
La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: del modelo de Bello a nuestros días*

» JOSÉ LUIS DIEZ SCHWERTER**

RESUMEN: Este trabajo tiene por finalidad analizar la aplicación de la original acción general por daño contingente que ANDRÉS BELLO aportó a la codificación latinoamericana, con especial interés en los textos chileno, colombiano y ecuatoriano de responsabilidad civil, partiendo de la base de que en ellos se comparte un mismo modelo normativo general: el Código Civil chileno (promulgado el 14 de diciembre de 1855, y adoptado luego en Colombia y Ecuador), por medio de su consagración expresa en dichos países, evidenciando el estado de su aplicación y disímil evolución entre ellos.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil extracontractual, daño contingente, Ecuador, Colombia, Chile, acción popular, prevención del daño.

* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación FONDECYT (regular 2014) n.º 1140525, titulado “La acción preventiva por daño contingente contemplada en el artículo 2333 del Código Civil: análisis crítico de sus elementos constitutivos y propuestas sobre su ámbito de aplicación”, del que el autor es el investigador responsable.

Fecha de recepción: 14 de febrero de 2016. Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2016.

Para citar el artículo: J. L. DIEZ SCHWERTER, “La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: del modelo de Bello a nuestros días”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 30, enero-junio de 2016, 257-286.

DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n30.o9>

** Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Concepción, Chile. Doctor en Sistema Jurídico Romanista: Unificación del Derecho y Derecho de la Integración por la *Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”*, Roma, Italia. Contacto: jdiez@udec.cl

The Application of the Contingent Damages Action in Chile, Colombia and Ecuador: from A. Bello's Model to Present Day

ABSTRACT: This work aims to analyze the application of the original general action for contingent damages, which ANDRÉS BELLO contributed to in the Latin American Codification process. This work specifically focuses on the Chilean, Colombian and Ecuadorian model of liability based on the fact that they share the same general regulatory model: the Chilean Civil Code (promulgated on December 14, 1855, and then adopted in Colombia and Ecuador) through its consecration expressed in these countries, showing the status of their application and the dissimilar evolution among them.

KEYWORDS: Tort Law, contingent damages, Ecuador, Colombia, Chile, collective redress, damage prevention.

SUMARIO: I. El Código Civil chileno: breve reseña de sus fuentes y de su recepción en Colombia, Ecuador y El Salvador. II. La original inclusión en el modelo de Bello de una acción preventiva general en la disciplina aquiliana. III. La acción general por daño contingente en el Código Civil de Chile. IV. La acción general por daño contingente en el Código Civil de Colombia. V. La acción general por daño contingente en el Código Civil de Ecuador. Conclusiones. Bibliografía.

I. El Código Civil chileno: breve reseña de sus fuentes y de su recepción en Colombia, Ecuador y El Salvador

El Código Civil chileno fue elaborado por ANDRÉS BELLO, insigne venezolano de amplia e inusual formación jurídica y humanista¹, a quien el naciente gobierno chileno le encomendó su redacción alrededor de 1834^[2].

Tras sucesivos proyectos y reformulaciones, por Ley de 14 de diciembre de 1855 se aprueba el “Código Civil de la República de Chile”, el cual entra en vigor el 1 de enero de 1857.

1 Sobre los aportes de BELLO a las diversas ramas del derecho, véase *Bello y el derecho latinoamericano*, Fundación la Casa de Bello, Caracas, 1987; INSTITUTO DE CHILE (ed.), *Congreso Internacional “Andrés Bello y el Derecho”*, Jurídica de Chile, 1982. Particularmente en cuanto a su labor en derecho romano, HANISCH ESPÍNDOLA, H., *Andrés Bello y su obra en derecho romano*, Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, Santiago, 1983. Una muy completa biografía en JAKSIĆ, I., *Andrés Bello: La pasión por el orden*, Santiago, Universitaria, 2001.

2 Sobre la codificación chilena véanse: GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello Codificador*, Universidad de Chile, Santiago, 1982; ID., *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Santiago, Jurídica de Chile, 2000, 349 ss.

La influencia que ejerció este Código en Latinoamérica fue trascendente, siendo adoptado por muchos Estados de la región. Actualmente siguen al Código Civil chileno los códigos civiles de Colombia, Ecuador y El Salvador³.

Al efecto, en Colombia el Código Civil chileno fue adoptado primeramente como Código de Cundinamarca, rigiendo –desde 1863– en casi todos los estados de los Estados Unidos de Colombia. En virtud de la Constitución de 1886 Colombia asume una forma unitaria. En consecuencia, se dicta la Ley 57 del 15 de abril de 1887 que “ordenó regir en la República, noventa días después de su publicación, entre otros ‘el código civil de la Nación, sancionado el 26 de mayo de 1873’. Por ende, dicho código, que era el antiguo de Santander, vale decir, el chileno, empezó a regir en toda Colombia el 22 de julio de 1887 hasta el día de hoy”⁴.

En lo que respecta al Código Civil ecuatoriano, este fue preparado por la Corte Suprema de ese país, siendo sancionado por el Vicepresidente de la República el 6 de marzo de 1858 y promulgado el 4 de diciembre de 1860, mediante decreto de la Junta Provisional de Gobierno, la cual ordenó que empezara a regir el 1 de enero de 1861. La propia Corte Suprema informaba que “el *Código Civil de la República de Ecuador* es pues el código de Chile apropiado a nuestras circunstancias con varias y ligeras reformas”⁵.

En lo que respecta a El Salvador, la influencia del Código Civil chileno es también evidente y su Código Civil (promulgado el 23 de agosto de 1859 y entrado en vigor 30 días después) “se ciñe completamente al chileno de 1855, de guisa de haberse dado en El Salvador un nuevo caso de adopción íntegra”⁶.

3 Sobre la influencia del Código Civil chileno en Iberoamérica, véase especialmente GUZMÁN BRITO, A., *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, cit., 374 ss. Se refieren además a la materia: PEIRANO FACIO, J., “El código de Bello y su influencia en los principales códigos latinoamericanos”, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U. de Chile*, v. 4, n.º 4 (1964-1965), 64 ss.; BRAVO LIRA, B., “La difusión del Código Civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 7 (1982), 71 ss.

4 GUZMÁN BRITO, A., *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, cit., 403. Sobre la codificación civil en Colombia véase también: BALMES ARTEAGA, E., “El Código de Bello en Colombia”, en *Congreso Internacional “Andrés Bello y el Derecho”*, cit., 411 ss.; HARKER PUYANA, E., “El Código de don Andrés Bello en Colombia”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 201, 1973, 25 ss.; HINESTROSA, F., “El ‘Código Civil’ de Bello en Colombia”, en GUZMÁN BRITO, A. (ed.), *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Santiago, LexisNexis, 2007, 177 a 198.

5 GUZMÁN BRITO, A., *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, cit., 384. Sobre la codificación civil en Ecuador véase también CORDOVA, A., *Derecho civil ecuatoriano*, I, *Parte general e historia de nuestro derecho civil*, Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1956, 65 ss. y LARREA HOLGUÍN, J. I., *Derecho Civil del Ecuador*, I, *Parte general y personas*, Quito, 1964, 16 ss.; ID., *Manual de Derecho Civil*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1980, 13-22; SALGADO PESANTES, H., “El ‘Código Civil’ de Bello en Ecuador”, en GUZMÁN BRITO (ed.), *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, cit., 165-176.

6 GUZMÁN BRITO, A., *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, cit., 406. Sobre la codificación civil en El Salvador véase también: RODRÍGUEZ RUIZ, N., “El proceso histórico del Código Civil”, en *Código Civil de la República de El Salvador en Centroamérica. Estudios y conferencias sobre el Código Civil de 1860*, Universidad de El Salvador, Universitaria, 1960, 49 ss.; VELASCO ZELAYA,

II. La original inclusión en el modelo de BELLO de una acción preventiva general en la disciplina aquiliana

El Código Civil chileno (en adelante, c.c.ch) reconoce entre las fuentes de las obligaciones al “hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos o cuasidelitos” (art. 1437, que corresponde a los artículos 1494 y 1453 de los códigos civiles de Colombia y Ecuador, respectivamente, y con algo más de lejanía al artículo 1308 c.c. salvadoreño), entendiendo por “delito civil” un “hecho ilícito” “cometido con intención de dañar” y por “cuasidelito civil” un hecho “culpable, pero cometido sin intención de dañar” (art. 2284, que corresponde a los artículos 2302, 2184 y 2035 de los códigos civiles de Colombia, Ecuador y El Salvador, respectivamente)⁷⁻⁸.

La responsabilidad extracontractual está reglamentada detalladamente en los artículos 2314 a 2334 c.c.ch, integrantes del Título xxxv de su Libro IV, el cual lleva por epígrafe precisamente: “De los delitos y cuasidelitos”. BELLO estableció ahí un sistema general de responsabilidad de carácter subjetivo, en que dolo y culpa son los criterios de imputación ante daños ya inferidos (arts. 1437, 2284, 2314 y 2329 inc. 1.º), matizado en todo caso con algunas hipótesis típicas de responsabilidad objetiva (arts. 2321 y 2327).

Dentro de esta normativa destacan dos acciones preventivas específicas.

Por un lado, la contenida en el artículo 2328 el cual, con raíces en la *actio de positis vel suspensis* del derecho romano⁹, estableció que “cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción” de la cosa que “de la parte superior de un edificio o de otro paraje elevado, amenace caída y daño”¹⁰.

Por otra parte, cerrando el mencionado título, BELLO estableció la acción por daño contingente (arts. 2233 y 2334 c.c.ch), la cual, como se verá, es re-

M. E., “El ‘Código Civil’ de Bello en El Salvador”, en GUZMÁN BRITO (ed.), *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, cit., 153-163.

7 Sobre la influencia de POTHIER en esta nomenclatura y conceptualización, y su relación con los delitos y cuasidelitos del derecho romano, véase CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, x, De las Obligaciones, 1, Santiago, Imprenta Nascimento, 1936, 598-600.

8 Art. 1437: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones, ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

Art. 2284: “Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

“Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

“Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

“Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.

“En este título se trata solamente de los cuasicontratos”.

9 *Digesto*, 9,3,5,6 y 13.

10 Regla equivalente a los artículos 2355 c.c.col., 2079 c.c. de El Salvador y 2228 c.c.ec.

producida, con muy puntuales diferencias, en los códigos civiles ecuatoriano, colombiano y salvadoreño.

Al efecto los mencionados códigos señalan:

CHILE	COLOMBIA	ECUADOR	EL SALVADOR
Art. 2333 “Por regla general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”.	Art. 2359 “Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”.	Art. 2236 “Por regla general se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”.	Art. 2084 “Por regla general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, o a sus propiedades, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”.
Art. 2334 “Si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes, parecieren fundadas, será el actor indemnizado de todas las costas de la acción, y se le pagará lo que valgan el tiempo y diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados”.	Art. 2360 “Si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes, se declararen fundadas, será el actor indemnizado de todas las costas de la acción, y se le pagarán lo que valgan el tiempo y la diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados”.	Art. 2237 “Si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes parecieren fundadas, será el actor indemnizado de todas las costas de la acción, y se le pagará lo que valgan el tiempo y diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados”.	Art. 2085 “Si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes, parecieren fundadas, será el actor indemnizado de todas las costas de la acción, y se le pagará lo que valgan el tiempo y diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados”.

Se trata –como hemos dicho anteriormente– de una sorprendente innovación introducida por BELLO, quien refundió en una acción preventiva general –que incluso puede llegar a ser popular– toda la interesante casuística de acciones

populares preventivas específicas que conocía nuestra tradición jurídica desde el derecho romano¹¹.

Una acción de estas características no estaba contenida en los códigos civiles europeos y latinoamericanos vigentes para la época, los que centraban su regulación en la función indemnizatoria o reparatoria de la disciplina aquiliana frente a daños ya inferidos.

Además, desde el punto de vista de la legitimación activa, destaca el que BELLO haya concedido una “acción popular” cuando el daño contingente amenaza a “personas indeterminadas”, en circunstancias en las que la tendencia de los códigos civiles decimonónicos fue reservar al Estado y los entes públicos la titularidad en la protección del interés público¹².

A continuación examinaremos el desarrollo que esta acción ha tenido en Chile, Colombia y Ecuador, para finalizar enunciando las conclusiones que su análisis comparativo proporciona.

Excluiremos de este estudio el derecho salvadoreño por no haber podido examinar en detalle la jurisprudencia atingente al tema.

III. La acción general por daño contingente en el Código Civil de Chile

A pesar de encontrarse consagrada desde su texto original, son aún puntuales los estudios específicos sobre esta acción¹³.

En todo caso, a partir de la década de 1940 aparece referida, con mayor o menor atención, en las obras generales sobre responsabilidad extracontractual producidas desde esa época¹⁴.

-
- 11 V. DIEZ SCHWERTER, J. L. y DELGADO SCHNEIDER, V., “Algunas útiles herramientas olvidadas en nuestra práctica del Derecho de Daños”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción* (Chile), 214, 2003 [pero 2005], 144.
- 12 Al respecto véase especialmente: DELGADO SCHNEIDER, V., *La legitimación activa ambiental en los países de la región del Mercosur con especial atención a las acciones populares*, Tesis de Doctorado presentada en el *Dottorato di ricerca in Sistema giuridico romanistico: unificazione del diritto e diritto dell'integrazione*, Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, 2003, 46-74; DELGADO SCHNEIDER, V., “La protección del Medio Ambiente a través de las acciones populares del artículo 948 del Código Civil de Andrés Bello: un estudio histórico-comparativo”, en TAPIA RODRÍGUEZ, M. y MARTINIĆ GALETOVIC, M. D. (eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, t. II, Santiago, LexisNexis, 2005, 910-932.
- 13 DIEZ SCHWERTER, J. y DELGADO SCHNEIDER, V., *Algunas útiles herramientas...*, cit.; DIEZ SCHWERTER, J. L., “Notas sobre la acción preventiva de daños del artículo 2333 del Código Civil: a propósito de un fallo reciente”, *Revista de Derecho*, Chile, Universidad de Concepción, 217-218, 2005 [pero 2006], 317-321; MOLINARI VALDÉS, A., *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil*, Santiago, LexisNexis, 2004.
- 14 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1943, 218-220; BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica de Chile, 2006, 795 y 941; CORRAL TALCIANI, H., *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Jurídica de Chile, 2003, 355 a 362; y un tratamien-

Así, en 1941, TAPIA SUÁREZ indicaba que “el artículo 2333 señala una regla de carácter muy amplio, en la cual pueden quedar comprendidos todos los casos de daño contingente susceptibles de presentarse”¹⁵. Coincidirá con ello ALESSANDRI RODRÍGUEZ al afirmar en 1943 que “[c]omo el art. 2333 es suficientemente amplio [se refiere a todos los casos de daño contingente sin distinguir], la acción que confiere puede ejercitarse cualquiera que sea la clase o naturaleza del daño que se teme”, mencionando como ejemplos el incendio que se teme por las chispas que arroja la chimenea de una fábrica vecina para obligar a su propietario a dotarla de las respectivas protecciones, o el temor de una inundación por el desborde o ruptura de un cauce para que se obligue al propietario a tomar las medidas para evitarla¹⁶.

En 1999 RODRÍGUEZ GREZ, en tanto, señalará que el artículo 2333 c.c.ch enuncia “una regla general que permite incluir en su regulación todos los casos en que existe una situación de peligro que pueda amenazar la producción de un daño resarcible”¹⁷.

Por su parte, en 2003 CORRAL TALCIANI ofrecerá un preciso y esquemático tratamiento de los diversos aspectos que engloba esta acción, bajo el contexto de lo que llama “responsabilidad preventiva”, señalando que “[n]ormalmente, se ha relacionado el concepto de daño contingente con consecuencias materiales, como la caída de un edificio que amenaza ruina o de un árbol mal arraigado, pero el Código no hace ninguna distinción respecto de la naturaleza del perjuicio. Todo daño puede ser objeto de la responsabilidad preventiva”¹⁸.

Ahora bien, en una monografía específica sobre la “tutela preventiva civil”, MOLINARI VALDÉS postulará en el año 2004 que, atendida las “posibilidades de extensión que la norma nos brinda” y la “gama ilimitada de posibilidades de dañar” a una persona¹⁹, la acción procede en casos de amenazas al derecho a la vida, a la integridad física y psíquica de la persona, a su salud en general²⁰, a la propia

to aún más profundizado aparece en la 2.ª edición de este texto: Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013, 409 a 415; RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica de Chile, 1999, 284 a 289; TAPIA SUÁREZ, O., *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, Memoria de Prueba, Publicaciones del Seminario de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Escuela Tipográfica Salesiana, Concepción, 1941, existiendo reimpresión el año 2006, publicada por LexisNexis, tratando esta materia en 197 y 198.

15 TAPIA SUÁREZ, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, cit., 2006, 198.

16 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la Responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, cit., 219.

17 RODRÍGUEZ GREZ, *Responsabilidad extracontractual*, cit., 285.

18 CORRAL TALCIANI, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, cit., 357-357.

19 MOLINARI VALDÉS, *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil*, cit., 207 y 210.

20 Da los siguientes ejemplos al respecto: “amparar a la persona significa sin dudas amparar su vida y su salud, por ejemplo la salud de la madre embarazada y la salud y vida del hijo frente a

imagen o al derecho a su honra, incluyendo también el derecho de propiedad²¹ y la protección del medio ambiente, como un derecho humano de vivir en un medio ambiente libre de contaminación cuando se trate de “una tutela indirecta al medio ambiente pero directa de la persona”²². Y al tratar de la legitimación activa popular destaca su “clara posibilidad de tutelar anticipadamente intereses difusos, tales como el de los consumidores o el de las personas en relación al medio ambiente”²³.

En esa misma dirección, junto a DELGADO SCHNEIDER, sostuvimos en 2005 la posibilidad de aplicar esta acción “además en materia medioambiental, o ante los peligros que importa la inadecuada utilización de la experimentación biotecnológica o el mal estado de las vías públicas o su falta o inadecuada señalización, entre tantas otras hipótesis imaginables, en el entendido [de] que ellas pueden amenazar a ‘personas indeterminadas’. Más en general, los llamados –con nomenclatura moderna– intereses ‘difusos’ o ‘colectivos’ encontrarán usualmente aquí una vía apta de tutela jurisdiccional”²⁴. Y ese mismo año dediqué un comentario de jurisprudencia a la primera sentencia conocida en Chile en que la acción de daño contingente del artículo 2333 fue acogida por los tribunales²⁵.

En 2006 BARROS BOURIE, a propósito de las acciones para impedir o hacer cesar el daño ambiental, comenta que la ausencia de un procedimiento especial ha restado efectividad a la regla del artículo 2333, la que “ha sido complementada, y desplazada en la práctica, por la acción constitucional de protección, que ha venido a resolver las carencias de nuestra legislación procesal civil en materias que requieren un pronunciamiento urgente”²⁶.

En lo que respecta a la jurisprudencia sólo tenemos conocimiento de seis sentencias en que se ha debatido la aplicación de la norma²⁷, de las cuales dos han conducido a condenas.

la amenaza que significa para ellos, por ejemplo, la utilización de pesticidas, o la amenaza para la vida o salud del trabajador que, por ejemplo, manipula asbesto, o alguna otra sustancia que pudiera poner en riesgo su salud o vida”. *Ibíd.*, 208.

21 Ejemplifica de este modo: “Si el titular de este derecho es la persona y por lo tanto es su propiedad la que se daña, lo que se daña, se daña para el titular del derecho, en otros términos para la persona. Piénsese, por ejemplo, en el dueño de un fundo, que tiene ganado vacuno que toma agua todos los días de un río como única posibilidad de beber, y el dueño o capataz del fundo toma conocimiento de que una empresa minera vierte sustancias peligrosas para los animales, la enfermedad de los animales, la muerte de ellos, ¿no representa un daño a la propiedad del dueño? ¿no se está afectando acaso un derecho que le corresponde a su persona?”. *Ibíd.*, 207-208.

22 *Ibíd.*, 209.

23 *Ibíd.*, 211.

24 DIEZ SCHWERTER, J. y DELGADO SCHNEIDER, V., *Algunas útiles herramientas...*, cit., 143-150.

25 DIEZ SCHWERTER, J., *Notas sobre la acción preventiva de daños del artículo 2333 del Código Civil...*, cit., 317-321.

26 BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit., 795.

27 Al respecto: Corte Suprema, 13 de septiembre de 1913, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 12, sec. 1.ª, 68 ss.; sentencia de 26 de agosto de 2003, dictada por INELIE DURÁN MADINA, Juez,

En la primera sentencia condenatoria se estableció que el inmueble del demandado, al carecer de cercos y contener escombros y basuras en las inmediaciones de algunas casas, representa una “amenaza clara [de] que, en el evento de permanecer en la situación en que se halla el bien raíz, ocurrirá el perjuicio que se trata de evitar a través del ejercicio de la acción entablada constituido por un daño contingente a la integridad física y psíquica de los demandantes, en cuanto actores populares”, ordenando el juez al demandado “limpiar y cercar debidamente el inmueble de autos”, y “pagar la suma de \$500.000.- por concepto de tiempo y diligencias empleados en el ejercicio de la acción”²⁸.

Una segunda demanda es acogida al establecerse que existe una “amenaza clara en cuanto a que, de continuar utilizándose –en los días de bajas temperaturas– múltiples y dispersos focos de fuego en lugares estratégicos del Fundo Taphue, para prevenir daños en los viñedos, puede razonablemente provocarse el perjuicio que se busca evitar, esto es, colisiones por falta de visibilidad en los conductores usuarios de la Ruta 68, daño contingente que por cierto afectaría la integridad física de éstos”; ordenándose por el juez el cumplimiento por parte de los demandados de “medidas tendientes a mitigar riesgos en la autopista Ruta 68” que ahí explicita²⁹.

17.º Juzgado Civil de Santiago, en causa Rol 2525-1999, caratulada “Moreno con Plásticos”, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 9 de agosto de 2012, en causa Rol 1452-2004 y rechazando el recurso de casación en la forma, y en sentencia de la Corte Suprema de 16 de noviembre de 2012, en causa Rol 7724-2012; sentencia de 16 de octubre de 2006, dictada por el Juez Titular del Segundo Juzgado de Letras en lo Civil de Concepción, don CAMILO ÁLVAREZ ÓRDENES, en autos civiles sumarios, Rol n.º 1675-2006, caratulados “Sepúlveda Torres y otros con Servicio de la Vivienda y Urbanización Octava Región del Bío Bío”; sentencia de 28 de abril de 2008, dictada por doña CAROLA PAZ RIVAS VARGAS, Juez Titular, del 3er. Juzgado de Letras en lo Civil de Concepción en causa Rol n.º 2113-2008 (acumulada Rol n.º 2796-2008) caratulada “Álvarez con Empresa de Ferrocarriles del Estado”, confirmada por Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 28 de abril de 2009, rol n.º 317-2010, redacción del Abogado Integrante don GONZALO CORTEZ MATCOVICH; sentencia de 22 de julio de 2014, dictada por doña NANCY TORREALBA PÉREZ, Juez subrogante del 13.º Juzgado Civil de Santiago, rol n.º 6954-2012, caratulada “Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. con Sociedad Agrícola ARC Holding Ltda.”, revocada por Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 27 de febrero de 2015, en causa rol n.º 7396-2014; y sentencia de 6 de febrero de 2016, dictada por don CARLOS GAJARDO ORTIZ, Juez Titular del Juzgado de Letras de Cauquenes, en causa rol n.º 774-2013, caratulada, “Amaya con Leal”.

28.º Juzgado de Letras en lo Civil de Concepción, sentencia de 16 de octubre de 2006, dictada por el Juez Titular don CAMILO ÁLVAREZ ÓRDENES, en autos civiles sumarios, Rol n.º 1675-2006, caratulados “Sepúlveda Torres y otros con Servicio de la Vivienda y Urbanización Octava Región del Bío Bío”. Sobre esta sentencia véase: DIEZ SCHWERTER, J., *Notas sobre la acción preventiva de daños del artículo 2333 del Código Civil...*, cit., 317-321.

29.º Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 27 de febrero de 2015, rol n.º 7396-2014, caratulada “Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. con Sociedad Agrícola ARC Holding Ltda.”, redacción de la ministra señora JESSICA GONZÁLEZ TRONCOSO.

En las restantes ocasiones las acciones han sido rechazadas básicamente por estimarse que no existe amenaza y/o imprudencia o negligencia del demandado, o bien porque se la ha ejercido tratándose de un perjuicio que “ya se produjo”³⁰.

Así por ejemplo: se rechazará la demanda por daño contingente si “no ha podido acreditarse en autos la vulneración por parte de la demandada [Empresa de Ferrocarriles del Estado] a las medidas de seguridad que está obligada a implementar en el cruce Diagonal Bío Bío, y que ellas pongan en peligro la seguridad de los usuarios del cruce ferroviario”³¹, añadiéndose en sede de apelación que “resulta insuficiente para que se configure el daño contingente, la situación de riesgo general ocasionada por actividades que, en sí mismas, resultan potencialmente lesivas para las personas, como el transporte ferroviario”³².

Cabe destacar que cuando las acciones han sido acogidas se han impuesto obligaciones de hacer, como “limpiar y cercar debidamente el inmueble de autos”³³ o “comunicar y registrar ante la autoridad competente –Corporación Nacional Forestal de Chile [CONAF]– y asimismo informar a la demandante, con la anticipación necesaria, la decisión de efectuar ‘quemadas controladas’ en el Predio de que se trata, cumpliendo para ello con las formalidades del Decreto Ley 276 de 1980, del Ministerio de Agricultura”³⁴, así como obligaciones de no hacer, al ordenarse que “se prohíbe todo tipo de acto que implique la quema de cualquier material vegetal, sintético y/o plástico en el predio denominado Paso Tapihue, como mecanismo para regular la temperatura en los viñedos del inmueble, sin perjuicio del ejercicio de los derechos que la legislación vigente reconoce en el Decreto Ley 276 de 1980, del Ministerio de Agricultura”³⁵.

30 Sentencia del 2.º Juzgado Civil de Temuco, de 24 de marzo de 2012, Rol 2445-2011, dictada por doña MÓNICA TOLEDO REYNE, Juez subrogante, caratulada “Gacitúa con Municipalidad de Temuco”, considerando 11.º, y en el mismo sentido: sentencia del 1.º Juzgado Civil de Temuco, 18 de enero de 2016, en causa Rol 5675-2014, dictada por don JAVIER BASCUR PAVÉZ, Juez Suplente, caratulada “Vega con Municipalidad de Temuco”, considerando 13.º. Se trata de situaciones singulares, pues en ambos casos los actores solicitaron una indemnización pecuniaria por daño contingente, la que fue rechazada por la razón indicada.

31 3.º Juzgado de Letras en lo Civil de Concepción, sentencia de 28 de abril de 2008, dictada por doña CAROLA PAZ RIVAS VARGAS, Juez Titular, Rol 2113-2008 (acumulada Rol 2796-2008) caratulada “Álvarez con Empresa de Ferrocarriles del Estado”, considerando 18.º.

32 Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 25 de enero de 2011, Rol 317-2010, caratulada “Álvarez con Empresa de Ferrocarriles del Estado”, redacción del Abogado Integrante don Gonzalo Cortez Matcovich, considerando 6.º.

33 Sentencia del 2.º Juzgado de Letras en lo Civil de Concepción, de 16 de octubre de 2006, dictada por el Juez Titular don CAMILO ÁLVAREZ ÓRDENES, Rol 1675-2006, caratulada “Sepúlveda Torres y otros con Servicio de la Vivienda y Urbanización Octava Región del Bío Bío”.

34 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 27 de febrero de 2015, Rol 7396-2014, caratulada “Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. con Sociedad Agrícola ARC Holding Ltda.”, redacción de la ministra señora JESSICA GONZÁLEZ TRONCOSO.

35 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 27 de febrero de 2015, cit.

En un estudio muy reciente dedicado exclusivamente a los elementos que componen esta acción y a su campo de aplicación, hemos concluido que con ella el sistema chileno de responsabilidad extracontractual cumple normativamente una función preventiva general, que coexiste con la tradicional y conocida función reparatoria por daños inferidos. Y auguramos que el olvido práctico en que esta acción se encuentra podría revertirse si existiera un mayor conocimiento de su contenido y alcance por parte de los operadores del derecho, en especial de los abogados litigantes. Asimismo consignamos ahí lo oportuno que sería que el legislador procesal se hiciera cargo de introducir las reformas necesarias para solucionar adecuadamente los problemas que conlleva el ejercicio de acciones de urgencia, así como la intervención de actores populares, aspectos que hoy deben ser resueltos aplicando procedimientos generales y tradicionales que no los tuvieron presentes³⁶.

IV. La acción general por daño contingente en el Código Civil de Colombia

El Código Civil colombiano (en adelante, c.c.col.) reglamenta la responsabilidad extracontractual en el Título xxxiv del Libro iv, bajo el epígrafe “Responsabilidad común por los delitos y faltas” (arts. 2341 a 2360), donde se sigue muy de cerca al modelo chileno.

Así sucede con la acción por daño contingente en estudio, regulada en sus artículos 2359 y 2360, los que reproducen, con mínimas diferencias, lo señalado en los artículos 2333 y 2334 c.c.ch³⁷.

Durante el primer siglo de vigencia del Código colombiano esta acción permaneció prácticamente olvidada en la doctrina y en los tribunales³⁸.

36 DIEZ SCHWERTER, J. L., “La acción de daño contingente del artículo 2333 del Código Civil: sus elementos y ámbito de aplicación”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 46, 2016, en prensa.

37 Así, en lo que respecta al artículo 2359, indica que se concede “acción” cuando el daño contingente amenaza a personas indeterminadas, y no expresamente “acción popular” como lo hace el artículo 2333 c.c.ch, lo que, en todo caso, no ha impedido reconocer pacíficamente la existencia de una acción popular en ese caso. Además la mencionada norma utiliza la expresión “alguno” en vez de “alguien”, como lo hace el modelo chileno, diferencia irrelevante en el alcance del precepto. Y en lo que respecta al artículo 2360 sólo difiere del artículo 2334 chileno en que para que opere la recompensa a favor del actor popular exige que las acciones “se declararen fundadas” y no que “parecieren fundadas” como lo hace el modelo chileno.

38 En tal sentido se ha observado que la figura ha pasado “prácticamente inadvertida” en derecho colombiano (TAMAYO JARAMILLO, J., *De la responsabilidad civil*, t. II, *De los perjuicios y su indemnización*, Bogotá, Temis, 1986, 80); “inexplicablemente inadvertida para comentaristas connotados, profesores consagrados y aun para hábiles y recursivos litigantes” (SARMIENTO PALACIO, G., *Las acciones populares en el Derecho Privado colombiano*, reimp. de la 1.ª edición de 1988, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, 42); y que “desgraciadamente, debido a la ausencia de conocimiento y divulgación, su utilización se redujo a casos excepcionales, con lo cual se inutilizó una gran herramienta para una gran causa como es la defensa de los derechos colectivos” (MARTÍNEZ

Al efecto, en tal periodo fueron puntuales y escuetos los comentarios que le dedicaron los autores³⁹, y en la jurisprudencia sólo tenemos noticias de dos casos en que se discutió la aplicación de la acción del artículo 2359 c.c.col.⁴⁰.

En sentido favorable se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de abril de 1941, resolviendo demanda deducida por los padres de un menor que murió en su casa producto de una explosión de dinamita usada en faenas de extracción de casajera (piedra) realizadas por el demandado Departamento de Boyacá, el cual fue condenado tanto al pago de una suma de dinero a título de indemnización de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos por los demandantes (con base en el artículo 2356 c.c.col.)⁴¹, como a abstenerse de continuar dichas faenas “en las condiciones imprudentes en que lo venía haciendo” en virtud de lo señalado en el artículo 2359 c.c.col., agregándose a este respecto que “para la explotación futura habrá, pues, de sujetarse a las disposiciones de Policía que reglamenten la materia”⁴².

Anteriormente la misma Corte había analizado esta norma al ser invocada por una compañía industrial como uno de los fundamentos de su petición para ser admitida como coadyuvante en un juicio por incumplimiento contractual iniciado por el Departamento de Cundinamarca en contra de un contratista a quien le había encomendado la construcción de un camino⁴³. Al efecto, en sentencia del 24 de septiembre de 1891 el máximo tribunal declaró “infundada” dicha petición, consignando:

BAUTISTA, J. E. y DIEZ BERNAL, L., *Acciones populares. El ministerio público en la defensa del medio ambiente*, Bogotá, Doctrina y Ley, 1999, 3).

- 39 Así, por ejemplo, en el clásico tratado de FERNANDO VÉLEZ básicamente hay una reproducción de los artículos 2359 y 2360 c.c.col., cotejándolos con su modelo chileno (VÉLEZ, F., *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, París, Imprenta París-América, s. f., 2.ª ed., corregida y aumentada por el autor y por LUIS ÁNGEL ARANGO, t. IX, 11 y 12).
- 40 Corte Suprema de Justicia de 24 de septiembre de 1891, en *G.ª*, año VI, pp. 8 vuelta a 12 mecanografiadas, contenidas en ejemplar consultado en Biblioteca Luis Ángel Arango en diciembre de 2015, y Corte Suprema de Justicia, 23 de abril de 1941, en *G.ª*, t. LI, 437-456. Comentando estas sentencias véase: MARAIS DA COSTA, T., “As ações populares previstas pelo código civil e a evolução do direito administrativo colombiano”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 34, 2015, 61-76.
- 41 Art. 2356 c.c.col.: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.
“Son especialmente obligados a esta reparación:
“1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego.
“2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.
“3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino”.
La norma sigue al artículo 2329 c.c.ch.
- 42 Corte Suprema de Justicia, 23 de abril de 1941, en *G.ª*, t. LI, 437 a 456.
- 43 Entre los fundamentos se invoca también la acción popular del artículo 1005 c.c.col.

... si la compañía industrial solicitante o cualquiera otra persona se creen con derechos que hacer valer contra Indalicio Liévano [demandado por el Departamento de Cundinamarca] por razón de daños u obras de las que causan acción popular, tienen expedita esa acción para hacerla valer ante la autoridad competente pero no la tienen para introducirla en un juicio enteramente extraño que versa sobre caducidad de un privilegio o no cumplimiento de un contrato, ni pueden complicar este juicio promoviendo en él reclamaciones que le son absolutamente extrañas⁴⁴.

A partir de la década de 1980 el panorama cambiará, pues la acción de daño contingente del artículo 2359 c.c.col. será objeto de atención en el marco de dos importantes procesos jurídicos en derecho colombiano, cuales son: por una parte, el fortalecimiento de los derechos e intereses colectivos y, por la otra, la creciente importancia que se le está asignando a la función preventiva de la responsabilidad civil extracontractual.

Con relación a lo primero, en 1986 TAMAYO JARAMILLO destacará la “dimensión insospechada” de la acción popular del artículo 2359 c.c.col., especialmente atinente frente a daños producidos “por contaminación ambiental y por riesgo nuclear”, y para lo cual “diferentes grupos de presión, en muchos países luchan por instaurar la institución de la acción popular” ya contenida en la aludida norma colombiana⁴⁵.

Dos años más tarde SARMIENTO PALACIO publicará su señero libro *Las acciones populares en el Derecho Privado Colombiano* (Banco de la República, Bogotá)⁴⁶, donde abogará decididamente por la utilización de estas acciones, a las que les reconoce el poder de instaurar en la práctica “una vigilancia dual, pública y privada, sobre los intereses generales que hasta ahora fueron depositados solamente al cuidado paternalista de la administración pública”⁴⁷. En dicho contexto analizará con especial detención la acción popular analizada (art. 2359) y la contenida en el artículo 1005 c.c.col. (“en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos”)⁴⁸.

44 Corte Suprema de Justicia de 24 de septiembre de 1891, en *G.J.*, año VI, 11 vuelta y 12 mecanografiadas, contenidas en ejemplar consultado en Biblioteca Luis Ángel Arango en diciembre de 2015.

45 TAMAYO JARAMILLO, J., *De la responsabilidad civil*, t. II, cit., 80. Ese mismo año se publicó un estudio dedicado a la protección procesal de los intereses colectivos con amplia referencia al derecho comparado: DE LA ESPRIELLA, A., “La protección procesal de los intereses colectivos: comentario”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de Los Andes, n.º 1, 1986, 145-166.

46 Existe reimpresión de 2006 por la Universidad del Rosario, que es la que aquí se cita.

47 SARMIENTO PALACIO, *Las acciones populares en el Derecho Privado colombiano*, cit., 111.

48 *Ibíd.* Además, sobre estas normas se ha dicho que permiten verificar “que realmente existía en Colombia una cultura jurídica anterior a la Constitución, que no encontraba problema en relacionar lo colectivo con lo público; y esa cultura estaba determinada [...] por la existencia de las acciones populares, que servían como instrumento para proteger tanto los intereses públicos

A nivel normativo destaca, en tanto, la extensión expresa de las acciones populares del Código colombiano a algunas materias especiales, como lo hizo la Ley 9 de 1989 al disponer que “los elementos constitutivos del espacio público y el medio ambiente tendrán para su defensa la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil” (art. 8)⁴⁹; y el Decreto 2303 de ese mismo año estableció que “el ambiente rural y los recursos naturales renovables del dominio público que hacen parte de aquél, podrán ser defendidos judicialmente por cualquier ciudadano contra actos o hechos humanos que les causen o puedan causar deterioro, si el asunto no es de competencia de la administración, mediante la acción popular consagrada en los artículos 1005, 2359 del Código Civil...” (art. 118)⁵⁰.

Inclusive la propia Constitución Nacional de Colombia de 1991 establecerá en su artículo 88:

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

como los colectivos” (GUAYACÁN ORTIZ, J. C., *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas. Elementos para la integración del derecho latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, 89).

49 Artículo 8.º de la Ley 9 de 1989: “Los elementos constitutivos del espacio público y el medio ambiente tendrán para su defensa la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil. Esta acción también podrá dirigirse contra cualquier persona pública o privada, para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes mediante la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometiesen el interés público o la seguridad de los usuarios.

“El incumplimiento de las órdenes que expida el juez en desarrollo de la acción de que trata el inciso anterior configura la conducta prevista en el artículo 184 del Código Penal de ‘fraude a resolución judicial’.

“La acción popular de que trata el artículo 1005 del Código Civil podrá interponerse en cualquier tiempo, y se tramitará por el procedimiento previsto en el numeral 8 del artículo 414 del Código de Procedimiento Civil”.

50 Artículo 118 del Decreto 2303 de 1989: “El ambiente rural y los recursos naturales renovables del dominio público que hacen parte de aquél, podrán ser defendidos judicialmente por cualquier ciudadano contra actos o hechos humanos que les causen o puedan causar deterioro, si el asunto no es de competencia de la administración, mediante la acción popular consagrada en los artículos 1005, 2359 del Código Civil, especialmente en los casos previstos en el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1973.

“Esta acción se podrá ejercer en cualquier tiempo y estará encaminada a conseguir la prevención del daño, su reparación física o su resarcimiento, o más de uno de estos objetivos”.

Del anotado precepto se ha destacado su alcance “más ambicioso” en relación con las acciones existentes hasta ese entonces (entre ellas la del art. 2359 c.c.col.), ya que pretendería “tornar eficaz” la “espinosa tarea de proteger los derechos e intereses colectivos, así como también en la de dotar al grupo de instrumentos procedimentales, que le permitan el reclamo plural del mismo e individual de sus asociados”⁵¹.

Cumpliendo el mandato constitucional se dicta la Ley 472 del 5 de febrero de 1998, destinada a “regular las acciones populares y las acciones de grupo de que trata el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia” (art. 1.º), la cual expresamente señala que “continuarán vigentes las acciones populares consagradas en la legislación nacional” (como la contenida en el art. 2359 c.c.col.), aunque las somete a sus disposiciones en lo concerniente a su “trámite y procedimientos” (art. 45)⁵².

La Ley 472 de 1998 define las acciones populares como “los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos” (art. 2.º inc. 1.º), las que se ejercen para “evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible” (art. 2.º inc. 2.º).

La ley en comento contiene una detallada reglamentación⁵³ sustantiva y procesal⁵⁴ de las acciones populares, la que incluye, entre otros aspectos, un listado no

51 BEJARANO GUZMÁN, R., *Las acciones populares*, Bogotá, Forum Pacis, 1993, 28.

52 Cabe tener presente que esta ley no regula los daños contingentes que amenacen a derechos o intereses de personas determinadas a cuyo respecto rige la acción del artículo 2359 c.c.col. (TAMAYO JARAMILLO, J., *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, 3.ª reimpr. de la 2.ª ed., Bogotá, Legis, 2008, 423).

53 Sobre la regulación de las acciones populares en la Ley 472 de 1998, entre una extensa bibliografía, véase: TAMAYO JARAMILLO, J., *Las acciones populares y de grupo en la Responsabilidad Civil*, Bogotá, Raisbeck, Lara, Rodríguez, Rueda, Baker & McKenzie, 2001.

54 La Ley colombiana 478 de 1998, a la vez que define qué es acción popular y de grupo, y reconoce derechos e intereses colectivos, establece los principios conforme a los cuales se conducirá la tramitación de estas acciones (art. 5.º); establece que pueden promoverse “durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo” (art. 11); reconoce una amplia titularidad activa para interponerlas (art. 12); establece como jueces competentes al juez de lo contencioso administrativo o al juez civil, según el caso (art. 15); en cuanto a su procedimiento (arts. 17 ss.), destacan su espíritu de breve tramitación y claridad de su reglamentación, su amplitud para decretar medidas cautelares (“debidamente motivadas”, art. 25); respecto a la prueba, destaca la amplitud de la libertad de prueba en cuanto a su admisibilidad y aportación (arts. 28 ss.), y aún aportarse prueba anticipada (art. 31); se dispone además que la dictación de la sentencia contendrá el pronunciamiento sobre absolución o condena, y en dicho caso, la respectiva orden de hacer o no hacer, condena en perjuicios, y entre otras, la indicación del plazo prudencial en que se iniciará el cumplimiento de la sentencia, reconociéndose además el efecto de cosa juzgada y *erga omnes* (arts. 34 ss.); que la sentencia es susceptible de ser recurrida en reposición y apelación conforme a las reglas generales del procedimiento civil (arts. 36 y 37); y, conforme se verá, los artículos 39 y 40 reconocen el derecho del demandante de acción popular a un incentivo (recompensa). Finalmente, la ley contempla normas especiales sobre medidas coercitivas (arts. 41 a 45) para hacer ejecutar lo juzgado.

taxativo de derechos e intereses colectivos (art. 4.º)⁵⁵, así como específicos incentivos económicos para el demandante en una acción popular (arts. 39 y 40)⁵⁶⁻⁵⁷.

Esta normativa dio lugar a un intenso ejercicio de acciones de este tipo en la práctica colombiana, cuyas consecuencias generaron visiones encontradas.

Así, si bien se las calificaba como “instrumentos de garantía real de los derechos humanos”, que han permitido “mostrar voces de alerta frente a las falencias del Estado y frente a las vulneraciones a derechos colectivos ocasionadas por los particulares”⁵⁸⁻⁵⁹, se ha observado críticamente que el incentivo económico

- 55 Artículo 4.º de la Ley 472 de 1998: “Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:
- “a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;
 - “b) La moralidad administrativa;
 - “c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;
 - “d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;
 - “e) La defensa del patrimonio público;
 - “f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;
 - “g) La seguridad y salubridad públicas;
 - “h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;
 - “i) La libre competencia económica;
 - “j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;
 - “k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;
 - “l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;
 - “m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;
 - “n) Los derechos de los consumidores y usuarios.
- “Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.
“Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley”.
- 56 El artículo 39 de la Ley 472 establece que el demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez y ciento cincuenta salarios mínimos mensuales. Añadiéndose que cuando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos.
- 57 El artículo 40 de la Ley 472 dispone que en las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el 15% del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.
- 58 Al efecto véase: LONDOÑO TORO, B., GONZÁLEZ ACOSTA, A., y FIGUERO MEDINA, G., “Diagnóstico del impacto de la ley colombiana de acciones populares y de grupo en sus primeros diez años de vigencia. Resultados de investigación”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, nueva serie, año XLII, n.º 126, sept.-dic. 2009, 1368.
- 59 Un estudio sobre los primeros 10 años de vigencia de la ley (1999-2008), con una muestra de 1.212 sentencias del Consejo de Estado colombiano, expedidas desde 1999 y hasta 2008, y 79 fallos de los juzgados administrativos de Bogotá, refleja que los *derechos más invocados* son la

establecido por la Ley 472 de 1998 “fue degenerando en casi la única motivación de los demandantes populares, con lo cual contribuyeron a la congestión de la jurisdicción administrativa con una avalancha de acciones populares calcadas entre unos y otros e interpuestas por los más disímiles y fútiles motivos”⁶⁰.

En definitiva, y tras una ardua tramitación, se aprueba la Ley 1425 de 2010, la cual eliminó la posibilidad de reclamar incentivos económicos a favor del actor popular al derogar los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998⁶¹, provocando consecencialmente una fuerte disminución de este tipo de acciones⁶², como ya había sido previsto⁶³⁻⁶⁴.

seguridad y la salubridad públicas (20.3%), el goce de un ambiente sano (15.3%), la protección del espacio público (14.1%) y el acceso a los servicios públicos (10.5%); los *derechos más protegidos* por medio de las acciones populares son: el derecho a la seguridad y la salubridad públicas (20.7%); el derecho al ambiente sano (17.1%); el derecho al espacio público (15.1%) y el acceso a los servicios públicos (12.5%). En los juzgados administrativos coinciden las solicitudes de los actores colombianos en que el derecho a la seguridad y la salubridad públicas es el más vulnerado y, por supuesto, el que requiere de una protección más eficaz por los operadores judiciales. LONDOÑO TORO, GONZÁLEZ ACOSTA Y FIGUEROA MEDINA, *Diagnóstico...*, cit., 1345 ss.

- 60 CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA (CEJ), “Reseña sobre el tránsito del sistema de justicia desde la Constitución de 1991 hasta 2001”, en *Aproximación a la historia de una década de transformaciones de la justicia colombiana*, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, 2013, 13 y 14.
- 61 En la exposición de motivos del proyecto de ley respectivo (Proyecto 056 de 2009) se señalaba: “El loable interés del legislador de premiar a los ciudadanos responsables que defiendan los intereses colectivos [...] ha perdido en la actualidad su razón de ser, toda vez que se ha convertido en un negocio de unos cuantos, que se han dedicado a viajar a lo largo y ancho del territorio nacional presentando acciones populares, buscando unos reconocimientos desmedidos en detrimento del erario público y especialmente de los entes territoriales”.
- 62 Al efecto, ya en 2012 se señalaba críticamente que “en el año de vigencia de esta ley se percibe una disminución dramática en el ejercicio de acciones populares y una total desmotivación de las organizaciones y grupos que trabajaban en derechos colectivos”: BEATRIZ LONDOÑO-TORO y M. LUCÍA TORRES-VILLARREAL, “¿Podrán las acciones populares colombianas sobrevivir a los recientes ataques legislativos y jurisprudenciales?”, en *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, n.º 124, 2012, 256.
- 63 Al respecto se había indicado que “[o]mitir el incentivo económico traería el riesgo de condenar la acción popular al ostracismo, pues en el mundo contemporáneo complejo, la visión romántica que sugiere dejar la protección enteramente a un laudable sentido cívico no es aplicable, menos en países como los de América Latina en los que la población siente al Estado muy lejano y el sentido de alteridad entre Estado y Ciudadanos es mayor que en los países europeos, por ello es más eficiente y justo remunerar a ese particular por su empeño en la defensa de los intereses de la colectividad”: JUAN CARLOS GUAYACÁN ORTIZ, “La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas. Comparación de algunos tópicos entre el ordenamiento colombiano y el Anteproyecto de Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 9, 2005, Colombia, 42-45).
- 64 Un estudio sobre la incidencia de modificaciones legales y jurisprudenciales efectuadas entre 2006 y 2012 en la protección de derechos colectivos mediante la ley, en especial del impacto de la restricción dictada sobre las recompensas en el ejercicio de acciones populares (estadística rendida trimestralmente por jueces administrativos y magistrados de los tribunales administrativos, suministrada por el Consejo Superior de la Judicatura de Colombia), observa que de las 6.040 demandas ejerciendo la acción popular en el año 2007, se pasa a 9.385 presentadas en el año 2008, con un incremento del 55%; igual comportamiento se evidencia en el año 2009, que refleja el nivel más alto con 15.202 demandas, es decir, un aumento del 61,9% frente al año in-

Por otro lado, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) introdujo como requisito previo al ejercicio de las acciones populares la necesidad de que el actor, antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos en dicho ámbito, haya solicitado a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado, pudiendo accionarse judicialmente sólo si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello (art. 144)⁶⁵.

En todo caso, cabe hacer presente que la acción por daño contingente del artículo 2359 c.c.col. se encuentra en vigor, como asimismo los incentivos económicos para el actor popular establecidos por el artículo 2360, lo que no descarta su futura utilización luego del progresivo abandono práctico de la acción popular regulada en la Ley 472 de 1998 a que nos hemos referido, la cual además no regula las acciones de los directos amenazados que obren en su sólo interés particular, aspecto en el que también conserva vigencia la acción del artículo 2359 c.c.col.

Finalmente, y como indicáramos al comenzar este análisis, un segundo proceso jurídico en curso está generando un renovado interés en la acción por daño contingente del artículo 2359 c.c.col. Nos referimos a la creciente atención que la doctrina colombiana está brindando a la función preventiva o inhibitoria de la responsabilidad extracontractual más allá de la meramente reparatoria (que había centrado el análisis precedente) y cuya base normativa estaría precisamente en el tratamiento que sobre el daño contingente hace la referida norma.

mediatamente anterior, y del 151% respecto al año 2007. En el año siguiente (2010) se observa un ligero descenso en la curva, al disminuir a 13.504 demandas, reducción equivalente a un 11% aproximadamente, con relación al año 2009. Esta tendencia se acentúa en forma drástica para el año 2011, cuando el número de demandas instauradas baja a 4.075 a nivel nacional, decrecimiento equivalente al 70%, incluso por debajo del consolidado correspondiente al año 2007. El primer semestre de 2012 resulta más dramático aún, ya que como se evidencia, durante ese lapso se incoan 955 demandas. Este fenómeno de constante decrecimiento detectado a partir de 2011, sin lugar a dudas, es atribuible a la expedición de la Ley 1425 de diciembre de ese año, que elimina el incentivo al derogar los artículos 34, 39 y 40 de la Ley 472 de 1998. Dicha ley, según se observa, logra su cometido al desestimular en forma importante el ejercicio de la acción; véase MANJARRÉS BRAVO, V.P., “¿Se han transformado las acciones populares con ocasión de los cambios normativos y jurisprudenciales ocurridos en el periodo 2006-2012?”, tesis de maestría en Derecho administrativo, dir. Beatriz Londoño Toro, Bogotá, Universidad del Rosario, 2013, 121 ss.

65 Este precepto añade en su inciso 3.º que “excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda”. Cabe consignar que la introducción de esta nueva exigencia no ha sido recibida de manera pacífica. En contra véase, por ejemplo, LONDOÑO-TORO y TORRES-VILLARREAL, ¿Podrán las acciones populares colombianas sobrevivir a los recientes ataques legislativos y jurisprudenciales?, cit., 255, donde se la califica como “una talanquera, un obstáculo para lograr la protección de los derechos colectivos”, y que vulneraría lo dispuesto en los artículos 229 y 88 de la Constitución.

Al efecto y con fundamento en el artículo 2359 c.c.col., TAMAYO JARAMILLO sostiene la “facultad de pedir la supresión del ilícito”⁶⁶, y en un reciente e importante estudio RESTREPO RODRÍGUEZ defiende la vigencia en Colombia del “remedio meramente preventivo”, de la “cesación” y el “restablecimiento” como condenas generales de responsabilidad civil extracontractual diversas de la mera reparación⁶⁷; ideas sobre las cuales otros autores han insistido en trabajos posteriores⁶⁸.

V. La acción general por daño contingente en el Código Civil de Ecuador

El régimen común de responsabilidad extracontractual está reglamentado en el título xxxiii del Libro iv del Código Civil de Ecuador (en adelante, c.c.ec), que lleva por epígrafe: “De los delitos y cuasidelitos”, abarcando desde el artículo 2214 al 2237.

66 TAMAYO JARAMILLO, J., *De la responsabilidad civil*, t. II, *De los perjuicios y su indemnización*, cit., 218, añadiendo: “aunque esta última norma solo habla de daño contingente, creemos que con mucho mayor razón, se debe aplicar al daño que ya se viene produciendo”.

67 RESTREPO RODRÍGUEZ, T., El remedio preventivo en la responsabilidad civil, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 14, 2008, 219-238, concluyendo ahí que con ello la responsabilidad civil desde una “óptica teleológica” resulta ser “la medida destinada a mantener a la víctima en una situación de indemnidad, ya sea evitando, paralizando o compensando el daño” (p. 238).

68 En tal sentido se ha dicho que “es aconsejable que el juez civil, en ejercicio de la *potestas* judicial y amparado en la Constitución Política de 1991, en la Ley 472 de 1998 y en el artículo 2359 del código civil colombiano, imponga órdenes de cesación de conductas y mitigación de riesgos, en aras de *prevenir la consumación de perjuicios de orden patrimonial o extrapatrimonial*”: ROJAS QUIÑONES, S., “Apología del potencial preventivo de la responsabilidad: desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria”, en *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, n.º 125, 2012, 361; o que la acción por daño contingente del artículo 2359 c.c.col. sería un supuesto de “tutela civil inhibitoria en el derecho colombiano”, la cual “denota la relevancia que desde la adopción de nuestro Código se vislumbraría para la prevención del daño, ubicando un mecanismo inhibitorio incluso dentro del Título xxxiv de este estatuto”: ESCOBAR TORRES, S., “El papel de la prevención del daño en la responsabilidad civil. Un intento por descubrir el verdadero rol de la función preventiva en la órbita del derecho de daños”, en *Vniversitas estudiantes*, 12, 2015, 36-70, en especial 60 y 61; o que el artículo 2359 demostraría que “hay una inescindible relación entre prevención y daño, hasta el punto [de] que en el marco del referido Título xxxiv concerniente a la responsabilidad se legitima la concesión de una acción determinada”: JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *Los deberes de evitar y mitigar el daño. Funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y trascendencia de la prevención*, Bogotá, Temis, 2013, 43; o que sobre el concepto de “daño contingente” del artículo 2359 c.c. se podría “construir toda la teoría de la función preventiva del derecho de daños y se podrían elaborar científicamente los presupuestos necesarios para la prosperidad de las acciones preventivas o inhibitorias de daño”: SOLARTE RODRÍGUEZ, A., *Prólogo*, en JARAMILLO JARAMILLO, *Los deberes de evitar y mitigar el daño...*, cit., xxxii.

En los mencionados preceptos se sigue el modelo chileno, con la salvedad de que reformas recientes han introducido una expresa regulación sobre daño moral (en los actuales arts. 2231 a 2234)⁶⁹.

En cuanto a la acción por daño contingente, el artículo 2236 c.c.ec reproduce con mínimas diferencias lo señalado por el artículo 2333 c.c.ch⁷⁰, en tanto que el artículo 2337 coincide literalmente con lo señalado en el artículo 2334 del modelo chileno.

En doctrina no hemos encontrado trabajos dedicados específicamente a esta acción, aunque destaca la atención que ya en 1995 le prestaba la estudiosa norteamericana JUDITH KIMERLING al analizar el problema de la contaminación petrolera⁷¹. Al respecto señala que las acciones populares “son un antiguo –pero también permanente– instrumento democrático”, y que “complementan la regulación del Gobierno al confiar a ciudadanos privados la protección de intereses públicos, y podrían convertirse en herramientas significativas para la justicia ambiental en el moderno Ecuador, donde las decisiones petroleras y otras decisiones ligadas al desarrollo, que son tomadas por un grupo relativamente pequeño de personas, pueden afectar la salud, el bienestar y las propiedades de muchos”⁷².

Otros trabajos que alguna mención tangencial le dedican a esta acción han resaltado su amplio alcance, aplicable especialmente en materia ambiental, así como frente a la deficiente elaboración de medicinas o alimentos industrializados que pueden transformarse en intoxicantes⁷³, “en materia de tránsito, en los espectáculos públicos que convocan a masas, etc.”⁷⁴. Con esta herramienta, según se ha dicho, ANDRÉS BELLO “ciertamente se adelantó a su tiempo”⁷⁵.

En la jurisprudencia ecuatoriana en tanto ha existido un desconocimiento casi absoluto de esta acción⁷⁶, así como de las demás acciones populares del pro-

69 Nos referimos a las leyes n.º 256 (*Registro Oficial* n.º 446 del 4 de junio de 1970) y n.º 171 (*Registro Oficial* n.º 779 del 4 de julio de 1984).

70 Al efecto, en el precepto ecuatoriano no se contempla coma (“,”) después de la expresión inicial “Por regla general”, se utiliza la expresión “alguno” en vez de “alguien”, y la última parte comienza con mayúscula al estar separada con un punto seguido (“Pero si el daño amenazare...”).

71 KIMERLING, J., “Rights, Responsibilities, and Realities: Environmental Protection Law in Ecuador’s Amazon Oil Fields” en *Southwester Journal of Law and Trade in the Americas* 1995, n.º 2, 356 y 357; y traducido al castellano en: KIMERLING, J., *El derecho del tambor: Derechos humanos y ambientales en los campos petroleros de la Amazonía Ecuatoriana*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 1996, 59 a 61.

72 KIMERLING, *El derecho del tambor: Derechos humanos y ambientales...*, cit., 61.

73 BARRAGÁN ROMERO, G., *Elementos del daño moral*, Guayaquil, Edino, 1995, 48.

74 MORÁN SARMIENTO, R. E., *El daño. Aspectos sustantivos y procesales*, Guayaquil, Edilex, 2010, 20-21.

75 LARREA OLGUÍN, J., *Derecho Civil del Ecuador*, actualizado por E. PÉREZ, v. xv: *Obligaciones extracontractuales*, Quito, CEP Corporación de estudios y publicaciones, 2010, 21.

76 Al respecto se ha reconocido expresamente que “[l]a jurisprudencia nacional no muestra evidentemente referencia alguna a la acción por daño contingente, por lo que se puede afirmar su ninguna, o muy escasa aplicación práctica en el Ecuador”: Sentencia de la Corte Provincial de

pio Código Civil⁷⁷, lo cual se atribuye a la “falta de jurisdicción y procedimientos especiales”⁷⁸, así como a “la falta de entendimiento que existe por parte del sistema de Derecho Civil continental hacia los derechos difusos y colectivos”, la cual se extiende “también a las acciones colectivas previstas para tutelarlos”⁷⁹.

Notable excepción a lo señalado la constituye el famoso caso *María Aguin-da y otros vs. Chevron Corporation*⁸⁰, en el cual se acogió la demanda “firmada por 42 ciudadanos” quienes, ante una situación de contaminación peligrosa por actividad petrolera que afectaría a más de 30.000 personas indeterminadas pertenecientes a grupos humanos diversos en la Amazonía ecuatoriana, accionaron invocando –entre otros preceptos– el entonces artículo 2260 c.c., actual artículo 2236 c.c.^[81].

-
- Justicia de Sucumbíos de 3 de enero de 2012, dictada en juicio n.º 2011-0106, disponible en: http://www.redibec.org/pdf/sentencia_TEXACO2.pdf [consultado el 10 de febrero de 2016].
- 77 Al efecto sólo destacan puntuales casos las contenidas en el artículo 990 c.c.ec para denunciar obras nuevas construidas en bienes nacionales de uso público: Corte Suprema de Justicia, 8 de diciembre de 1977, en *G.J.*, serie XIII, n.º 1, 180 a 190; y Corte Nacional de Justicia, 3 de marzo de 2009, exp. 52, *Registro Oficial*, Suplemento 122, 21 de febrero de 2011.
- 78 ANDRADE UBIDIA, S., “El papel del poder judicial en la aplicación del derecho ambiental y las acciones de interés público”, en *Ruptura. Revista anual de la Asociación Escuela de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, año XLVII, n.º 39, 1996, 134.
- 79 MANTILLA SANDOVAL, J. J., *La tutela judicial efectiva de los derechos difusos en el Derecho Ambiental ecuatoriano*, Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado, Universidad San Francisco de Quito, 2015, 58.
- 80 Al respecto véanse: sentencia de 14 de febrero de 2011, dictada por NICOLÁS ZAMBRANO LOZADA, Presidente de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos en juicio n.º 2003-0002, disponible en: http://www.inredh.org/archivos/pdf/texaco_sentencia.pdf, consultada el 14.2.2016; sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos de 3 de enero de 2012, dictada en juicio n.º 2011-0106; Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia de 12 de noviembre de 2013, dictada en juicio verbal sumario n.º 174-2012, disponible en: http://www.planv.com.ec/sites/default/files/174-2012_resolucion.pdf [consultada el 10 de febrero de 2016], y sentencia aclaratoria dictada por la mencionada Corte en este juicio el 22 de noviembre de 2013, disponible en: http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_civil/2013/174-2012.pdf [consultada el 10 de febrero de 2016].
- 81 Sobre el particular se dejó establecido en el proceso: “1. Existe contaminación atribuible al esquema de operaciones petroleras de la Concesión, ya que tal como fue diseñado disponía el vertimiento de efluentes en el ambiente, a pesar de existir otras alternativas tecnológicas disponibles. 2. La contaminación reportada puede considerarse como peligrosa, porque consta admitida la posibilidad de que el vertimiento de fluidos como los que admite haber vertido Texaco, a nombre de Texpet, cause daños a la agricultura y a la salud de las personas [...]. 3. El vertimiento de los contaminantes descritos pudo ser evitado por la parte demandada con la utilización de otra tecnología que estaba disponible en la época, pero que fue omitida en el esquema de operaciones de la Concesión, que estaba bajo completa responsabilidad de la compañía Texpet, que operaba como subsidiaria de cuarto nivel de Texaco Inc., quien a su vez se fusionó públicamente con Chevron, creando Chevron Texaco, la compañía demandada en este juicio, que luego pasaría a cambiar su nombre a Chevron Corp” (sentencia de 14 de febrero de 2011, dictada por Nicolás Zambrano Lozada, Presidente de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos en juicio n.º 2003-0002, considerando 10.º).

En definitiva se condenó a la demandada a pagar una muy elevada suma de dinero (8.646.160.000 dólares de Estados Unidos)⁸², destinada a financiar una serie de medidas tendientes tanto a la “eliminación o remoción de los elementos contaminantes que amenazan todavía el ambiente y la salud de los habitantes”, como a la “reparación de los daños ambientales al amparo de lo que dispone el artículo 43 de la LGA” (Ley 37/1999, de Gestión Ambiental, Registro Oficial 245, de 30 de julio de 1999)⁸³.

Justificando la aplicación del artículo 2336 c.c. en la causa en mención, se señaló que “esta posibilidad de sufrir un daño, que en este caso amenaza a personas indeterminadas, no deben padecerla indefensos los amenazados por el daño contingente, porque el legislador ha previsto sabiamente (art. 2336 Código Civil) el ejercicio de la acción popular que están ejerciendo”⁸⁴, añadiéndose que “la norma civil no llega al distingo entre daño civil y daño ambiental, simplemente

82 Todo ello en sentencia de 14 de febrero de 2011, dictada por NICOLÁS ZAMBRANO LOZADA, Presidente de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, respecto de la cual véase especialmente su parte resolutive y los considerandos 13.º y 15.º, 176 a 184, donde se ordena además a los actores constituir un “fideicomiso” dentro de un plazo judicial, cuyo “beneficiario” se estableció que sería “el Frente de Defensa de la Amazonia o la persona o personas que éste designe, considerando que los ‘afectados’ por los daños ambientales, son personas indeterminadas, pero determinables, unidas por un derecho colectivo, siendo las medidas de reparación la forma de beneficiarlos”. Y adicionalmente se ordena que “por mandato legal” el demandado debe satisfacer “un 10 por ciento adicional al valor sentenciado por concepto de daños a nombre del Frente de Defensa de la Amazonía” que determina la Ley de Gestión Ambiental, con costas.

83 El artículo 43 de la Ley 37 de 1999, de Gestión Ambiental (*Registro Oficial* 245, de 30 de julio de 1999) dispone: “Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos.

“Sin perjuicio de las demás acciones legales a que hubiere lugar, el juez condenará al responsable de los daños al pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Además condenará al responsable al pago del diez por ciento (10%) del valor que represente la indemnización a favor del accionante.

“Sin perjuicio de dichos pagos y en caso de no ser identificable la comunidad directamente afectada o de constituir ésta el total de la comunidad, el juez ordenará que el pago, que por reparación civil corresponda, se efectúe a la institución que deba emprender las labores de reparación conforme a esta Ley.

“En todo caso, el juez determinará en sentencia, conforme a los peritajes ordenados, el monto requerido para la reparación del daño producido y el monto a ser entregado a los integrantes de la comunidad directamente afectada. Establecerá además la persona natural o jurídica que deba recibir el pago y efectuar las labores de reparación.

“Las demandas por daños y perjuicios originados por una afectación al ambiente, se tramitarán por la vía verbal sumaria”.

84 Todo ello en sentencia del 14 de febrero de 2011, dictada por NICOLÁS ZAMBRANO LOZADA, Presidente de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, 174, reproducido también en sentencia de Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia de 12 de noviembre de 2013, dictada en juicio verbal sumario n.º 174-2012, 219.

se refiere a la situación particular de un daño contingente, sin limitar la naturaleza o esencia misma del daño”⁸⁵.

En todo caso, cabe destacar que en un asunto con características cercanas al anterior, la adopción de medidas preventivas se logró ejerciendo una acción fundada en los artículos 2214^[86] y 2229^[87] c.c. (en su numeración actual y que corresponden, salvo algunos cambios, a los arts. 2314 y 2329 c.c.ch y 2341 y 2356 c.c. col, respectivamente)⁸⁸. En otra ocasión ese camino fue rechazado⁸⁹.

85 Sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos del 3 de enero de 2012, dictada en juicio n.º 2011-0106, considerando 5.º, citado textualmente a su vez en sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil que resolvió esta causa, de 12 de noviembre de 2013, dictada en juicio verbal sumario n.º 174-2012, considerando 5.º, punto 5.7.

86 El artículo 2214 dispone: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

87 El artículo 2229 dispone: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.

“Están especialmente obligados a esta reparación:

“1.- El que provoca explosiones o combustión en forma imprudente;

“2.- El que dispara imprudentemente un arma de fuego;

“3.- El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche;

“4.- El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él; y,

“5.- El que fabricare y pusiere en circulación productos, objetos o artefactos que, por defectos de elaboración o de construcción, causaren accidentes, responderá de los respectivos daños y perjuicios”.

88 Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 29 de octubre de 2002, y su aclaración de 25 de noviembre de 2002, en *G.J.*, serie XVII, n.º 10, 3004 a 3034, caso en el cual, a consecuencia de devastador incendio que afectó una zona poblada, y por los desechos vertidos que alcanzaron un río y los derrames de crudo, diesel y gasolina, se condenó a las empresas demandadas (Petroecuador, Petrocomercial y Petroindustrial), “solidariamente, a las siguientes obligaciones de hacer: 1) la ejecución de obras de infraestructura básica en el barrio Delfina Torres viuda de Concha, Propicia No. 1 hasta por el monto total de once millones de dólares, para lo cual se harán constar las asignaciones presupuestarias respectivas en los presupuestos para el ejercicio económico de los años 2003 y 2004 de dichas empresas. Estas obras se ejecutarán previa la planificación correspondiente, y en coordinación con los Ministerios de Educación, de Obras Públicas y Bienestar Social; 2) la adopción de medidas de seguridad en la Refinería Estatal de Esmeraldas y en la infraestructura petrolera de esa provincia, dentro del plazo de seis meses, contados desde que se ejecutorie esa sentencia para prevenir que no se produzcan daños, particularmente en el medio ambiente, derivados de las actividades hidrocarburíferas. Para el objeto se cumplirá lo dispuesto en la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, Ley de Gestión Ambiental y Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador. Todo lo cual será planificado y controlada su ejecución por la Subsecretaría del Medio Ambiente del Ministerio de Energía, Minas y Petróleos”.

89 Así ocurrió en el caso de un ciclista que sufrió lesiones luego de caer al introducirse su rueda delantera en un hueco que dejaba una alcantarilla sin tapa, el cual con base en lo preceptuado en los artículos 2241, 2244, 2247 y 2256 c.c. (actuales 2214, 2217, 2220 y 2229 c.c.) demandó tanto la indemnización monetaria por el daño moral como, “adicionalmente”, que se ordenara “la reparación de todo el sistema de alcantarillados de la antes indicada Urbanización y de toda la ciudad de Guayaquil”, sin invocar para esto último la acción por daño contingente analizada. La demanda sólo fue acogida en lo tocante a la primera petición (en contra de la Empresa Mu-

Finalmente hay que tener presente que en materia ambiental la Constitución Política de 1998 consagraba una acción popular al señalar que, “sin perjuicio de los derechos de los directamente afectados, cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, podrá ejercer las acciones previstas en la ley para la protección del medio ambiente” (art. 91 inc. 3.º), en tanto que la Constitución actualmente vigente (aprobada el 28 de septiembre de 2008) establece: “Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a: 1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental” (art. 397).

Conclusiones

La investigación realizada permite extraer las siguientes conclusiones:

1. En Chile la acción de daño contingente ha merecido atención doctrinaria, de distinta intensidad, aunque los estudios específicos dedicados a ella son aún puntuales. Los autores le reconocen constantemente un alcance amplio, capaz de permitir que la responsabilidad extracontractual cumpla una función preventiva frente a daños contingentes, la que se añade a aquella conocida función reparatoria por daños inferidos.

La jurisprudencia tanto sólo en seis ocasiones ha conocido de acciones de este tipo, siendo acogidas dos de ellas. Destaca en todo caso el hecho de que en los últimos quince años se hayan planteado cinco de estas acciones, lo que podría augurar una paulatina utilización de esta herramienta preventiva.

2. En Colombia han sido muy puntuales los casos en que se ha discutido la aplicación de esta acción, a la cual la doctrina le reconoce recurrentemente el valor de haberse adelantado a la consagración de una legitimación amplia para la tutela de intereses colectivos, siendo al efecto uno de los antecedentes invocados de manera recurrente en el debate que antecedió el reconocimiento constitucional de la acción popular en la Constitución de 1991, acción luego reglamentada en detalle en la Ley 472 de 1998, la que tuvo a su vez una muy intensa aplicación jurisprudencial, que sólo decayó al derogarse los incentivos económicos que al actor popular le concedía la mencionada ley.

Por otro lado, en la actualidad la acción por daño contingente del artículo 2359 c.c.col. despierta nuevamente la atención doctrinaria en el marco de la creciente importancia que se le está asignando a la función preventiva de la responsabilidad civil extracontractual.

.....
nicipal de Alcantarillado de Guayaquil), rechazándose respecto de la segunda. Sentencia dictada por el Juez Primero de lo Civil de Guayaquil, RAFAEL ESTEVES MONCAYO, del 9 de noviembre de 1990, *Revista Jurídica*, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, 1990/2, 155 a 171.

3. En Ecuador, escasas son las alusiones doctrinales a esta acción y en su jurisprudencia sólo aparece referida en un caso: la conocida causa *María Aguinda y otros vs. Chevron Corporation*, en la cual, en todo caso, se citan también como fundamento de la condena disposiciones sectoriales ambientales.

La importancia evidente de este caso pone de manifiesto la gran trascendencia práctica que puede llegar a tener esta acción y los complejos pleitos en que podría llegar a ser invocada.

4. Desde el punto de vista procesal está pendiente aún en estos países el dotarse de regulaciones específicas que permitan enfrentar adecuadamente la diversidad de problemas que conlleva el ejercicio de estas acciones de urgencia.

Destaca en todo caso la Ley 472 de 1998 colombiana que regula la intervención de actores populares, y respecto de lo cual en Chile y Ecuador deberán aplicarse procedimientos generales y tradicionales que no tuvieron especialmente presente dicha situación.

Bibliografía

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1943.

ANDRADE UBIDIA, S., “El papel del poder judicial en la aplicación del derecho ambiental y las acciones de interés público”, en *Ruptura. Revista anual de la Asociación Escuela de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, año XLVII, n.º 39, 1996.

BALMES ARTEAGA, E., “El Código de Bello en Colombia”, en Instituto de Chile (eds.), *Congreso Internacional “Andrés Bello y el Derecho”*, Santiago, Jurídica de Chile, 1982.

BARRAGÁN ROMERO, G., *Elementos del daño moral*, Guayaquil, Edino, 1995.

BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica de Chile, 2006.

BEJARANO GUZMÁN, R., *Las acciones populares*, Bogotá, Forum Pacis, 1993.

BRAVO LIRA, B., “La difusión del Código Civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 7 (Valparaíso, 1982).

CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, x, *De las Obligaciones*, I, Santiago, Imprenta Nascimento, 1936.

- CÓRDOVA, A., *Derecho civil ecuatoriano*, I, *Parte general e historia de nuestro derecho civil*, Quito, Ed. Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1956.
- CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA (CEJ), “Reseña sobre el tránsito del sistema de justicia desde la Constitución de 1991 hasta 2001”, en *Aproximación a la historia de una década de transformaciones de la justicia colombiana*, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, 2013.
- CORRAL TALCIANI, H., *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Jurídica de Chile, 2003.
- CORRAL TALCIANI, H., *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Legal publishing - Thomson Reuters, 2.ª ed., 2013.
- DE LA ESPRIELLA, A., “La protección procesal de los intereses colectivos: comentario”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de Los Andes, n.º 1, 1986.
- DELGADO SCHNEIDER, V., *La legitimación activa ambiental en los países de la región del Mercosur con especial atención a las acciones populares*, tesis de doctorado presentada en el *Dottorato di ricerca in Sistema giuridico romanistico: unificazione del diritto e diritto dell'integrazione*, Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, 2003.
- DELGADO SCHNEIDER, V., “La protección del Medio Ambiente a través de las acciones populares del artículo 948 del Código Civil de Andrés Bello: un estudio histórico-comparativo”, en TAPIA RODRÍGUEZ, M. y MARTINIĆ GALETOVIC, M. D. (eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, t. II, Santiago, LexisNexis, 2005.
- DIEZ SCHWERTER, J. L. y DELGADO SCHNEIDER, V., “Algunas útiles herramientas olvidadas en nuestra práctica del Derecho de Daños”, *Revista de Derecho, Universidad de Concepción* (Chile), 214, 2003 [pero 2005].
- DIEZ SCHWERTER, J. L., “Notas sobre la acción preventiva de daños del artículo 2333 del Código Civil: a propósito de un fallo reciente”, *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, Chile, v. 217-218, 2005 [pero 2006].
- DIEZ SCHWERTER, J. L., “La acción de daño contingente del artículo 2333 del Código Civil: sus elementos y ámbito de aplicación”, *Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 46, 2016, en prensa.

ESCOBAR TORRES, S., “El papel de la prevención del daño en la responsabilidad civil. Un intento por descubrir el verdadero rol de la función preventiva en la órbita del derecho de daños”, en *Vniversitas estudiantes*, 12, 2015.

FUNDACIÓN LA CASA DE BELLO (ed.), *Bello y el derecho latinoamericano*, Caracas, La Casa de Bello, 1987.

GUAYACÁN ORTIZ, J. C., “La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas. Comparación de algunos tópicos entre el ordenamiento colombiano y el Anteproyecto de Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica” *Revista de Derecho Privado*, n.º 9, Universidad Externado de Colombia, 2005.

GUAYACÁN ORTIZ, J. C., *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas. Elementos para la integración del derecho latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello Codificador*, 2 tomos, Santiago, Universidad de Chile, 1982.

GUZMÁN BRITO, A., *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Santiago, Jurídica de Chile, 2000.

HANISCH ESPÍNDOLA, H., *Andrés Bello y su obra en derecho romano*, Santiago, Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, 1983.

HARKER PUYANA, E., “El Código de don Andrés Bello en Colombia”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 201, 1973.

HINESTROSA, F., “El ‘Código Civil’ de Bello en Colombia”, en GUZMÁN BRITO, A. (ed.), *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, LexisNexis, Santiago, 2007, 177 a 198.

INSTITUTO DE CHILE Y UNIVERSIDAD DE CHILE (eds.), *Congreso Internacional “Andrés Bello y el Derecho”*, Santiago, Jurídica de Chile, 1982.

JAKSIĆ, I., *Andrés Bello: La pasión por el orden*, Editorial Universitaria, Santiago, 2001.

JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *Los deberes de evitar y mitigar el daño. Funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y trascendencia de la prevención*, Bogotá, Temis, 2013.

- KIMERLING, J., “Rights, Responsibilities, and Realities: Environmental Protection Law in Ecuador’s Amazon Oil Fields”, en *Southwester Journal of Law and Trade in the Americas*, 1995, n.º 2.
- KIMERLING, J., *El derecho del tambor: Derechos humanos y ambientales en los campos petroleros de la Amazonía Ecuatoriana*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 1996.
- LARREA HOLGUÍN, J., *Derecho Civil del Ecuador*, 1, *Parte general y personas*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1964.
- LARREA HOLGUÍN, J., *Manual de Derecho Civil*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1989.
- LARREA OLGUÍN, J., *Derecho Civil del Ecuador*, actualizado por PÉREZ, E. , v. xv: *Obligaciones extracontractuales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.
- LONDOÑO TORO, B.; GONZÁLEZ ACOSTA, A.; FIGUEREDO MEDINA, G., “Diagnóstico del impacto de la ley colombiana de acciones populares y de grupo en sus primeros diez años de vigencia. Resultados de investigación”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, nueva serie, año XLII, n.º 126, septiembre-diciembre de 2009.
- LONDOÑO TORO, B.; TORRES-VILLARREAL, M. L., “¿Podrán las acciones populares colombianas sobrevivir a los recientes ataques legislativos y jurisprudenciales?”, en *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, n.º 124, 2012.
- MANJARRES BRAVO, P., “¿Se han transformado las acciones populares con ocasión de los cambios normativos y jurisprudenciales ocurridos en el periodo 2006-2012?”, tesis de maestría en Derecho administrativo (dir. Beatriz Londoño Toro), Bogotá, Universidad del Rosario, 2013.
- MANTILLA SANDOVAL, J. J., “La tutela judicial efectiva de los derechos difusos en el Derecho Ambiental ecuatoriano”, tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado, Universidad San Francisco de Quito, 2015.
- MARAIS DA COSTA, T., “As ações populares previstas pelo código civil e a evolução do direito administrativo colombiano”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 34, 2015.

- MARTÍNEZ BAUTISTA, J. E. y DIEZ BERNAL, L., *Acciones populares. El ministerio público en la defensa del medio ambiente*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1999.
- MOLINARI VALDÉS, A., *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil*, Santiago, LexisNexis, 2004.
- MORÁN SARMIENTO, R. E., *El daño. Aspectos sustantivos y procesales*, Guayaquil, Edilex, 2010.
- PEIRANO FACIO, J., “El código de Bello y su influencia en los principales códigos latinoamericanos”, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U. de Chile*, 4.^a ed., 4 (1964-1965).
- RESTREPO RODRÍGUEZ, T., “El remedio preventivo en la responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 14, 2008.
- RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica de Chile, 1999.
- RODRÍGUEZ RUIZ, N., “El proceso histórico del Código Civil”, en *Código Civil de la República de El Salvador en Centroamérica. Estudios y conferencias sobre el Código Civil de 1860*, Universidad de El Salvador, Editorial Universitaria, 1960.
- ROJAS QUIÑONES, S., “Apología del potencial preventivo de la responsabilidad: desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria”, en *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, n.º 125, 2012.
- SALGADO PESANTES, H., “El ‘Código Civil’ de Bello en Ecuador”, en GUZMÁN BRITO, A. (ed.), *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Santiago, LexisNexis, 2007.
- SARMIENTO PALACIO, G., *Las acciones populares en el Derecho Privado colombiano*, reimpresión de la primera edición de 1988, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.
- TAMAYO JARAMILLO, J., *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, 3.^a reimpr., 2.^a ed., Bogotá, Legis, 2008.
- TAMAYO JARAMILLO, J., *Las acciones populares y de grupo en la Responsabilidad Civil*, Bogotá, Editorial Raisbeck, Lara, Rodríguez, Rueda, Baker & McKenzie, 2001.

- TAMAYO JARAMILLO, J., *De la responsabilidad civil*, t. II, *De los perjuicios y su indemnización*, Bogotá, Temis, 1986.
- TAPIA SUÁREZ, O., *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, Memoria de Prueba, Publicaciones del Seminario de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Escuela Tipográfica Salesiana, Concepción, 1941, reimpresión: Santiago, LexisNexis, 2006.
- VELASCO ZELAYA, M. E., “El ‘Código Civil’ de Bello en El Salvador”, en GUZMÁN BRITO, A. (ed.), *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Santiago, LexisNexis, 2007.
- VÉLEZ, F., *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, París, Imprenta París-América, s.f., 2.^a ed., corregida y aumentada por el autor y por LUIS-ÁNGEL ARANGO, t. IX (1898).