

# El remedio preventivo en la responsabilidad civil\*

TOMÁS RESTREPO RODRÍGUEZ

Sumario: *Premisa.* - I. *El remedio meramente preventivo.* - A. *¿Es la evitación del daño función de la responsabilidad civil?* - B. *El remedio meramente preventivo en el derecho civil colombiano.* - C. *Consecuencia de la introducción de la evitación del daño en la responsabilidad civil.* - II. *El restablecimiento.* - A. *¿Es la cesación del daño función de la responsabilidad civil?* - B. *El restablecimiento en el derecho civil colombiano.* - C. *Consecuencia de la introducción de la cesación del daño en la responsabilidad civil.* - III. *Conclusión.*

*"[s]i no se debe confundir prevención y reparación, tampoco se debe asimilar responsabilidad y reparación: eso sería identificar la acción con uno sólo de sus resultados posibles"<sup>1</sup>.*

ROUJOU DE BOUBÉE

## I. PREMISA

Es común afirmar que la reparación es la función preeminente de la responsabilidad civil en todos los ordenamientos jurídicos<sup>2</sup>, tanto así, que esta es definida, generalmente, como la obligación de reparar el daño causado<sup>3</sup>. Ahora bien, aunque es innegable que la función reparadora ocupa un lugar principal

\* Agradezco profundamente a JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, FELIPE NAVIA ARROYO, HÉCTOR PATIÑO DOMÍNGUEZ, EDGAR CORTÉS MONCAYO y VIVIAN NEWMAN PONT, por la juiciosa revisión del escrito y sus acertadas críticas.

1 M. E. ROUJOU DE BOUBÉE. *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, Paris, 1974, 205.

2 G. VINEY ET P. JOURDAIN. *Les Obligations: Effets*, LGDJ, Paris, 1988, 3.

3 H. y L. MAZEAUD. *Tratado de la responsabilidad civil*, CARLOS VALENCIA ESTRADA, trad. Editorial Colmex, México D. F., 1945, 1-3.

dentro de la responsabilidad civil<sup>4</sup>, no se debe pasar por alto que existe la tendencia a incluir dentro de esta disciplina a la función preventiva<sup>5</sup>.

La función preventiva puede manifestarse de dos formas. La primera, es aquella que conocemos en el derecho penal como prevención general, intimidación psicológica que ejerce la condena sobre los miembros de la sociedad, quienes ante la amenaza de responder por la causación de perjuicios, procuran evitar al máximo las conductas dañinas. La segunda, es la imposición de un remedio preventivo, condena que ordena ejecutar una conducta o abstenerse para evitar la realización de un perjuicio<sup>6</sup>. Mientras la función de prevención general de la responsabilidad civil es ampliamente aceptada por la doctrina, ya sea como función principal o secundaria<sup>7</sup>, no existe consenso sobre inclusión del remedio preventivo dentro de la responsabilidad civil<sup>8</sup>.

Cabe anotar que, pese a la controversia circundante sobre el remedio preventivo, esta medida está claramente desarrollada en algunos ordenamientos jurídicos como propia de la responsabilidad civil. En el *common law* la *quia timet injunctio* es una condena de *liability* que pretende evitar la causación de un daño o la continuación de la vulneración, ante la presencia de una amenaza

4 M. M. NAVEIRA ZARRA. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, 287: "[...] la aparente unanimidad a favor de la exclusiva finalidad reparadora de la responsabilidad civil extracontractual, alcanzada tras la conclusión del proceso histórico de separación entre pena y resarcimiento, se ha resentido con motivo de las voces que de un tiempo a esta parte vienen proclamando la insuficiencia e inadecuación del objetivo reparador como único argumento justificador de la puesta en marcha de la acción de daños y perjuicios en las complejas sociedades modernas. Sin embargo, esas voces que proponen volver la mirada hacia la persecución de otras finalidades distintas de la reparadora no pretenden, con carácter general invalidar o anular ésta. Es decir, no aspiran a sustituirla por las nuevas funciones proclamadas, sino que se dirigen, más bien, a complementarlas".

5 VINEY ET JOURDAIN, ob. cit., 4.

6 ADRIANO DE CUPIS. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*, A. MARTÍNEZ CARRIÓN (trad.), Bosch, Barcelona, 1975, p. 572.

7 NAVEIRA ZARRA, ob. cit., 290: "[...] es cierto que son cada vez más los autores dispuestos a invocar como propia del derecho de daños la persecución de una finalidad preventiva, ya sea con carácter accidental o secundario, ya lo sea con carácter esencial, situándola en este último caso, en el mismo plano primario que la función reparadora. En esta circunstancia han influido positivamente las ideas de SALVADOR CODERCH Y CASTIÑEIRA PALOU, quienes, partiendo de la desvinculación entre prevención y punición, se han mostrado a favor de un sistema de responsabilidad civil construido sobre la idea de la doble función resarcitoria y preventiva [...] la idea de añadir a la indiscutible función reparadora de la responsabilidad civil una función preventiva dirigida a evitar o, al menos, a reducir los comportamientos dañinos, no se antoja en modo alguno descabellada, pues no se trata de *sacrificar dichas exigencias compensatorias en el altar de la prevención* [...] sino de descubrir en la institución lo que desde sus propios orígenes y presupuestos ya formaba parte de ella".

8 A. DE CUPIS, ob. cit., 572.

que pueda generar un perjuicio irreparable pecuniariamente<sup>9</sup>. Así mismo, la jurisprudencia alemana<sup>10</sup>, los códigos de las obligaciones suizo y polaco, y los códigos civiles portugués, húngaro, austriaco y de Luisiana, otorgan a la condena de responsabilidad civil un contenido preventivo<sup>11</sup>. En este mismo sentido, el anteproyecto de reforma del *Code Civil*<sup>12</sup>, en el subtítulo correspondiente a la responsabilidad civil, prescribe que “los gastos necesarios para prevenir la realización inminente de un daño o para evitar su agravación, así como para reducir sus consecuencias, constituyen un perjuicio reparable [...]” (art. 1344) y “cuando el daño es susceptible de agravarse, de repetirse o de perpetuarse, el juez puede ordenar, a petición de la víctima, toda medida adecuada para evitar esas consecuencias [...]” (art. 1369-1).

Así pues, visto que la inclusión del remedio preventivo en la responsabilidad civil es actual, controvertida, adoptada por algunos ordenamientos e ignorada por nuestra doctrina<sup>13</sup>, no es solo interesante, sino necesario, realizar un estudio al respecto. En este sentido, el objeto de este escrito es dar un primer paso en dicha tarea, mediante la presentación de una idea general sobre la aceptación del remedio preventivo en la responsabilidad civil, la cabida que podría tener en el derecho civil colombiano y las consecuencias que acarrearía su introducción. Para realizar la presentación resulta adecuado dividir el remedio preventivo en sus dos modalidades: el que evita la producción del daño (1) y el que hace cesar el daño (2). En la primera modalidad “el daño

9 COOKE AND OUGHTON. *The common law of obligations*, Butterworths, Second Edition, London, 1993, 226.

10 VINEY ET JOURDAIN, *ob. cit.*, 16: “En Alemania, notablemente, la jurisprudencia es la que, apoyándose en las estrechas disposiciones legales, reconoció la existencia de una acción preventiva, a la cual le otorgó un carácter general [...] ellos se contentan con una amenaza seria para el futuro [...] ellos no supeditan, el uso de la acción preventiva a la prueba de la culpa del demandado”.

11 *Ibid.*, 16.

12 Dirigido por PIERRE CATALA, el anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones y del derecho de la prescripción del Código Napoleónico de 1804, es una obra colectiva elaborada por 34 eminentes civilistas franceses, cuya finalidad es “dar a Francia un derecho civil acorde a su época” (P. CATALA, *Presentación general del anteproyecto*). Ver. P. CATALA Y OTROS. *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, Libro III, Títulos III y XX*, F. HINESTROSA (trad.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

13 Lastimosamente, es casi nula la bibliografía nacional que aborda la controversia del remedio preventivo en la responsabilidad civil. Al respecto, es digno rescatar: J. C. HENAO PÉREZ. “De tal derecho lesionado tal acción” en *v Jornadas de derecho constitucional y administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, 485-541. J. C. HENAO PÉREZ. *Le dommage: analyse á partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l’Etat en droit colombien et français*, Université Panteón-Assas (Paris II), presentada y sustentada públicamente el 27 de noviembre de 2007, no publicada, 609-681. J. C. HENAO PÉREZ. *De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto*, A. M. MENDOZA, (trad.), no publicado. J. TAMAYO JARAMILLO. *Tratado de responsabilidad civil, t. II*, Legis, Bogotá, 2007, 675-679.

no ha iniciado su onda explosiva, pero a partir de la alteración de la situación fáctica que soporta el derecho, se concluye que de manera inminente ocurrirá la lesión del mismo"<sup>14</sup>; en la segunda, "el daño ya inició, pero no se ha consumado"<sup>15</sup>.

## II. EL REMEDIO MERAMENTE PREVENTIVO

En esta hipótesis el remedio preventivo actúa antes de que haya iniciado la vulneración del derecho, suprimiendo la situación susceptible de vulnerarlo. La idea es actuar sobre la causa del eventual daño, eliminar el peligro. Así, esta medida se distingue de la reparación porque, por una parte, lejos de otorgar a la víctima un equivalente al interés menoscabado, erradica la conducta que puede producirlo<sup>16</sup>, y por otra, no es la reacción frente a un daño cierto, sino eventual<sup>17</sup>. No obstante, tanto el remedio meramente preventivo como la reparación tienen como finalidad común la indemnidad de la víctima, el mantenimiento de su *statu quo*.

En este acápite estudiaremos si el remedio meramente preventivo es aceptado como una medida de responsabilidad civil (1); qué lugar ocupa dentro de nuestro ordenamiento jurídico (2), y cuál es la consecuencia de su introducción (3).

### A. ¿Es la evitación del daño función de la responsabilidad civil?

Aunque en la actualidad la tendencia es aceptar el remedio meramente preventivo como una condena de responsabilidad civil<sup>18</sup> y "[d]esde el punto de vista de la víctima del daño no puede negarse que su prevención sea preferible a su represión"<sup>19</sup>, se puede afirmar que la doctrina está dividida entre quienes niegan a la evitación del daño un campo dentro de esta disciplina y, quienes,

14 HENAO PÉREZ. *De tal derecho lesionado tal acción*, cit., 522.

15 *Ibíd.*, 522.

16 *Ibíd.*, pp. 501 y 502.

17 ROUJOU DE BOUBÉE, ob. cit., 200-203.

18 G. A. STIGLITZ. *Daños y perjuicios*, Ediciones la Roca, Buenos Aires, 1987, 63. R. VÁZQUEZ FERREYRA, *Responsabilidad por daños (elementos)*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, 235: "No quisiéramos cerrar este trabajo sin brindar algunas ideas respecto a un tema que íntimamente ligado con lo ya tratado [resarcimiento], ha adquirido suma importancia en los últimos años. Es el nuevo camino por el cual transita nuestra disciplina [responsabilidad civil]. Y este nuevo camino nos conduce a un hontanar que viene impuesto por las características típicas de nuestra época, de nuestra sociedad del riesgo. Se trata ya no de reparar el daño, sino de prevenirlo. La nueva óptica apunta en determinadas situaciones adelantarse al fenómeno nocivo para evitar su acaecimiento".

19 A. DE CUPIS, ob. cit., 575.

por el contrario, aseguran que la responsabilidad civil sí comprende la condena meramente preventiva.

Los argumentos que conducen a negar a la evitación del daño un lugar dentro de la responsabilidad civil, son la inexistencia de un daño cierto y la ausencia de una condena reparatoria. Es bien conocido que, para la puesta en marcha de la responsabilidad civil, es necesario que se presente un daño pasado o futuro, pero en todo caso, que exista certeza sobre el mismo. Entonces, si la contingencia de daño no constituye sino un daño eventual, la pretensión de evitar el daño no es del ámbito de la responsabilidad civil. Por otro lado, tal como lo anotamos en la premisa, la responsabilidad civil ha sido definida constantemente como la obligación de reparar el daño, de manera que una medida que no está destinada a compensarlo, sino a evitarlo, no se adecua a dicha definición, desbordando el objeto de la responsabilidad civil<sup>20</sup>.

Por su parte, el sector de la doctrina que identifica al remedio meramente preventivo como una medida propia de la responsabilidad civil, expone que es lógico que la misma institución encargada de compensar los daños también se ocupe de prevenirlos, siendo la prevención y la reparación fenómenos estrechamente ligados que deben estar comprendidos en una misma teoría<sup>21</sup>. Los partidarios de esta tesis se bifurcan en dos corrientes: la que considera que la evitación del daño es una reparación y la que afirma que el remedio preventivo es una condena independiente de la reparación.

La corriente que asimila la prevención a la reparación, asegura que el remedio meramente preventivo, como toda medida reparatoria, se ubica en la responsabilidad civil. En esa corriente, se puede identificar la tesis que considera la evitación como reparación de un daño actual; la que estima que es la reparación de un daño futuro y aquella que la ve como la reparación de un daño en evolución.

La primera tesis parte de la premisa que la amenaza por sí sola constituye un perjuicio actual y cierto, cuya única diferencia con el perjuicio futuro temido es de tiempo e intensidad. En otras palabras "la amenaza de un perjuicio futuro B constituye por sí misma un perjuicio actual A: resulta que las medidas tendientes a prevenir el perjuicio futuro B tienen por resultado inmediato hacer cesar el perjuicio actual A"<sup>22</sup>. Así pues, la condena que ordena suprimir la amenaza repara el daño que la misma amenaza constituye y, de paso, evita que acontezca el daño temido.

20 ROUJOU DE BOUBÉE, ob. cit., 198-199.

21 *Ibid.* 199.

22 *Ibid.* 200.

La segunda tesis, aquella que presenta a la prevención como la reparación de un daño futuro, considera que dicho daño no es eventual sino cierto, prueba de ello es que el remedio preventivo solo opera cuando el daño es inminente. En efecto, si de las circunstancias que rodean la amenaza se puede inferir que de no intervenir el remedio preventivo inexorablemente sucederá el daño, se puede decir que el daño temido no es eventual sino cierto. Al existir un daño cierto, según esta tesis, la evitación del mismo constituye una reparación, es más, en el sentir de sus partidarios "[...] no hay mejor reparación de un perjuicio que su propia evitación"<sup>23</sup>.

La última tesis, expuesta por el profesor JUAN CARLOS HENAO<sup>24</sup>, más que contradecir las anteriores, las acopia a partir de una visión íntegra del daño que abarca desde su aparición hasta su consumación. El autor afirma que no solo se puede concebir como daño cierto aquel consumado –la lesión definitiva del derecho–, sino también aquel no consumado. Antes de la destrucción definitiva del derecho –daño consumado–, aparece la amenaza del derecho, la cual constituye el inicio del daño y el momento desde el cual se puede predicar su certeza, pues, "[...]el sentido común indica que el uso alterado de un derecho no es un goce pleno y pacífico del mismo, precisamente porque supone que se encuentra disminuido"<sup>25</sup>. Si la amenaza del derecho es un daño tan cierto como la lesión definitiva, tal como acaece con esta, los perjuicios futuros que se proyectan de aquella son ciertos. En este orden de ideas, se debe poner de presente que "la amenaza se sitúa antes del agravamiento del daño y no antes de su existencia; luego, es conveniente afirmar que la amenaza se proyecta en el futuro no porque el daño sea representativo del futuro, sino porque el agravamiento de la lesión del derecho o la lesión de un nuevo derecho estructuran el futuro"<sup>26</sup>. Siendo entonces la amenaza del derecho un daño cierto que se proyecta en el futuro, la medida que la elimina constituye su reparación<sup>27</sup>.

La primera teoría descrita, es rechazada por ROJOU DE BUBÉE, porque, desde su óptica, afirmar que la amenaza es un daño actual y cierto es una ficción que no concuerda con la realidad judicial ni psicológica. Difiere con la realidad psicológica porque la eliminación de la amenaza (perjuicio A), es para el demandante, solo un medio para evitar el daño (perjuicio B), único

23 VÁZQUEZ FERREYRA., ob. cit. 235.

24 HENAO PÉREZ. *De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto*, cit.

25 *Ibíd.*

26 *Ibíd.*

27 HENAO PÉREZ. *Le dommage*, cit., 636.

considerado lesivo por él. Es decir, el interés del demandado es evitar el daño futuro (perjuicio B), de manera que la reparación de la amenaza (perjuicio A) no es más que una consecuencia de la satisfacción de ese interés. Esto es incoherente con la realidad judicial, porque ante la presencia de un daño futuro (perjuicio B), el juez no fija la reparación con base en la amenaza (perjuicio A), sino, solamente, de acuerdo con el impacto que la persona sufrirá (perjuicio B). Si el razonamiento del juez fuera distinto, ante la presencia de un daño futuro la valoración de la reparación incluiría la amenaza.

No obstante la coherencia de esta crítica, es incontrovertible que, tal como lo afirma JUAN CARLOS HENAO, la amenaza genera, por lo menos, una incomodidad en el titular del derecho en peligro. En las palabras del autor "la amenaza se concibe como un riesgo que se vuelve concreto a partir de elementos objetivos, lo que permite afirmar que el titular del derecho no lo goza pacíficamente, debido al miedo razonable que produce visualizar el inicio de la destrucción definitiva de su derecho"<sup>28</sup>. En este sentido, estamos de acuerdo con el profesor en que la amenaza produce un daño cierto —"el miedo razonable"—, sin embargo, no compartimos con él que dicha amenaza sea en sí misma un perjuicio cierto, pues hay un límite entre ser un daño cierto y generar un daño cierto. La amenaza no constituye por sí misma un daño, pero sí puede ser hecho generador de perjuicios.

En efecto, la amenaza puede ser la causa de perjuicios actuales y ciertos, no solo del "miedo razonable" del que habla el autor, sino también, de otros, incluyendo, por supuesto, los patrimoniales. Es, por ejemplo, el evento en que el estado ruinoso de un edificio genera la desvalorización del edificio contiguo. En esta hipótesis la amenaza no es el daño, es decir, la ruina del edificio no es el daño, sino el hecho dañino que causan el perjuicio consistente en la desvalorización.

Al respecto, resulta ilustrativa la diferencia que hace la doctrina italiana entre *pericolo di danno* y *danno da pericolo*. Este es la amenaza que causa un daño actual, aquel, el peligro de sufrir un perjuicio<sup>29</sup>. Así, es claro que, cuando hablamos de *pericolo di danno* nos referimos al perjuicio futuro que podría derivar de esa conducta, en cambio, cuando se hace alusión al *danno da pericolo* se indica un perjuicio actual que resulta de la amenaza. En este sentido, cuando se presenta la amenaza de daño, podemos toparnos con un daño actual consumado o en ejecución, y un daño futuro eventual. Frente al primero o en ejecución,

28 HENAO PÉREZ, *De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto*, cit.

29 C. SALVI, "Risarcimento del danno" en *Enciclopedia del Diritto*, XL, Giuffré Editore, 1989, 1087-1088.

la medida destinada a evitar el perjuicio temido no constituye en modo alguno reparación, pues no procura un equivalente a ese daño o una compensación del mismo, ni retrotraer los efectos del daño, sino evitar que acontezca un perjuicio futuro distinto. En lo que respecta a ese daño futuro distinto, la medida tampoco es una reparación, pues es evidente que no se puede reparar un daño incierto o, lo que es lo mismo, un daño cuya existencia no es segura, en fin, no se puede reparar lo que no existe.

En este contexto, emerge la crítica a la segunda teoría, aquella que concibe la evitación del daño como la reparación de un daño futuro y cierto, porque, en realidad, dicho daño es tan eventual que el mismo remedio preventivo evita que se presente. Aquello que define un daño futuro como eventual o cierto es su evitabilidad o inevitabilidad, así, si el daño es evitable es eventual y, viceversa, si el daño es inevitable es cierto. El hecho de que se pueda ordenar un remedio preventivo, es evidencia incontrovertible de que ese daño futuro es eventual, tanto así que, el fin de esta medida es impedir que pase de eventual a cierto, de evitable a inevitable, y, en consecuencia, impedir que se presente el problema de su reparación<sup>30</sup>.

Por lo expuesto, convenimos con ROJOU DE BUBÉE en que “[a]bsorber las medidas preventivas del perjuicio dentro de la reparación sería no sólo cometer un abuso de lenguaje, sino dar a esta noción una interpretación extensiva deformante”<sup>31</sup>.

Ahora bien, que en nuestro concepto sean erradas aquellas teorías que asimilan reparación y evitación del daño, no quiere decir que asintamos con la teoría que considera que el remedio meramente preventivo no es del ámbito de la responsabilidad civil. Si bien consideramos que el daño evitable es eventual, concebimos que su evitación –como ya anotamos atrás– está íntimamente ligada al fenómeno de la reparación y, como tal, debe ser estudiada dentro de la misma disciplina que estudia a esta. Así, la evitación del daño “[e]ncuadra en el vasto sistema del derecho de daños, dentro de un complejo engranaje de efectos reactivos de variada funcionalidad, que por ningún motivo valedero se puede justificar que se deba restringir a la faceta de naturaleza represiva”<sup>32</sup>.

Respecto a la aseveración que predica la inclusión de la evitación dentro de una “teoría general del daño”, pero por fuera del ámbito de la responsabilidad

30 ROJOU DE BOUBÉE, ob. cit., 200-203.

31 *Ibíd.*, 203.

32 STIGLITZ, ob. cit., 63.



civil<sup>33</sup>, creemos que se basa en sutilezas formales que no deben hacer perder de vista la conveniencia de estudiar en una misma teoría el daño y su prevención<sup>34</sup>. En este sentido, estamos de acuerdo con un concepto amplio de responsabilidad civil, que incluya los remedios destinados a reaccionar frente a la ocurrencia de un daño consumado –presente o futuro– como ante la presencia de un daño en ciernes. Dicho de otra manera, “es menester operar una suerte de inversión de las cuestiones fundamentales comprendidas en las reglas de responsabilidad, que vienen a consistir en primer término en la prevención de los incidentes y luego en el resarcimiento de daños”<sup>35</sup>.

En vista de que tomamos partido por la posición doctrinal que incluye al remedio meramente preventivo en la responsabilidad civil, veamos, a continuación si esta condena tiene cabida dentro del derecho civil colombiano.

## B. El remedio meramente preventivo en el derecho civil colombiano

Nuestro Código Civil contiene una cantidad considerable de normas que facultan al juez para ordenar un remedio meramente preventivo ante la presencia de amenazas específicas. Así,

[c]ualquiera de los dos condueños que quiera servirse de pared medianera para edificar sobre ella, o hacerla sostener el peso de una construcción nueva, debe primero solicitar el consentimiento de su vecino, y si éste lo rehúsa, provocará un juicio práctico en que se dicten las medidas necesarias para que la nueva construcción no dañe al vecino (art. 913);

Si se trata de pozos, letrinas, caballerizas, chimeneas, hogares, fraguas, hornos u otras obras de que pueda resultar daño a los edificios o heredades vecinas, deberán observarse las reglas prescritas por las leyes de policía, ora sea medianera, o no, la pared divisoria. Lo mismo se aplica a los depósitos de pólvora, de materias húmedas o infectas y de todo lo que pueda dañar a la solidez, seguridad y salubridad de los edificios (art. 914);

33 DE CUPIS, ob. cit., 569-579: “Los efectos jurídicos del daño se sitúan en la perspectiva general propia de todos los efectos jurídicos aunque, volvamos a repetir, específicamente constituyan una realidad que se manifiesta en contraste con el daño que es su causa, lo cual sirve para distinguirlos de los efectos jurídicos propios de otros hechos. Estando dirigidos a servir de reacción contra el daño de que son consecuencia, se distinguen de aquellos otros fenómenos jurídicos que pueden unirse al daño en una situación distinta de efecto y consecuencia, tal cual las medidas destinadas a la prevención del mismo [...] Ante la imposibilidad de impedir el daño, el remedio consiste en imponer su reparación a una persona –responsable–, distinta del perjudicado, lo que equivale a transferir las carga del daño del segundo al primer sujeto, concretando el fenómeno jurídico de la responsabilidad civil [...] El fin de la responsabilidad civil es reparatorio y nada más que reparatorio”.

34 VÁZQUEZ FERREYRA, ob. cit., 235.

35 STIGLITZ, ob. cit., 66.

[e]l poseedor tiene derecho para pedir que se prohíba toda obra nueva que se trate de construir sobre el suelo de que está en posesión (art. 986);

[e]l que teme que la ruina de un edificio vecino le depare perjuicio, tiene derecho de querrellarse al juez para que mande al dueño de tal edificio derribarlo, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación; o para que, si la admite, se le ordene hacerla inmediatamente; y si el querrellado no procediere a cumplir el fallo judicial, se derribará el edificio o se hará la reparación a su costa (art. 988);

[l]as disposiciones precedentes –art. 988 C. C.– se extenderán al peligro que se tema de cualesquiera construcciones; o de árboles mal arraigados, o expuestos a ser derribados por casos de ordinaria ocurrencia (art. 993);

[e]l dueño de una casa tiene derecho para impedir que cerca de sus paredes haya depósitos o corrientes de agua o materias húmedas que puedan dañarla [...] [t]iene así mismo derecho para impedir que se planten árboles a menos distancia que la de quince decímetros, ni hortalizas o flores a menos distancia que la de cinco decímetros [...] [s]i los árboles fueren de aquellos que extienden a gran distancia sus raíces, podrá el juez ordenar que se planten a la que convenga para que no dañen a los edificios vecinos [...] (art. 998);

[l]os acreedores hereditarios y los acreedores testamentarios podrán pedir que no se confundan los bienes del difunto con los bienes del heredero [...] (art. 1435);

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

En todos los ejemplos citados se puede evidenciar que, ante el solo peligro, sin que el daño se haya hecho presente, la víctima puede solicitar que se tomen las medidas pertinentes para evitar su realización. V. gr. en el evento en que un edificio amenaza ruina, el vecino, antes de sufrir los perjuicios que de ella pueden provenir, está facultado para solicitar que se repare o destruya el edificio (art. 998 C. C.).

Ahora bien, además de los supuestos de hecho particulares que desatan el remedio meramente preventivo, el título XXIV del Código Civil, dedicado a la responsabilidad civil extracontractual, prescribe que “[p]or regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de estas podrá intentar la acción” (art. 2359). Esta norma contiene una hipótesis que permite a la víctima amenazada de cualquier daño acudir al juez para evitar la lesión, con lo cual, podemos afirmar que el remedio meramente preventivo está establecido en nuestra legislación de manera general. Adicionalmente, la ubicación del artículo dentro del título de “Responsabilidad Común por los Delitos y las Culpas”, nos permite aducir que el remedio meramente preventivo es una condena de responsabilidad civil.

En cuanto a la responsabilidad contractual, el legislador optó por evitar el daño (lesión del crédito) ante unos peligros específicos. Así, en el caso de una obligación a plazo el deudor tiene derecho a exigir la prestación antes del vencimiento del plazo "1. [a]l deudor constituido en quiebra o que se halle en notoria insolvencia" y "2. [a]l deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o disminuido considerablemente de valor" (art. 1553 C. C.). Sin embargo, el sentido común<sup>36</sup> y la jurisprudencia<sup>37</sup> colombiana han formulado dos hipótesis en que opera el cumplimiento preventivo casi al punto de poder afirmarse que cualquier peligro serio de incumplimiento torna exigible la obligación contractual.

La primera responde al evento en que aún antes de la exigibilidad de la prestación se haga evidente (*ictu oculi*) que el deudor no la cumplirá definitivamente o que no la cumplirá oportunamente [...] La segunda consiste en que el acreedor no tiene por qué aguardar a la llegada del día final del plazo, cuando el deudor (o su representante) le manifiesta preventivamente que no cumplirá<sup>38</sup>.

Sumado a lo anterior, el artículo 1131 del Código de Comercio define el siniestro del seguro de responsabilidad civil como "el hecho externo imputable al asegurado" y no como el daño derivado de ese hecho externo, de lo cual se desprende que, el cubrimiento del seguro de responsabilidad civil no se limita a la indemnización del daño sino se extiende a su prevención. Adhiere a esta postura un controvertido<sup>39</sup> laudo arbitral, según el cual,

[...] la fijación de la ocurrencia del siniestro que señala el artículo 1131 del Código de Comercio, está acorde con la índole, naturaleza y ser de la responsabilidad civil, y con la comprensión cabal de las funciones que la dominan, si se tiene en cuenta que acontecido el hecho imputable al responsable con virtualidad o capacidad para causar el daño, la realización efectiva del perjuicio es siempre un *posterius* en relación con el evento correspondiente y en ese sentido, las instituciones de responsabilidad civil no sólo tienen por finalidad lograr la reparación integral del detrimento sobrevenido, sino además prevenirlo en la medida que el sujeto a quien se imputa el evento con aptitud para producir el daño esté en capacidad de evitar

36 F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, 600.

37 Cas. 1° de diciembre de 1926, XXXIII, 324; Cas. 25 de julio de 1935, LIX, 382; Cas. 1° de diciembre de 1963, CIII, 80.

38 F. HINESTROSA, ob. cit., 600-601.

39 M. C. ISAZA POSSE, *Reseña Laudo Ocesa-Liberty Seguros*, diciembre 7 de 2006.

que efectivamente se cause un perjuicio a terceros, quienes a fin de cuentas en el seguro de responsabilidad civil van a ser los beneficiarios de la indemnización<sup>40</sup>.

Aclarado que nuestro ordenamiento jurídico consagra el remedio meramente preventivo como una condena de responsabilidad civil, en el siguiente numeral abordaremos la consecuencia de dicha consagración.

### C. Consecuencia de la introducción de la evitación del daño en la responsabilidad civil

Si el remedio meramente preventivo es considerado una condena de responsabilidad civil, debemos admitir que esta se pone en acción, no solo ante la presencia de un daño cierto, sino, también, ante la presencia de un daño eventual. Cuando el daño es cierto la condena tendrá por objeto otorgar un equivalente a la pérdida, en tanto que, cuando el daño es eventual y el peligro de su realización inminente, la medida correspondiente es el remedio meramente preventivo<sup>41</sup>.

La aplicación del remedio meramente preventivo es de sumo cuidado, ya que implica la limitación de la libertad del condenado, quien, sin haber transgredido el deber de no dañar a otro, se ve forzado a actuar o abstenerse. El juez debe, entonces, hacer un juicio de ponderación entre el interés amenazado y la limitación de la libertad, de no ser esta limitación excesiva frente al interés protegido, la medida preventiva estará plenamente justificada, pero si el sacrificio de la libertad resulta desmesurado en comparación al interés protegido, la imposición de un remedio meramente preventivo resulta inadecuada<sup>42</sup>. En este orden de ideas, se puede evidenciar que, ante la contingencia de daño, la imposición de un remedio meramente preventivo solo es obligatoria cuando del juicio de valor entre los derechos en juego se concluye más importante evitar el perjuicio que proteger la libertad del productor de la amenaza.

Evacuado el estudio del remedio meramente preventivo, en el siguiente título, haremos una idéntica tarea con el restablecimiento.

40 Tribunal de Arbitramento de Oleoducto Central S. A. Ocena para resolver diferencias con Liberty Seguros S. A., árbitros: J. S. BALLESTEROS, J. P. NAVAS PRIETO y H. E. ZORNOSA PRIETO, Bogotá, 8 de noviembre de 2006.

41 DE CUPIS, ob. cit., 575: "Si existe la certeza de un daño presente o futuro se impone la tutela represiva del interés lesionado mediante el resarcimiento. Si la certeza no se produce se puede acudir a la tutela preventiva y el temor del daño puede reclamar la eliminación del origen de tal temor [...]".

42 *Ibíd.*, 575

## II. EL RESTABLECIMIENTO.

En esta hipótesis el hecho dañino está produciendo sus efectos nocivos, es decir, la violación del derecho ya comenzó pero no ha terminado. Entonces, se trata de una "actividad perjudicial continuada"<sup>43</sup> en la que, por un lado, se puede evidenciar un daño perpetrado y, por otro, la amenaza de daño para el porvenir. La medida de restablecimiento elimina la situación ilícita que ya lesionó, lesiona y amenaza seguir lesionando, con el fin de paralizar la violación y, así, evitar su realización futura. En este sentido, es una condena preventiva que elimina la "causa eficiente del daño"<sup>44</sup>, que actúa, "en efecto, no sobre la sustancia del perjuicio [...] sino sobre su fuente"<sup>45</sup>. Así, el restablecimiento se distingue de la reparación porque su objeto no es sustituir el daño, sino evitar que la violación se prolongue en el futuro. Asimismo, se diferencia del remedio meramente preventivo porque su supuesto de hecho es un perjuicio en ejecución y no una simple amenaza. Sin embargo, el restablecimiento se identifica con la reparación y el remedio meramente preventivo en la finalidad de mantener indemne a la víctima.

El restablecimiento, mimetizado como la condena al cumplimiento, es de fácil comprensión en la responsabilidad contractual, pues cuando el contenido de la obligación está previamente establecido, no requiere ningún esfuerzo colegir que, en caso de incumplimiento, el cumplimiento de la obligación paraliza la violación del derecho de crédito o, lo que es lo mismo, restablece el derecho. Por ejemplo, si en un contrato de transporte de mercancía el deudor no cumple con la entrega de la mercancía en el tiempo y lugar estipulados, la violación del derecho de crédito cesará cuando la mercancía llegue a su lugar de destino, conducta que, aunque tardía, mientras persista el interés del acreedor, restablece el derecho transgredido al satisfacer la obligación. En este orden de ideas, salta a la vista que el cumplimiento es una medida dirigida a terminar con la situación ilícita que constituye la lesión del crédito. Es de resaltar cómo, el objeto de dicha medida no es reparar los perjuicios que la inejecución de la obligación ya causó, sino es la satisfacción de la misma obligación a la cual el acreedor tiene derecho<sup>46</sup>, en orden a "que el titular del derecho consiga precisamente las mismas utilidades derivadas de la ley o el contrato, y no unas

43 *Ibíd.*, 577.

44 ROUJOU DE BOUBÉE, *ob. cit.*, 211.

45 *Ibíd.*, 217.

46 P. LE TOURNEAU. *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2004, 546: "De acuerdo al rigor de los principios, cuando la ejecución en natura no se enfrenta con alguna imposibilidad, debería poderse obtener: la fuerza obligatoria del contrato se impone". ROUJOU DE BOUBÉE, *ob. cit.*, 146.

utilidades equivalentes"<sup>47</sup>. En consecuencia, se puede decir que, mientras la condena al cumplimiento se identifica por la identidad entre la prestación de la obligación primigenia nacida de la ley o el contrato y la prestación de la obligación impuesta como condena, la condena reparatoria se caracteriza por la heterogeneidad entre la prestación primigenia y la prestación de la obligación impuesta como condena, cuyo contenido siempre será un equivalente de aquella<sup>48</sup>. Esto se explica porque, cuando se condena al cumplimiento no varía la fuente de la obligación, sencillamente, se está exigiendo la satisfacción de la obligación legal o contractual que en principio debió ser ejecutada de manera voluntaria; en cambio, cuando se condena a la reparación, la fuente de la obligación impuesta como condena no es la ley o el contrato sino el daño derivado de su incumplimiento.

Por el contrario, en los casos de responsabilidad extracontractual en los cuales la obligación no está determinada de manera previa, la aplicación del restablecimiento requiere un trabajo más arduo, puesto que debe determinarse el derecho violado, la conducta u omisión que viola y la forma de corregir dicha conducta en orden a restablecer el derecho. V. gr. en el caso de una fábrica de muebles que genera un ruido perjudicial para su vecino, primero, se establece que el derecho vulnerado es la integridad (vida y salud) del afectado, después, ubicado en el momento de la violación, se infiere que la conducta generadora del perjuicio continuado es la ubicación de la sala de maquinas y el mal aislamiento del ruido y finalmente, para restablecer el derecho, se condena a la fábrica a instalar aislamientos acústicos y reubicar la sala de máquinas distante a la casa de la víctima<sup>49</sup>. Tal como el caso del cumplimiento contractual, en esta hipótesis tampoco se debe confundir reparación con restablecimiento. En este evento el interés de la víctima es la supresión de la situación ilícita que lo afecta, de forma tal que la condena no encuentra su fundamento en el daño, sino en el reconocimiento y defensa de sus derechos previamente establecidos por el ordenamiento y, correlativamente, en el deber del agente dañoso de actuar conforme al derecho. En tanto que, en la reparación, el daño es la fuente de un nuevo derecho para la víctima, así como de una nueva obligación para el causante, cuyo cumplimiento tiene por objeto compensar el daño sufrido. Así pues, mientras la reparación procura otorgar un equivalente que ponga a la víctima en una situación análoga a la que se encontraba antes del perjuicio, el restablecimiento evita que se continúe vulnerando el derecho. Esta diferencia

47 R. VERDERA SERVER. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995, 43.

48 ROUJOU DE BOUBÉE, ob. cit., p. 146. C. BLOCH, *La cessation de l' illicite: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Université Paul-Cézanne Aix-Marseille III, Thèse soutenue le 22 novembre 2006, non publiée, 226.

49 Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 1994, M. P. J. ARANGO MEJÍA, exp. T-9430.

encuentra su justificación en que cuando estamos en el ámbito de la reparación el daño ya se encuentra consumado, razón por la cual, la única posibilidad es compensar lo que no se pudo evitar, en cambio, en el restablecimiento nos enfrentamos contra un daño en ejecución, el cual, mediante la conducta adecuada al derecho puede ser paralizado<sup>50</sup>.

Pues bien, en el presente punto, tal como lo hicimos con el remedio meramente preventivo, nos preguntaremos si el restablecimiento es aceptado como una medida de responsabilidad civil (1), qué lugar ocupa dentro de nuestro ordenamiento jurídico (2) y cuál es la consecuencia de su introducción (3).

### A ¿Es la cesación del daño función de la responsabilidad civil?

En contraposición al remedio meramente preventivo, es común la aceptación del restablecimiento como una medida propia de responsabilidad civil<sup>51</sup>. Por un lado, es evidente que la institución que se ocupa de reparar el daño, también se ocupe de hacer cesar su ejecución<sup>52</sup>, pues, la lógica contraria, "mantener una situación semejante en desmedro del orden jurídico constantemente alterado por la subsistencia de un hecho capaz de dañar, importaría tanto como crear el derecho de perjudicar si al lado se impone la obligación de resarcir"<sup>53</sup>. Por otro lado, como la condena se establece una vez el daño ya comenzó a realizarse, se cumple con el requisito que clásicamente pone en acción a la responsabilidad civil<sup>54</sup>. Sin embargo, no falta la voz aislada que considera al restablecimiento una medida ajena a la responsabilidad civil, pues, tal como cualquier medida preventiva, no está destinada a compensar el daño<sup>55</sup>.

Un sector de la doctrina, cabe destacar, afirma que el restablecimiento es una modalidad de reparación, lo cual surge de un concepto amplio de reparación que abarca toda medida destinada a volver a la víctima a la situación que tenía antes de la aparición del hecho dañino<sup>56</sup>. No compartimos esta postura, pues como lo explicamos anteriormente, mientras la reparación es la obligación que surge del daño, el restablecimiento no es sino la orden de cumplir con la obligación establecida previamente por la ley o el contrato, de tal suerte que, siendo distinto el fundamento de la condena, mal podríamos identificar este con aquella.

50 ROUJOU DE BOUBÉE, ob. cit., 211; BLOCH, ob. cit., 20.

51 VINEY ET JOURDAIN, ob. cit., 19.

52 ROUJOU DE BOUBÉE, ob. cit., p. 213.

53 H. D. AGUIAR, citado por, STIGLITZ, ob. cit., p. 64.

54 DE CUPIS, ob. cit., 578.

55 R. SAVATIER. *Traité de la responsabilité en droit français, tome II*, Deuxième édition, Paris, 1951, 169-170.

56 HENAO PÉREZ. *Le dommage*, cit., 622-624.

Adoptada por nosotros la tesis que incluye al restablecimiento en la responsabilidad civil, ahora, veremos la cabida que aquel tiene en el derecho civil colombiano.

## B. El restablecimiento en el derecho civil colombiano

En la normativa nacional podemos encontrar algunos ejemplos de restablecimiento, en particular, estos artículos del Código Civil:

[l]os árboles que se encuentran en la cerca medianera, son igualmente medianeros [...] [c]ualquiera de los dos condueños puede exigir que se derriben dichos árboles, probando que de algún modo le dañan (art. 917);

[s]iempre que las aguas que corren a beneficio de particulares, impidan o dificulten la comunicación con los predios vecinos, o embaracen los riesgos o desagües, el particular beneficiado deberá construir los puentes, canales y otras obras necesarias para evitar este inconveniente (art. 930);

[l]a reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla (art. 946);

[s]e concede la misma acción –reivindicatoria– aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción (art. 951);

[l]as acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en ellos (art. 972);

[e]l usufructuario, el usuario y el que tiene derecho de habitación son hábiles para ejercer por sí las acciones y excepciones posesorias dirigidas a conservar o recuperar el goce de sus respectivos derechos [...] (art. 978);

El que injustamente ha sido privado de la posesión, tendrá derecho para pedir que se le restituya [...] (art. 982);

Todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, y [...] no pudiere instaurar acción posesoria, tendrá, sin embargo, derecho para que se restablezcan las cosas en el estado en que antes se hallaban [...] (art. 984);

[s]i un árbol extiende sus ramas sobre suelo ajeno, o penetra en él sus raíces podrá el dueño del suelo exigir que se corte la parte excedente de las ramas, y cortar él mismo las raíces (art. 999);

[c]ualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a segarlos (art. 1002);

[e]l que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia, y se le restituyan las cosas hereditarias [...] (art. 1321);



[e]l heredero podrá también hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos [...] (art. 1325);

[e]l que hace una donación de todos sus bienes deberá reservarse lo necesario para su congrua subsistencia; y si omitiere hacerlo podrá en todo tiempo obligar al donatario a que, de los bienes donados o de los suyos propios, le asigne a este efecto, a título de propiedad o de un usufructo vitalicio, lo que se estimare competente, habida proporción a la cuantía de los bienes donados (art. 1465).

Es de notar que, en los ejemplos citados, si bien, al igual que en las hipótesis del remedio meramente preventivo, el objeto de la víctima es prevenir el daño, a diferencia de estas, el daño se encuentra en ejecución. Es así como, el dueño del bien sobre el cual se extienden las ramas del árbol del vecino está sufriendo un perjuicio, y, en vista de tal situación, pretende que la vulneración a su derecho cese mediante el corte de las ramas (art. 999 C. C.).

No tenemos dudas en cuanto a la aceptación del restablecimiento como una condena de responsabilidad extracontractual en nuestro ordenamiento, puesto que si el artículo 2359 del Código Civil concede acción en caso de daño contingente, con mayor razón debe concederse en la hipótesis del daño en ejecución<sup>57</sup>. En lo concerniente a la responsabilidad contractual –aunque en el Código Civil no existe un título con esa denominación ni dedicado exclusivamente a ella– podemos llegar a la misma conclusión si consideramos que la condena al restablecimiento está enmascarada bajo la pretensión del cumplimiento de la obligación. En efecto, ante el incumplimiento el acreedor puede optar por pedir en una misma acción la indemnización de los daños sufridos y el cumplimiento de la obligación (art. 1546 C. C.), medida que pone fin a la lesión de su derecho de crédito. Este artículo reafirma la lógica de estudiar en una misma disciplina el restablecimiento y la reparación.

Comprobado que el restablecimiento es una condena de responsabilidad civil prevista por nuestro ordenamiento, en el siguiente punto, veremos la consecuencia que acarrea su introducción.

### C. Consecuencia de la introducción de la cesación del daño en la responsabilidad civil

La diferencia entre reparación y restablecimiento no carece de efectos prácticos, pues la libertad del juez en la elección de la prestación que constituye la condena, difiere dependiendo de la medida de que se trate. En la reparación el juez puede optar por escoger entre la reparación en dinero y la reparación in

57 TAMAYO JARAMILLO, ob. cit., 677.

natura, siempre y cuando la medida resulte adecuada para sustituir el perjuicio. Por el contrario, debido al carácter imperativo de las normas jurídicas, en el restablecimiento el juez debe imponer al causante del perjuicio continuado la obligación de actuar conforme al derecho, de tal suerte que no existe otra opción sino aquella que consiste en ordenar el cumplimiento de la conducta prescrita por la norma hasta entonces trasgredida<sup>58</sup>.

No obstante, el restablecimiento encuentra límites, pues, si resulta imposible cumplir con el deber que pone fin a la violación o, en todo caso, tratándose de responsabilidad contractual, el cumplimiento de la obligación ya no le resulta interesante al acreedor, inexorablemente se tendrá que acudir a la reparación de perjuicios.

Sumado a los límites de la posibilidad y el interés, debemos adicionar el interés público. La erección de este límite surge de la crítica que despierta la imposición de la condena al restablecimiento en la hipótesis en que, para hacer cesar la violación del derecho de propiedad, se ordena la destrucción de la obra edificada, a pesar de que resulte excesivamente onerosa para el constructor en relación con el beneficio que percibe la víctima. Esta condena "significa darle un excesivo valor al individualismo liberal, pues no hay razón para que la economía de un país tenga que soportar la pérdida de objetos valiosos para proteger excesivamente y en forma caprichosa los derechos individuales de la persona"<sup>59</sup>. La postura anterior cabe aún más, cuando se trata de obras del Estado que reportan un beneficio para la colectividad, pues, en tal caso, ordenar restablecer el derecho del particular mediante la destrucción de la obra, en lugar de otorgar una indemnización, es anteponer los intereses individuales al bienestar social<sup>60</sup>. Así pues, estamos de acuerdo en que el restablecimiento del derecho encuentra sus límites, no solo en la posibilidad de efectuarlo y en el interés legítimo del acreedor, sino también en el interés de la misma sociedad.

En consecuencia, tenemos que, ante la pretensión de cumplimiento, mientras el objeto sea posible e interesante para el acreedor, y no riña con el interés público, el juez no puede conceder perjuicios compensatorios por considerarlos más apropiados que la ejecución de la obligación. Y, de la misma forma, ante la pretensión de paralizar la violación de un derecho, mientras sea posible y no vulnere el interés de la sociedad, el juez no puede dejar de tomar la medida de restablecimiento necesaria por considerar adecuada la indemnización de perjuicios del daño consumado. En este orden de ideas, la reparación es subsidiaria del restablecimiento<sup>61</sup>, ya que, antes de reparar, el juez debe velar

58 BLOCH, ob. cit., 20.

59 TAMAYO JARAMILLO, ob. cit., 677-678.

60 HENAO PÉREZ. *Le dommage*, cit., 632-633.

61 LE TOURNEAU, ob. cit., 550. ROUJOU DE BOUBÉE, ob. cit., 213 y ss.

por paralizar la violación del derecho y, si esto no es posible, es inútil para el acreedor, o vulnera el interés público, como último recurso debe otorgar un equivalente al daño sufrido.

### III. CONCLUSIÓN

1. El remedio preventivo, en sus dos modalidades, meramente preventivo y restablecimiento, es una condena de responsabilidad civil. La orden de ejecutar una conducta o abstenerse, para evitar o hacer cesar el daño, al igual que la reparación, está destinada a mantener indemne a la víctima. Esta finalidad justifica que la reparación y el remedio preventivo sean estudiados en una misma disciplina. No obstante, el remedio preventivo no se debe confundir con reparación, pues mientras esta consiste en la obligación de otorgar un equivalente a la pérdida experimentada por la víctima, aquel es la orden de eliminar la conducta que puede causar o está causando un perjuicio.
2. De igual manera, esas dos modalidades, remedio meramente preventivo y restablecimiento, están consagradas en nuestro derecho civil como una condena general de responsabilidad civil. En la responsabilidad extracontractual, el remedio preventivo está establecido en el artículo 2359 del Código Civil en el título dedicado a dicho tema. En la responsabilidad contractual, mientras el restablecimiento está prescrito en el artículo 1546 del Código Civil, la introducción del remedio meramente preventivo se debe a la jurisprudencia, que extendió la exigibilidad anticipada de la obligación a todas las hipótesis en que sea evidente que será incumplida.
3. La introducción del remedio preventivo en la responsabilidad civil, en sus dos modalidades, tiene consecuencias. Por un lado, la introducción del remedio meramente preventivo en la responsabilidad civil, tiene como resultado la aceptación de que esta se pone en acción no solo ante un daño cierto sino también ante un daño eventual, caso en el que, la orden de evitar el daño obedece a un juicio de ponderación entre la libertad del victimario y el derecho amenazado. Por otro lado, la consecuencia de la aceptación del restablecimiento es la subsidiaridad de la reparación, pues, siempre que sea posible, útil y conforme al interés de la sociedad, antes de compensar, el juez debe procurar paralizar la ejecución del daño de acuerdo con el derecho de la víctima y el deber del responsable.
4. Si en nuestro ordenamiento, reparación y remedio preventivo son las condenas de responsabilidad civil, la definición de esta debe comprender las ideas de compensación, evitación y cesación del daño. Ahora bien, en sentido contrario, como lo hemos repetido en este escrito, la responsabilidad civil es ordinariamente definida como la obligación de reparar el daño,

reduciendo el concepto a una sola de sus funciones. En consecuencia, esta definición ordinaria debe cambiarse por una más amplia que abarque la dimensión real de la responsabilidad civil. Un punto de partida para plantear la definición amplia es identificar como finalidad común de las medidas de responsabilidad civil la indemnidad de víctima. Así, se puede decir que, desde una óptica teleológica, la responsabilidad civil es la medida destinada a mantener a la víctima en una situación de indemnidad, ya sea evitando, paralizando o compensando el daño.