENCIA DE UNA DE LAS CLASES DE REPARACIÓN
 - 6.1. Imposibilidad de realizar la reparación *in natura*
 - 6.2. Excesiva onerosidad de la reparación *in natura*
 - 6.3. Preferencia de la reparación por equivalente por parte de la víctima
7. SISTEMAS LEGALES DE REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DERECHO COMPARADO
8. REPARACIÓN *IN NATURA* Y EJECUCIÓN *IN NATURA* DE LA OBLIGACIÓN INCUMPLIDA
 - 8.1. Prestación de dar
 - 8.2. Prestación de hacer
 - 8.3. Prestación de no hacer
9. PRINCIPALES MODALIDADES DE REPARACIÓN *IN NATURA*
 - 9.1. Restitución de un bien de especie o cuerpo cierto
 - 9.2. Reemplazo del bien de especie o cuerpo cierto destruido o sustancialmente deteriorado
 - 9.3. Reemplazo del bien genérico perdido, destruido o deteriorado
 - 9.4. Supresión de la actividad causante del daño
 - 9.5. Restauración del bien dañado
 - 9.6. Reparación *in natura* respecto de daños causados al honor, la intimidad de las personas o al derecho a su propia imagen
10. CASOS PARTICULARES DE REPARACIÓN *IN NATURA* EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA
 - 10.1. Daños causados en relación con derechos o intereses colectivos
 - 10.2. Daños causados al medio ambiente
 - 10.3. Daños causados por actos de competencia desleal
 - 10.4. Daños producidos en relación con la honra, la intimidad o el derecho a la imagen
 - 10.5. Daños producidos en materia de propiedad industrial

BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

El propósito de este escrito es presentar ordenada y sistemáticamente los elementos básicos del régimen de una de las formas de reparación de los daños que se conoce como “reparación *in natura*”. No obstante que se trata de un concepto sobre el que existe consenso general, alrededor del mismo se han planteado interesantes polémicas, pues existe amplia variedad en la terminología adoptada en las legislaciones y en los planteamientos de la doctrina, además de lo cual el alcance, e incluso la utilidad, de la figura es objeto de opiniones muy diversas.

En los párrafos que siguen analizaremos el concepto de reparación y sus distintas modalidades, realizando un repaso a los hitos fundamentales en la historia de la reparación de daños; luego entraremos en el análisis más detenido de la reparación *in natura*, sus diferencias con la reparación por equivalente pecuniario, las distintas clases de reparación *in natura*, y la preferencia que deba darse a una u otra modalidad de reparación; seguidamente, realizaremos una especial referencia a la relación que la reparación *in natura* tiene con el cumplimiento *in natura* de las obligaciones de origen contractual; y finalizaremos este estudio con el análisis de las normas más relevantes que consagran formas de reparación *in natura* en la legislación colombiana.

2. LA REPARACIÓN DEL DAÑO

2.1. Noción

Cuando se ocasiona un daño a un sujeto de derecho, sea que se afecte su patrimonio, se vulneren sus derechos fundamentales como persona, o, en fin, que se genere una herida en sus sentimientos morales, sin que exista una causa jurídica para que tal sujeto soporte de manera exclusiva dicho detrimento, se produce una reacción del ordenamiento jurídico para efectos de que ese daño, que debe ser cierto, directo, personal y debe haber afectado un interés que haga parte del actuar lícito de la víctima, sea reparado o compensado, en la medida de lo posible, de manera integral.

Señala el *Diccionario de la lengua española* que la voz *reparación*, en su segunda acepción, equivale a “desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria”. De la misma forma, al hacer alusión a la expresión *reparar* se indica que ella corresponde a expresiones como *enmendar*, *corregir* o *remediar*.

Es sabido que los daños producidos por un hecho ilícito se pueden situar en el patrimonio del sujeto damnificado, o afectar los bienes o derechos que tiene como persona, o herir su esfera espiritual. Así, frente a cualquiera de estas formas de daño, la reparación va a actuar de manera diferente, toda vez que si el daño es un daño patrimonial, la reparación del mismo procurará que se restablezca el equilibrio patrimonial perdido, incorporando nuevamente, en especie o en equivalente pecuniario, los bienes cuya pérdida o deterioro ocasionó la mengua de dicha universalidad jurídica en su componente activo, particularmente en cuanto al interés que la víctima tenía en los mismos. Incluso en el campo de los daños que afectan al patrimonio, es menester tener en cuenta que en algunas ocasiones tan importante como reparar el perjuicio ya causado será hacer cesar un daño que continúa produciéndose o evitar que un perjuicio futuro se produzca. Más difícil resulta buscar la reparación del daño si lo afectado no es el contenido activo del patrimonio del sujeto de derecho, sino que el detrimento se sitúa en la integridad corporal del individuo, o en el plano de su dignidad personal, o, incluso, en sus más profundos sentimientos como ser humano. En estos casos, cuyo común denominador es que el interés afectado no pertenece al patrimonio del damnificado sino que se sitúa fuera de él, parece claro que, por regla general, el orden jurídico solamente puede ofrecer al afectado con el hecho ilícito una compensación o satisfacción, referida a una suma de dinero, mediante cuya adecuada utilización el sujeto pueda superar el acontecimiento dañoso al que se vio expuesto y olvidar o sobrellevar sus más importantes secuelas.

2.2. La obligación de reparar el daño

Es posible analizar el fenómeno de la reparación con fundamento en la consideración del daño como un hecho o acto ilícito civil, del cual, entre otros efectos jurídicos, habrá de surgir la obligación de reparar el daño causado (daño como hecho jurídico)¹, obligación y derecho correlativo que tendrán como acreedor al damnificado, como deudor al causante del daño y cuyo objeto se concretará en una prestación, consistente en reparar el perjuicio causado, la cual podrá ser de dar, hacer o, incluso, de no hacer, en algunos eventos excepcionales², dependiendo de la naturaleza del

1 DE CUPIS, ADRIANO, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, Imprenta Universitaria de Bogotá, 1996, págs. 82 y 836. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 3ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 79. ORDOQUI, GUSTAVO y OLIVERA, RICARDO, *Derecho extracontractual*, vol. II, Compendio de responsabilidad extracontractual, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1974, pág. 343.

2 Se manifiesta en contra de esta posibilidad MARIANO YZQUIERDO TOLSADA al criticar la mención que se realiza sobre las obligaciones de no hacer como forma de reparación en el artículo 112 del Código Penal español. YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2001, pág. 480. No obstante, consideramos, como adelante se precisará, que dentro de un concepto amplio de reparación *in natura* se pueden comprender

daño ocasionado a la víctima. En esta línea de pensamiento ENCARNA ROCA señala que, “[e]l principio elemental que preside la regulación de la responsabilidad extracontractual es el de que la víctima de un daño debe quedar indemne de las consecuencias que éste produce. Por tanto, de la producción del perjuicio nace una obligación jurídica de indemnizar. (...). A partir del momento en que esta obligación nace en el mundo del derecho, tendrá, como todas, un acreedor y un deudor: el acreedor es la víctima del daño, quien lo ha sufrido en su persona o en su patrimonio; el deudor es aquel que lo ha producido con su conducta o bien la persona que [por él] sea responsable...”³. El ordenamiento jurídico traslada la carga del daño del patrimonio del damnificado al patrimonio del dañador mediante la imposición de la reparación, imposición que limita la libertad de querer del causante del daño creando un vínculo jurídico que se concreta en el deber de resarcir, el cual, además, en caso de incumplimiento, podrá hacerse efectivo sobre el patrimonio del obligado.

Esta obligación, a cargo del causante del daño y en favor del damnificado, es, entonces, una obligación civil, principal, de objeto simple, de valor, pura y simple, que puede ser solidaria si los causantes del daño fueron varios sujetos de derecho, y que podrá ser positiva o negativa, de dar, hacer o no hacer, dependiendo de la clase de daño producido en el patrimonio o en la persona del damnificado y de la modalidad de reparación que para el caso sea aplicable.

Cabe destacar que una parte de la doctrina ve en la obligación surgida del hecho dañoso una doble función: por una parte, la que hemos mencionado anteriormente, encaminada a lograr la reparación del daño causado, y, por otra, la de sancionar la trasgresión del orden jurídico, toda vez que se considera que ante la ilicitud o injusticia del daño el ordenamiento reacciona imponiendo la reparación⁴. En ese sentido, se utiliza la expresión “sanción resarcitoria”, a través de la cual se tendería a volver

órdenes o instrucciones encaminadas a que cese una determinada actividad causante de daños, las cuales, en nuestra opinión se configurarían en el patrimonio del responsable como obligaciones de no hacer.

- 3 ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Derecho de daños, textos y materiales*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 171; DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, pág. 584.
- 4 MESSINEO, FRANCESCO, *Manual de derecho civil y comercial*, t. VI, Relaciones obligatorias singulares, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1955, págs. 502 y 503; SANTOS BRIZ, JAIME, *Derecho de daños*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 253 y sigs.; *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, t. I, 7ª edición, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1993, pág. 323; ORDOQUI, GUSTAVO; OLIVERA, RICARDO, *op. cit.*, pág. 343; MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por daños*, tomo I, *parte general*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, pág. 357 y sigs. SANTOS BALLESTEROS, JORGE, *Instituciones de responsabilidad civil*, t. I, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 1996, pág. 30 y sigs.

las cosas al estado anterior en cuanto ello fuere posible, “desmantelando la obra ilícita mediante el aniquilamiento de sus efectos pasados, presentes y futuros”⁵. Valga mencionar en este punto que otra tendencia cuestiona la existencia de una función punitiva o sancionatoria en la responsabilidad civil, en la que la obligación de reparar sea una sanción a quien ha violado el ordenamiento y ha ocasionado el daño, y señala que la antijuridicidad, más que referirse a la *conducta* del causante del perjuicio, se relaciona con la antijuridicidad o injusticia del *daño*, en cuanto que el que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo⁶.

Ahora bien, como debe ocurrir con toda relación jurídica obligatoria, el efecto propio de la obligación cuyo contenido es la reparación del daño es el cumplimiento del deber de prestación asumido, con lo cual se habrá de satisfacer al acreedor, liberar al deudor y, por ende, producir la extinción del vínculo. Asimismo, se debe señalar que, como en toda obligación, lo deseable sería que el afectado con el hecho ilícito obtuviera la reparación de manera espontánea y que el cumplimiento de lo debido fuera completo, caso en el cual la obligación del responsable se extinguiría por pago, o, en ocasiones, mediante un simple convenio extintivo e, incluso, a través de una transacción. Sin embargo, en buena parte de los casos es necesario recurrir al aparato jurisdiccional del Estado para efectos de que se declare la existencia de la obligación de reparar el daño y, dada su general “iliquidez”, se determine su cuantía y forma de pago⁷.

Finalmente, es importante precisar, siguiendo a HANS FISCHER, que a través de la responsabilidad civil, esto es de la imposición de la obligación de reparar a cargo del sujeto que ha causado un daño a otro, con cualquiera de las modalidades de reparación que se pretenda utilizar, no se puede eliminar de la realidad histórica el daño ya ocurrido, pues “no está en la mano del hombre descartar del mundo de la realidad hechos acaecidos. A lo sumo, se podrán detener sus efectos presentes y futuros, mediante ciertas providencias y precauciones, pero nunca borrar los ya ocurridos y realizados”⁸.

5 BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª edición ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, pág. 77.

6 Por todos, DIEZ-PICAZO, LUIS, *Derecho de daños*, reimpresión de la primera edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000, pág. 290 y sigs.

7 LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Principios de derecho civil, derecho de obligaciones*, t. 2, 1ª edición, Editorial Trivium, Madrid, 1993, pág. 385; ROCA TRÍAS, ENCARNA, *op. cit.*, págs. 176 y 177; ESTEVILL, LUIS PASCUAL, *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, t. II, vol. 2. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1990, pág. 666; DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, pág. 585.

8 FISCHER, HANS A., *Los daños civiles y su reparación*, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, pág. 132. En el mismo sentido, DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, pág. 580, quien cita la frase latina “*quod factum est, infectum fieri nequit*”.

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

3.1. El derecho romano

Previamente a referirnos al régimen de la reparación de daños en el derecho romano, debemos señalar que en los pueblos primitivos, con un desarrollo económico y cultural muy precario, si una persona causaba un daño a otra la consecuencia usual, antes que la reparación *in natura* o por equivalente, era, más bien, una retaliación referida a la misma especie de la afrenta recibida, toda vez que el concepto de reparación, como hoy lo conocemos, no existía la moneda estaba poco difundida y no existían mecanismos adecuados para realizar una valoración del daño tomando como referencia una determinada cantidad de signos monetarios⁹.

Al analizar la evolución del derecho en Roma¹⁰, podemos señalar que luego de una primera etapa en la que la venganza privada y el talió fueron la consecuencia más importante frente a los daños causados, se presentó a continuación un largo período en el que el menoscabo que una persona sufría injustamente en su persona o en sus bienes por la actuación de otra, tuvo como principal consecuencia la imposición de una pena, pues la conducta del dañador se consideró como un delito y como tal se sancionó. Debieron transcurrir muchos años para que ante tales hechos se planteara un concepto de resarcimiento o indemnización del daño causado y muchos más aún para que este concepto prevaleciera sobre la naturaleza punitiva de la reacción del ordenamiento, no obstante lo cual esta concepción no se abandonó de manera completa en el derecho romano¹¹.

En dicha concepción punitiva, causar daño a la persona o a los bienes importantes de otro, fue considerado como un hecho perteneciente a la categoría de los delitos privados, que eran aquellos actos ilícitos que lesionaban o afectaban a un particular, a su familia o a su patrimonio¹². Al presentarse un delito privado, el afectado podía iniciar una acción “penal”, que tenía como propósito que el juez condenara al autor

9 DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, pág. 823.

10 En particular sobre el tratamiento dado en el derecho romano a las consecuencias derivadas de los actos ilícitos, puede verse el artículo del autor de este estudio, denominado “Los actos ilícitos en el derecho romano”, publicado en la revista *Vniversitas* n° 107 (junio de 2004) de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, cuyos aspectos más relevantes seguiremos en los siguientes párrafos.

11 JÖRS, PAUL; KUNKEL, WOLFGANG, *Derecho privado romano*, traducción de la segunda edición alemana, Editorial Labor, Barcelona, 1965, pág. 242.

12 KASER, MAX, *Derecho romano privado*, traducción de la quinta edición alemana, Editorial Reus S.A., Madrid, 1982, pág. 224.

del hecho al pago de una suma de dinero, a manera de castigo, es decir, una *poena*, que beneficiaba directamente al afectado con el ilícito y cuyo propósito no era, en principio, lograr la indemnización del perjuicio que se hubiera ocasionado.

Dada la concepción que se ha mencionado anteriormente, se puede afirmar que en el derecho romano no existió, como principio general, el deber de reparar los daños causados injustamente¹³, sino que se plantearon, por la ley o por el *pretor*, casos particulares de daños, que estaban particularmente referidos a las lesiones o deterioros que pudieran afectar a los bienes fundamentales para las personas en aquel momento, y se establecieron para ellos sanciones de diversa entidad, consistentes, generalmente, en el pago de una suma de dinero. Aunque para la época del derecho justinianeo se aceptó el carácter resarcitorio de la condena, no se llegó a plantear un principio general sobre “responsabilidad civil” en los términos arriba señalados.

En el régimen del delito denominado *damnum iniuria datum*, establecido originalmente mediante la promulgación de *lex aquilia de damno*, pero conformado y delineado en su estructura, requisitos y consecuencias por la evolución que esta figura experimentó por la labor del *pretor* y por las opiniones de los juristas, es posible advertir que en el capítulo primero de dicha ley se estableció que el que hubiera matado (*occidere*) sin derecho o injustamente a un esclavo o esclava ajenos o a un animal cuadrúpedo de cualquier clase de ganado (*pecudem*), debía pagar a su dueño el valor más alto que el esclavo o el animal hubiera tenido en el año inmediatamente anterior al delito, mientras que en el capítulo tercero se sancionaban, de manera más general, las heridas causadas a un esclavo o a un animal o, incluso, según se interpretó posteriormente, los daños causados a una cosa inanimada, al quemarlas (*uere*), romperlas (*frangere*) o rasgarlas (*rumpere*), eventos éstos en los que el causante del daño debía pagar al damnificado el valor máximo que la cosa objeto del daño hubiera tenido durante los treinta días *proximi*, entendida esta expresión como los treinta días anteriores al hecho¹⁴.

Como se puede observar, los conceptos de reparación del daño o, particularmente, de reparación *in natura*, fueron extraños al sistema romano, en particular en esta

13 MAZEAUD, HENRI Y LÉON-TUNC, ANDRÉ, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. I, traducción de la quinta edición, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1963, pág. 39. LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Editorial Trivium, 1ª edición, Madrid, 1999, pág. 109.

14 GAYO, *Inst.* (3, 217 y 218). BRAVO BOSCH, MARÍA JOSÉ, “Algunas consideraciones en torno a la ley aquilia” en *Estudios de derecho privado en memoria de Benito María Reimundo Yanes*, t. I, 1ª edición, coordinador: ALFONSO MURILLO VILLAR, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2000, pág. 31.

etapa de su desarrollo, toda vez que la consecuencia del delito era la imposición de una *poena* pecuniaria, calculada, como ya se ha señalado, con base en el máximo valor objetivo que la cosa hubiera tenido dentro de ciertos períodos de tiempo, pues, según indica SCHULZ, en la interpretación clásica de la ley el valor que se debía tener en cuenta era el “que la cosa tuviere para todo posible dueño, no el que tuviese para el dueño actual”¹⁵.

En la primera época de su aplicación, la ley *aquilia* daba *manus iniectio* para que el damnificado cobrara la *poena* de manera inmediata. Para la época clásica, en vigencia del procedimiento formulario, fue necesario que se adelantara un juicio declarativo para determinar si el hecho había acaecido, si éste era atribuible causalmente a quien aparecía como su autor y, siendo ello así, para definir la condena que procediera en el caso particular¹⁶; si el demandado confesaba el hecho durante el procedimiento, era condenado al pago de la pena, *in simplum*, en los términos arriba indicados; si el demandado negaba los hechos (*infittians*) y el juez efectivamente verificaba su autoría en relación con los acontecimientos que se le imputaban, lo condenaba a pagar el doble del valor de la *poena* originalmente establecida. Como se puede deducir de esto, particularmente en los casos en que la pena se convertía en un múltiplo del valor de la cosa, la pena posiblemente servía para resarcir de manera plena e, incluso, excesiva al lesionado, aun cuando ésta no fuera su finalidad primaria. Se debe tener en cuenta, además, que de acuerdo con lo ya expresado, el valor que se debía tomar como referencia era el máximo en un determinado período de tiempo, que, por tanto, era superior, o, por lo menos, igual al que la cosa hubiera tenido en el momento del daño.

Ahora bien, si en tiempos antiguos el valor de la *poena* se determinaba con base en el simple valor objetivo de la cosa (*aestimatio rei*), a partir de la última jurisprudencia clásica se empezó a incluir en la estimación del daño no sólo el valor objetivo o intrínseco de la cosa sino también el valor de los beneficios que se hubieran truncado por el acontecimiento dañoso¹⁷. CASTRESANA, indica que, entonces, “la *aestimatio rei* pasa a integrar a partir de ahora dos variables: una, el valor comercial

15 SCHULZ, FRITZ, *Derecho romano clásico*, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1960, pág. 563. Al respecto, D. 7.6.2 y D. 9.2.33. Señala LLAMAS POMBO que ese valor objetivo hacía referencia a un criterio de valor de mercado del bien lesionado. LLAMAS POMBO, EUGENIO, “Cumplimiento por equivalente...”, pág. 115.

16 FERNÁNDEZ BARREIRO, ALEJANDRINO; PARICIO, JAVIER, *Fundamentos de derecho privado romano*, 3ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres S.A., Madrid, 1997, pág. 442.

17 D. 9.2.21 y sigs. KASER, MAX, *op. cit.*, pág. 231. D’ORS, ÁLVARO. *Derecho privado romano*, 3ª edición, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1977, pág. 420. CASTRESANA, AMELIA, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, 1ª edición, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, pág. 35 y sigs. La autora atribuye la paternidad de este proceso a juristas como NERACIO, JAVOLENO y JULIANO.

del bien destruido o deteriorado, otra, la valoración de la singular posición del *dominus* respecto de ese mismo bien”¹⁸.

Se observa, entonces, una evolución del pensamiento jurídico que, partiendo del reconocimiento del simple valor objetivo de la cosa, la analiza ahora de una manera dinámica, es decir, con la potencialidad de tener variados vínculos y de generar beneficios ciertos; por otra parte, en esta época el carácter penal de la *actio legis aquiliae* comienza a ceder frente al elemento *rei persecutorio* que adelante se le reconocerá. Y a continuación, “va a ser la jurisprudencia clásica posterior a SALVIO JULIANO, la que considere la *utilitas domini* como criterio determinante de la *summa condemnationis*, y esto, en opinión de VALDITARA, aproxima la *aestimatio rei* a una *aestimatio damni* cuyo cálculo remite al criterio del *id quod interest*”¹⁹. Se cita a este respecto un pasaje de ULPIANO en el *Digesto*, en el que habría quedado consagrado formalmente el criterio del *id quod interest*, en el cual, a propósito de la muerte de un esclavo, se señala lo siguiente: “Pero ¿estimamos acaso su cuerpo sólo, en cuanto valiere cuando fuere muerto, o más bien en cuanto nos importó que no hubiese sido matado? Y usamos de este derecho, que se haga la estimación de lo que importa”²⁰.

Por último, cabe precisar que esta evolución se consolida totalmente en la época posclásica, pues “a lo largo del siglo IV d.C., en las escuelas de derecho se van a formular los principios fundamentales sobre el valor objetivo del bien y el interés a propósito de la *aestimatio damni* en la responsabilidad aquiliana. Son los posclásicos los que desarrollan un nuevo dogma que hace suyo JUSTINIANO: la indemnización de daños atiende a intereses individuales de los sujetos que estaban en el disfrute de la cosa destruida o deteriorada, y semejante consideración se encuadra en la fórmula del *id quod interest*”²¹.

Este proceso contribuirá a profundizar la transformación de la *actio legis aquiliae* de una acción penal a una acción *rei persecutoria*. Como se puede observar, en el derecho romano no se alcanza a plantear la reparación *in natura* como una

18 CASTRESANA, AMELIA, *op. cit.*, pág. 36.

19 CASTRESANA, AMELIA, *op. cit.*, pág. 37. LLAMAS POMBO, EUGENIO, “De la *perpetuatio obligationis* a la autonomía del equivalente pecuniario”, en *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, vol. II, coordinadores de los estudios: JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ, PELAYO DE LA ROSA DÍAZ y ARMANDO TORRENT RUIZ. SALAMANCA, 2002, pág. 663. JÖRS, PAUL; KUNKEL, WOLFGANG, *op. cit.*, pág. 366.

20 D. 9.2.21.2. LLAMAS POMBO, EUGENIO, “*Cumplimiento por equivalente...*”, pág. 115.

21 CASTRESANA, AMELIA, *op. cit.*, pág. 38.

alternativa de reparación de los daños de fuente extracontractual, sino que ello ocurrirá en una etapa posterior del pensamiento jurídico, como adelante lo precisaremos.

Por otra parte, es conveniente mencionar que la responsabilidad contractual también experimentó una interesante evolución en cuanto a los criterios para determinar las consecuencias del incumplimiento, con variados puntos de contacto en relación con el proceso que anteriormente se ha expuesto en relación con el *damnum iniuria datum*. En el derecho clásico todo el sistema de responsabilidad contractual estaba condicionado por las características del procedimiento formulario, según el cual toda condena a realizar una prestación debía ser expresada en una suma de dinero (*condemnatio pecuniaria*)²². Este principio se originó posiblemente en el antecedente histórico de la composición, es decir en el pago de una suma de dinero para que el reo se liberara de la ejecución personal. Todas las acciones, aunque en principio la prestación no tuviera carácter dinerario, quedaban al final expresadas en una suma de dinero, no sólo cuando la prestación original resultaba imposible de cumplir *in natura* sino también cuando el acreedor expresaba su preferencia por la prestación pecuniaria.

Ahora bien, para determinar la cuantía en que habría de consistir la condena, la estimación que hacía el juez (*litis aestimatio*) dependía de la naturaleza de la respectiva acción: en las acciones con una *intentio certa*, que eran aquéllas en las que se pedía una cantidad de dinero precisa y determinada (*certae pecuniae*) el juez no debía condenar por una suma superior ni por una suma inferior a dicha cantidad (GAYO: *Inst.* 4, 52). Si lo adeudado era una cosa cierta, se debía señalar el valor comercial que la misma tuviere para cualquier persona, valor éste que podía ser el del momento de la *litis aestimatio* (para las fórmulas con cláusula *quanti ea res est*) o el del momento de la sentencia (para las fórmulas con cláusula *quanti ea res erit*)²³. Es decir, la condena se debía proferir por el valor real de la prestación adeudada. Ahora bien, si la acción tenía una *intentio incerta*, era necesario tener en cuenta el interés del acreedor en la efectividad de la prestación (*id quod eius interest*), lo que podría comprender no sólo el valor de la cosa, sino también los gastos que el incumplimiento hubiera ocasionado o, incluso, las ganancias dejadas de percibir. CAMACHO DE LOS RÍOS señala que en caso de comportamiento doloso del autor del daño se podía exigir la máxima indemnización²⁴.

22 GAYO, *Inst.*, 4,48. LLAMAS POMBO, EUGENIO, “Cumplimiento por equivalente...”, pág. 112.

23 KASER. MAX, *op. cit.*, pág. 163. LLAMAS POMBO, EUGENIO, “Cumplimiento por equivalente...”, pág. 115.

24 CAMACHO DE LOS RÍOS, F., “Límites en la reparación del daño” en *La responsabilidad civil. De Roma al derecho moderno*, Asociación Internacional de Derecho Romano, cuarto congreso internacional y séptimo congreso iberoamericano de derecho romano, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2001, págs. 119 y 120.

La evolución del derecho romano continuó y el antiguo procedimiento formulario dejó de tener vigencia. Respecto de la siguiente etapa, señala KASER que “en el procedimiento cognitorio no rige ya el principio de la *condemnatio pecuniaria*. La condena puede imponer prestaciones que no consistan en dinero y hacerse efectivas éstas, inmediatamente, por el procedimiento ejecutivo. La devaluación del dinero en la época posclásica, determinó que se impusiesen prestaciones naturales, alternativamente junto con la prestación en dinero o en lugar de ésta”²⁵.

Para la época del emperador JUSTINIANO ya se introdujo plenamente la posibilidad de la ejecución *in natura* de la obligación de entregar y se estableció que ello podía realizarse con el empleo de la fuerza (*manu militari, officio iudicis*)²⁶. Por otra parte y teniendo en cuenta el emperador los conflictos que se habían presentado respecto de la medida del interés del acreedor (“Como se han llevado hasta el infinito las antiguas dudas respecto a los intereses...” C. 7.47.1), se estableció que para los casos en que la cantidad o la cosa fueran ciertas, como en las ventas o los arrendamientos o, en general, en los contratos, el interés no podía exceder del doble del valor de la prestación, mientras que para los casos en que la prestación fuera incierta, el criterio del juez se debía extremar “para que se restituya el daño que en realidad se infiere” (ib.), de manera que no ocurriera que por llevar a extremos la estimación del daño este fuera imposible de ejecutar. Respecto de esta *Decisio* de JUSTINIANO, señala CAMACHO DE LOS RÍOS que entre los romanistas se discute si dicha determinación se refería exclusivamente al tema contractual o si abarcaba también los daños de fuente extracontractual. El autor se inclina por la primera posición²⁷.

3.2. El derecho común

Según señala DÍEZ-PICAZO, en la evolución que se presenta después del derecho romano y que conduce al derecho de las codificaciones del siglo XIX, uno de los aspectos centrales es la superación del carácter punitivo de la reacción jurídica frente a los daños, para pasar a convertir la acción derivada de la *lex aquilia* en una acción indemnizatoria o resarcitoria²⁸. Para estos efectos, los juristas del derecho

25 KASER, MAX, *op. cit.*, págs. 162 y 163.

26 HINESTROSA, FERNANDO, *Tratado de las obligaciones*, t. I, Concepto, estructura, vicisitudes, 1ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pág. 66.

27 CAMACHO DE LOS RÍOS, FERMIN, *op. cit.*, págs. 144 y sigs.

28 DÍEZ-PICAZO, LUIS, *op. cit.*, pág. 72 y sigs. Aunque se advierte que, en un principio, dicha superación se llevó a cabo tímidamente, pues, por ejemplo, se da cuenta del planteamiento de ODOFREDO, según el cual, siguiendo el procedimiento escolástico, se debería distinguir entre acciones *poenalem* y acciones *poenabilem*, estas últimas cuyo carácter penal sólo sería eventual si se ejecutaba con ese carácter, caso de la acción derivada de la ley *Aquilia*. PEIRANO FACIO, JORGE, *Responsabilidad extracontractual*. Reimpresión de la segunda edición. Editorial Temis, Bogotá, 2004, págs. 117 y 118.

común destacan el carácter preponderantemente *rei persecutorio* que tuvo la *actio legis aquiliae* en la etapa final de la evolución del derecho romano, e incluso la ubicación de la acción en el *Digesto* a propósito de los contratos, en contra de lo que ocurría con las *Institutas*, que la situaban en el aparte correspondiente a los delitos. En fin, en el derecho común se va agotando progresivamente el carácter penal de la acción e, incluso, ya se precisa que de un hecho ilícito se pueden generar dos consecuencias diversas: por una parte, la pena, y por otra, el resarcimiento, al cual se reservaría la aplicación de los desarrollos conceptuales obtenidos del análisis y aplicación de la ley *aquilia* por los juristas romanos.

Igualmente, de las soluciones casuísticas del derecho romano se procurará en esta etapa encontrar un planteamiento más general, según el cual la *actio legis aquiliae* debería convertirse en una acción general de resarcimiento de daños, lo cual ya se empieza a esbozar en los planteamientos de BARTOLO y de BALDO, para quienes la acción tendría un alcance de tipo general como *actio in factum*²⁹. Sin embargo, la aspiración de encontrar un principio general para la reparación de los daños causados sólo será satisfecha algunos años más tarde. Asimismo, a pesar de estimar adecuada la generalización de la figura, en el derecho común se mantiene el régimen romano de la enumeración casuística de eventos constitutivos de daño, aunque se amplía el catálogo de conductas que ahora se pueden entender comprendidas dentro del supuesto de la acción derivada de la ley *aquilia*.

Respecto de las consecuencias que se derivaban de la generación de daños, es importante tener en cuenta que dentro de las diversas influencias que contribuyeron a la formación del derecho común se destaca el aporte del derecho canónico, el cual, con el principio de *peccatum non dimittitur nisi restituatur oblatum*, aplicable en principio al hurto y por virtud del cual sólo en caso de que el ladrón no pudiera restituir la cosa sustraída le era exigible la *aestimatio rei*, influye decisivamente en el concepto de reparación que se tuvo en el derecho común, alejado de la idea de *poena*, imperante en el derecho romano. “Lo fundamental de la acción *aquilia* (*sic*) es ahora poner las cosas en el estado en que se encontraban antes del daño, haciendo desaparecer en lo posible los efectos de éste. Por eso dice BUSSI que la prestación de la suma de dinero tiene, en la doctrina del resarcimiento del daño, un carácter secundario respecto de la prestación que posee por contenido el *restituere*: porque éste es el fin principal al que (ordinariamente) tiende el acreedor, y el fin que *objetivamente* el ordenamiento jurídico quiere que sea logrado”³⁰.

29 DÍEZ-PICAZO, LUIS, *op. cit.*, pág. 73.

30 PEIRANO FACIO, JORGE, *op. cit.*, pág. 118.

Señala también PEIRANO que en los planteamientos de santo TOMÁS y de san GREGORIO MAGNO está presente el concepto de *restitución* como medio a través del cual se restablece el equilibrio perdido con el hurto o con el daño, con fundamento, además, en la reprobación de cualquier pretensión de que existiera algún tipo de lucro o de ganancia, adicional al simple restablecimiento del equilibrio patrimonial perdido³¹.

3.3. La escuela del derecho natural

Como se sabe, es la escuela del derecho natural, particularmente con los planteamientos de HUGO GROCIO, la que le da a la responsabilidad civil la estructura y el fundamento que va a quedar posteriormente plasmado en las codificaciones. En dicha escuela se plantea el principio según el cual el hecho ilícito genera la obligación de reparar el daño causado (obligaciones *ex maleficio*, surgidas de los actos culposos)³².

Con fundamento en este planteamiento, DOMAT, al establecer las clases de “culpa” de las que se puede generar un daño, reservó la tercera clase, esto es, “la culpa por negligencia o imprudencia” a los que hoy conocemos como actos o hechos ilícitos, para incluir en tal categoría, de manera general, a los todos los daños causados por culpa, los cuales deberían generar una obligación en cabeza del causante del daño consistente en indemnizar el perjuicio ocasionado. DOMAT afirmaba ya en el siglo XVII que, “[t]odas las pérdidas y todos los daños que pueden ocurrir por el hecho de alguna persona, sea imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que debe hacerse, u otras culpas semejantes, por leves que puedan ser, deben ser reparadas por aquel que ha dado lugar a la imprudencia u otra culpa;...”³³. Por otra parte, es importante señalar que también fue DOMAT quien, en relación con el incumplimiento de obligaciones de fuente contractual, afirmó que el deudor estaba obligado primariamente a cumplir con la prestación debida y sólo secundariamente a la indemnización de los perjuicios generados por el incumplimiento³⁴.

POTHIER será el encargado de depurar y afinar los planteamientos de DOMAT, no obstante lo cual, al conservar la terminología del derecho romano, particularmente en el manejo de las fuentes de las obligaciones, indujo a algunos a creer que su

31 *Ibidem*, págs. 120 y 121.

32 Díez-PICAZO, LUIS, *op. cit.*, pág. 76. PEIRANO FACIO, JORGE, *op. cit.*, pág. 124.

33 DOMAT, JEAN. «*Les Loix civiles dans leur ordre naturel*», citado por MAZEAUD, H. y L.; TUNC, A., *op. cit.*, t. I, vol. I, pág. 52. PEIRANO FACIO, JORGE, *op. cit.*, pág. 127.

34 LLAMAS POMBO, EUGENIO, “*Cumplimiento por equivalente...*”, pág. 217.

pensamiento correspondía a las categorías del antiguo derecho de los pretores, particularmente al señalar que las obligaciones se originaban, entre otras fuentes, de los hechos ilícitos que denominó con las antiguas expresiones de *delito* y *cuasidelito*, según si la conducta del agente hubiera estado presidida por el dolo o por la culpa, respectivamente. Por otra parte, POTHIER ratificó la viabilidad de la ejecución forzosa de las obligaciones, cuando éstas tuvieran por objeto dar una cosa, pero expresó reservas respecto de que ello fuera posible en relación con las obligaciones de hacer y de no hacer, dada la imposibilidad de constreñir a la persona del deudor en su libertad, razón por la cual el incumplimiento de tales obligaciones debería conducir necesariamente a la indemnización de daños y perjuicios³⁵.

3.4. Las codificaciones

La evolución, en cuanto al establecimiento de un principio general de resarcimiento de daños, culminará con el Código Civil francés, el cual, en su artículo 1382, alude a que, “todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquél por culpa del cual ha sucedido”, ello claro está, en el contexto de tal legislación, en el que el elemento culpabilidad, adicionado a los restantes requisitos estructurales de la responsabilidad civil, deberá estar presente, por regla general. Por otra parte, el *Code* consagra ampliamente la posibilidad de la ejecución *in natura* de la obligación incumplida. Precepto similar al artículo 1382 se consagra en el Código Civil español: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado” (art. 1902), y en la mayoría de códigos civiles latinoamericanos expedidos en el siglo XIX.

Como se puede observar, en la evolución que se relata hasta este momento histórico, e independientemente del desarrollo que se tuvo en el derecho romano, no se advierte un análisis y un debate profundos sobre los modos de reparar el perjuicio causado, salvo las menciones arriba reseñadas respecto de los planteamientos que se realizaron en el entorno del derecho canónico e influyeron en algunos postulados del derecho común. Tal vez por dicha razón, ni en el Código Civil francés ni en los ordenamientos que lo tomaron como modelo se encuentra disposición alguna que establezca un principio o una orientación al juzgador sobre la forma o el modo de reparar los perjuicios causados.

35 LLAMAS POMBO, EUGENIO, “Cumplimiento por equivalente...”, pág. 217.

3.5. El derecho germánico

Contrario sí lo sucedido con el ordenamiento francés y sus derivados, el derecho germánico sí tuvo una interesante evolución en relación con la reparación *in natura* de los daños causados. Señala HANS A. FISCHER al respecto que en los derechos germánicos se encuentran numerosos precedentes sobre reparación de los daños pero que no es posible generalizar para efectos de encontrar en ellos un principio³⁶. Seguidamente, indica que en épocas antiguas el criterio preponderante fue el de la reparación *in natura*, debido posiblemente a la escasez de dinero y a la dificultad para evaluar los daños, razón por la cual en presencia de daños a las cosas se debía proceder a restituir elementos equivalentes con base en el criterio de fungibilidad. “Sólo se acude a la indemnización en dinero cuando la reparación natural no sea factible, cuando se destruya o deteriore un objeto que el derecho de la época no considere fungible (muerte de un esclavo: *l. Fris. IV. 1*) o cuando su restauración sea imposible o muy difícil para el obligado a indemnizar”³⁷.

Los códigos germánicos anteriores al *Bürgerliches Gesetz Buch* —BGB— (por ejemplo, el Código de Prusia) mantuvieron el principio de la reparación *in natura*, ordenando que al presentarse un daño, se deberían restaurar las cosas al estado anterior al hecho, en cuanto ello fuera posible. No obstante, hechos que en estricto rigor no eran constitutivos de imposibilidad fueron tratados como tales, dando un mayor alcance a la indemnización en dinero como consecuencia de ello, la doctrina y la jurisprudencia anteriores al Código Civil de 1900 establecieron un criterio general según el cual la regla básica debía ser la indemnización en dinero, salvo que por equidad, teniendo en cuenta la situación del perjudicado, se considerara adecuado que éste reclamara la reparación *in natura*. Finalmente, y luego de un importante debate durante el proceso de redacción, el Código Civil alemán de 1900 consagró el principio de la reparación *in natura*, toda vez que el §249 señala que, “[e]l que está obligado al resarcimiento de daños, ha de restablecer el estado que existiría, si no hubiera tenido lugar la circunstancia que obliga al resarcimiento...”.

No obstante, en §250 y §251 se consagraron eventos en los cuales la indemnización deberá ser cancelada en dinero, como, por ejemplo, cuando la restauración no se dé en el plazo establecido o cuando ésta no sea posible, no sea suficiente para el damnificado, o implique gastos desproporcionados para el obligado a prestarla.

36 FISCHER, HANS A., *op. cit.*, pág. 136.

37 FISCHER, HANS A., *op. cit.*, pág. 137.

4. MODOS O FORMAS DE REPARACIÓN

Como señalan MAZEAUD - TUNC, una vez se ha establecido la existencia de la obligación de reparar en cabeza del demandado y el consiguiente derecho en el damnificado demandante, al juez se le ofrecen dos alternativas de actuación: “[o] bien dispondrá la reposición de las cosas en el estado anterior; adoptará las medidas propias para colocar al demandante en la misma situación que si el demandado no hubiera incurrido en culpa. Del acto ilícito no quedará sino el recuerdo; sus efectos se borrarán; el daño desaparecerá realmente. Es la reparación en especie. O bien el juez no tratará de borrar el daño sufrido por la víctima pero se esforzará en compensarlo; tomará las medidas destinadas a procurarle a la víctima una ventaja que sea el equivalente del perjuicio padecido; condenará, por ejemplo, al responsable a abonarle una cierta suma de dinero a la víctima, por daños y perjuicios. El perjuicio no desaparecerá; pero quedará compensado. Es la reparación mediante equivalente”³⁸.

No obstante la generalidad del planteamiento antes transcrito, es importante tener presente que así como existe una importante variedad de tipos de daño puede existir igualmente una amplia variedad en las formas de repararlos, que pueden ir desde tratar de situar al damnificado en el estado en que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera ocurrido hasta obtener la orden para que cese una conducta que afecta de manera actual o potencial al que efectúa la respectiva reclamación³⁹.

En todo caso, debemos señalar desde ahora que, en nuestra opinión, el propósito primario de la reparación debe ser colocar a la víctima en una situación similar a la que tendría si el hecho dañoso no se hubiera presentado, para lo cual, si fuere posible, se deberá restablecer el equilibrio patrimonial perdido o se deberán dictar las medidas encaminadas a restaurar la situación personal afectada o el componente espiritual lesionado. Es importante precisar que el propósito de la reparación deberá ser acercarse “a la situación que, según los cálculos de la experiencia humana y las reglas de lo probable, existiría de no haber acontecido el daño”⁴⁰ y no simplemente “volver las cosas al estado anterior”, como en muchos textos repite la doctrina, toda vez que con este enfoque simplista se perdería de vista, v.gr., todo aquello que

38 MAZEAUD, HENRI Y LÉON-TUNC, ANDRÉ, *op. cit.*, t. tercero, vol. I, pág. 480. En el mismo sentido, la generalidad de los autores consultados.

39 DE CUPIS, A., *op. cit.*, pág. 588.

40 FISCHER, HANS A., *op. cit.* pág. 132.

el damnificado hubiera podido desarrollar administrando su patrimonio con posterioridad al daño, claro está dentro de una sucesión normal u ordinaria de acontecimientos. Si el propósito antes mencionado no es posible, o no es de interés para el perjudicado, o resulta extremadamente oneroso para el causante del daño cumplir su obligación en esta forma, se debe admitir la posibilidad de que la reparación se realice mediante el equivalente pecuniario, toda vez que el dinero, por una parte, es la medida común del valor de los elementos que componen el patrimonio de todos los sujetos, y, por otra, es un medio para que las personas satisfagan necesidades o colmen aspiraciones, que, de alguna forma, les puedan otorgar compensaciones o satisfacciones sustitutivas en relación con el activo patrimonial, e incluso, moral, afectado con el evento dañoso.

Finalmente, es menester señalar que las dos formas o modos de reparación que hemos mencionados no son excluyentes pues es posible que se presenten daños en los cuales deban actuar de manera concurrente. Señala ENCARNA ROCA que, por ejemplo, “[e]n materia de daños causados por inmisiones industriales, la forma de reparación es generalmente doble: por un lado, se condena al demandado a reparar los daños producidos con este tipo de actividades, pero, además, se admite que el perjudicado pueda instar la cesación de la actividad lesiva mediante la realización de las obras que sean necesarias para ello”⁴¹.

5. PRINCIPALES MODOS O FORMAS DE REPARACIÓN

5.1. La reparación *in natura*

Como ya se ha señalado, la reparación *in natura* consiste en acercar al damnificado a la situación en la que se encontraría si no hubiera existido el evento dañoso. Hemos dicho también que esta forma de reparación tiene su campo de aplicación más frecuente en los daños patrimoniales, aunque no se excluye por completo de los extrapatrimoniales. Se indica que la reparación *in natura* o en especie es la forma primaria de reparar el daño causado, la forma más perfecta⁴², “la forma

41 ROCA TRÍAS, ENCARNA, *op. cit.*, pág. 182. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pág. 344 y LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *op. cit.*, pág. 386.

42 FLOUR, J.; AUBERT, J.L., *Droit civil. Les obligations*, t. II, num. 817, citados por TAMAYO JARAMILLO, JAVIER, *De la responsabilidad civil*, t. IV, 1ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1999, pág. 260.

genuina de reparación”⁴³, dado que con ella se procura obtener el equilibrio perdido en el patrimonio del damnificado, realizando una recomposición *material* en el activo del mismo, según la apreciación de DE CUPIS⁴⁴.

Es importante reiterar que la reparación *in natura* implica restaurar la situación de la víctima a la que tendría de no haber existido el hecho dañoso. Como se puede observar, la restauración no se realiza a la situación que se *tenía* en un momento y lugar dados, sino a la que se *tendría* de no haberse presentado el daño, con lo cual, como ya señalamos, la reparación se deberá realizar identificando un estado de cosas hipotético, el que existiría si el daño no hubiera acaecido, luego de lo cual se deberá ordenar que se ejecuten las acciones necesarias para crear esa situación ideal. Por lo anterior, es claro que la reparación *in natura* no se concreta simplemente en cumplir una obligación de dar, entregando o transfiriendo bienes, sino que se concreta, en realidad, en un *facere* que, “no consiste meramente en el deber de eliminar ciertos obstáculos, sino que tiene un contenido positivo, puesto que obliga a crear un estado de cosas que de momento no existe”⁴⁵.

Para estos efectos, el concepto de reparación debe partir de una noción “dinámica” de patrimonio, con el fin de que la restauración de la situación del damnificado tome en cuenta las circunstancias del caso particular y no se termine realizando una simple sustitución “estática” de activos. Por ello, es claro que la reparación, adicionalmente a colocar al damnificado en la situación que tenía al presentarse el hecho dañoso, deberá compensarle los otros perjuicios que se le hayan ocasionado. Para realizar esta labor se podría acudir al expediente utilizado por la doctrina alemana (FISCHER) de distinguir entre restitución *material* y restitución *económica*, que seguidamente precisaremos, o, simplemente, reconocer la limitación de la reparación *in natura*, en su noción más sencilla, para compensar de manera completa este tipo de daños adicionales, ante lo cual ella deberá ser complementada con la indemnización de perjuicios a que haya lugar, como ocurriría, por ejemplo, con la necesidad de indemnizar el lucro cesante derivado de la imposibilidad de utilizar un bien que ha sido restituido en especie después de largo tiempo.

Como antes señalábamos, para dar un tratamiento adecuado a eventos como los que se han mencionado, en el derecho alemán, que, como sabemos, es el ordenamiento ejemplar en materia de reparación *in natura*, se distingue entre restauración *material*, referida a la situación puramente material del damnificado,

43 REGLERO CAMPOS, LUIS FERNANDO y otros, *Tratado de responsabilidad civil*, capítulo destinado al estudio del daño, a cargo de ELENA VICENTE DOMINGO, vol. I, Parte general, Elcano (Navarra), 2002, pág. 260.

44 DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, págs. 811 y sigs.

45 FISCHER, HANS A., *op. cit.*, pág. 141.

y restauración *económica*, que no se debe confundir con indemnización en dinero, y que consiste en lograr la indemnidad económica de la víctima del hecho ilícito, contemplando en la reparación, además de lo material, las consecuencias posteriores del hecho dañoso. Ante las dificultades que surgen para lograr la plena restauración tomando sólo lo material del daño, señala FISCHER que la doctrina alemana ha establecido que el fin de la reparación es “garantizar al perjudicado la misma situación económica que ocuparía sin el acontecimiento dañoso”⁴⁶.

Con base en ello, admite que si la restauración material de la situación de la víctima del daño es insuficiente habrá que acudir a “rehabilitar económicamente al que lo sufre”, sin que esto implique, según el citado doctrinante, acudir a la indemnización en dinero. Resulta interesante esta distinción, toda vez que, como hemos señalado, la simple restauración *material* a la situación en que se encontraría el perjudicado si el daño no se hubiera causado, puede no cubrir los efectos del daño comprendidos entre el acontecimiento dañoso y la reparación, los cuales, en opinión de parte de la doctrina, sólo se podrían reparar a través de una indemnización de perjuicios adicional⁴⁷, lo que, para el caso y visto de manera integral, a nosotros no nos parece muy diferente del concepto de *restauración económica* que pregona FISCHER. De esta manera, utilizando una u otra fundamentación teórica, se estará reparando a la víctima el *interés* que ella tenía en las cosas perdidas o deterioradas, y no sólo lo que ellas le representaban material u objetivamente.

Pues bien, precisado lo anterior, ha de tenerse en cuenta que la pertinencia de la reparación *in natura* dependerá, como parece obvio, de la clase de daño inferido a la víctima y de la posibilidad de retrotraer o de recomponer, casi en el mundo de lo físico, los efectos del daño. En principio, los daños de tipo extrapatrimonial no son susceptibles de ser resarcidos a través de la reparación *in natura*. El campo en el que esta clase de reparación tiene una mayor aplicación es en el de los daños patrimoniales, y, particularmente, en el de los daños patrimoniales directos, pues en el caso de los daños patrimoniales indirectos es imposible reponer *in natura* el interés extrapatrimonial del damnificado que se reflejó en unas determinadas consecuencias desfavorables en el terreno patrimonial⁴⁸.

Por otra parte, es menester señalar que la forma de reparación que estamos analizando recibe diversas denominaciones por las diferentes legislaciones y cada

46 FISCHER, HANS A., *op. cit.*, pág. 143.

47 DE CUPIS, A., *op. cit.*, pág. 831 y sigs.

48 ZANNONI, EDUARDO A., *El daño en la responsabilidad civil*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, pág. 184. Sobre este tema también GHERSI, CARLOS A., *Modernos conceptos de responsabilidad civil*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1995, pág. 33 y sigs.

autor la califica de conformidad con su particular manera de apreciar las cosas. En este sentido, debemos precisar que cuando nos referimos a la reparación *in natura*, estamos tratando de la misma figura que en la corriente francesa se denomina como *reparación en especie*, o la que para el Código Civil italiano se conoce como *reintegración en forma específica*, o, en fin, lo que alguna doctrina, mezclando las dos denominaciones anteriormente mencionadas, llama *reparación en forma específica*, terminología ésta que ha sido adoptada recientemente en los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil elaborados por el European Group on Tort Law.

Como veremos más adelante la reparación *in natura* admite variedad de mecanismos, como restituir o reponer un bien perdido, deshacer una acción realizada indebidamente, retirar de la circulación los ejemplares de una publicación que afecte la honra de una persona, etc.⁴⁹. Precisamos desde ahora que una de las formas particulares de llevar a cabo la reparación *in natura* es la *restitución* de cosas o bienes, particularmente cuando éstos se han perdido y se encuentran en poder de terceros. Es decir, entendemos que la reparación es un término genérico y que la restitución es una de las formas de reparar *in natura*.

Para lograr la reparación del daño se debe remover la causa que lo ha generado y, luego de que ello ocurra, se procurará realizar las actividades necesarias para que el sujeto afectado con el hecho dañoso quede en una situación similar a la que tendría si el hecho no se hubiere realizado⁵⁰. De igual forma, para que pueda proceder la reparación *in natura* se debe partir del reconocimiento al juez del poder para dar órdenes, toda vez que esta forma de reparación, en muchas ocasiones, deberá impedir que un hecho continúe ocurriendo o deberá imponer la destrucción de obras realizadas, o, en fin, ordenar que se detenga determinada actividad lesiva.

Una de las ventajas que se atribuye a la reparación *in natura* es que con ella el damnificado no sufrirá los efectos adversos de la depreciación de la moneda, pues

49 DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, *op. cit.*, pág. 907. No obstante la amplitud del concepto y la diversidad de actividades que se podrían considerar como reparación *in natura*, no compartimos la opinión de DE CUPIS, quien sostiene que dentro de un concepto amplio de “reintegración en forma específica” se podrían incluir formas de “reintegración jurídica”, tales como los remedios jurídicos que tienen funciones restitutorias respecto de los negocios jurídicos cuando ellos se ven afectados por determinadas circunstancias, como sería el caso de las acciones judiciales encaminadas a obtener la nulidad, la rescisión, la resolución o la revocación de los contratos. El mismo DE CUPIS cita la opinión contraria de SCOGNAMIGLIO, para quien los eventos reseñados no se podrían considerar como “reintegración”, pues prescinden de la violación del derecho y del daño, elementos éstos estructurales para que opere el concepto de reparación. DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, págs. 815 a 818.

50 Se identifican con esta secuencia tratadistas como RICARDO DE ÁNGEL, JOSÉ LUIS CONCEPCIÓN, PABLO RODRÍGUEZ GREZ y ENCARNA ROCA, entre otros.

será el autor del daño el que deba adquirir con sus recursos los bienes o elementos que se requieran para efectuar la reparación, corriendo, por tanto, con el “riesgo” de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda⁵¹. Estando identificados con el planteamiento, ello no quiere decir que consideremos que la reparación por equivalente o indemnización sí se pueda ver afectada por los efectos adversos de la depreciación monetaria, pues, como arriba señalamos, la obligación de reparar los daños causados, particularmente la que para su atención definitiva implica acudir a un pago en dinero, debe ser considerada como una obligación *de valor*, con lo cual el acreedor de la misma, incluso cuando se trate de reparación por equivalente, estará protegido frente a las fluctuaciones monetarias⁵².

Señalemos, finalmente, que es posible que la reparación *in natura* conduzca a colocar a la víctima en una situación más favorable que la que tendría si el hecho no hubiera ocurrido. Ello se presentará en aquellos eventos en los que, v.gr., sea necesario reemplazar un bien usado o con cierto deterioro por una cosa nueva y sin ningún uso. Se pregunta si en estos casos debe proceder la reparación *in natura*, y, en caso afirmativo, en qué términos. En nuestra opinión, en tales casos el principio general deberá ser la procedencia de la reparación *in natura*, pero por razones de equidad se deberá buscar que el obligado a reparar sea compensado por el mayor valor que tiene el objeto nuevo frente al que se perdió o destruyó, para así también evitar un enriquecimiento de la víctima. Señala al respecto YZQUIERDO TOLSADA que puede “suceder que la reparación suponga una mejora del objeto dañado (usado) en relación con el estado en que se encontraba, en cuyo caso deberá moderarse la suma a fin de no enriquecer injustamente al acreedor del resarcimiento. Y si la cosa usada no tiene equivalente en el mercado, habrá de entregarse un cosa nueva, pero como la que se dañó fue una usada, la diferencia de valor habrá de ponerse a cargo del perjudicado, con lo que, de no convenirle, habrá de conformarse con un resarcimiento en forma de indemnización, calculada ésta conforme al valor que la cosa usada tenía”⁵³.

51 MESSINEO, FRANCESCO, *op. cit.* t. VI, pág. 564.

52 ROCA TRÍAS, ENCARNA, *op. cit.*, págs. 172 y 173. SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal*, t. I, pág. 387 y sigs.

53 YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *op. cit.*, pág. 478. En el mismo sentido LUNA YERGA, ÁLVARO y otros, *Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español*, Revista electrónica Indret 2/2002 (www.indret.es), pág. 6.

5.2. La reparación por equivalente

Esta forma de reparación, que también se denomina *indemnización* y que otros llaman *resarcimiento*⁵⁴, no tiene como propósito primario el que la situación del damnificado, desde el punto de vista material, sea similar a la que tendría si el hecho dañoso no se hubiera presentado, sino que tiende a que se compense o resarza el menoscabo patrimonial sufrido por el damnificado, a través de la entrega de una suma de dinero que se considera equivalente al detrimento que éste ha sufrido, con lo cual, desde el punto de vista del *valor* del interés que el sujeto tenía en ese activo patrimonial, estará en una situación económica igual a la que tendría si el daño no hubiera acaecido. Señala RICARDO DE ÁNGEL que la reparación por equivalente “[e]s la indemnización propiamente dicha. Partiendo de la base de que el dinero es un medio apto para satisfacer o reponer todo tipo de intereses, el resarcimiento por el equivalente consiste en el pago de una suma pecuniaria que juega a modo de valoración o precio del daño ocasionado”⁵⁵. Aunque el dinero no borra el daño padecido por la víctima, sí la compensa, y le permite procurarse bienes equivalentes al valor del daño por ella padecido, con lo cual de alguna manera habrá de mitigar la pérdida que ha sufrido. El pago de la cantidad de dinero que se determine como indemnización puede ser cumplido en forma instantánea o única, o también puede establecerse que su entrega se realice sucesivamente a modo de renta, sin que ello implique diferencia alguna en cuanto a la naturaleza de esta clase de reparación.

De acuerdo con DE CUPIS, “la medida del interés lesionado, y por tanto, el daño, a efectos del resarcimiento, tiene carácter pecuniario, (...), por lo que el resarcimiento consiste en la prestación al perjudicado de una suma de dinero igual a tal medida pecuniaria, adecuada para originar, como hemos referido, una situación económicamente equivalente a la comprometida”⁵⁶. La reparación por equivalente lo que produce, por tanto, es una subrogación en el patrimonio del afectado, reemplazando el interés lesionado por el valor económico del mismo, representado en una suma de dinero.

Señalemos, finalmente, que un sector de la doctrina sostiene que aunque la forma clásica de reparación en equivalente se realiza a través de la entrega de dinero, existiría también una forma de equivalente “no dinerario”, concepto éste

54 DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, pág. 747.

55 DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, *op. cit.*, pág. 904.

56 DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, pág. 748.

que se aplicaría a la entrega de bienes de igual género y calidad, fungibles, por tanto, en comparación con el bien perdido o destruido en virtud del evento dañoso⁵⁷. No obstante dicha opinión, nosotros consideramos que la reparación a través de la entrega de bienes fungibles, más que una reparación por equivalente es una forma de reparación *in natura*, como adelante lo explicaremos, toda vez que podemos decir con DE CUPIS que, “[e]l concepto de resarcimiento [o reparación por equivalente] es por tanto indisoluble de la pecuniariedad, del empleo a fines de reparación del equivalente económico dinerario”⁵⁸.

6. PREEMINENCIA DE UNA DE LAS CLASES DE REPARACIÓN

Si el propósito de la reparación del daño es que se borren los efectos del mismo, colocando a la víctima en la situación en la que se encontraría si el evento dañoso no se hubiera presentado, parece claro que la reparación *in natura* debe ser la forma o modo de reparación que se prefiera para efectos de tratar de obtener ese ideal⁵⁹.

Sin embargo, a pesar de la preferencia teórica por la reparación *in natura*, también es necesario señalar que ella, en muchas ocasiones, se encuentra con indiscutibles dificultades de tipo práctico, en relación con las cuales el concepto de indemnización o reparación por equivalente la supera en eficacia. Adicionalmente, se señala que para efectuar la reparación *in natura* el responsable se puede demorar un tiempo importante, y, además, con lo dilatado de los procesos judiciales es posible también que terminado el proceso tendiente a que se declare la responsabilidad el daño sea ya irreversible⁶⁰. Incluso, si la reparación no sufre dilación en el tiempo, una vez ella se haya efectuado se pueden generar discrepancias entre las partes sobre la efectividad de la acción realizada por el autor del perjuicio para reparar efectivamente el daño causado.

57 ZANNONI, EDUARDO A., *op. cit.*, pág. 182. MAZEAUD, HENRI Y LÉON-TUNC, ANDRÉ, *op. cit.*, t. III, vol. I, págs. 496 y sigs. MAZEAUD-TUNC consideran incluso como “equivalente no pecuniario” la resolución del contrato solicitada por la víctima del incumplimiento contractual, pues “la víctima queda dispensada de cumplir sus obligaciones, lo cual la compensa en todo o en parte por el incumplimiento de sus propias obligaciones por el responsable”, *op. cit.*, pág. 500.

58 DE CUPIS, A., *op. cit.*, pág. 825.

59 SANTOS BRIZ, JAIME, *op. cit.*, págs. 253 y sigs.; ESTEVILL, LUIS PASCUAL, *op. cit.*, pág. 673; REGLERO CAMPOS, LUIS FERNANDO, *op. cit.*, pág. 260; MOSSET ITURRASPE, JORGE, *op. cit.*, t. I, pág. 379; ALTERINI, ATILIO A., *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, págs. 187 y 188.

60 DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, *op. cit.*, pág. 908.

Por todo ello, e independientemente de consideraciones de derecho positivo, son numerosos los eventos en los que la reparación se debe realizar por equivalente, es decir, mediante una indemnización dineraria, particularmente cuando es imposible o muy onerosa la reparación *in natura*, o cuando la víctima opta por ella como forma de reparación del daño sufrido. Finalmente, es frecuente también que siendo objetivamente posible para el obligado a la reparación proceder a restaurar la situación (reparar *in natura*), sea el propio interés del damnificado el que aconseje la indemnización en metálico. Como ejemplifica FISCHER, “[s]i un médico, supongamos, incurre en responsabilidad y es obligado a reparar el daño que causó por haber curado torpemente un brazo, dejándolo anquilosado, no es fácil que el enfermo quiera ponerse en sus manos nuevamente, para que le remedie el mal mediante otra operación tan venturosa como la primera. El autor de un daño no parece el más indicado para reparar los perjuicios causados por su incuria o mala intención”⁶¹.

Ahora bien, a pesar de las ventajas que presenta la reparación por equivalente en relación con las deficiencias que podría tener el sistema de reparación *in natura*, se debe tener en cuenta que la indemnización también presenta inconvenientes de tipo práctico⁶², no menos importantes, como aquellos que surgen al tratar de establecer los criterios con base en los cuales se habrá de valorar el interés del damnificado en las cosas perdidas o destruidas, y que origina la necesidad de acudir a variados parámetros como el valor comercial, el valor subjetivo, el valor de reposición, el valor de afección, etc.

Sin perjuicio de esto último y como conclusión de todo lo planteado, podemos afirmar que, no obstante la preferencia conceptual que suscita la reparación *in natura*, se advierte igualmente una preferencia “práctica” por la reparación por equivalente⁶³. Ahora bien, independientemente de la discusión conceptual sobre la preeminencia de una u otra forma de reparación, teniendo en cuenta las restricciones que se han comentado anteriormente respecto de la reparación *in natura*, existe consenso en que la reparación por equivalente se deberá aplicar necesariamente en determinados eventos, que podemos agrupar en las siguientes categorías:

- Imposibilidad de realizar la reparación *in natura*;
- Excesiva onerosidad de la reparación *in natura*;
- Preferencia de la reparación por equivalente por parte de la víctima.

61 FISCHER, HANS A., *op. cit.*, pág. 134.

62 SANTOS BRIZ, JAIME, *op. cit.*, pág. 254.

63 DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, pág. 830 y sigs.

Examinaremos a continuación con más detalle cada uno de los eventos anteriormente mencionados:

6.1. Imposibilidad de realizar la reparación *in natura*

Existen determinados tipos de daño que no se pueden reparar *in natura* o en especie, dado que ello no es física o humanamente posible. “Tal será el caso de la mayoría de los daños corporales. No puede devolverse la vida que se le haya arrancado a la víctima; el brazo que se le haya cortado está perdido definitivamente. Se está en ello ante lo irreparable, al menos ante lo irreparable en especie. Ocurre así igualmente con todo daño moral; nada borra el dolor; el hombre es impotente en este terreno”⁶⁴.

Ya en el campo de los daños patrimoniales cabe hablar también de imposibilidad *objetiva*, como cuando un bien de especie o cuerpo cierto se extravía definitivamente, es destruido, o sufre un deterioro de tal entidad que pierde la utilidad que naturalmente le corresponde, y no resulta factible restaurar el interés que el sujeto tenía en ese bien con otro que pueda resultar fungible en relación con el perdido o deteriorado⁶⁵. Lo mismo ocurriría en el evento hipotético de la destrucción completa de un género limitado o cuando los bienes estén en poder de personas que no desean desprenderse de los mismos⁶⁶. En estos eventos, es *objetivamente* imposible restaurar la situación a la que existiría si el daño no se hubiera presentado, ya que el bien, entendido como interés de un sujeto en relación con una determinada cosa, no es objetivamente reemplazable, caso en el cual, en nuestra opinión, se impone también la reparación por equivalente. FISCHER recomienda para estos eventos explorar la posibilidad de una “reparación analógica”, entregando, v.gr., un bien igual al perdido, destruido o deteriorado, alternativa que sustenta incluso con referencias del *Digesto* (D. 19,2,9,pr.), todo ello en el interés de preservar el principio de la reparación natural propio del ordenamiento germánico⁶⁷.

Se señala también que la imposibilidad puede ser de tipo *subjetivo*, lo que ocurrirá cuando el deudor de la obligación de reparar el daño sea la única persona que se encuentre en posibilidad de realizar la actividad tendiente a lograr la reparación *in natura* y éste no puede hacerlo o se niega a ello. Este tipo de imposibilidad se presenta de manera particular cuando la reparación se obtendría con una actividad

64 MAZEAUD, HENRI Y LÉON-TUNC, ANDRÉ, *op. cit.*, t. III, vol. I, pág. 490.

65 Como veremos más adelante, somos de la opinión de que el concepto de fungibilidad se puede aplicar, en algunos eventos, a cosas de especie o cuerpo cierto.

66 MAZEAUD, HENRI Y LÉON-TUNC, ANDRÉ, *op. cit.*, pág. 490.

67 FISCHER, HANS A, *op. cit.*, págs. 148 y 149.

o con una abstención que sólo puede provenir del obligado a reparar. Ahora bien, no siempre la imposibilidad subjetiva es consecuencia de la mala voluntad del causante del daño, pues puede ocurrir que él haya quedado físicamente imposibilitado para realizar la acción que se pretende que realice para lograr la reparación del daño. Sin embargo, es posible también que, a pesar de que físicamente pueda hacerlo, sea el propio deudor quien rechace la posibilidad de realizar la acción que se requiere para restaurar la situación. En tales casos, cuando el deudor de la reparación es el único que podría realizarla, el derecho expresa su impotencia para obligarlo a cumplir en especie (*nemo potest cogi ad factum*), pues no se pueden ejercer medidas sobre la persona para obligarle a actuar, aunque ellas sí se podrían practicar sobre sus bienes, a manera de “coacción jurídica” para que cumpla. Si aún así no lo hace, el damnificado se deberá contentar con la reparación por equivalente pecuniario.

Finalmente, señalemos que en la mayoría de los ordenamientos se prevé que si el cumplimiento de la obligación de reparar *in natura* corresponde a un deudor que se niega a hacerlo, pero por su naturaleza se trata de una actividad que se podría realizar por otra persona diferente, el juez puede autorizar al acreedor de la reparación o a un tercero para que realicen la actividad que corresponda, por cuenta del deudor.

6.2. Excesiva onerosidad de la reparación *in natura*

Se indica por la doctrina, y algunas legislaciones lo consagran expresamente (Código Civil italiano, art. 2058, párrafo), que si se comprueba que la reparación *in natura* resulta excesivamente onerosa para el deudor de la obligación reparatoria (*causa magnae difficultatis*), el juez deberá adoptar la fórmula subsidiaria de la reparación por equivalente. Señala MESSINEO que la expresión *excesivamente onerosa* que se menciona en la legislación italiana “alude a excesiva gravedad de lo que ha de hacerse efectivo, pero sin referencia a un término de comparación, cual es la contraprestación, y sin hacerla depender de eventos extraordinarios e imprevisibles; la excesiva onerosidad es, aquí, tomada en sentido *absoluto* (no comparativo), como onerosidad *que sobrepasa los límites de lo normal*”⁶⁸.

Un criterio adecuado para determinar cuándo la onerosidad es excesiva consiste en establecer si el costo en que incurre el deudor para realizar la reparación *in natura* es excesivo frente a la utilidad que obtendría el acreedor con otros remedios equivalentes. Es decir, si las varias alternativas de reparación proporcionan al damnificado similar satisfacción, no puede éste escoger de todas ellas la que le

68 MESSINEO, FRANCESCO, *op. cit.*, t. VI, pág. 565.

reporte al causante del daño un esfuerzo desproporcionado frente a las demás que podrían estar a su alcance sin dicho esfuerzo desmedido.

En la jurisprudencia española existen diversos precedentes que permiten señalar que la reparación *in natura* no debe ser excesivamente onerosa para el deudor de la reparación, pues si ello ocurre podrá escoger la reparación por equivalente. Se cita un caso fallado por la Audiencia Provincial de León en el que la labor de limpieza de escombros y la rehabilitación de un terreno utilizado por una compañía minera resultaba bastante más oneroso que el valor del inmueble mismo⁶⁹. Asimismo, existen diversos precedentes en materia de daños causados a automóviles, en los cuales si la reparación superaba el valor del vehículo, no procedía la reparación *in natura* sino la reparación por el equivalente pecuniario. Sobre lo que sí existe diversidad de criterios en este último caso es sobre cuál debe ser el valor de referencia que se tome en cuenta para realizar la comparación, pues en ocasiones se ha tomado el valor de reposición del bien, en otras, el valor venal y en algunos casos, este último se ha corregido con un factor de ajuste por afección⁷⁰.

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

Sea lo primero manifestar que para que este criterio pueda ser aplicable se requiere determinar previamente la procedencia de la elección por parte de la víctima, ya sea porque la legislación establece el derecho del damnificado a elegir, o, incluso, porque no lo prohíbe expresamente a pesar de regular el tema. Cabría por supuesto, una tercera posibilidad y es que el legislador no haya hecho manifestación sobre las formas de reparación y, menos aún, sobre la posibilidad de elección por parte de la víctima, caso en el cual la respuesta afirmativa se ha abierto camino en la mayoría de países que siguen este esquema.

La escogencia de la víctima y, en particular, el que ella prefiera la reparación por equivalente se ha justificado con diversos argumentos, tales como que la reparación *in natura* puede ser contraria a sus intereses al considerar que no la va a satisfacer totalmente; que el deudor de la reparación puede no ser el más idóneo para realizarla, más aún teniendo en cuenta que su propia acción u omisión fue la que causó el

69 Audiencia Provincial de León, sentencia del 21 de abril de 1986, citada por LUNA YERGA, Á. y otros, *Reparación in natura...*, pág. 5.

70 LUNA YERGA, Á. y otros, *ibídem*.

perjuicio; que la víctima puede temer que la obligación de reparar *in natura* sea incumplida por el responsable; y, en fin, que para el damnificado puede ser más necesario el dinero que la reparación o reposición de los bienes que le fueron afectados con el hecho dañoso⁷¹.

En todo caso, se debe precisar que el derecho de la víctima a elegir la modalidad de la reparación del daño que ha padecido está supeditado a la *posibilidad* de la reparación *in natura*. Decimos que este es un límite al derecho a elegir, toda vez que en caso de que la reparación *in natura* sea imposible, el damnificado se verá *obligado* a recibir la indemnización de perjuicios. De igual forma, se limita la posibilidad de elegir por el criterio de *excesiva onerosidad* de la prestación que la víctima pretende elegir, límite éste que obedece a criterios de equidad, pues si la reparación *in natura* o, incluso, la reparación por equivalente, decimos nosotros, resulta muy onerosa en relación con el daño causado, subsistiendo otras alternativas de reparación de más fácil acceso para el dañador, se estaría prohibiendo el abuso de un derecho por parte de la víctima.

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

Finalmente, se debe señalar que la doctrina y la jurisprudencia españolas rechazan enfáticamente que sea el propio agente causante del daño, o sus vinculados, quienes puedan seleccionar el modo o la forma de reparación. Así lo estableció el Tribunal Supremo en sentencia del 3 de marzo de 1978 al señalar que “(...) la forma de hacer frente a la responsabilidad derivada de la culpa extracontractual o aquiliana, no puede quedar, en nuestro Ordenamiento Jurídico, al arbitrio del agente productor del daño de cuyo resarcimiento se trate, ni al de las personas comprendidas en el art. 1903 de la Ley Civil Sustantiva, ni, en su caso, al de las compañías aseguradoras de éstas últimas (*sic*), de forma tal que gocen de la facultad de elegir libremente entre reponer la cosa damnificada al estado que tenía con anterioridad al momento en que se le ocasionaron sus desperfectos, o sustituirla por otra distinta y de condiciones análogas a las que sean objeto de debate, que se pueda adquirir de segunda mano en el mercado”⁷².

71 MOSSET ITURRASPE, JORGE, *op. cit.*, pág. 385.

72 Citada por LUNA YERGA, Á. y otros, *op. cit.*, pág. 4.

7. SISTEMAS LEGALES DE REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DERECHO COMPARADO

En primer término, podemos mencionar que existen legislaciones en las que no se ha establecido un principio o una orientación sobre el modo o forma de reparar los daños. Como lo insinuamos cuando realizamos el recuento histórico, en efecto, en la legislación francesa no se estableció un principio sobre el modo o la forma de reparar el perjuicio causado, a pesar de que para ese momento ya en el derecho común se había planteado el concepto de reparación *in natura*. Luego de un período en el que los interpretes del *Code* consideraron que la reparación debía realizarse a través del equivalente pecuniario, salvo que el juez, en la sentencia, ordenara colocar al damnificado en la situación en la que se encontraría si el evento dañoso no hubiera ocurrido, particularmente cuando la propia víctima así lo hubiera solicitado, en la actualidad la tendencia parece ser la de reconocer un principio general de reparación *en especie*⁷³, para lo cual se ha señalado que en materia extracontractual el Código Civil ordena “reparar”, cuya forma más indicada será la restitución de las cosas al estado en el que estarían si el daño no hubiere acaecido. Se indica, asimismo, que en materia contractual las normas del Código que consagran las consecuencias ante el incumplimiento de las distintas clases de prestaciones expresan su preferencia por la condena en especie, es decir, que el acreedor deberá ser satisfecho por el deudor incumplido con lo que le es debido, antes de entrar a considerar una indemnización de perjuicios. Todo lo anterior conduce a sostener que en el derecho francés la forma primigenia de reparación será la reparación *en especie*, facultándose al damnificado para rechazar la reparación por equivalente si la primera aún es posible, pero obligándolo a contentarse con la reparación en especie si se da su factibilidad. En el sistema francés corresponde al damnificado seleccionar el modo de reparación que considere más adecuado, todo lo cual deberá ser valorado y decidido por el juez al momento de dictar su sentencia⁷⁴.

Por su parte, el Código Civil español, cuyo artículo 1902 ordena “reparar el daño causado” sin establecer preeminencia entre la reparación *in natura* y la reparación por equivalente, es señalado como parte de esta tendencia y, por ello, en el derecho de este país existe una inclinación teórica por la reparación *in natura* y una parte importante de la doctrina considera que la reparación por equivalente es “complementaria y sucedánea”⁷⁵ de aquélla. No obstante, también se reconoce

73 MAZEAUD, HENRI Y LÉON-TUNC, ANDRÉ, *op. cit.*, pág. 481 y sigs.

74 MAZEAUD, HENRI Y LÉON-TUNC, ANDRÉ, *op. cit.*, págs. 485 y 496.

75 GARCÍA AMIGO, MANUEL, *Lecciones de derecho civil II. Teoría general de las obligaciones y los contratos*, 1ª edición, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1995, pág. 60. Señala ELENA VICENTE que la reparación en forma específica “será la que prevalezca siempre que la obligación sea posible y no sea excesivamente gravosa para el causante del daño”, en REGLERO CAMPOS, LUIS FERNANDO, *op. cit.*, pág. 260.

que por las dificultades prácticas que en ocasiones se presentan para realizar la reparación *in natura*, la reparación por equivalente es “la típica o normal”⁷⁶. Finalmente, debemos señalar que desde un punto de vista práctico se considera que, en últimas, corresponderá al damnificado “plantear la forma de reparación que considere idónea para quedar indemne”⁷⁷.

Como puede intuirse, el sistema que estamos comentando está presente también en los ordenamientos de los países que siguieron el ejemplo del Código Civil francés, entre ellos la mayoría de códigos civiles de Latinoamérica, de los cuales el más representativo es el Código Civil preparado por don ANDRÉS BELLO para Chile y que, posteriormente, fue adoptado en la República de Colombia con la expedición de la Ley 57 de 1887. En el ordenamiento nacional el legislador no señaló expresamente el modo o la forma de reparación que debía ser utilizado y, en principio, se entiende que corresponde al damnificado determinar la modalidad que considere más adecuada para obtener el resarcimiento del perjuicio que ha padecido. Dentro de dicho marco, el juez competente procederá a valorar y a decretar la reparación del daño, teniendo en cuenta los criterios de reparación integral y equidad establecidos en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Ahora bien, así como existen ordenamientos en los que el legislador no ha expresado su inclinación por alguna de las formas de reparación, existen otros en los que el tema sí se ha regulado, de forma variada, por cierto. En todo caso, dichas legislaciones pueden ser clasificadas en cuatro grandes grupos, como veremos a continuación.

En el primer grupo se encuentran las legislaciones que establecen que la reparación se debe realizar *in natura* y que sólo cuando ello sea imposible, procederá la reparación por equivalente. Tales son, por ejemplo, los códigos soviético (art. 410), portugués (art. 562) austriaco (art. 1323), alemán (art. 249), italiano (art. 2058) y argentino (art. 1083, luego de la reforma de la Ley 17.711), según los cuales, en general, la reparación del daño consiste en restablecer el estado de cosas que existiría de no haber ocurrido el hecho ilícito.

En el régimen del *BGB*, que comentamos al realizar el recuento histórico, se establece como principio general que la reparación consistirá en restablecer la situación que existiría si no se hubiera presentado el daño. En todo caso, el acreedor de la reparación puede, si lo prefiere, pedir la indemnización pecuniaria directamente.

76 DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, *op. cit.*, pág. 904.

77 LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *op. cit.*, pág. 386. En el mismo sentido, ROCA TRÍAS, ENCARNA, *op. cit.*, pág. 181. YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *op. cit.*, págs. 466 y 477.

Aunque se considere a la reparación *in natura* como la situación ideal, dadas las dificultades prácticas que en ocasiones se presentan para realizarla, se señala que los jueces han tendido a dar preeminencia a la reparación por equivalente⁷⁸.

En cuanto a la legislación italiana, que formalmente se identifica como un sistema que da preeminencia a la reparación *in natura*, debemos señalar que, efectivamente, el artículo 2058 del Código Civil de 1942, recoge la que denomina como “reintegración en forma específica”, como forma primaria de reparar los daños. Esta forma de reparación se establece como principio o regla general, si ello es posible, en todo o en parte. Si esta forma de reparación resulta excesivamente onerosa para el deudor, el juez puede ordenar que la reparación se haga mediante el equivalente pecuniario.

Sin embargo, la doctrina indica que lo consagrado en el derecho italiano, más que una preeminencia de la reintegración en forma específica, es un derecho de elección por parte del damnificado con el hecho ilícito, para elegir la reintegración en forma específica, si ella fuere posible, caso que se considera como el menos frecuente, o para optar por la reparación en dinero, alternativa ésta que sería la más utilizada⁷⁹.

En el derecho argentino vigente se consagra también, de manera formal, un principio general de reparación *in natura*. La Ley 17.711 de 1968 reemplazó el artículo 1083 del Código Civil con una nueva disposición, que es del siguiente tenor: “El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero”. Como se puede observar, el código argentino se matricula en una vertiente de reparación *in natura*, salvo el caso en que ello sea imposible o que el propio damnificado decida acogerse a la indemnización. Como señala ZANNONI, no consagró la norma de la Ley 17.711 el supuesto en el que la reparación *in natura* sea excesivamente onerosa para el deudor de la obligación de reparar el daño, no obstante lo cual se indica que al mismo resultado se podría llegar aplicando la teoría del abuso del derecho⁸⁰. Debe señalarse, finalmente, que aunque el Código Civil argentino acoja aparentemente la reparación *in natura* como principio, lo cierto es que, en realidad, la doctrina de aquel país considera que se acoge el sistema de la elección del

78 SANTOS BRIZ, JAIME, *op. cit.*, pág. 254.

79 MESSINEO, FRANCESCO, *op. cit.*, t. VI, págs. 564 y 565. En un sentido similar, DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, pág. 833, *in fine*, aun cuando este autor concluye que la reintegración en forma específica está en inferioridad frente al resarcimiento, pues los eventos de imposibilidad o excesiva onerosidad de la reparación *in natura* pueden ser la regla general.

80 ZANNONI, EDUARDO A., *op. cit.*, pág. 199.

damnificado, con lo cual será la decisión de éste la que haga prevalecer uno u otro sistema⁸¹.

En un segundo grupo se podrían clasificar los ordenamientos que establecen que la reparación se debe realizar en dinero, a menos que el juez, atendidas las circunstancias, decida que debe ser *in natura* o en especie. Según MAZEAUD – TUNC este es el criterio adoptado por el Código de las Obligaciones y de los Contratos de la República Libanesa (art. 136) y por el Código de las Obligaciones de la República de Polonia (art. 159); en todo caso, mientras en el Código libanés el juez puede decretar la reparación *in natura* de oficio, en el segundo sólo puede hacerlo a instancia de la víctima y según las circunstancias⁸².

El Código Civil argentino, en el texto originalmente establecido para regular estas materias, podía ser incluido en este grupo, porque según él toda reparación del daño causado por un delito o cuasidelito debía resolverse en una indemnización pecuniaria fijada por el juez, salvo el caso, interpretaban algunos, sin perjuicio, señalaban otros, de que hubiera lugar a la restitución del objeto materia del mismo (arts. 1083 y 1109). Como ya lo señalamos, esta disposición del artículo 1083 fue reemplazada por la Ley 17.711 en el sentido arriba indicado.

Un tercer grupo está conformado por las legislaciones que entregan al criterio del juez la determinación del modo o forma de la reparación, como sería el caso del Código suizo de las Obligaciones (art. 43), o, incluso, el caso español en los eventos de responsabilidad civil derivada del delito, de conformidad con lo establecido en el artículo 112 del Código Penal ibérico.

Finalmente, el cuarto grupo de ordenamientos está conformado por aquellos que expresamente dejan la forma o modo de reparación a la elección del perjudicado. Tal es el caso del Código Civil mexicano, que en su artículo 1915 establece que: “[l]a reparación del daño debe consistir, a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o el pago de daños y perjuicios”⁸³.

Como mencionamos anteriormente, la doctrina argentina e italiana han interpretado que no obstante que sus respectivos ordenamientos consagran aparentemente la preeminencia de la reparación *in natura*, dadas las excepciones que a la misma se

81 GHERSI, CARLOS A., *op. cit.*, pág. 35.

82 MAZEAUD HENRI Y LÉON-TUNC, ANDRÉ, *op. cit.*, pág. 482. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, en *Del daño. Compilación y extractos*, compilador DUQUE GÓMEZ, JOSÉ N., 1ª edición, Editorial Jurídica de Colombia, Bogotá, 2001, pág. 503.

83 BEJARANO SÁNCHEZ, M., *Obligaciones civiles*, 3ª edición, Editorial Harla S.A., México. 1984, pág. 264.

han establecido lo que en realidad se habría consagrado en ellas sería un sistema de elección a cargo del acreedor a la reparación.

8. REPARACIÓN *IN NATURA* Y EJECUCIÓN *IN NATURA* DE LA OBLIGACIÓN INCUMPLIDA

El cumplimiento es la finalidad propia y natural de la relación obligatoria. El acreedor debe obtener la satisfacción que motiva su interés y para ello necesita de la colaboración del deudor en la realización de la prestación. Si esto no se realiza voluntariamente, es decir, si se produce una lesión del derecho de crédito, porque el deudor incumple de manera definitiva, o cumple, pero en forma parcial, defectuosa o inexacta, o, en fin, retarda la ejecución de lo debido, el acreedor dispone de varias alternativas de actuación, diversos “remedios” o “medios de tutela”, siendo uno de los más relevantes el camino de la ejecución forzada de la obligación, a través del cual el cumplimiento de la prestación debida se obtendrá con el concurso de la coacción lícita del Estado, ejercida en particular sobre el patrimonio del deudor y no directamente sobre su persona. La pretensión de cumplimiento, que se plantea ante la jurisdicción a través de una acción de condena, no requiere la demostración de los daños o perjuicios causados con el incumplimiento y, menos aún, que se acredite que la lesión del derecho de crédito se debió a culpa o negligencia del deudor⁸⁴. En este contexto puede afirmarse también que la constitución en mora del deudor incumplido no será un requisito indispensable para adelantar la simple ejecución de la obligación adeudada. Distintos serán los requisitos si a la pretensión de cumplimiento se adiciona, siendo ello posible, una pretensión de reparación de daños.

Cuando la ejecución forzada o coactiva de la obligación tiene por objeto que el deudor cumpla con la misma prestación que constituía el objeto de la obligación incumplida se dice que tal ejecución se realiza *in natura* o en forma específica. Si ello no es posible, la ejecución o, mejor, el cumplimiento, se puede efectuar a través del equivalente pecuniario, el cual se considera por la doctrina como un recurso subsidiario del acreedor en caso de que la ejecución *in natura* no sea posible, subsidiariedad que no conduce a que se lo considere como indemnización de perjuicios⁸⁵, toda vez que se estima que en los casos de imposibilidad sobrevenida

84 LLAMAS POMBO, EUGENIO, “Cumplimiento por equivalente...”, pág. 227.

85 Díez-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de derecho civil*, vol. II, 5ª edición, Editorial Técnos S.A., Madrid, 1988, pág. 226. Sobre las relaciones entre la pretensión de cumplimiento por equivalente y la indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento, cuando sobreviene la imposibilidad de cumplir la prestación, tal y como fue acordada, así como sobre la autonomía del cumplimiento a través del equivalente pecuniario, sin que se excluya la indemnización posterior de otros daños: LLAMAS

de la prestación, el precio o valor de ésta sustituye el objeto originalmente adeudado, y, en dicho contexto, dado que “la obligación (...) subsiste” (art. 1731 del Código Civil), su cobro será materia de ejecución coactiva y no de una pretensión de resarcimiento de daños, la cual, en todo caso, podrá acumularse a la ejecución por el precio.

Para distinguir entre reparación *in natura* y cumplimiento *in natura* podemos señalar con DE CUPIS que en la reparación *in natura* el ordenamiento ha reaccionado frente a un daño que ya ocurrió y que produjo una alteración del orden jurídico, mientras que en la ejecución *in natura* o ejecución en forma específica el objeto es que el acreedor pueda obtener lo que le es debido, como forma de evitar que se cause el daño⁸⁶. Ahora bien, como se deduce de lo anterior, el simple cumplimiento *in natura* no sirve para resarcir los daños que se hayan podido causar al acreedor con el incumplimiento, v.gr. el lucro cesante por no disponer del bien que se le debía entregar en una fecha determinada. En estos casos, la orden de ejecución *in natura* deberá estar acompañada de la indemnización de perjuicios correspondiente, siempre que el acreedor así lo haya solicitado.

En todo caso, valga precisar que en el derecho colombiano, de conformidad con lo establecido en el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, el acreedor puede solicitar desde un primer momento la indemnización de los perjuicios que se le hayan causado con el incumplimiento de una obligación, con lo cual es claro que en nuestro ordenamiento la pretensión indemnizatoria no tiene, necesariamente, el carácter subsidiario que frecuentemente se menciona respecto de ella en el derecho comparado.

Pues bien, para efectos de analizar las diferentes modalidades que puede tener la ejecución *in natura* de la obligación incumplida se debe distinguir el tipo de prestación que ésta tenga como objeto⁸⁷.

8.1. Prestación de dar

Si la prestación adeudada consiste en dar una cosa, es decir si la conducta debida se concreta en que el deudor transfiera o constituya un derecho real en favor del

POMBO, EUGENIO, “Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor”. HINESTROSA, FERNANDO, *op. cit.*, pág. 77. Sobre el carácter subsidiario del cumplimiento por equivalente véase también: YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *op. cit.*, pág. 466.

86 DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, pág. 818 y sigs.

87 Díez-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, *op. cit.*, págs. 224 y 225.

acreedor, a través de la ejecución coactiva el titular del crédito puede obtener que el deudor cumpla con la misma prestación que motivó su declaración de voluntad, esto es, que cumpla *in natura* o en forma específica, dando o entregando el bien que se obligó a transferir al acreedor⁸⁸. Sólo se requiere que el deudor esté en condiciones de cumplir por ser el titular del derecho que se pretende transferir. En ocasiones el cumplimiento se efectuará y concretará a través de la entrega real de una cosa (bienes muebles) y en otras a través de un acto simbólico, como ocurre con la obligación de dar bienes raíces en materia civil, cuya “dación” se realiza a través de la inscripción del título en la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, ello sin perjuicio del cumplimiento de la obligación de entrega del mismo bien. El Código de Procedimiento Civil colombiano regula en detalle la ejecución forzada y, en particular, el cumplimiento *in natura* de las obligaciones de dar bienes muebles distintos de dinero (art. 499 del C. de PC), el cumplimiento de obligaciones relacionadas con bienes inmuebles (arts. 417 y 501 del C. de PC), así como el cumplimiento de las obligaciones que tengan por objeto la entrega de sumas de dinero (arts. 491 y 498 del C. de PC).

8.2. Prestación de hacer

En caso de que la prestación debida haya consistido en un *facere*, el propósito del legislador colombiano es que la prestación se cumpla *in natura* por el correspondiente deudor, pero también prescribe que si éste se niega a cumplir la prestación prometida, y ésta por su naturaleza no correspondería de manera exclusiva a la actividad del deudor remiso, se puede obtener que otra persona cumpla —*in natura*— por él, a su costa; en todo caso, se deja a salvo la indemnización de los perjuicios resultantes del incumplimiento. Es lo que dispone, de manera general, el artículo 1610 del Código Civil, cuando establece que, “[s]i la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, elección suya: 1º) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; 2º) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; 3º) Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”. Esta disposición encuentra desarrollo procedimental en el artículo 500 del Código de Procedimiento Civil, de manera general, y en el artículo 501, cuando la prestación de hacer consista en la suscripción de documentos.

Como ya lo anunciamos en un párrafo anterior, es nuestra opinión que la constitución en mora del deudor sólo será necesaria cuando adicionalmente a la

88 LLAMAS POMBO, EUGENIO, “Cumplimiento por equivalente...”, pág. 219.

ejecución de la prestación incumplida se demande la indemnización de perjuicios moratorios, o cuando, de conformidad con el numeral 3º del citado artículo 1610, se solicite la indemnización compensatoria total, por ya no ser posible o, incluso, por no ser conveniente para el acreedor la ejecución *in natura* de la prestación de hacer. La ejecución coactiva de la obligación incumplida será procedente con el simple incumplimiento.

Por otra parte, debe entenderse que quien realice la actividad omitida por el deudor puede ser, por una parte, la autoridad judicial, caso de las manifestaciones de voluntad o el otorgamiento de documentos, y por otra, un tercero o, incluso, según algunas legislaciones, el propio acreedor, en ambos casos a costa del deudor incumplido⁸⁹.

Cuando el objeto de la prestación de hacer sólo pueda ser ejecutado por el deudor y esto no sea posible, caso de las obligaciones *intuitu personae*, el acreedor puede pedir la indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado con la infracción (reparación por equivalente).

En relación con este tema debe señalarse que desde antiguo se tiene establecido que la fuerza física, así provenga de la coacción lícita del Estado, no se puede utilizar para obtener del deudor la realización de una actividad que ha omitido (*nemo praecise cogi potest ad factum* o *nemo potest cogi ad factum*). En consecuencia, lo que hace el derecho es apremiar al deudor a cumplir e, incluso, si la prestación así lo permite, ordenar que sea un tercero el que cumpla *in natura*, a costa del deudor renuente⁹⁰. En algunos ordenamientos estos apremios pasan a tener una mayor entidad, y diríamos nosotros un mayor poder de disuasión frente al deudor, cuando al simple requerimiento para que cumpla con su obligación se le adiciona la presión de una multa, única o sucesiva, que se le impondrá en caso de que persista en el incumplimiento. Es el caso de los *astreintes* del derecho francés⁹¹, que fueron acogidos por la reciente legislación procesal española, a través del artículo 709.1 de la Ley de enjuiciamiento civil.

8.3. Prestación de no hacer

Si la prestación consistía en un *non facere*, y ya se ha dado la violación del deber de conducta, el único remedio que puede ofrecer el ordenamiento es la destrucción

89 LLAMAS POMBO, EUGENIO, *ibidem*, págs. 221 y 222.

90 OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO, *Régimen general de las obligaciones*, 7ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 2001, pág. 51.

91 HINESTROSA FORERO, FERNANDO, *op. cit.*, pág. 213.

de lo que se haya realizado por el deudor incumplido, o la indemnización de perjuicios derivada de la trasgresión si la citada destrucción no fuere posible, con lo cual ya se estará en el campo de la reparación y no en el del cumplimiento, pues la obligación de no hacer fue incumplida de manera definitiva⁹².

El artículo 1612 del Código Civil colombiano señala al respecto lo siguiente:

“Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.

“Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor.

“Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlos.

“El acreedor quedará de todos modos indemne”.

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil regula en el artículo 502 la ejecución coactiva de las obligaciones de no hacer.

9. PRINCIPALES MODALIDADES DE REPARACIÓN *IN NATURA*

No es posible establecer una lista cerrada de las formas de reparación *in natura*, pues ésta, por definición, será toda aquella que, a diferencia de la reparación por equivalente, tenga como propósito ubicar a la víctima en la situación en la que se encontraría si el hecho dañoso no se hubiere presentado. Es decir, la definición de la reparación *in natura* se debe hacer por vía negativa⁹³. No obstante, en los párrafos que siguen comentaremos las más importantes modalidades de reparación *in natura* que se han identificado en el derecho comparado y en los desarrollos alcanzados por la doctrina.

92 DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, págs. 819 a 821.

93 DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, pág. 826.

9.1. Restitución de un bien de especie o cuerpo cierto

Esta forma de restitución *in natura* se presenta cuando una cosa o bien de especie o cuerpo cierto se pierde o queda en manos de un tercero que no tiene título legítimo para mantenerlo en su poder. Como se puede observar, en estos eventos hay evidentes puntos de contacto entre la reparación *in natura* y las acciones reales de las que es titular el propietario que ha perdido la posesión del bien que le pertenece, en particular la acción reivindicatoria.

En todo caso, parece claro que las dos vías procesales tienen importantes diferencias: la acción reivindicatoria es una acción de carácter real, que, por regla general, sólo puede ser ejercida por el propietario, y se presenta en contra del poseedor del bien, sea éste la persona que lo recibió o usurpó originalmente del propietario o sea quien haya recibido posteriormente la posesión de la cosa de forma derivativa; la acción encaminada a obtener la reparación *in natura* es una acción personal, que sólo puede ser ejercida por quien sufrió el daño, en este caso el afectado con la sustracción de la cosa de especie o cuerpo cierto, aunque no es necesario que acredite un derecho real sobre tal bien sino simplemente un interés jurídico vulnerado, y tendrá como sujeto pasivo al deudor de la obligación de reparar el perjuicio causado, que no será otro sino la persona que sustrajo o usurpó el bien. Por otra parte, se debe señalar que la acción reivindicatoria es ajena a consideraciones de causalidad o culpabilidad, las cuales, por regla general, sí se deberán acreditar para obtener un pronunciamiento favorable a la pretensión encaminada a obtener la responsabilidad civil del causante del daño. Como señala Díez-PICAZO⁹⁴, acciones como la reivindicatoria están establecidas para proteger derechos absolutos, cumpliendo una función de reintegración de los derechos subjetivos lesionados, mientras que la acción de responsabilidad civil es estrictamente reparatoria o indemnizatoria, razón por la cual para que ella prospere no se requiere la violación de un derecho subjetivo sino que se afecte un interés lícito de la víctima.

Finalmente, resulta interesante hacer referencia a una opinión de ZANNONI, quien manifiesta que no es claro que en los casos de sustracción de bienes, que deben ser solucionados a través de la respectiva restitución, haya una verdadera reparación, toda vez que considera que el patrimonio de la víctima nunca se desmejoró, pues el derecho de dominio continuó dentro de los elementos integrantes del patrimonio del sujeto⁹⁵. En nuestra opinión, a pesar de que el derecho de dominio continúe en el patrimonio de la víctima de una sustracción ilícita, ello no hace que en ese evento

94 Díez-PICAZO, LUIS, *op. cit.*, págs. 291 y 292.

95 ZANNONI, E.A., *op. cit.*, pág. 188.

no exista un daño, toda vez que el sujeto no podrá disfrutar del elemento del que fue injustamente despojado, que es en lo que finalmente se concentra su interés jurídico, y, en consecuencia, el ordenamiento podrá ordenar la restitución de la cosa para efectos de que se proteja ese interés jurídico digno de tutela.

9.2. Reemplazo del bien de especie o cuerpo cierto destruido o sustancialmente deteriorado

Es nuestra opinión que cuando el efecto del daño es la destrucción o el deterioro sustancial de una especie o cuerpo cierto, de manera excepcional ciertamente, cabe la posibilidad de considerar pertinente una reparación *in natura*, en la medida en que el bien pueda ser reemplazado por otro que por sus características específicas proporcione al damnificado la misma satisfacción. Es decir, somos de la opinión según la cual el criterio de *fungibilidad* no es exclusivo de la comparación entre cosas genéricas, sino que también los bienes de especie o cuerpo cierto, que se hayan perdido o hayan sufrido un deterioro de tal entidad que no resulten aptos para ser utilizados según su destino natural, pueden ser reemplazados o sustituidos en caso de que existan otros que tengan las mismas calidades y características⁹⁶ y, por ende, dentro de la conciencia social proporcionen a las personas idéntica satisfacción.

Señala la doctrina que en el evento que estamos analizando, si el bien ha sido destruido, por regla general no se podrán ejercer las acciones reales derivadas del derecho de dominio que existía en cabeza de su titular, pues dicho dominio se habrá extinguido con la destrucción del objeto sobre el cual recaía, y, en consecuencia, al propietario perjudicado sólo le restarán las acciones personales derivadas del daño causado⁹⁷. No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta que en el derecho colombiano existen formas de reivindicación que proceden de manera excepcional en los eventos de pérdida o destrucción de los bienes, situaciones que están reguladas en los artículos 955 y 957 del Código Civil.

9.3. Reemplazo del bien genérico perdido, destruido o deteriorado

Consiste en entregar a la víctima un objeto de las mismas características y de una calidad similar a la que tenía el bien genérico perdido o dañado, o, en su defecto, de

96 MESSINEO, FRANCESCO, *op. cit.*, t. VI, pág. 564.

97 DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, págs. 828 y 829.

una calidad a lo menos mediana. Esta forma es propia de los casos en los que el daño se produce sobre un bien de aquellos que se estiman en las relaciones jurídicas por su clase y por su cantidad, pues este tipo de bienes pueden ser reemplazados por otros bienes de la misma clase, en el número correspondiente al perdido o deteriorado, que tengan, por lo menos, una calidad mediana. Se señala que si el bien está deteriorado es posible exigir su reemplazo por otro bien que se encuentre en condiciones semejantes a las que tenía el bien que sufrió el daño, obligándose la víctima a restituir el bien deteriorado⁹⁸.

En general, la reparación *in natura* de bienes, a través de su reemplazo, se dificulta si existe un interés de afección de la víctima en relación con el objeto, toda vez que en este evento el reemplazo del bien perdido o deteriorado no restaurará totalmente el interés de la víctima en relación con el objeto que le pertenecía.

9.4. Supresión de la actividad causante del daño

Cuando la acción u omisión que causa un daño se prolonga en el tiempo, el damnificado, adicionalmente a la reparación de los perjuicios que ya se le han ocasionado, puede pedir que se suprima el fenómeno que está causando el daño. “La supresión del ilícito puede comprender desde la destrucción total de una cosa o situación, hasta la implantación de medidas tendentes a hacer desaparecer el perjuicio, corrigiendo lo hecho”⁹⁹. A esta categoría podrían pertenecer también actividades como “[el] rellenar las obras de excavación realizadas en terreno ajeno, la reconstrucción del muro derruido o del edificio incendiado, la sustitución del cristal roto en una ventana por otro nuevo, el volver a colocar un objeto del lugar de que se quitó”¹⁰⁰, entre otras.

Dentro de esta categoría se podría incluir también la reparación de todos aquellos daños causados por la violación de obligaciones de no hacer, que han sido transgredidas por el autor del daño. DE CUPIS señala que en el derecho italiano existen algunos casos en los cuales la destrucción de lo ilícitamente realizado no puede obtenerse cuando de ella se derive un perjuicio para la economía nacional, caso en el cual el damnificado sólo podrá obtener la reparación por equivalente¹⁰¹.

98 FISCHER, HANS A., *op. cit.*, pág. 145.

99 TAMAYO JARAMILLO, JAVIER, *op. cit.*, pág. 261.

100 DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, pág. 813.

101 DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, pág. 834. TAMAYO JARAMILLO menciona que algunos precedentes similares se han presentado en la jurisprudencia de algunos tribunales franceses. TAMAYO JARAMILLO, JAVIER, *op. cit.*, págs. 261 y 262.

ZANNONI sostiene que la orden para que cese una determinada actividad dañosa, como en el caso de las inmisiones, no es reparación, y que en estos casos la única reparación será la correspondiente indemnización de perjuicios, ya que las acciones que se refieran a la conducta del dañador estarán encaminadas, simplemente, a exigir el cumplimiento de una obligación legal y no a demandar una reparación¹⁰². Nosotros no encontramos dificultad teórica para considerar reparación *in natura* el cumplimiento de la orden de autoridad para que el causante del daño se abstenga hacia el futuro de realizar determinada conducta, ya que la orden de reparar el daño no es genérica sino que se concreta en un deber de conducta específico que tendrá como acreedor al damnificado, con ello se obtendrá que el daño no continúe produciéndose, y, además, acompañada, posiblemente, de otro tipo de remedios resarcitorios, conducirá a que la situación del afectado sea semejante a la que tendría si la conducta dañosa no se hubiera producido.

9.5. Restauración del bien dañado

Esta forma de reparación *in natura* procederá en los casos en los que el daño haya recaído sobre un bien de especie o cuerpo cierto, y la acción del dañador no haya logrado destruir o inutilizar totalmente el bien perteneciente a la víctima. Si el deterioro del bien de especie o cuerpo cierto no afecta la posibilidad de continuar utilizándolo en su destino natural, estimamos que es aceptable como reparación *in natura* la restauración, refacción o recomposición del bien, v.gr., a través del reemplazo de las piezas dañadas, todo ello a costa del autor del daño, para lo cual será aconsejable establecer elementos objetivos de verificación sobre la calidad de los trabajos que se vayan a efectuar, con el fin de que no se presenten discrepancias entre las partes acerca del efectivo cumplimiento de la orden judicial de reparación del daño causado.

Esta forma de reparación se da modernamente no sólo en relación con bienes corporales, particularmente bienes compuestos que han sufrido deterioro, sino también con los elementos que configuran el medio ambiente, en el caso de los daños llamados “ecológicos” o “ambientales”. En estos casos, se procura que la sentencia que reconozca el deber de reparar el daño causado ordene, en lo posible, la restauración del medio ambiente afectado con el hecho dañoso.

102 ZANNONI, EDUARDO A., *op. cit.*, pág. 189. En el mismo sentido ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *op. cit.* pág. 499.

9.6. Reparación *in natura* respecto de daños causados al honor, la intimidad de las personas o al derecho a su propia imagen

Se ha indicado que esta forma de reparación será procedente cuando el bien agraviado sea alguno de los derechos de la personalidad antes mencionados, y la reparación del daño podrá estar relacionada con la eliminación de los actos o hechos a través de los cuales se estaba llevando a cabo el agravio, de manera muy particular a través de la retractación de quien ha hecho afirmaciones contrarias a la verdad o de la rectificación del medio de comunicación que divulgue una información que no sea veraz o exacta, o cuando se estima que el perjuicio cesará si se retira de circulación una publicación injuriosa, o si se considera que la reparación será suficiente si el contenido de la sentencia estimatoria recibe suficiente divulgación.

MESSINEO considera que este tipo de actividades “se conectan, en cierto modo, a la reintegración específica”¹⁰³, y cita como ejemplos algunos de los ya mencionados, como la orden judicial de retirar de la circulación un escrito injurioso o la posibilidad de que el juez ordene que se publique en medios de comunicación de amplia circulación un extracto de la sentencia cuando estime que con ello se puede reparar el daño causado, particularmente cuando se trata de daños que hayan afectado la reputación de la víctima.

JOSÉ LUIS CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ afirma, para el derecho español, que, “en el ámbito de las intromisiones ilegítimas del derecho al honor, es relativamente frecuente que la demanda interese y la sentencia conceda, la publicación de esta última en un diario de gran difusión o en aquél a través del cual se ha vulnerado dicho derecho fundamental, con el propósito de restañar el daño ocasionado por la divulgación atentatoria y tratar de devolver al perjudicado, figuradamente al menos, la reputación o fama que tenía con anterioridad a la comisión del atentado contra la misma”¹⁰⁴.

En relación con el ordenamiento español debe hacerse especial referencia a la Ley Orgánica 1 del 5 de mayo de 1982 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la cual establece diversas medidas que podrán adoptarse frente a la violación de alguno de los bienes jurídicos que con ella se tutelan, y en particular se da una autorización general para que el juez dicte medidas tendientes a reparar *in natura* los daños ocasionados y a

103 MESSINEO, FRANCESCO, *op. cit.*, pág. 564.

104 CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, JOSÉ LUIS, *Derecho de daños*, pág. 46.

impedir que se sigan causando¹⁰⁵. En dicho contexto, el artículo 9.2. de la citada ley establece que, “[l]a tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trae y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados”.

Principio similar se consagra en la Ley Orgánica 2 del 26 de marzo de 1984, reguladora del derecho de rectificación, en cuyo artículo 3º se establece que “el director del medio de comunicación social deberá publicar o difundir íntegramente la rectificación, dentro de los tres días siguientes al de su recepción, con relevancia semejante a aquélla en que se publicó o difundió la información que se rectifica, sin comentarios ni apostillas”.

No obstante lo anterior, se debe tener presente que las disposiciones legales antes citadas no constituyen innovación en el sistema jurídico español, toda vez que previamente la jurisprudencia había llegado a soluciones semejantes. DE ÁNGEL YÁGÜEZ hace referencia a dos sentencias del Tribunal Supremo en las que se determinó que frente a publicaciones contrarias a la verdad e injuriosas, una forma de reparar el daño era publicar la sentencia con la misma divulgación que tuvo la noticia o la publicidad causante del daño (sentencias del 6 de diciembre de 1912, sobre una joven agraviada con una noticia injuriosa, y del 4 de junio de 1962, sobre la publicidad de un empresario que atribuía efectos destructivos a la lejía respecto de la ropa que fuera lavada con ella)¹⁰⁶.

En la doctrina colombiana, JORGE SANTOS BALLESTEROS, al estudiar la responsabilidad civil por la actividad de los medios de comunicación, señala que la reparación de los daños causados en este campo se rigen, en general por las orientaciones generales de la responsabilidad civil, y a continuación anota que, “[s]in embargo, y como una forma de reparación, se alude en la utilización de los medios de comunicación social, al denominado ‘derecho de rectificación’, es decir, el derecho que tiene toda persona de solicitar al mismo medio que divulgó la información incorrecta, o incompleta, o deformada, o abusiva, su rectificación”, derecho éste que, en opinión del jurista antes citado, no excluye el derecho a la indemnización del

105 DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *op. cit.*, pág. 908.

106 DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *op. cit.*, pág. 908.

daño efectivamente ocasionado. Es claro que en la mayoría de los casos relacionados con los derechos mencionados en este acápite una rectificación no tendrá la virtualidad de resarcir la totalidad del daño ocasionado, pues, como se dice popularmente, “siempre quedará la duda”, razón por la cual esta forma de reparación deberá acompañarse de la correspondiente indemnización de perjuicios, tanto extrapatrimoniales como patrimoniales, para efectos de que la reparación del daño sea integral.

Por otra parte, existen precedentes judiciales en los que la Corte Suprema de Justicia ha ordenado la publicación de la sentencia, como una forma de reparar el daño, como ocurrió en el caso de la sentencia de casación civil del 24 de mayo de 1999, en un caso de responsabilidad civil de una importante casa periodística por la difusión de noticias inexactas.

10. CASOS PARTICULARES DE REPARACIÓN IN NATURA EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Como hemos afirmado al analizar los distintos sistemas legales sobre reparación de los daños, en el derecho civil colombiano el artículo 2341 del Código Civil señala, parcamente, que el que ha cometido un delito o culpa, que le ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización de perjuicios correspondiente. Es decir, en materia de daños de fuente extracontractual el ordenamiento civil consagra simplemente el deber de reparar pero no precisa las modalidades o formas a través de las cuales este deber puede llevarse a cabo, con lo cual se ha entendido que dicho concepto comprende tanto la reparación *in natura* como la reparación a través del equivalente pecuniario.

Asimismo, frente al incumplimiento de obligaciones surgidas cuando existe un vínculo previo entre las partes, los artículos 1602 y siguientes del citado ordenamiento contienen los principios generales con base en los cuales se desarrolla el régimen de la ejecución forzosa de las distintas clases de obligaciones, sea *in natura*, sea a través del equivalente pecuniario, así como las condiciones y requisitos que se deberán cumplir para exigir la indemnización de los daños causados al acreedor, cuando a ella haya lugar.

Como complemento de lo anterior, vamos a continuación a mencionar algunos eventos en los cuales se han establecido modalidades de reparación *in natura* a través de leyes especiales.

10.1. Daños causados en relación con derechos o intereses colectivos

Sabemos que con la Ley 472 de 1998 se desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política y se estableció el régimen general de las acciones encaminadas a la protección de los derechos colectivos, más conocidas como las acciones populares. En relación con la reparación de los daños causados en los bienes o intereses colectivos, también conocidos como “difusos”, en el primer inciso del artículo 34 de la Ley 472 de 1998 se dispuso que “la sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible. La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante. Igualmente fijará el monto del incentivo para el actor popular”.

10.2. Daños causados al medio ambiente

Sabemos que una de las modernas categorías del daño se encuentra en el que se conoce como “daño ambiental” o “daño ecológico”, el cual hace referencia a la alteración o menoscabo que se presenta, con una entidad relevante, en el medio ambiente o sus recursos y que, en general, afecta el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes (art. 42 de la Ley 99 de 1993).

En el tratamiento particular de este tipo de daño se busca, primordialmente, que su reparación se produzca a través de la “restauración” del hábitat afectado, y sólo si ello no es posible que se indemnice el perjuicio causado. Así lo establece expresamente el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 sobre acciones populares¹⁰⁷ y lo reafirma el artículo 7º de la Ley 491 de 1991, sobre el “seguro ecológico”, al señalar que ese será el destino que habrá de dársele a la indemnización otorgada por la aseguradora cuando de aquélla sea beneficiaria una entidad estatal.

107 “En caso de daño a los recursos naturales el juez procurará asegurar la restauración del área afectada destinando para ello una parte de la indemnización”.

10.3. Daños causados por actos de competencia desleal

En la Ley 256 de 1996, sobre competencia desleal, se establece que cuando se presente algún acto de competencia desleal, entendiéndose por éste “todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado” (art. 7º de la Ley 256 de 1996), el afectado con dichos comportamientos podrá interponer alguna de las acciones establecidas en el artículo 20 de la Ley 256, una de las cuales, la que se denomina como “declarativa y de condena”, tiene dentro de sus finalidades “que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia *se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos* e indemnizar los perjuicios causados al demandante...”. (La bastardilla no corresponde al texto original).

10.4. Daños producidos en relación con la honra, la intimidad o el derecho a la propia imagen

Como lo indicamos a espacio en el acápite 9.6 de este escrito, es posible considerar como reparación *in natura*, entendida ésta de una manera amplia, la realización de la correspondiente rectificación y también la retractación por parte de quien ha agraviado los derechos a la honra, a la intimidad o a la imagen personal de otro sujeto.

Como lo ha estudiado con profundidad SANTOS BALLESTEROS¹⁰⁸, existen disposiciones legales particulares que consagran el derecho a la rectificación según el medio de comunicación del que se trate. Así, el artículo 19 de la ley 29 de 1944 establece el derecho a la rectificación en relación con los periódicos, el artículo 9º de la Ley 74 de 1996 para la radiodifusión, y el artículo 30 de la Ley 182 de 1995 para la televisión.

La retractación, por su parte, como una forma particular de extinguir la acción penal en los delitos de injuria y calumnia, está regulada en el artículo 225 de la Ley 599 de 2000.

108 SANTOS BALLESTEROS, JORGE, *Instituciones de responsabilidad civil*, t. II, págs. 367 y sigs.

10.5. Daños producidos en materia de propiedad industrial

En nuestro ordenamiento, la regulación aplicable a los bienes que conforman la llamada propiedad industrial se encuentra contenida en la Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina. Como sabemos, en dicha reglamentación se encuentra el régimen general sobre las marcas, las patentes de invención, los modelos de utilidad y los diseños industriales, el registro de los mismos, los derechos que se confieren a sus titulares, así como las medidas de protección en caso de que se presenten infracciones de los derechos correspondientes. En caso de infracción, el titular de un derecho protegido por las normas de la Decisión 486 puede entablar una acción ante la autoridad nacional competente, en nuestro caso la Superintendencia de Industria y Comercio, contra cualquier persona que vulnere sus derechos.

Dentro de las diversas medidas que se pueden solicitar a la autoridad nacional competente, algunas de las cuales claramente configuran formas de reparación *in natura*, se encuentran las siguientes, según lo establece el artículo 241 de la Decisión 486 de 2000:

“a) el cese de los actos que constituyen la infracción;

“b) la indemnización de daños y perjuicios;

“c) el retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la infracción, incluyendo los envases, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad u otros materiales, así como los materiales y medios que sirvieran predominantemente para cometer la infracción;

“d) la prohibición de la importación o de la exportación de los productos, materiales o medios referidos en el literal anterior;

“e) la adjudicación en propiedad de los productos, materiales o medios referidos en el literal c), en cuyo caso el valor de los bienes se imputará al importe de la indemnización de daños y perjuicios;

“f) la adopción de las medidas necesarias para evitar la continuación o la repetición de la infracción, incluyendo la destrucción de los productos, materiales o medios referidos en el literal c) o el cierre temporal o definitivo del establecimiento del demandado o denunciado; o,

“g) la publicación de la sentencia condenatoria y su notificación a las personas interesadas, a costa del infractor”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, ATILIO A., *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979.
- Asociación Internacional de Derecho Romano, Congreso internacional (4º, 2001, Burgos), La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno, IV congreso internacional y VII congreso iberoamericano de derecho romano, coordinador: ALFONSO MURILLO VILLAR, Servicio de publicaciones de la universidad de Burgos, Burgos, 2001.
- BEJARANO SÁNCHEZ, MANUEL, *Obligaciones civiles*, 3ª edición, editorial Harla S.A., México, 1984.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª edición ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.
- CASTRESANA HERRERO, AMELIA, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, 1ª edición, ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001.
- COLOMBO, LEONARDO A., *Culpa aquiliana (cuasidelitos)*, 2ª edición, Tipografía editora argentina, Buenos Aires, 1947.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, JOSÉ LUIS, *Derecho de daños*, 2ª edición, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1999.
- Cuerpo del Derecho Civil Romano, IDELFONSO L. GARCÍA DEL CORRAL, Editorial lex nova, Valladolid.
- DE AGUIAR DIAS, JOSÉ, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, Editorial José M. Cajicá, Jr. S.A., Puebla, México, 1996.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO, *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993.
- DE CUPIS, ADRIANO, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, traducción de la segunda edición italiana por ÁNGEL MARTÍNEZ CARRIÓN, Imprenta universitaria de Bogotá, 1996.
- DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, LUIS, *Derecho de daños*, reimpresión de la 1ª edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000.
- DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, LUIS, y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de derecho civil*, 5ª edición, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1988.
- D'ORS, ÁLVARO, *Derecho privado romano*, 3ª edición, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1977.
- DUQUE GÓMEZ, JOSÉ N. *Del daño. Compilación y extractos*, 1ª edición, Editorial jurídica de Colombia, Bogotá, 2001.

- Estudios de derecho romano en memoria del Benito María Reimundo Yanes*, t. I, 1ª edición, coordinador: ALFONSO MURILLO VILLAR, Servicio de publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2000.
- ESTEVILL, LUIS PASCUAL, *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, t. I, vol. II, parte especial, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1990.
- Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, vols. I y II, coordinadores de los estudios: JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ, PELAYO DE LA ROSA DÍAZ y ARMANDO TORRENT RUIZ, Salamanca, 2002.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, ALEJANDRINO y PARICIO, JAVIER, *Fundamentos de derecho privado romano*, 3ª edición, Editorial centro de estudios Ramón Aceres S.A., Madrid, 1997.
- FISCHER, HANS A., *Los daños civiles y su reparación*, Biblioteca de la revista de derecho privado, Madrid, 1928.
- GARCÍA AMIGO, MANUEL, *Lecciones de derecho civil II, Teoría general de las obligaciones y contratos*, 1ª edición, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- GHERSI, CARLOS A. *Modernos conceptos de responsabilidad civil*, 1ª edición, Biblioteca jurídica Diké, Medellín, 1995.
- GHERSI, CARLOS A., *Teoría general de la reparación de daños*, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.
- HINESTROSA FORERO, FERNANDO, *Tratado de las obligaciones*, t. I, Concepto, estructura, vicisitudes, 1ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- JÖRS, PAUL y KUNKEL, WOLFGANG, *Derecho privado romano*, traducción de la segunda edición alemana, Editorial Labor, Barcelona, 1965.
- KASER, MAX, *Derecho romano privado*, traducción de la quinta edición alemana, Editorial Reus S.A., Madrid, 1982.
- LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Principios de derecho civil, derecho de obligaciones*, t. II, 1ª edición, Editorial Trivium, Madrid, 1993.
- LUNA YERGA, ANTONIO; PIÑEIRO SALGUERO, J.; RAMOS GONZÁLEZ, S.; RUBI I. PUIG, A., “Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español”, revista electrónica *Indret*, Barcelona, Abril de 2002. www.indret.com
- LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Editorial Trivium, 1ª edición, Madrid, 1999.
- MAZEAUD, HENRI y LÉON-TUNC, ANDRÉ, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. I y t. III, vol. I, traducción de la quinta edición por LUIS ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1963.

- MESSINEO, FRANCESCO, *Manual de derecho civil y comercial*, traducción de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, t. VI, Relaciones obligatorias singulares, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1955.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por daños* t. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, parte general.
- MORELLO, AUGUSTO M., *Indemnización del daño contractual*, 2ª edición, Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974.
- ORDOQUI, GUSTAVO y OLIVERA, RICARDO, *Derecho extracontractual*, vol. II, Compendio de responsabilidad extracontractual, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1974.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO, *Régimen general de las obligaciones*, 7ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 2001.
- PEIRANO FACIO, JORGE, *Responsabilidad extracontractual*, reimpresión de la segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, 2004.
- REGLERO CAMPOS, LUIS FERNANDO, (coordinador) y otros, *Lecciones de responsabilidad civil*, Editorial Aranzadi S.A., Elcano (Navarra), 2002.
- REGLERO CAMPOS, LUIS FERNANDO, (coordinador) y otros, *Tratado de responsabilidad civil*, vol. I, parte general, Elcano (Navarra), 2002.
- ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Derecho de daños, textos y materiales*, 2ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
- RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- SANTOS BALLESTEROS, JORGE, *Instituciones de responsabilidad civil*, t. I y II, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1996 y 2004.
- SANTOS BRIZ, JAIME, *Derecho de daños*, Editorial revista de derecho privado, Madrid, 1963.
- SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, 7ª edición, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1993.
- SCHULZ, FRITZ, *Derecho romano clásico*, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1960.
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER, *De la responsabilidad civil*, t. IV, 1ª edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1999.
- Textos de derecho romano*, coordinador RAFAEL DOMINGO, Editorial Aranzadi S.A., Elcano (Navarra), 2002.
- YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2001.
- ZANNONI, EDUARDO A., *El daño en la responsabilidad civil*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982.