

Responsabilidad Civil y del Estado

Tomo III / Ediciones 15 - 19



Colección Conmemorativa Revista Responsabilidad Civil y del Estado - 20 Años
ISBN: 978-958-59104-0-9

Responsabilidad Civil y del Estado Tomo III / Ediciones 15-19
ISBN: 978-958-59104-3-0

© INSTITUTO COLOMBIANO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO –IARCE–
contacto@iarce.com
aorion@andresorionabogados.com
www.iarce.com

Centro Empresarial Dann Financiera, Medellín
Cra. 43A N° 7-50A, oficina 603
PBX: 57 (4) 266 15 98

COMITÉ EDITORIAL

Andrés Orión Álvarez Pérez
Maximiliano Aramburo Calle
Carlos Alejandro Duque Restrepo
Sergio Alejandro Villegas Agudelo
Jorge Luis Fabra Zamora
Vladimir Monsalve Caballero
Saúl Uribe García
Nicolás Polanía Tello

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

LM Network Creativo
Teléfono: 57 (4) 366 94 84

IMPRESIÓN

L. Vieco S.A.S.
Teléfono: 57 (4) 448 96 10

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE GENERAL

| | |
|---|-----|
| Responsabilidad Civil y del Estado N° 15 | 7 |
| RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR ACTOS TERRORISTAS | |
| <i>Enrique Gil Botero</i> | 9 |
| ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN | |
| <i>Ricardo Hoyos Duque</i> | 31 |
| CUANTÍA DEL RESARCIMIENTO POR DAÑO MORAL | |
| <i>Jorge Mosset Iturraspe</i> | 57 |
| ALGUNAS PREVISIONES SOBRE EL FUTURO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (Segunda parte) | |
| <i>Ricardo de Ángel Yagüez</i> | 71 |
| Responsabilidad Civil y del Estado N° 16 | 137 |
| EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y EL DAÑO | |
| <i>Ricardo de Ángel Yagüez</i> | 139 |
| CONCURRENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN Y LAS PRESTACIONES SOCIALES | |
| <i>Enrique Gil Botero</i> | 179 |

| | |
|---|-----|
| DEL DAÑO MORAL Y EL PERJUICIO A LA VIDA DE RELACIÓN HACIA UNA TEORÍA GENERAL DE DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES | |
| <i>Obdulio Velásquez Posada</i> | 195 |
| DESLINDE CONCEPTUAL ENTRE “DAÑO A LA PERSONA”, “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” Y “DAÑO MORAL” | |
| <i>Carlos Fernández Sessarego</i> | 231 |
| LA INTERVENCIÓN DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO | |
| <i>Gilberto Martínez Rave</i> | 327 |
| Responsabilidad Civil y del Estado Nº 17 | 343 |
| LA CULPA DEL ARTÍCULO 216 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO | |
| <i>Luis Alfonso Cuéllar Valencia</i> | 345 |
| LA NUEVA LEY FRANCESA DE DERECHO MÉDICO | |
| <i>Sergio Yepes Restrepo</i> | 357 |
| LOS PERJUICIOS ESTÉTICOS Y SU EVALUACIÓN | |
| <i>Gilberto Martínez Rave</i> | 371 |
| DERECHO DE DAÑOS Y RESPONSABILIDAD ILIMITADA EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL | |
| <i>Pablo Salvador Coderch</i> | 381 |
| EXTRACTO DE JURISPRUDENCIA | |
| <i>Tribunal Supremo Español</i> | 417 |
| ANOTACIONES ACERCA DE LA INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE EN COLOMBIA | |
| <i>Julio César Yepes Restrepo & Mario Andrés Villada Arenas</i> | 431 |

| | |
|---|-----|
| INTERPRETACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ARMA DE DOBLE FILO | |
| <i>Javier Tamayo Jaramillo</i> | 457 |
| Responsabilidad Civil y del Estado N° 18 | 471 |
| ¿ES NECESARIA EN COLOMBIA LA ESTIPULACIÓN LEGAL DE UN SEGURO OBLIGATORIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL QUE CUBRA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA? | |
| <i>Fernando Rodas Duque</i> | 473 |
| ALGUNAS PREVISIONES SOBRE EL FUTURO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. (Tercera Parte) | |
| <i>Ricardo De Ángel Yágüez</i> | 503 |
| EL USO DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD PARA LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MATERIAL DENTRO DE SENTENCIAS POR RESPONSABILIDAD CIVIL | |
| <i>Rafael Alberto Ariza Vesga</i> | 521 |
| LA PRUEBA DE LOS CONTRATOS | |
| <i>Jorge Mosset Iturraspe</i> | 533 |
| RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS REGISTRADORES Y NOTARIOS | |
| <i>Gladys Rodríguez de Bello</i> | 577 |
| Responsabilidad Civil y del Estado N° 19 | 613 |
| LA REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO | |
| <i>Saúl Uribe García</i> | 615 |
| REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SU APLICABILIDAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE DAÑOS | |
| <i>Hugo A. Cárdenas</i> | 649 |

**PROCEDENCIA DE ACUMULACIÓN DE INDEMNIZACIONES Y LAS
PRESTACIONES DERIVADAS DEL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS
PROFESIONALES**

Néstor Alejandro García Franco673

**ANÁLISIS DE LA SENTENCIA SOBRE ACCIONES POPULARES Y
CONTRATOS ESTATALES, CONSEJO DE ESTADO, Octubre de 2005.**

Luis Felipe Botero Aristizábal701

Responsabilidad Civil y del Estado N° 15

ISSN 1657-1215

Responsabilidad Civil y del Estado

N° 15
Octubre de 2003

- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO
POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR ACTOS
TERRORISTAS

Dr. Enrique Gil Botero

- ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA ACCIÓN DE
REPETICIÓN

Dr. Ricardo Hoyos Duque

- CUANTÍA DEL RESARCIMIENTO POR DAÑO MORAL

Dr. Jorge Mosset Iturraspe

- ALGUNAS PREVISIONES SOBRE EL FUTURO DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL

Dr. Ricardo de Ángel Yáñez



**INSTITUTO ANTIOQUEÑO
DE RESPONSABILIDAD
CIVIL Y DEL ESTADO**

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR ACTOS TERRORISTAS

Enrique Gil Botero

CONTENIDO:

1. Evolución jurisprudencial
2. Regímenes legislativos especiales de indemnización
3. La responsabilidad del Estado por los actos terroristas en el nuevo orden jurídico

1. Evolución jurisprudencial

Se ha dicho que no existe propiamente una línea jurisprudencial de responsabilidad del Estado por los daños ocasionados por atentados terroristas, pues estos eventos son juzgados bajo los sistemas tradicionales en que se enmarca la responsabilidad de la administración pública, hoy todos ellos bajo los lineamientos del artículo 90 de la C.P. Se tiene la falla del servicio como el título jurídico de imputación común, y se reconoce de manera excepcional dos formas de responsabilidad sin falta, con títulos de imputación en el riesgo y en la equidad, en lo que atañe a la responsabilidad por dichos atentados.

En el derecho colombiano, antes de la constitución política de 1991, el fundamento de la responsabilidad lo constituía el principio de igualdad ante las cargas públicas, que era el sustrato de los diferentes regímenes de responsabilidad administrativa, ello bajo la influencia del derecho francés; hoy día el concepto daño antijurídico enunciado en el artículo 90 de la constitución política, es el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado (la extracontractual,

precontractual y la contractual),¹ dado que se ha entendido además por la jurisprudencia que en el marco del dispositivo constitucional encuentran cabida todos los sistemas de responsabilidad administrativa.

La dificultad de delimitar conceptualmente la falla del servicio se debe a la ausencia de factores objetivos, lo que ha implicado que su materialización o no, derive en lo que se ha denominado “el carácter relativo de la falla” bajo el matiz de la discrecionalidad judicial enunciado como “la lógica del caso concreto”, lo que ha permitido crear unos niveles altos de exigencia en cuanto a su configuración: “lo cual hace muy difícil – en ocasiones imposible – para la víctima, la tarea de desvirtuar el carácter imprevisible e inevitable de la acción terrorista”;² y estas nociones, la de imprevisibilidad y la de inevitabilidad propias de la esencia del acto terrorista, paradójicamente son las que permiten aducir una fuerza mayor que como se sabe, exime de responsabilidad y corresponde a la víctima desvanecerla si quiere acreditar la falla del servicio y salir avante en su pretensión.

El juez administrativo colombiano tiene en cuenta el comportamiento de la víctima antes del evento dañoso, si ésta tenía conocimiento o no de la potencialidad del mismo, si había pedido medidas de protección o no, pero de la solicitud de protección no cumplida no se sigue automáticamente la existencia de la falla, y de la respuesta positiva de las autoridades – si se da el daño – a pesar de la protección también se puede eximir de responsabilidad a la administración; además tiene en cuenta las modalidades de tiempo, lugar y existencia de precedentes idénticos y recientemente ocurridos, como también pesan las circunstancias especiales de orden público que hacen para las autoridades previsible la comisión de atentados terroristas. Es obvia la ruptura de la imprevisibilidad cuando de determinadas circunstancias conocidas por la administración, tales como las que se vienen de indicar, resulta probable el acontecimiento lesivo que finalmente ocurre, haciéndolo previsible.

En lo que concierne al carácter inevitable de la acción terrorista, éste es signado por el brocardo de que “nadie está obligado a lo imposible”, aplicándose así el concepto del carácter relativo de la falla del servicio, que se ha erigido en un baluarte o técnica de control, para con criterios económicos reducir o mantener

1 Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996, M. P. doctor Alejandro Martínez Caballero

2 PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo, Universidad Externado de Colombia, temas de derecho público N° 61, 2000, pág. 36.

dentro de ciertos límites las condenas contra la administración. Aspecto que puede empezar a variar. “En efecto, la alta Corporación estimó que las dificultades encontradas por la policía no la exoneran de la obligación de tomar medidas apropiadas,³ pues si las autoridades competentes no tienen los medios, deben buscarlos”,⁴ se ha originado así en el derecho francés, un criterio oponible a la cotidiana justificación del Estado colombiano: de carencia de medios, ausencia de autoridad, falta de infraestructura, o la pobreza institucional como argumentos que buscan dar soporte a situaciones de verdadera ausencia del Estado; el concepto de inevitabilidad estructurado así pierde la connotación fatalista que se le ha querido dar y encuentra por el contrario un debilitamiento que permite una aplicación coherente con los fines mismos del Estado.

Corresponde a la víctima del atentado terrorista, desvirtuar la imprevisibilidad e inevitabilidad del acto violento, para dar por establecida la falla del servicio.

El juez colombiano exige de manera implícita una falla grave como se desprende del contenido de sus decisiones en la materia, lo cual constituye un obstáculo más para las víctimas en el vía crucis probatorio de demostrar la responsabilidad por esta forma de violencia.

El derecho colombiano admite de manera excepcional y subsidiaria la responsabilidad administrativa del Estado con fundamentos de responsabilidad objetiva. Por eso se ha dicho que la jurisprudencia colombiana ha tomado una posición de avanzada, aquí es importante reseñar y más adelante se ahondará en el tema, que ello solo fue posible a partir de la Constitución de 1991, pues la decisión judicial que estableció la ruptura se dio en septiembre 23 de 1994 en el expediente N° 8577 de la Sección Tercera del Consejo de Estado y fue el reflejo del nuevo orden jurídico y del desarrollo del actual panorama constitucional como evidencia de un esquema sociopolítico que comporta nuevas exigencias de la judicatura en general y que ha dado lugar en su afán de adecuación a una serie de fallos contradictorios en esta materia.

Hasta el año de 1967 el Estado Colombiano no respondía patrimonialmente por este tipo de conductas, posición que venía desde el siglo pasado con el caso “Pedro Sales”, cuyo pronunciamiento fue el 3 de enero de 1865 por la Honorable Corte Suprema Federal, donde se consagró la irresponsabilidad patrimonial del Estado bajo el argumento de que no existía ley aplicable al caso por los hechos de guerra,

3 Francia. Consejo de Estado Francés., 14 mars 1979, Min. de l’Intérieur c/ Compagnie Air-Inter, cit.

4 PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos Ob. Cit. pág. 54 y 55

interpretación realizada bajo la idea de una sacralización del texto legal, se dijo: “Si en esto hai (sic) alguna injusticia; si se desatendió un reclamo que parece fundado en la equidad, corresponde al lejislador (sic) reparar esa injusticia, sancionado la disposición que reconozca la indemnización o pago de los perjuicios inferidos a los particulares por los belijerantes (sic) en la última lucha nacional; más no los tribunales, que tienen la única misión de aplicar la lei (sic) escrita”.

En sentencia del 17 de noviembre de 1967, expediente N^o 414, actor “Alfonso Salazar y otros”, el Honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, abandonó la tesis de la irresponsabilidad patrimonial de la administración en este tópico, y para ello acudió a dos argumentos: uno de tipo político, el beneficio de los privilegios que tiene el Estado lo obliga a responder por los perjuicios causados, y el otro jurídico, la ruptura del principio frente a las cargas públicas; se expuso: “Todo conduce a indicar que en la esfera más amplia, y ante el desequilibrio de las cargas públicas, siempre se encontrará el sujeto responsable. La Nación es la que responde. Comunidad suprafuncional, como se le llama, porque en su seno se registran todas las acciones y todas las reacciones, no debe enriquecerse a costa de nadie. Y por eso, cuando dentro de ella hay quien sufra y quien haya recibido detrimento por acción o por omisión de los gestores públicos, y aunque la conducta de éstos haya sido la estimada prudente ante el desbordamiento de grupos que por interacción reciben de otros el amor o el odio del día, y en todo caso la pasión de turno, es justo que la Nación resarza el perjuicio. En este caso, ante el Código Civil es preciso pasar de largo”.

Ha sido regla general de la jurisprudencia del Consejo de Estado el negar las indemnizaciones de los daños causados por los atentados terroristas, amparado en el criterio de la eximente de responsabilidad del hecho del tercero, siguiendo en esto el esquema clásico de la responsabilidad que considera el daño sufrido por los particulares como consecuencia del atentado terrorista, un claro evento típico de fuerza mayor.⁵

Hoy día existe una tendencia muy marcada en el Consejo de Estado que propende a eliminar la responsabilidad con fundamento en el daño especial, en los eventos de atentados terroristas, y resolver este tipo de asuntos por los regímenes de la falla del servicio y del riesgo excepcional,⁶ señalando inclusive, para

5 GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, volumen II, novena edición, editorial Tecnos, 1989, pág. 254.

6 Colombia. Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2000, expediente N^o 11585, y sentencia del 23 de octubre de 2003, expediente N^o 14211.

desnaturalizar el caso del daño especial, que lo que ocurre cuando el atentado va dirigido contra un alto dignatario del Estado y se lesiona a particulares, es ni más ni menos, dar por establecido que se ha expuesto a unas personas más que a otras a un riesgo; o en los casos en que el atentado tiene como objetivo construcciones, tales como: cuarteles, instalaciones militares o centros de comunicaciones, subsiste latente la idea de riesgo, e igualmente en los casos de confrontación entre la subversión y la autoridad se afirma que se está exponiendo a un riesgo a la población. En síntesis, según se pretende por el Consejo de Estado, bajo los regímenes de la falla del servicio y del riesgo se resolvería la situación de responsabilidad de la administración pública por atentados terroristas, reglas por demás comunes al sistema general de responsabilidad estatal.

2. Regímenes legislativos especiales de indemnización

En el derecho contemporáneo existen dos vías posibles para garantizar las indemnizaciones a las víctimas por actos terroristas, la vía jurisdiccional y los

regímenes legislativos especiales de indemnización y de asistencia pública, como ocurre entre otros en el derecho español⁷ y en el francés.⁸

En Colombia fue instaurado un régimen de asistencia pública en el año de 1993 a través de un decreto expedido con base en las facultades extraordinarias propias del Estado de excepción - decreto 444 de 1993 -, el cual tenía como finalidad adoptar medidas, para impedir la extensión de efectos perturbadores del orden público y de la convivencia ciudadana causados con bombas y artefac-

7 En el derecho español, acontece igual, a la par de la vía jurisdiccional, el régimen legal está conformado por la siguiente normatividad: Real decreto 1211 del 18 de julio de 1997 por el cual se aprueba el reglamento de ayudas y resarcimiento a las víctimas de delitos de terrorismo; Real decreto ley 13 de 1997 por el cual se autorizó la celebración de un sorteo de la lotería nacional a favor de las víctimas de terrorismo; orden del 12 de septiembre de 1997 por la que se establecen las bases reguladoras y la convocatoria para la concesión de subvenciones a las asociaciones representativas y de defensa de las víctimas de terrorismo y a las entidades que realicen actividades asistenciales a favor de las mismas; Real decreto 73 de 1998 del 23 de enero por el que se regulan los criterios de asignación de las ayudas a víctimas de terrorismo derivadas de los beneficios obtenidos en el sorteo de la lotería nacional del 18 de octubre de 1997. Finalmente la ley 32 de 1999 mediante la cual se alcanza la solidaridad con las víctimas del terrorismo, y el Real decreto 1912 de 1999 reglamento de ejecución de la ley 32 de 1999. Como también la ley 2 de 2003, modificatoria de la ley 32 de 1999, y el Real Decreto 288 de 2003 por el que se aprueba el reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo.

8 En Francia esta última vía fue adoptada mediante el régimen legislativo, ley Nº 86-1020 de septiembre 9 de 1986, que permite por un procedimiento rápido la indemnización de todas las víctimas de terrorismo en territorio francés e incluso de los nacionales franceses en el exterior. Esta ley ha sido complementada y mejorada por reformas legislativas como las leyes del 30 de diciembre de 1986, del 23 de enero y 6 de julio de 1990, y la ley del 8 de febrero de 1995.

tos explosivos que afectaban indiscriminadamente a la población; el legislador ordinario recogió la materia establecida por este decreto, en la ley 104 de 1993, mediante la cual se consagraron instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictaron otras disposiciones. El aspecto materia de nuestro estudio, fue determinado en el título II “Atención a las víctimas de atentados terroristas”, en el artículo 19 se dice que en desarrollo del **principio de solidaridad social y el daño especial sufrido por las víctimas**, éstas recibirán asistencia humanitaria, entendiéndose por tal la ayuda indispensable para atender los requerimientos urgentes y necesarios para satisfacer los derechos constitucionales de dichas personas que hayan sido afectadas por la atención terrorista. La ayuda será de “Asistencia en materia de salud”, “Asistencia en materia de vivienda”, “Asistencia en materia de crédito” y “Asistencia en materia educativa”. El artículo 18 de la ley, delimita el concepto de atentados terroristas, a aquellos cometidos con bombas o artefactos explosivos y tomas guerrilleras que afecten en forma indiscriminada la población. Los artículos 46 y 47 señalan que la asistencia prestada a las víctimas no implica reconocimiento por parte del Estado de responsabilidad alguna por los perjuicios causados por el atentado terrorista y en el evento de ser condenado el Estado, del monto total de los perjuicios se deducirán las sumas entregadas en razón de ésta ayuda.

La ley 241 de 1995 titulada como “Instrumentos para la búsqueda de la convivencia ay la eficacia de la justicia”, prorrogó la vigencia de la ley 104 de 1993, la modifica y adiciona. Destacándose que **se mantiene el principio de solidaridad social y el daño especial** que consagraba el artículo 19 de la ley 104 de 1993 y en general todo el título de la misma que se refería a la “Atención a las víctimas de atentados terroristas”, dado que el artículo 19 fue prorrogado por el artículo 19 de la ley 241 de 1995. En el artículo 10 se modifica el artículo 18 de la ley 104 de 1993 para entender por víctimas a aquellas personas que sufren perjuicios por razón de los atentados terroristas cometidos con bombas o artefactos explosivos, ataques guerrilleros y combates que afecten en forma indiscriminada a la población y masacres realizadas en forma discriminada por motivos ideológicos o políticos en el marco del conflicto armado interno. El artículo 15 modifica el inciso segundo del artículo 45 de la ley 104 de 1993, en el sentido de que la víctima que sufre una pérdida del 50 por ciento o más de su capacidad laboral, tendrá derecho a una pensión mínima legal vigente, de acuerdo a la ley 100 de 1993 siempre y cuando carezcan de otras posibilidades pensionales y de atención en salud.

Ley 418 de 1997, por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones, la vigencia de ésta ley es por dos años y derogó las leyes 104 de 1993 y 241 de 1995. El título II de la misma, se rotula “Atención a las víctimas de hechos violentos que se susciten en el marco del conflicto armado interno”. El artículo 15 entiende por víctimas a aquellas personas de la población civil que sufren perjuicios en su vida, grave deterioro en su integridad personal y/o bienes, por razón de actos que se susciten en el conflicto armado interno, tales como atentados terroristas, combates, ataques y masacres, etc. El artículo 16 reitera como en las leyes derogadas el **desarrollo del principio de solidaridad social y el daño especial sufrido por las víctimas** y por ello las mismas recibirán asistencia humanitaria prestada por la red de solidaridad social, que consistirá en asistencia “En materia de salud”, “En materia de vivienda”, “En materia de crédito” y “En materia de educativa”. El artículo 46, inciso 2º, señala que las víctimas que sufrieren una pérdida del 50 por ciento o más de su capacidad laboral, tendrán derecho a una pensión mínima legal vigente, de acuerdo a la ley 100 de 1993, siempre y cuando carezcan de otras posibilidades pensionales y de atención en salud. Y finalmente el artículo 47 señala que la asistencia que preste el Estado a las víctimas no implica reconocimiento de responsabilidad por tales actos.

Ley 548 de 1999, prorroga la vigencia de la ley 418 de 1997 por tres años.

Ley 782 de 2002, prorroga la vigencia de la ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la ley 548 de 1999, y se dictan otras disposiciones, se le tituló “Disposiciones para facilitar el diálogo y la suscripción de acuerdos con grupos armados organizados al margen de la ley para su desmovilización, reconciliación entre los colombianos y la convivencia pacífica”. El artículo 6 modifica el artículo 15 de la ley 418 de 1997, prorrogado por la ley 548 de 1999, señala que se entiende por víctimas de la violencia política a aquellas personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida, o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno. Es importante destacar que se señalan como víctimas a los desplazados en los términos del artículo 1 de la ley 387 de 1997, y a toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades. El artículo 7 modifica el artículo 16 de la ley 418 de 1997, prorrogado por la ley 548 de 1999, reitera que en **desarrollo del principio de la solidaridad social, y el daño especial, sufrido por las víctimas**, estas recibirán asistencia humanitaria, entendida por tal la ayuda indispensable para sufragar los requerimientos

esenciales, a fin de satisfacer los derechos que hayan sido menoscabados por los actos enunciados en el artículo 6. Finalmente, el artículo 18 modifica el artículo 46 de la ley 418 de 1997, prorrogado por la ley 548 de 1999, inciso 2 mantiene el criterio de que las víctimas que sufrieren una pérdida del 50 por ciento o más de su capacidad laboral, tendrán derecho a una pensión mínima legal vigente, de acuerdo a la ley 100 de 1993, siempre y cuando carezcan de otras posibilidades pensionales y de atención en salud.

En Colombia, éste régimen legislativo, más que una indemnización representa una forma de asistencia pública que no permite la reparación completa de los perjuicios sufridos y diluye la idea de responsabilidad de su marco jurídico y del concepto de reparación integral de que trata el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

Cabe destacar algunas ideas rectoras que comunican de manera uniforme la totalidad de leyes que se han ocupado de éste asunto, tales como:

1. Es una constante en todas las leyes que se han ocupado del asunto la invocación al principio de la solidaridad y al daño especial sufrido por las víctimas de atentados terroristas.
2. Resulta claro que se trata de una ayuda o asistencia humanitaria y no una indemnización, resarcimiento o reparación integral.
3. El concepto de víctimas de actos terroristas se integra al criterio de violencia política donde también se incluye las categorías de combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado, e igualmente, se tienen como víctimas de la violencia política a los desplazados y toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades.
4. Como particularidad se consagra que las víctimas que sufrieren una pérdida del 50 por ciento o más de su capacidad laboral, tendrán derecho a una pensión mínima legal vigente, de acuerdo a la ley 100 de 1993, siempre y cuando carezcan de otras posibilidades pensionales y de atención en salud.
5. No existe incompatibilidad entre la responsabilidad del Estado y la asistencia o ayuda humanitaria, por el contrario puede darse una complementación.

6. Se concluye, y además así lo consideran los violentólogos que pese a lo difuso que resulta definir el acto terrorista, aun poniendo en juego el principio de la legalidad que señala la descripción cerrada de los tipos en derecho penal, si se tiene que el acto terrorista presenta dos características esenciales: 1) Tiene como objetivo a los no combatientes, a la población civil. 2) La violencia es utilizada para generar pánico en amplios sectores de la población, el miedo colectivo distingue el terrorismo de otras formas delictuales “el terrorismo básicamente es un arma psicológica, cuyo fin último es chantajear a un gobierno enfrentándolo a una opinión pública dispuesta a ceder por el miedo”.⁹

La ley de asistencia o ayuda humanitaria se limita a satisfacer los requerimientos urgentes, necesarios y esenciales a fin de satisfacer los derechos que hayan sido menoscabados por el acto terrorista, pero no cumple una función indemnizatoria tal como la cumple por ejemplo en el derecho español la ley 32 de 1999 que constituyó una verdadera conquista frente a la insatisfacción de la responsabilidad civil derivada de la responsabilidad penal en los delitos de terrorismo, como lo ilustra el profesor José María Fuster – Fabra Torrellas al comentar las bases y principios de la gestación de dicha ley:

“Es el Estado, como sujeto pasivo intelectual de los delitos terroristas, quien, en aplicación positiva de los valores de los que en este texto se hace eco, y como verdadero destinatario del perjuicio que se personaliza en las víctimas que, de una u otra manera, garantizan esos valores, quien debe asumir la insolvencia de los terroristas que irrogan sus perjuicios – desde una perspectiva exclusivamente económica – indiscriminadamente sobre algunos de sus miembros.

La ley, y el reglamento que la desarrolla, a través de sus articulados, establecen que será el Estado quien asuma la responsabilidad de indemnizar a las víctimas de los delitos de terrorismo y, a su vez, atraiga para sí, como no puede ser de otro modo, las acciones propias de reclamar a sus responsables – cabría añadir y responsables subsidiarios – las indemnizaciones de las que, si las víctimas optan por acogerse a ésta vía, éstas eran acreedoras, asumiendo con ello el derecho a su cobro y los demás inherentes.

La ley, sin ser perfecta, pues pierde la oportunidad de compensar con mayor generosidad tantos años de olvido, satisface, por lo menos en el terreno económico, muchas de las frustradas pretensiones de quienes hasta hoy eran doblemente víctimas. Víctimas de una barbarie que destruyó sus vidas y víctimas de verse condenados a la condición de perpetui-

9 PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo, Terrorismo y democracia, Editorial Planeta, 1ª edición, 2003, pág. 34.

*dad acreedora... Esta medida solidaria y necesaria para poner fin al laberinto de reclamar a quien es insolvente cuando no anónimo, debiera ser un verdadero cause de transmisión de derechos, no válvula de escape para la huida de la responsabilidad de los autores”.*¹⁰

Función indemnizatoria, que igualmente, la ley la cumple en Francia, donde se ha reconocido que la víctima del acto terrorista, es víctima inocente de un riesgo social, difícil o imposible de contener por ser un acto de guerra en tiempo de paz y en consecuencia debe ser indemnizado por toda la colectividad, de allí que “las normas jurídicas correspondientes expresan el crecimiento del papel del Estado en las relaciones individuales de responsabilidad civil y la pretensión de reparar las injusticias sociales causadas por los límites propios de las reglas ordinarias de la responsabilidad civil clásica”.¹¹

3. La responsabilidad del Estado por los actos terroristas en el nuevo orden jurídico

Nuestra Carta Política no sólo es fuente formal del derecho, sino que también expresa cuál es el ámbito de aplicación material, se estructura bajo una parte dogmática que contiene valores, principios (lo cual nos saca del positivismo cerrado), derechos fundamentales y un preámbulo que igualmente encierra un principio fundamental; y una parte orgánica que se refiere a los operadores jurídicos; nuestro modelo constitucional se transpoló al inglés, donde los valores están en la constitución, las leyes fundamentales limitan o restringen el poder, éste no se crea o regula en el derecho pero si puede limitarlo a través de los derechos; la constitución es norma de normas y contiene límites al legislador.

Frente a la situación de las víctimas de esta forma cualificada de violencia, una respuesta inspirada en los más puros contenidos de justicia material fue dada en la sentencia N° 8577 del 23 de septiembre 1994, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, donde se aplicó por vez primera la teoría de daño especial como fundamento de justicia para quienes padecen los rigores del actuar terrorista, y si bien allí se destacaron los componentes esenciales del régimen conocido como “Daño Especial”, la decisión judicial contiene un elemento más trascendente cual es la argumentación jurídico - política sobre la clase de Estado que es Colombia, se expuso: “La definición misma de Colombia, como un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana, y en la solidaridad de

10 Responsabilidad civil derivada de actos de terrorismo, Editorial Atelier, Barcelona, 2001, pág. 175, Tesis doctoral Cum Laude.

11 FUSTER – FABRA TORRELLAS. Ob. Cit., pág. 146.

las personas que la integran, permiten que el sentenciador maneje todo el campo de la responsabilidad del Estado con la solidez que tal normatividad tolera”. En su motivación, la sentencia señalada apunta al nuevo orden jurídico consagrado en la carta política cuando deja de lado factores hieráticos jurisprudenciales, para dar aplicación a principios y valores superiores ligados a la moderna concepción de justicia, tales como la solidaridad, la equidad y el Estado social de derecho. Se imprimió así por vía jurisprudencial, un criterio de ponderación al fundamento de la responsabilidad o respuesta al interrogante: ¿Por qué se debe responder?, ligado al problema de la imputación o “quién deber responder”. En mi criterio, esta posición que debió consolidarse, se ha ido resquebrajando por posteriores pronunciamientos de la misma corporación que han desconocido el fundamento iusfilosófico y político del Estado y de la constitución actual, retomando posiciones decimonónicas que hacen irresponsable al Estado por los actos terroristas.¹²

Al haberse definido Colombia en la Constitución Política como un Estado social de derecho, ello tiene connotaciones en la organización socio – política, por esto se ha dicho por la Corte Constitucional que el artículo 1º de la carta es la clave de bóveda o ligamento que irradia todo el texto fundamental; el Estado Colombiano es tal, en tanto sus elementos estén presentes, elementos que determinan su propio ser, y dentro de estos caracteres se tiene necesariamente que contar con la defensa de los contenidos materiales. “No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”.¹³ La constitución no es sólo el estatuto fundamental del poder sino que además es la forma y contenido que determina y regula las relaciones sociales y los fines del Estado. “La entrada en vigencia de un nuevo régimen constitucional, a través de la expedición de la nueva constitución de 1991, trajo consigo una nueva dimensión en las relaciones de los ciudadanos frente al Estado, partiendo de la primacía del principio de la dignidad humana como rector de la nueva estructura jurídica y política y la concepción de la persona como un fin estatal”.¹⁴

Como se indica en la sentencia que se viene de reseñar, los principios constitucionales son normas de aplicación inmediata, toda vez que “consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación... Los

12 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1998, expediente N° 11837, actor: Luís Miguel Fernández Vega.

13 Colombia. Sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

14 Colombia. Sentencia C-1062 del 16 de agosto de 2000, expediente N° 2770.

principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden... En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la constitución... los principios son normas que establecen un deber específico...". Y sabemos que entre otros son principios constitucionales, los consagrados en los artículos 1º y 3º de dicha normatividad, así es pues que lo son, el respeto a la dignidad humana, la solidaridad, el Estado social de derecho, etc. Estos principios tienen una concepción normativa vinculante de eficacia privilegiada y no pueden ser entendidos de manera correcta con independencia del concepto de efectividad; en esta concepción de Estado, las normas no solo se deben acatar sino que su cumplimiento debe coincidir con la realización de los principios y valores constitucionales.¹⁵ Y dentro de estos valores constitucionales fundamentales están la dignidad humana, la paz, la libertad, el orden justo, la solidaridad, la igualdad, etc.; y el Estado social de derecho se traduce como tal, en cuanto a esa forma de Estado, en los valores más abstractos a que es posible reducir muchos de ellos: "La dignidad, libertad e igualdad".

Nuestra sociedad hizo una elección política por estos principios constitucionales, nos centraremos en la solidaridad, en la dignidad de la persona humana y en el Estado social de derecho, relacionándoles con una justicia no formal sino de contenidos materiales. No se trata de ninguna manera de llegar a la idea del Estado asegurador, pero sí la de plantear la insuficiencia de los fundamentos de la responsabilidad de la administración en los casos de terrorismo, y el examen de la imputación o el "quien debe responder" frente a los daños causados a las víctimas en estos eventos. Es así como de acuerdo a las modernas concepciones de Estado y justicia "... el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad, estos términos justos se expresan mediante principios que especifican derechos y deberes básicos dentro de sus principales instituciones, y regulan a través del tiempo los arreglos del trasfondo de justicia, de manera que los beneficios derivados de los esfuerzos de cada cual estén justamente distribuidos y se comportan de una generación a la siguiente";¹⁶ o bien en el principio ético de la prioridad según el cual a aquellos colocados en una posición desventajosa se les debe conceder el argumento que decide la prioridad; concepto que formulado de manera negativa configura el: "Principio de tolerancia: en caso de duda tiene

15 Colombia. Sentencia T-005 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

16 RAWLS, John. Liberalismo político, 1ª reimpresión de la edición en español (FCE, Colombia), 1996, pág. 40.

prelación el argumento que tenga más amplio margen de tolerancia”.¹⁷ Toda esta concepción moderna de la justicia la recoge nuestra Corte Constitucional en la referida sentencia T-406 de 1992, donde se puntualiza de manera clara que redundaría cualquier otro análisis: “Si fuese necesario dar elementos de juicio en abstracto sobre la justicia distributiva – cuestión de por sí temeraria – se podría recurrir al principio de igualdad, ampliamente debatido en la teoría de la justicia de las últimas décadas, a partir del cual toda distribución de recursos para ser justa, deba mejorar al menos la condición de los más desfavorecidos”.

Dentro del Estado social de derecho, su naturaleza, conformación sociopolítica y los principios constitucionales reseñados ab initio, obligan al juez en esta materia en cuanto a su aplicación frente a las víctimas de los atentados terroristas a no dejar pasar desapercibido que la persona humana es el epicentro de la constitución de 1991, y en la tensión del ser humano en su dimensión social - o individuo comunidad -, ésta constituye la razón última de la carta política.¹⁸ Y el juez está sometido al ordenamiento jurídico antes que a la ley, la idea de un orden justo se opone a la manifestación de la justicia sólo a través de la ley;¹⁹ los principios en el nuevo esquema jurídico y político adquirieron una importancia excepcional y la naturaleza del juez le imprime el deber ser de buscar la validez y efectividad de los contenidos de la constitución en los términos del artículo 228 donde debe prevalecer el derecho sustancial; la distinción entre *lex* y *ius* había sido ya formulada desde Santo Tomás de Aquino, prevaleciendo el derecho sobre la norma.

Es así como los fundamentos de responsabilidad administrativa, falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional, deben enriquecerse de contenidos concretos inspirados en el modelo de Estado social de derecho, que hacen de él lo que es, porque son de su esencia, o bien, el juez administrativo debe decidir con fundamento en un régimen de derecho conformado por los principios constitucionales en virtud del plus o eficacia privilegiada que tienen dentro del ordenamiento jurídico, en atención al examen de cada caso concreto; los problemas de la responsabilidad deben ser estudiados desde el ángulo de la víctima “sería chocante e inadmisibles hacer soportar por la víctima los perjuicios que exceden por su gravedad y por su particularidad, los inconvenientes normales de la vida

17 KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, traducción de la 2ª edición, 1999, pág. 195.

18 Colombia. Sentencia T-02 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

19 Colombia. Sentencia C-486 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

en sociedad, que sobrepasan aquello que los individuos deben soportar en nombre del interés general”.²⁰

Ahora bien, en cuanto al fenómeno de la imputación que responde a la a pregunta de quién debe responder frente a los atentados terroristas, la sentencia N° 11300 del 22 de octubre de 1997,²¹ se ocupa del asunto, haciendo algunas consideraciones en torno al concepto de imputabilidad como presupuesto de la responsabilidad del Estado, se parte allí del tenor literal del artículo 90 de la C.P. “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. La parte final de la disposición transcrita “causados por la acción o la omisión...”, hace relación a la causalidad, y de ella depende el examen de la imputación o adjudicación del daño a “las autoridades públicas” que en caso de concretarse, o ser factible el juicio de atribubilidad, desencadena el factor o fundamento de justicia, bien a través de los regímenes de responsabilidad enunciados, o en la plenitud del ordenamiento jurídico dentro del Estado social de derecho y sus principios constitucionales.

La óptica de la sentencia traída a análisis, examina limitadamente la imputación, solo cuando el daño es causado por autoridad pública (requiere que el agente esté vinculado al servicio u obró con ocasión del mismo), o cuando en la causa del daño no se determina un agente especial (es causado por el funcionamiento del servicio) “En tal evento el daño deberá atribuirse, entre otras causas, a su funcionamiento normal, a su funcionamiento anormal o al riesgo especial que el mismo genere”, se afirma en la sentencia.

Debe existir indiscutiblemente un título de imputación que permita dar respuesta al “quién debe responder”. La imputación significa una reelaboración gnoseológica jurídica sobre la causalidad, pero no es la causalidad misma, va más allá entendida como “imputatio factis” que no sólo obedece al criterio de la vinculación - no necesariamente física, pudiendo también obedecer a criterios normativos y jurídicos -, sino que igualmente aparea la aplicación de justicia material deducible para el caso, bien a través de los factores subjetivos u objetivos, lo que cubre la totalidad de los regímenes y criterios de responsabilidad, y que correspondería a la imputatio juris, quedando así conformada a satisfacción la imputación plena.

20 PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. Ob. Cit., pág. 73.

21 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, M. P. Carlos Betancur Jaramillo,

Por ello, cuando una y otra vez, se ha venido afirmando: “Por lo tanto él (se refiere al vínculo causal) aparecerá deducido en los casos en que, como se ha señalado en la sentencia del 23 de septiembre de 1994 antes citada, se evidencia que “el OBJETO DIRECTO de la agresión fue UN ESTABLECIMIENTO MILITAR DEL GOBIERNO, UN CENTRO DE COMUNICACIONES, al servicio del mismo, o un personaje de la cúpula administrativa”, se confunde y así se ha venido aceptando de manera pacífica sin crítica alguna, una simbiosis del vínculo causal con la imputación misma; si el objeto directo de la agresión fue el Estado, al menos de manera limitada y emblemática a los tres casos a que se contrae la decisión judicial, o en otros términos a fragmentos de la institucionalidad o la organización estatal y se sacrifican intereses particulares en la acción dirigida contra el Estado mismo, es éste quien debe responder, pues el terrorismo político “es también un crimen moral, un crimen contra la humanidad y un ataque no solo a nuestra seguridad, a nuestra concepción de la ley y a la seguridad del Estado, sino también a la propia sociedad civilizada”.²² Al exigirse que el acto terrorista vaya dirigido contra uno cualquiera de los tres objetivos que señala la jurisprudencia, muchas víctimas son excluidas de la posibilidad de resarcimiento, sin embargo existe un precedente que el mismo Consejo de Estado, ha dejado pasar inadvertido y que proyecta considerablemente el límite impuesto al concepto de la organización estatal como objetivo de ataque en su reducida concepción trídica; en la consolidación que viene haciendo la jurisprudencia sobre el tema resultaría plausible retomar su aplicación, por las consecuencias jurídicas que en este campo se darían, desmitificando la concepción ontológica del Estado, de manera tan reducida, se dijo: “La precisión jurisprudencial a la cual se alude toca con el tema discutido, y en torno al mismo, ha sido clara la posición según la cual la obligación de reparar el daño, cuando éste se produzca como consecuencia de un atentado terrorista o en general violento dirigido contra el Estado, no importa como esté representado. Así, se ha dicho puede ser un centro de comunicaciones al servicio del mismo, un personaje representativo de la cúpula administrativa, y en fin, un objeto claramente identificable como del Estado”.²³

Si la lucha es contra el Estado y el atentado terrorista deviene de un ataque al mismo, debe tenerse en cuenta que éste se beneficia de privilegios, que los ciudadanos contribuyen con sus cargas, deberes y obligaciones al mantenimiento de la organización sociopolítica y de la fuerza pública, contribución que es impues-

22 RAPOPORT, David C. La moral del terrorismo, editorial Ariel, 1985, pág. 125.

23 Colombia. Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 1999, expediente N° 11518, M. P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

ta equitativamente, de allí que con la misma razón resulta adecuado deducir que cuando el Estado es objeto de actos desestabilizadores, debe reparar los daños de quienes fueron ajenos a ese objetivo directo, que no era la víctima misma, sino la organización política de la cual el individuo hace parte. No puede desconocerse que el ciudadano lesionado en esa guerra contra el Estado, es integrante de una sociedad construida sobre una elección política, donde los contenidos de los principios constitucionales a que hemos venido aludiendo son de vigencia y aplicación inexorable si la esencia estatal es la que predica la constitución, y no otra forma de colectividad; se ha dado una dislocación entre los principios constitucionales señalados anteriormente que son de imperativo cumplimiento, y lo expuesto recientemente por el Consejo de Estado cuando sobre el particular así se expresó: “En Colombia la idea de solidaridad ha encontrado respuesta de modo excepcional en desarrollo de facultades presidenciales y legislativas dentro de estados de excepción, atendiendo a principios loables pero en todo caso por fuera de los lineamientos del régimen de responsabilidad propiamente dicha”,²⁴ se desconoció de esta forma el artículo 2º de la carta política que determina la solidaridad como principio constitucional con una fuerza de vinculación indiscutible.

Resulta pertinente recordar lo expuesto en un agudo estudio, donde se detalla como en Francia, el principio de la indemnización de los daños causados por hechos de guerra, inspiró al legislador la ley 26 de diciembre de 1914 que adoptó la noción de solidaridad como principio fundante de las indemnizaciones, se comenta así: “... El legislador consagró un sistema de reparación totalmente autónomo, fundado en la noción de solidaridad nacional: la igualdad destrozada en detrimento de algunas personas solamente puede restablecerse porque existe en el corazón de la nación un sentimiento de solidaridad. La solidaridad es un principio único, eterno, en el que reside su grandeza, por el que la nación debe extraer el motivo de su obligación: la deuda de la nación es impuesta a su soberanía por la solidaridad... la unidad nacional no sería más que una metáfora sino engendrara, para toda la nación, al tiempo beneficiaria y tributaria de esta unidad, la obligación de vincularla, no en consideración de una infracción de la nación, sino en consideración de ella misma”.²⁵ La justicia, en términos de Rawls, el teórico contemporáneo más importante en el tema, en palabras sencillas, se fundamenta en una concepción solidarista entre quienes comparten una relación

24 Colombia. Sección Tercera, Sentencia N° 11841 del 18 de mayo de 2000, M. P. Jesús María Carrillo.

25 QUINTERO NAVAS, Gustavo. Conflicto armado y responsabilidad del Estado: análisis del derecho colombiano a la luz del derecho francés, Revista N° 10 de derecho público Universidad de los Andes, 1999, pág. 173.

de convivencia, y a partir de su modelo contractual es posible aspirar a un mínimo de ella.

Con motivo de las acciones terroristas se dota de prerrogativas especiales a los gobiernos, no sólo en cuanto a la prevención y represión de las mismas, lo que paradójicamente puede dar origen a la modificación de la construcción teórica que se tenga del Estado, y que hoy día plantea un delicado problema de orden constitucional, en razón de la normatividad de los Estados de excepción o estatutos antiterroristas que ponen límites a los derechos fundamentales, donde se traza una peligrosa línea fronteriza entre la legalidad y la ilegalidad de Estado, Colombia tiene una amplia experiencia en el uso de dicha normatividad excepcional. Los estados de excepción están ligados a la razón de Estado, o como los llama el jurista alemán Clapmarius “ius dominationis” o derecho de necesidad. Sobre el tema se ha dicho: “En todo caso, cuando hablamos de un Estado de excepción constitucionalizado nos referimos más bien a lo que antes he llamado “legislación de crisis” porque, en este caso, no se elimina el orden jurídico normalmente en vigor para sustituirlo por el puro derecho de la necesidad, es decir el no derecho, sino que el antiguo orden jurídico se sustituye por otro régimen de legalidad, especialmente elaborado para los momentos de crisis”.²⁶ Ese es el trasfondo de los estados de excepción, que con la institucionalización de las leyes de emergencia, crean una verdadera mutación constitucional como la denomina la doctrina, situación de dura realidad que es avalada generalmente por los tribunales constitucionales a pesar de las críticas que reciben, tales como “órganos de justificación más que de justicia” referida al Tribunal Constitucional Alemán por contribuir a configurar un estado de emergencia supralegal; o en Italia respecto a la compatibilidad de la legislación antiterrorista con las sentencias dictadas, se ha dicho que el tribunal cumple una función notarial;²⁷ todo lo anterior ha dado origen en el mundo actual a una transformación en la que el texto constitucional permanece invariable, dándose una contradicción entre las normas escritas y la realidad jurídico constitucional, a eso apunta el concepto de mutación constitucional, por lo tanto: “La cuestión que por el momento queda en el aire es saber por cuánto tiempo pueden convivir en el interior de un mismo ordenamiento jurídico dos culturas diferentes, incluso contradictorias, proyectadas en aspectos tan importantes como las garantías procesales, la construcción del principio de legalidad penal, o el concepto de derechos fundamentales. Se trata de un equilibrio inestable porque las transformaciones profundas del ordenamiento jurídico

26 LÓPEZ GARRIDO, Diego, Terrorismo, política y derecho, Alianza editorial, 1987, pág. 159.

27 Ibídem. pág. 164.

van en paralelo a cambios en la relación de fuerza sociales, en el poder constituyente, que son las que imprimen su dinamicidad al derecho”.²⁸ Es por ello que las constituciones contemporáneas cuando consagran la figura del estado de excepción, lo hacen cuidadosamente buscando que no se conviertan en el punto neurálgico de la democracia, la doctrina denomina ésta normatividad técnicas de sustitución, y a ellas corresponderían a título de ejemplo: la ley marcial en los Estados Unidos o el estado de sitio en Francia. Esta es la actual encrucijada de los Estados democráticos, el cómo afrontar este tipo de violencia respetando los límites del Estado de derecho lo cual se traduce en una lucha entre el “eficientismo” y el “garantismo”, en Colombia señalan ese horizonte “el estatuto de seguridad”, “el estatuto antiterrorista” y el “el estatuto para la defensa de la democracia”.²⁹

Esta incidencia dramática que ejerce el terrorismo político sobre la organización estatal, increíblemente la debilita, cuando haciendo uso de la legalidad decide combatirlo, al punto de originar transformaciones profundas y tener la virtualidad de socavar el Estado social de derecho, es éste un elemento más para concluir que si la lucha terrorista es contra el Estado, las víctimas que caen en la misma, son inocentes ajenos al objetivo directo de la confrontación, y el Estado como tal debe acudir en su favor, bien a través de los sistemas de indemnización legal, o bien los resarcitorios propios del régimen de la responsabilidad.

Un argumento traído frecuentemente en referencia por quienes no participan de la idea de la responsabilidad estatal por estos hechos, en desmedro del ordenamiento jurídico, de la concepción de Estado y de la razón y fundamento del mismo que es la persona humana, es el de los costes económicos que según se afirma llevarán al Estado a la bancarrota. Es un enunciado de apariencia, desde el punto de vista estadístico en el ámbito mundial y de nuestra realidad, la tasa de atentados terroristas es abrumadoramente menor que otras formas delincuenciales y de situaciones originadoras de responsabilidad patrimonial estatal; lo que impacta del terrorismo es su tipología dentro de la escala de la violencia, su finalidad errática y sus connotaciones psicológicas, así resulta, que entonces, otras formas mayoritarias origen de indemnizaciones bajo ese mismo criterio económico se deberían dejar de lado y no indemnizarlas, ni a través de sistemas legales o jurisprudenciales, perdiendo legitimación el Estado en cuanto a sus fines esenciales, lo que le imprimiría al ordenamiento jurídico un mero carácter

28 *Ibidem.* pág. 168 y 169.

29 PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. *Ob. Cit.*, pág. 18.

simbólico, y la constitución dejaría de ser un instrumento y medio jurídico que regularía el mañana dejando de lado el hoy. Se diluye la capacidad legitimadora por el eclipsamiento del contrato social, acercándonos cada vez más, en tanto cuanto se desconozca el derecho, al estado de la naturaleza.

Un criterio adicional al enunciado economicista es el de que no se puede crear una cómoda postura intelectual elíptica, predicando el fracaso del Estado de bienestar por dar cumplimiento a sus fines que son los que justifican su existencia, bajo el argumento negativo de no cumplirlos para que sobreviva. O bien, bajo ese mismo criterio económico predicar que el costo de las indemnizaciones frena la inversión social, desconociendo la estructura misma de la organización estatal, la separación de poderes, la señalación de funciones y cometidos, etc., que implican considerar el Estado desde el punto de vista de asociación política olvidando que: “El problema del establecimiento de un Estado tiene siempre solución, por muy extraño que parezca, aun cuando se trate de un pueblo de demonios; basta con que éstos posean entendimiento, pues tampoco los demonios se podrán exterminar mutuamente, si su imperio no debe derrumbarse”,³⁰ de allí que cumplir con los cometidos estatales no es causal de aniquilamiento del Estado sino todo lo contrario, sólo eso garantiza su eficacia y permite su existencia.

No se puede seguir haciendo eco a la deformación de la llamada constitucionalmente “jurisprudencia política”, pues la concepción económica no opera como un factor de oportunidad, y cuando lo hace se nutre de principios jurídicos más amplios ligados a la separación de poderes, tales como el de la fijación de los gastos públicos a través de los presupuestos generales. A nadie se le ha ocurrido pensar por ejemplo en que no debe haber presos por el costo económico que resulta para el Estado el mantenimiento de los mismos, ello se encontraría ligado a factores o valores constitucionales, sobre el tema se ha dicho: “El número de presos puede ser un criterio de oportunidad, pero también es un principio jurídico: el de la paz y seguridad ciudadana. La cuantía económica de una prestación también puede hacer que esté en juego un principio constitucional cual es el de la viabilidad económica de un sistema de seguros colectivos o el del control parlamentario del gasto público. El método jurídico no consiste tanto en la elección entre alternativas como en que la elección en sí misma se vincule a los valores constitucionales. **Estos tienen una fuerza informativa que el juez no puede rehuir**”.³¹

30 KAUFMANN, Arthur. Ob. Cit., pág. 457 y 458.

31 ALONSO GARCÍA, Enrique La interpretación de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 534 y 535.

Existe también un precio o un costo para reducir el terrorismo – y no eliminarlo totalmente –, pero sí a través del derecho limitarlo al máximo posible, a efectos de no tener que resarcir las víctimas de los atentados de esta forma especial de violencia; ante el criterio economicista no debe olvidarse que el contrato social o pacto original tiene consecuencias vinculantes que obliga a los Estados a legitimarse a través de la eficacia o *pactum solutionis*, de lo contrario: “Si los costes de tolerar el terrorismo se hacen demasiado elevados, se deberán pagar otros costes con el fin de reducir el riesgo. Este riesgo no podrá reducirse hasta cero, pero tampoco es posible reducir hasta cero ninguna de las otras molestias”.³²

No olvidemos que los mecanismos de indemnización son el resultado de las guerras europeas ante la magnitud de los daños y el número de víctimas, éstas fueron el acicate para el avance en la materia y no la excusa para no reparar los daños ocasionados a la población,³³ y de otro lado la existencia de la normatividad de excepción que puede poner en jaque la naturaleza del Estado y sus principios básicos hace que las víctimas deban tener un trato excepcional, como contrapartida del redimensionamiento transitorio de la legalidad.

“Los jueces en desarrollo de su función, se repite, deben hacer una interpretación de la normatividad que involucre los principios y valores constitucionales, a efectos de dar prevalencia a los derechos de los asociados. Por lo tanto, éstos, en su labor interpretativa, no pueden dejar de lado la doctrina constitucional, pues ella, precisamente, plasma el sentido y orientación que debe darse al ordenamiento jurídico. Se requiere, entonces, una acción conjunta dentro de la jurisdicción que imprima un sentido de unidad no sólo en la interpretación sino en la aplicación del conjunto normativo existente, a la luz de los principios y valores que emanan de la constitución... No puede olvidarse que la función de los jueces, en el marco de un Estado social de derecho (...) es, precisamente, materializar en sus decisiones, los principios y fines del Estado, entre los que se encuentra no sólo el mantenimiento de un orden justo sino la efectividad de los derechos de todas y cada una de las personas que habitan el territorio colombiano, artículo 2º”.³⁴

Tanto en el derecho francés como en el español, para llegar a la materialización de las leyes indemnizatorias por daños ocasionados a las víctimas de atenta-

32 RAPOPORT, David C. Ob. Cit., pág. 168.

33 PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. Ob. Cit., pág. 144

34 Colombia. Sentencia SU-846/2000.

dos terroristas se acudió al principio de la solidaridad. En nuestro medio la normatividad que deviene desde 1993, de manera reiterada ha invocado no solo el mismo principio, sino además el del “daño especial” que reciben dichas víctimas, pero en el plano de la realidad lo contemplado en dichas disposiciones se torna insuficiente porque no cumple un verdadero papel indemnizatorio, se trata como allí se destaca de una simple asistencia humanitaria coyuntural, lo que demanda indudablemente ante su insuficiencia que el juez administrativo en el horizonte de esos dos principios – solidaridad y daño especial –, encumbre el estado actual de la jurisprudencia, para realizar lo que la normatividad enuncia pero no cumple ante su propia limitación de “asistencia humanitaria”, que le da más un entorno de retórica legislativa que de verdadero compromiso con las víctimas inocentes de una guerra que no les pertenece. Puede el juez administrativo, teniendo como punto de partida la unidad del ordenamiento jurídico, desarrollar y dar aplicación al bloque de constitucionalidad y a las leyes de ayuda humanitaria, para encontrar los fundamentos de imputación que predicen algunos como algo insustituible y sacramental que les permite seguir anclados en el universo utópico de los conceptos, ignorando el incumplimiento de los fines del Estado que son los que justifican su existencia. De allí que “El concepto de “bloque de constitucionalidad”, tan arraigado ya en nuestra doctrina y en la jurisprudencia, no es sino expresión de ese fenómeno, en el cual la Constitución formal y la legislación ordinaria establecen una potente alianza normadora que afecta los elementos básicos del ordenamiento jurídico, a sus principios esenciales”.³⁵ Sobre estos supuestos, puede el juez trascender la vacilante jurisprudencia en la materia y marcar una línea acorde con la realidad de las víctimas y armónica con el ordenamiento jurídico, en cuanto al papel de los principios de solidaridad y daño especial.

Y no puede por último dejarse pasar desapercibido la teoría de D’AHUTEVILLE,³⁶ citada dentro de las conclusiones de la obra del profesor José María Fuster – Fabra Torrellas, al puntualizar:

“CUARTA: En todo caso, y en aplicación de la teoría de D’Ahuteville, la producción del atentado terrorista es siempre consecuencia de una anomalía del Estado; anomalía que no tiene su origen, en nuestro Estado de Derecho, en una situación de injusticia social, sino en un sistema que no es capaz de evitar la comisión y proliferación de los mismos. Esa consecuencia derivada de la estructura organizativa y protectora del Estado, entendido como sociedad en la que se desenvuelve el individuo, debe ser reparada, en último caso,

35 LÓPEZ GARRIDO, Diego, Ob. Cit., pág. 167.

36 D’AHUTEVILLE. Indemnity of damages sustained by victims of terrorism. The new system of French laws, en AIDA-Newsletter, n° 29, enero-marzo de 1988, p. 458 y ss.

por el Estado que es quien debe garantizar a sus súbditos las condiciones necesarias de protección y seguridad".³⁷

Conclusión de todo lo anterior, es que nuestro juez administrativo en el desarrollo jurisprudencial y en la dinámica del derecho, acorde a nuestra realidad en el tema objeto de análisis, debe trazar una política coherente con el ordenamiento jurídico actual, en la búsqueda de los contenidos materiales de justicia, y para ello tiene como norte una constitución con valores y principios que no puede desconocer y donde el epicentro de la misma es el ser humano en su grandeza y en su miseria.

37 D'AHUTEVILLE. Ob. Cit., pág. 238.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN¹

Ricardo Hoyos Duque
Presidente del Consejo de Estado

CONTENIDO:

1. Introducción.
2. La naturaleza jurídica de la acción de repetición
3. Las presunciones de culpa grave y dolo
4. El llamamiento en garantía como forma de hacer efectiva la acción de repetición
5. La acción de repetición cuando el proceso contra la entidad pública termina por conciliación

31

Introducción

La necesidad de una definición legislativa de los supuestos en los cuales los agentes del Estado comprometen su responsabilidad personal, ha sido una preocupación de vieja data en nuestro país. Ya desde el año 1961 el Consejo de Estado, en ejercicio de su iniciativa legislativa había presentado al gobierno un proyecto de ley en ese sentido, el cual desafortunadamente no fue aprobado.

Tan sólo en 1976 con la expedición del Estatuto Contractual de la Nación (decreto ley 150) se reguló de manera parcial esa figura, ya que sólo se hizo referencia a la responsabilidad de los agentes estatales derivada de la actividad contractual de la administración, dejando de lado la que podría derivarse de la

1 ^{*} “La sociedad tiene el derecho de pedirle cuentas de su administración a todo agente público”. Artículo 15. Declaración de los Derechos del Hombre, París, 1789.

expedición de actos administrativos de carácter particular así como la que podría surgir de la actuación puramente material de aquéllos (acciones u omisiones).

Allí se definía esa responsabilidad como solidaria, lo cual significaba que el contratista o el tercero lesionados por la celebración, ejecución o inejecución de un contrato podían demandar, a su elección, a la entidad contratante, al funcionario o ex funcionario responsable o a ambos. Esa responsabilidad personal del agente se comprometía en forma exclusiva en los casos de culpa grave o dolo y cuando sólo se hubiera demandado a la entidad contratante y apareciere clara la responsabilidad de un funcionario o ex funcionario, el juez de oficio o a solicitud del ministerio público, podría ordenar su comparecencia.

El decreto ley 222 de 1983, que sustituyó el decreto ley 150 de 1976, siguió esos mismos lineamientos en materia de responsabilidad personal de los agentes del Estado, en relación con la actividad contractual.

En el año 1984, con la expedición del Código Contencioso Administrativo, se reguló en forma integral la responsabilidad de los servidores públicos, ya que ésta no se limitó a la que podría derivarse de la celebración, ejecución o inejecución de los contratos.² Merece destacarse que la diferencia de lo que había sucedido con los dos estatutos anteriores (decretos leyes 150 de 1976 y 222 de 1983) no se la definió como solidaria, ya que si bien la víctima podía demandar a la entidad, al funcionario o a ambos, en el evento de aquél debiera responder en todo o en parte, la sentencia sólo imponía la condena en contra de la entidad pública, sin perjuicio de su derecho a obtener el reembolso de lo que le correspondiere.

La significación y trascendencia que la responsabilidad personal de los servidores públicos había venido cobrando en el derecho nacional se advierte cuando en el año 1991, al expedirse la nueva Carta Política, al lado de la responsabilidad del Estado se establece la *obligación* de que éste repita en contra de sus agente, cuando su conducta dolosa o gravemente culposa éstos dan lugar a que se declare la responsabilidad de aquél (art. 90). Se configuraba así lo que el profesor Louis Favoreau denomina la “constitucionalización del derecho”.

2 Colombia. Ley 11 de 1986. Art. 63. (art. 297 D.L. 1333 de 1986 Código de Régimen Municipal) establece que: “Los municipios repetirán contra las personas que hubieren efectuado elecciones, nombramientos o remociones ilegales de funcionarios, el valor de las indemnizaciones que hubiere pagado por esta causa. Las violaciones de la ley, para estos efectos, deben haber sido manifiestas u ostensibles conforme a la respectiva decisión de la autoridad judicial.” En el mismo sentido la ley 3ª de 1986, art. 14 (art. 235 DL 1222 de 1986, Código de Régimen Departamental).

Fue precisamente ese mandato constitucional el que quiso desarrollarse con la Ley 678 de 2001, “por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”. Esta ley recoge en buena parte lo que había sido la experiencia jurisprudencial de las regulaciones anteriores en esa materia, en aspectos tales como la posibilidad de que el servidor público sea vinculado a través del llamamiento, a instancias de la entidad perjudicada o del ministerio público; el carácter indesistible que tiene la acción de repetición y la posibilidad de que ésta proceda en los casos en que el proceso seguido contra la entidad pública termina por conciliación, para mencionar sólo algunos aspectos. Como novedad se establece la posibilidad de solicitar medidas cautelares, modificación que no ha estado exenta de reparos por los agravios o perjuicios injustificados que pueden causarse. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en muchos casos en los cuales la conducta del agente ha tenido connotaciones de dolo o culpa grave con carácter evidente, la ausencia de esas medidas ha conducido a convertirse en letra muerta de la acción de repetición. De ahí que lo recomendable sería que las entidades públicas hicieran un uso racional y prudente de tales medidas.

De los varios aspectos que regula la ley 678 de 2001 nos referiremos a aquellos que han generado mayor controversia, cuales son: 1) su naturaleza jurídica, 2) las presunciones legales de culpa grave y dolo, 3) el llamamiento en garantía y 4) la procedencia de la acción de repetición cuando el proceso seguido en contra de la entidad pública termina por conciliación.

1. La naturaleza jurídica de la acción de repetición

No aparece clara la definición de la naturaleza jurídica de la acción de repetición en la ley 678 de 2001. En efecto, mientras el art. 2° señala que esta es una acción civil de carácter patrimonial, el art. 3° establece que su finalidad es garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, “sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella”. A su vez, el art. 14 establecía que para la cuantificación del monto de la condena correspondiente, el juez debía tener en cuenta entre otros aspectos las condiciones personales del agente causante del daño.

En nuestra opinión, la acción de repetición es la vía judicial establecida por la ley con miras a que la administración pueda obtener el reembolso de lo pagado

a quien ha sido víctima de un daño como consecuencia de la acción u omisión de un agente público,³ imputable a culpa grave o dolo de éste.

Desde este punto de vista, es una acción con pretensión resarcitoria o indemnizatoria, en la cual la administración se subroga en los derechos de la víctima frente al causante directo del daño, de la misma manera que en las obligaciones solidarias cuando el deudor paga la deuda o la extingue por alguno de los medios equivalentes al pago (art. 1579 del Código Civil).⁴

La circunstancia de que el agente público sea responsable patrimonialmente sólo en los eventos de culpa grave o dolo, pone de presente que se trata de una responsabilidad de carácter subjetivo, tal como lo establece el principio general

3 De acuerdo con el art. 2º de la ley 678 de 2001 la acción de repetición también procede contra los particulares investidos de una función pública que en forma dolosa o gravemente culposa hayan dado lugar a la reparación patrimonial. En forma equivocada el párrafo primero del citado artículo asimila a este tipo de particulares al contratista, interventor, consultor o asesor en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, cuando lo cierto es que la responsabilidad en estos casos es estrictamente contractual y por lo tanto, deberá estarse a los términos previstos en el contrato en el que normalmente se pacta la cláusula de indemnidad para responder por los daños causados a terceros (responsabilidad civil), la cual es a su vez objeto de aseguramiento a través de la garantía única del contrato (arts. 25 numeral 19 y 60 de la ley 80 de 1993). Por lo demás, asimilar a este tipo de contratistas de la administración con los servidores públicos para efectos de la acción de repetición, significa que sólo en los casos de culpa grave o dolo serían responsables, lo cual de algún modo, equivale a exonerarlos de responsabilidad en los eventos de culpa leve o levisima. En este sentido resultaba mucho más acertada la regulación contenida en la ley 80 de 1993 que se limitaba a enunciar el principio de responsabilidad de este tipo de contratistas, sin establecer ninguna restricción o condición (art. 4 ord. 7 y art. 53). Ya la Corte Constitucional en sentencia C – 563 de 1998 había expresado que “Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública”. Debe tenerse en cuenta sin embargo, que el artículo 110 y siguientes de la ley 489 de 1998 regulan el ejercicio de funciones administrativas por particulares mediante convenio, normas éstas que fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 727 de 2000, 374 del 25 de agosto de 1994.

4 Debe aclararse que no obstante que el art. 78. Del C.C.A. permite que los perjudicados puedan demandar, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a la entidad, al funcionario o a ambos, no se trata propiamente de una responsabilidad solidaria por cuanto si prospera la demanda contra el funcionario o contra éste y la entidad, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios sea la entidad, dejando a salvo el derecho de esta última de repetir contra el funcionario, en los casos de culpa grave o dolo. Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 430 del 12 de abril de 2001. “Si bien el daño en todos estos casos es inicialmente causado a un particular, lo cierto es que finalmente lo asume el Estado, destinatario de las consecuencias del daño. Precisamente es el hecho de la asunción indebida del daño patrimonial lo que en el fondo justifica o explica el ejercicio de la acción de regreso contra el funcionario”. Santiago GONZÁLEZ – VARAS IBÁÑEZ. La reparación de daños causados a la administración. Barcelona, Cedecs Editorial, 1998. Pág. 371.

recogido en el art. 2341 del Código Civil (delito o culpa), aclarando sí que en el caso de la responsabilidad de los servidores públicos debe tratarse de una culpa grave.

En este orden de ideas, se trata de una acción de reparación directa intentada por la administración en contra del agente que ha causado el daño con su actuación dolosa o gravemente culposa. Así lo sostuvo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en auto del 8 de abril de 1994 (AR – 001) al afirmar que:

“lo pretendido en últimas es el reembolso de lo pagado como consecuencia de un reconocimiento indemnizatorio previamente decretado por la jurisdicción y que como tal la reclamación debe ceñirse al procedimiento señalado para el ejercicio de la acción de reparación directa, de la cual, en la práctica, la repetición viene a ser una secuela o prolongación. Esa acción indemnizatoria denominada en el actual Código Contencioso Administrativo de reparación directa, se caracteriza precisamente porque se ejercita directamente, sin acudir a etapas previas de agotamiento de vía gubernativa, ni similares, para en esa forma, demandar como se hace en el sub judice, en forma directa al pago indemnizatorio que el Estado realizó y por el que ahora debe responder el funcionario o ex funcionario en este proceso, según claras voces del artículo 86 del C.C.A., sin que esta apreciación varíe por la circunstancia de que la administración actúe como demandante”.

Este criterio jurisprudencial fue recogido por el art. 31 de la ley 446 de 1998 al adicionar el art. 86 del C.C.A. en cuanto señala que:

“Las entidades públicas deberán promover la misma acción (de reparación directa) cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra Entidad Pública”.

La Corte Constitucional tuvo oportunidad de precisar la naturaleza jurídica de la acción de repetición en los siguientes términos:

“...la acción de repetición se define como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado.

Para que la entidad pública pueda repetir contra el funcionario o ex funcionario, es necesario que concurran los siguientes requisitos: (i) que una entidad pública haya sido con-

denada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los antijurídicos causados a un particular; (ii) que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o antiguo funcionario público. (iii) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia.

Por último, es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política.

Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública”.⁵

No resulta, por tanto, afortunada la calificación que la ley le da a esta acción autónoma, regida por unas reglas especiales como lo son precisamente las establecidas en la ley 678 de 2001. Este equívoco proviene de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (ley 270 de 1996) la cual en su art. 72 establece:

“La responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales por cuya conducta dolosa o gravemente culposa haya sido condenado el Estado, será exigida mediante la acción civil de repetición de la que éste es titular, excepto el ejercicio de la acción civil respecto de conductas que puedan configurar hechos punibles”. (Se subraya).

No se trata de una acción sancionatoria como parecería desprenderse de la finalidad preventiva y retributiva que el art. 3° de la ley le otorga, más propias

5 Colombia. Sentencia C – 832 de 2001. En esta sentencia la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la expresión “contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad”, contenida en el numeral 9º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, bajo el entendido que el término de caducidad de la acción empieza a correr, a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo. En la sentencia C – 309 de 2002 (abril 30) la Corte Constitucional afirmó equivocadamente que la acción de repetición y la responsabilidad fiscal constituyen “dos modalidades del *ius puniendi* del Estado”, desconociendo lo que había expresado en la sentencia C – 309 de 2000 “la responsabilidad fiscal no tiene carácter sancionatorio, sino meramente resarcitorio”. También en la sentencia C – 619 de 2002 la Corte Constitucional introduce un nuevo elemento de confusión sobre la naturaleza jurídica de la acción de repetición al afirmar que tiene “un alcance netamente subsidiario”, en cuanto supone la previa declaratoria de responsabilidad Estatal.

de las sanciones disciplinarias⁶ o de las sanciones penales.⁷ Tampoco puede deducirse su pretendido carácter sancionatorio del hecho de que la ley hubiera señalado en el artículo 14 que el juez al momento de cuantificar la condena debía tener en cuenta, entre otros criterios, las condiciones personales del agente en la producción del daño. Esta referencia debe entenderse como una alusión a las condiciones económicas del agente público, para evitar que una condena cuantiosa pudiera conducirle a su ruina. Se trataría, por lo tanto, de la aplicación del principio de equidad al cual remite el art. 16 de la ley de 1998 para la valoración de los daños en cualquier proceso que surta ante la administración de justicia.⁸

La Corte Constitucional, sin embargo, mediante sentencia C – 484 de 25 junio 2002, expresó:

“...el mandato constitucional ordena el ejercicio de la acción de repetición con la pretensión de obtener el reembolso de lo pagado. El quantum de la pretensión lo señala la condena al Estado y, persigue, como salta a la vista evitar el detrimento patrimonial de la entidad pública, mandato constitucional al cual no se le pueden hacer esguinces por el legislador. No es una sanción sino apenas la recuperación de lo pagado por el Estado para que quien dio origen con su dolo o culpa grave a la condena patrimonial a éste reintegre entonces a las arcas públicas lo que de ellas, por su dolo o culpa grave, fue desembolsado

6 Colombia. El art. 16 de la ley 734 de 2000 (Nuevo Código Disciplinario Único) señala que “La sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública”.

7 Colombia. El art. 4º del Código Penal (ley 599 de 2000) establece que la pena cumplirá, entre otras funciones, la de prevención general y especial, así como la de retribución justa. La doctrina señala que la prevención es una función de la responsabilidad civil que no puede ponerse en duda. Así, se habla de una prevención específica que resulta de la amenaza de una sanción que pesa sobre cierta actividad. Cfr. André TUNC. La responsabilité civile. París, Económica, 1989, 2ª ed. Pág. 161 y ss.

8 Ya el Consejo de Estado en el proyecto de ley que preparó en el año 1961 con miras a regular la responsabilidad personal de los funcionarios, muy seguramente atendiendo a este criterio, había propuesto que las sumas de dinero a las que fuera condenado el agente causante del daño no podían sobrepasar el valor de los sueldos de un año ni ser, en ningún caso, mayores de las dos terceras partes de lo que la persona administrativa hubiese sido condenada a pagar. Cfr. Anales del Consejo de Estado, año xxxv, tomo xii, 1958 a 1960, volumen 2, págs. 872 y 873. En Italia, también la ley 117 de 1988 sobre resarcimiento por los daños ocasionados en el ejercicio de las funciones judiciales y responsabilidad civil de los magistrados, en el art. 8 establece que “la medida del regreso no podrá superar una suma igual a la tercera parte del sueldo neto de un año, después de las retenciones fiscales, percibido por el magistrado en el momento en que la acción de resarcimiento se interponga aunque del hecho se derivara daño para varias personas y éstas hubieran actuado con distintas acciones de responsabilidad. Tal límite no se aplicará al hecho cometido con dolo. La ejecución del regreso, cuando se realice por medio de retención sobre el sueldo, no podrá superar en conjunto el pago de plazos mensuales de cantidades superiores a la quinta parte del sueldo neto”. Cfr. MONTERO AROCA, Juan. Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del poder judicial. Madrid. Tecnos, 1988. Pág. 201.

como consecuencia de haber quebrantado su deber de obrar en el ejercicio del cargo conforme a la Constitución, la ley o el reglamento.

Siendo ello así, es inexecutable el artículo 14 de la ley acusada, en cuanto autoriza a la autoridad judicial para cuantificar el monto de la condena atendiendo a las “condiciones personales” del servidor público. Pero no se quebranta la Constitución en cuanto a éste se ordene reembolsar al Estado las sumas a que fue condenado, teniendo en cuenta la participación del agente estatal en la producción del daño, su culpa grave o su dolo en el caso concreto, pues bien puede suceder que se presente el fenómeno jurídico de la concurrencia de culpas, caso en el cual habrá en la sentencia se cuantificará (sic) el monto de la condena correspondiente, sin que por ello se quebrante la Constitución”.

La prosperidad de la acción de repetición, sin embargo, tenía **consecuencias sancionatorias** por cuanto daba lugar a la desvinculación del servidor o ex servidor público, aún si se encontraba desempeñando otro cargo en la misma o en otra entidad estatal; a la declaratoria de caducidad de los contratos celebrados con cualquier entidad estatal y a la inhabilidad por el término de cinco (5) años para el desempeño de cargos públicos y para contratar, directa o indirectamente, con entidades estatales o en las cuales el Estado tenga parte (art. 17 ley 678). Esas inhabilidades, en todo caso, se mantenían vigentes hasta cuando se hubiera efectuado el pago de la indemnización establecida en la sentencia, lo cual resultaba discutible en cuanto a su constitucionalidad, ya que podía significar una pena irredimible o perpetua (art. 34 Constitución Política).

La Corte Constitucional mediante sentencia C – 233 de 4 de abril de 2002 declaró la inexecutable de los artículos 17 y 18 de la ley 678 de 2001 que señalaban tales consecuencias, al concluir que analizadas las diferentes sanciones que allí se establecían:

“ninguna de ellas supera satisfactoriamente el test de razonabilidad y proporcionalidad al que han sido sometidas.

Cabe recalcar al respecto que la importante limitación que ellas implican a los derechos fundamentales de los destinatarios de la norma, no es equivalente a los beneficios que la disposición genera, dado el carácter redundante de dichas sanciones, a lo que debe sumarse la vulneración al principio de igualdad en relación con la permanencia en el tiempo de la inhabilidad que este artículo establece.

Siendo claro entonces que el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr,

*la Corte concluye que ella no es razonable ni proporcionada y, en consecuencia, declarará su inexequibilidad.*⁹

En relación con la pretendida finalidad de garantizar el principio de *moralidad* de la función pública que establece el art. 3º de la ley,¹⁰ cabe señalar que esta es un derecho colectivo y por lo tanto, susceptible de ser protegida a través de la acción popular (art. 88 de la Constitución). Curiosamente, sin embargo, el art. 30 de la ley 678 de 2001 deroga en forma expresa el art. 54 de la ley 80 de 1993 que facultaba a cualquier persona o al juez, en forma oficiosa, para que iniciara la acción de repetición en contra del servidor público que hubiera dado lugar a una condena a cargo de una entidad pública por hechos u omisiones de aquél, imputables a título de dolo o culpa grave.

A pesar de esto, el art. 9º de la ley 678 señala que “ninguna de las entidades legitimadas para interponer la acción de repetición podrá desistir de ésta”,¹¹ lo cual significa que se trata de una acción que se interpone en interés público pero que no tiene carácter popular, esto es, no puede ser formulada por cualquier persona.

A este respecto, cabe recordar lo dicho por el Consejo de Estado:

“La jurisprudencia, en general, ha dispuesto que no se puede desistir de una acción pública. En efecto, en esas acciones se ventilan intereses tan importantes que, una vez que la demanda ha sido aceptada, podría decirse que el actor pierde el control de la misma y que el Tribunal ha de seguir el trámite legal hasta desatar la contención mediante la sentencia, y sin que el actor pueda evitar este efecto por medio de un desistimiento. Y es que en este tipo de acciones no se trata de intereses privados a los cuales los particulares pueden renunciar, por ser los dueños, sino de intereses públicos de los cuales los particulares no pueden disponer libremente. Ante la violación de un interés público, el ciudadano puede guardar

9 Cabe anotar que la primera pregunta del referendo que se votará el próximo 25 de octubre del presente año (2003) (ley 796 de 2003, adiciona el artículo 122 de la Constitución para establecer que no podrá ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, ni elegido, ni designado como servidor público, ni celebrar personalmente o por interpuesta persona contratos con el Estado “quien haya dado lugar como servidor público con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”).

10 Así también lo entendió la Corte Constitucional en la sentencia C – 832 que se citó antes.

11 Si bien la ley no le otorgó carácter popular a la acción de repetición, sí señala que cualquier persona puede requerir a las entidades legitimadas para que la instauren. (Parágrafo 1, art. 8 de la ley 678 de 2001). La Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que “por finalidad de la acción de repetición, por la cual ostenta un rango constitucional, no es posible que el ministerio público por sí solo desista de dicha acción, bien sea que ésta se haya intentado en forma directa contra el funcionario o a través de la acción de repetición”. Auto del 27 de febrero de 1997. Exp. N° 12.679

silencio, pero, si por cualquier motivo acusó el acto violatorio ante los tribunales administrativos, ya no puede retroceder y debe dejar que el litigio sea desatado en la sentencia".¹²

2. Las presunciones de culpa grave y dolo.

La tradición legislativa en Colombia ha sido que sólo se compromete la responsabilidad personal de los servidores públicos en los casos de culpa grave o dolo (decreto ley 150 de 1976, art. 201; decreto ley 222 de 1983, art.

297; Código Contencioso Administrativo, art. 77). Tradición que recogió el inciso 2º del art. 90 de la Constitución Política de 1991 y la ley 678 de 2001.¹³

Esta situación supone, como lo señala el profesor VEDEL,¹⁴ una derogación total del derecho privado, según el cual el empleado responde tanto frente a terceros como frente a su comitente, aún en los casos de faltas leves. El agente público que ha cometido una falta simple en el servicio (culpa leve o levísima), no puede ser declarado responsable ni frente a la víctima ni frente a la administración, aunque ésta sea la víctima directa del daño o aunque haya tenido que indemnizar al particular que resultó lesionado.¹⁵ En estos casos se considera que el agente, así haya sido merecedor de una sanción disciplinaria, es un mero engranaje de la administración y no tiene responsabilidad propia o personal.¹⁶

12 Colombia. Sentencia de 24 de noviembre de 1970. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Exp. Nº 1659.

13 Colombia. El art. 54 de la ley 80 de 1993, hoy derogado expresamente por el art. 30 de la ley 678 de 2001, establecía la acción de repetición en materia contractual, en caso de condena a cargo de una entidad pública por hechos u omisiones imputables a título de dolo o culpa grave de un servidor público.

14 VEDEL, Georges. Derecho administrativo. Madrid, Aguilar, 1980. pág. 301.

15 No es exacto, por lo tanto, lo que señala el art. 26 numeral 4º de la ley 80 de 1993 cuando expresa que en virtud del principio de responsabilidad "las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos", toda vez que de acuerdo con el artículo 2155 del Código Civil "El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. (Se subraya).

16 Esta situación es característica en países de régimen administrativo como Francia, España o Colombia. "Se la legitima con argumentos de escaso valor: el hecho de que el funcionario no actúa en su propio interés (pero el empleado de derecho civil, ¿Actúa en el suyo?), lo módico del sueldo de los agentes públicos (pero un conductor de camión, ¿Está mejor pagado en una empresa privada que en un servicio del Estado?). La verdadera razón reside en el clima mismo de nuestra administración, centralizada y jerarquizada, en la cual el funcionario está considerado como la pieza anónima de un mecanismo". VEDEL, Ob. Cit. Pág. 301. Para de LAUBADERE, André "... el interés general impone necesariamente una solución combinada y equilibrada: no es conveniente que la responsabilidad personal del funcionario sea siempre descartada o encubierta, pues esa ausencia de sanción estimularía sus negligencias; pero sería igualmente inconveniente que una responsabilidad excesiva y automática pusiera en peligro de paralizar sus iniciativas o aún de impedir su disposición a participar en el servicio. En el mismo sentido, una consideración de justicia elemental indica que el funcionario debe soportar las consecuencias de los hechos que él habría podido normalmente evitar..." Droit administratif. Paris, LGDJ, 1980 8ª ed. T.I. Pág. 692

La ausencia de una definición legal de los conceptos culpa grave y dolo a efecto de establecer la responsabilidad personal de los agentes públicos, condujo a que en algunos casos la jurisprudencia del Consejo de Estado hubiera tenido que recurrir a la definición que al respecto trae el Código Civil (art. 63),¹⁷ lo cual equivaldría a decir que el juez debe comparar la conducta del agente demandado con la de un modelo ideal de “buen servidor público”.

Otros por su parte, han considerado que el reglamento de servicio puede definir qué se entiende por culpa grave o dolo, “y mientras la calificación que el reglamento haga de la gravedad de un comportamiento no sea inconstitucional o ilegal, su validez es plena y tiene que ser aplicada por el juez”.¹⁸

Es cierto que el juez debe valorar la asignación de funciones señaladas en el reglamento o manual de funciones, pero no es posible que la administración pueda definir cuáles conductas de sus agentes se califican como gravemente culposas o dolosas toda vez que ese es un aspecto que la Constitución ha deferido a la reserva de la ley (art. 124).¹⁹

Precisamente para evitar estas dificultades al momento de establecer si la conducta del agente público fue dolosa o gravemente culposa y por lo tanto compromete su responsabilidad personal, la ley ha establecido un régimen de presunciones. En efecto, la ley 270 de 1996 estatutaria de la administración de justicia en el art. 71 establece tres supuestos en los cuales se entiende configura da la culpa grave o el dolo de los agentes judiciales.

Por su parte, el art. 5 de la ley 678 de 2001 contempla cinco (5) conductas en las cuales se presume el dolo del servidor público, en tanto que el art. 6 describe cuatro (4) eventos en los que se presume la culpa grave.

17 Colombia. Sección Tercera, sentencia del 25 de julio de 1994. exp. N° 8483.

18 HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad extracontractual en Colombia. En: Memorias del Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología jurídicas; perspectivas para el próximo milenio. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia, 1996. Pág. 741. También el proyecto de ley presentado por el Consejo de Estado en 1961 para regular la responsabilidad personal de los funcionarios administrativos, señaló algunos casos de lo que debería considerarse error inexcusable de conducta y por consiguiente, grave falta contra la administración y estableció que esa enunciación no era taxativa, ya que los reglamentos administrativos podían indicar otros errores graves de conducta, además de los casos de mala conducta previstos en las leyes. Cfr. Anales del Consejo de Estado. Ob. Cit. Pág. 873 y 874.

19 Colombia. El art. 124 de la Constitución establece que “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”. En este sentido puede verse la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 31 de julio de 1997. Exp. N° 9894

El interrogante que suscita este tipo de normas tiene que ver con su constitucionalidad: ¿Puede el legislador establecer presunciones en esta materia? ¿No se vulnera acaso la garantía de presunción de inocencia (art. 29 de la Constitución)?

La Corte Constitucional al revisar el proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia (art. 153 de la Constitución) declaró exequible el art. 71 de la ley 270 de 1996 que establecía este tipo de presunciones, sin advertir ningún tipo de reparo.²⁰

También ha declarado exequibles normas que en el Código Civil establecen presunciones bien de derecho en cuanto no admiten prueba en contrario o presunciones legales que sí la admiten.²¹

En nuestro concepto, a pesar de que al art. 29 de la Constitución establece que el debido proceso, del cual se deriva el principio de presunción de inocencia, se aplica a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas, debe entenderse referido a aquellas actuaciones de carácter sancionatorio o punitivo, tal como lo ordena el art. 93 de la Constitución al señalar que los derechos y deberes allí consagrados deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.²²

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que en estricto sentido allí no se consagran presunciones por parte de la ley. En efecto, sabido es que la consecuencia jurídica del establecimiento de una presunción consiste en que la parte favo-

20 Colombia. Sentencia C – 037 del 5 de febrero de 1996.

21 Colombia. Mediante sentencia C – 544 de 1994, la Corte Constitucional declaró exequible el art. 768 del Código Civil en cuanto que señala que “el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario” y el ordinal 5° del art. 1025 del mismo estatuto que presume el dolo del que ha retenido u ocultado un testamento por el sólo hecho de la retención u ocultamiento. “El cargo contra la presunción simplemente legal que se establece en la parte final del ordinal 5°, del artículo 1025, se rebate fácilmente si se tiene en cuenta que la ley se ha limitado a consagrar una presunción que admite prueba en contrario. Es claro que el solo hecho de detener u ocultar un testamento indica el propósito de violar la ley, al desconocer la voluntad de su autor. Pero, queda al responsable del hecho la posibilidad de demostrar que no procedió dolosamente, sino impulsado por motivos lícitos.

22 Así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas e incorporado al derecho interno por la ley 74 de 1968 (art. 14 numeral 2) y la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) incorporada al derecho interno mediante la ley 16 de 1972 (art. 8 numeral 2) establecen la presunción de inocencia respecto de toda persona acusada o inculpada de un delito. La Corte Constitucional al declarar exequibles los arts. 5 y 6 de la ley 678 de 2001, mediante sentencia C – 374 del 14 de mayo del presente año afirmó: “la culpa en materia penal nunca se presume, al paso que en el campo del derecho civil puede presumirse como sucede en las hipótesis a que se refieren los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001 bajo revisión. Estas observaciones resultan válidas para desvirtuar el reparo del actor por presunta violación a la presunción de inocencia, máxime si se tiene presente que el artículo 2° del mencionado ordenamiento legal define la acción de repetición como una acción civil de carácter patrimonial”.

recida con la misma se libera de la carga de probar el hecho presumido y en su lugar, ésta se traslada a la otra parte que debe desvirtuar el hecho que se da por probado. Al respecto anota PERELMAN:

*“al lado de los hechos y verdades, a veces partimos de presunciones que, aunque no se presentan seguras como aquellos, sin embargo, suministran bases suficientes para forjar una convicción razonable. Las presunciones se asocian frecuentemente con lo que se produce normalmente y con lo que es razonable tomar como punto de partida... se trataría ya, en este caso, de una tentativa por invertir una presunción que favorece la tesis del adversario. Es este el efecto más inmediato de una presunción: ella impone la carga de la prueba a quien quiere oponerse a su aplicación”.*²³

En este caso la ley ha establecido un verdadero cambio de **objeto de la prueba**, por cuanto para que la administración pueda tener éxito en la acción de repetición debe acreditar la culpa grave o el dolo del agente estatal, a través de la prueba de otros hechos indicativos de éstos, pero sin que, en ningún caso, esté totalmente relevada de la carga de probar. Sobre este fenómeno expresa FENECH:

*“Tiene lugar un cambio de objeto en los actos de prueba, cuando la utilización de los medios correspondientes, en lugar de tender a convencer al juzgador de un hecho de trascendencia en el proceso, tiende a probar la certeza de otro hecho, ligado con el primero, con algún vínculo jurídico o material. En este caso la prueba se desplaza del tema probandi al tema probantum, o sea, del hecho que se tiene interés en probar al hecho que efectivamente y realmente se prueba. Se trata, pues, de un verdadero cambio de objeto”.*²⁴

Este criterio fue acogido implícitamente por la Corte Constitucional en la sentencia C – 374 del 14 de mayo del presente año, mediante la cual declaró la exequibilidad de los arts. 5 y 6 de la ley 678 de 2001 que establecen los supuestos en los cuales se presume el dolo y la culpa grave, al expresar:

“...los hechos antecedentes en que se apoya una presunción legal se deben demostrar y sólo probándolos la presunción opera a favor del que la tiene, a menos que la otra parte demuestre lo contrario. Es decir, que quien se halla favorecido con una presunción legal tiene la carga de probar únicamente los supuestos de la misma, o sea aquellos hechos que siendo ciertos hacen creíble el otro hecho del cual se deduce. Es claro, entonces, que la

23 PERELMAN, Charles. El imperio retórico. Retórica y argumentación. Santafé de Bogotá. D.C. Grupo Editorial Norma, 1997. Págs. 47 y 48. En sentido contrario Jairo PARRA QUIJANO, para quien siguiendo a FENECH y CARRERAS “la presunción libera de la carga de probar a la parte favorecida con ella, pero teniendo en cuenta que soportan (sic) la carga de probar el hecho que sirve de base al razonamiento”. Tratado de la prueba judicial. Bogotá D.C. Ediciones Librería del Profesional. 2001. 4ª ed. Tomo IV. Presunciones e indicios. Págs. 204 y 205.

24 Citado por PARRA QUIJANO. Ob. Cit. Pág. 205

dispensa de la carga de la prueba para el favorecido con una presunción es apenas parcial ya que solamente opera respecto del hecho deducido”.

3. El llamamiento en garantía como forma de hacer efectiva la acción de repetición.

La actuación del servidor público en el cumplimiento de sus funciones, esté o no ajustada a la legalidad, en principio resulta imputable a la administración. Ello es apenas obvio, por cuanto ésta siempre tendrá que actuar a través de las personas naturales vinculadas a la función pública (empleados, trabajadores o miembros de corporaciones públicas). Existe, por tanto, una unidad entre la actuación del servidor público y la de la administración, ya que los actos u omisiones de aquél son los actos u omisiones de ésta.

Esa unidad, sin embargo, se rompe cuando la actuación del agente público que tiene algún nexo con el servicio puede calificarse como dolosa o gravemente culposa y causa un daño a un tercero: en este caso, la acción u omisión no le es imputable a la administración sino al servidor público que se ha desviado del cumplimiento de los cometidos estatales y por consiguiente, debe ser en últimas quien asuma la responsabilidad patrimonial que de allí se derive.

Esto significa que en los eventos en los cuales el daño es imputable a la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente público, éste se convierta en un tercero y por lo tanto, puede ser vinculado al proceso a través de figuras como el llamamiento en garantía.

Esa figura procesal de intervención de terceros está prevista por vía general en el Código Contencioso Administrativo para los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa (art. 217) que como dijimos antes, constituye el género frente a la acción de repetición.

A pesar de que esa norma señala que quien puede efectuar el llamamiento es la parte demandada, el Consejo de Estado le reconoció esa facultad al Ministerio Público, solución que hoy acoge el art. 19 de la ley 678 de 2001, con fundamento en las siguientes razones:

“El artículo 90 de la nueva Carta Política al consagrar la responsabilidad patrimonial del Estado por daños antijurídicos causados por acción u omisión de autoridades públicas, estableció que “en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

Por su parte el artículo 277 de la misma Carta Constitucional atribuye al Procurador General de la Nación por sí o por medio de sus delegados y agentes, entre otras, las funciones de vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes; defender los intereses de la sociedad; intervenir en los procesos ante las autoridades judiciales y administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del público, o de los derechos y garantías fundamentales.

El Ministerio Público como parte imparcial en los procesos en que según la ley ha de intervenir, velará por el estricto cumplimiento de las normas legales y constitucionales, fuere quien fuere la parte interesada que resulte favorecida con su intervención. Dicho de otra manera, en cada caso, tal funcionario optará por abogar en favor de la parte demandante o de la parte demandada, pero en todo caso conforme a la legalidad.

Por ello, no resulta exótico que el delegado de la Procuraduría General de la Nación, en determinado proceso, tomando en consideración las funciones que ésta debe cumplir, como quedó visto a voces del artículo 277 de la Carta Política, opte por abogar por la defensa de los intereses del ente público demandado, en condiciones y términos previstos por la última parte de la preceptiva contenida en el artículo 90 de la referida Carta Política, todo con miras a repetir del funcionario público que hubiere dado lugar a la condena por su proceder doloso o gravemente culposo. Se entiende que el Ministerio Público así procederá por razones de unidad y economía procesales, para defender intereses económicos del ente público respectivo. Así, con esta interpretación integral o sistemática de las disposiciones legales o constitucionales atrás referidas, los señores agentes delegados de la Procuraduría, que intervienen en los procesos Contencioso Administrativos, sí están legitimados para hacer llamamiento en garantía en condiciones y términos previstos por los artículos 217 del C. C. A., 57 y 58 del C. de P.C.”²⁵

3.1 Un aspecto que ha dado lugar a controversia es el relativo a los requisitos que deben cumplirse para realizar el llamamiento en garantía, ya que el art. 57 del C. de P.C. en este punto remite sólo a los arts. 55 y 56 del mismo estatuto que se refieren a los requisitos, trámite y efectos de la denuncia del pleito pero no al art. 54, el cual señala que al escrito de denuncia debe acompañarse la **prueba siquiera sumaria** del derecho a formularla.

25 Colombia. Sección Tercera, auto del 11 de febrero de 1993, exp. 8034. Ya el propio Consejo de Estado en el proyecto de la ley elaborado en el año 1961 había señalado que cuando hechos causados por el funcionario revestían una gravedad tal que podrían dar lugar a la tipificación de hechos culposos o delitos, los representantes del ministerio público debían solicitar la comparecencia personal de esos funcionarios al respectivo juicio para que así pudieran ejercer el derecho de defensa, solicitando pruebas y presentando descargos, que permitirían estimar en la sentencia “el complejo de hechos que motivaron el daño y la posible concurrencia de faltas personales de los empleados que aparejan la responsabilidad económica de la administración con faltas atribuibles en abstracto solamente a ésta y no a sus agentes”. Cfr. Anales del Consejo de Estado. Ob. Cit. Pág. 871. La ley 446 de 1998 modificó el art. 127 del C.C.A. para establecer que “el ministerio público puede solicitar la vinculación al proceso de los servidores o ex servidores públicos que con su conducta dolosa o gravemente culposa, hayan dado lugar a la presentación de demandas que pretendan la reparación patrimonial a cargo de cualquier entidad pública”.

Así, en auto del 27 de agosto de 1993 (exp. No. 8680) la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que la prueba sumaria no era exigencia legal para efectuar el llamamiento en garantía y además, que con la sola demanda podía entenderse cumplido ese requisito.

“El tribunal echa de menos la prueba sumaria de las razones, hechos y derechos que el demandado esgrime para hacer el llamamiento en garantía y por ello rechazó la figura, pero no tuvo en cuenta que la prueba sumaria es la que no ha sido controvertida, es decir, que no ha gozado de la posibilidad de discutirse. De haber tenido en cuenta este criterio hubiera encontrado que el solo documento contentivo de la demanda, originada naturalmente en la parte actora, resulta suficiente para satisfacer la exigencia de la prueba sumaria y que por consiguiente no debía aportarse nada adicional para satisfacer este elemental requisito...”²⁶

De tiempo atrás se ha interpretado el alcance de los artículos 56 y 57 del C. de P.C. para afirmar que si se leen con detenimiento estas normas, se impone concluir que en parte alguna se manda que al hacer el llamamiento en garantía se acredite, así sea sumariamente, la exigencia del derecho y que el artículo 57 de la misma obra hace referencia a los artículos anteriores, es decir que el art. 54 queda excluido”.

Esta posición fue precisada en decisiones posteriores para señalar que al efectuar el llamamiento en garantía el Estado tiene la carga de invocar en la demanda los hechos, situaciones o informaciones que indiquen un eventual comportamiento doloso o gravemente culposo del funcionario respectivo:

“El Estado debe hacer uso serio y razonable del derecho a llamar en garantía, sin abusar, menos “burocratizar” el mecanismo, hasta el punto de formular un llamamiento, cada vez que contesta cualquier demanda donde se ventilan hechos o actos dañosos a cargo de servidores públicos. Si el Estado formulara sin razón ni medida, tantos llamamientos como procesos se le entablaran, desestimularía el ejercicio eficiente de la actuación administrativa o judicial, a la vez que colocaría en situación de eventuales “demandados” a todos y cada uno de sus servidores.

El uso serio y responsable del derecho a llamar en garantía, implica la realización efectiva de una valoración de los hechos de la demanda, de donde surjan conductas con visos de haber sido dolosas o gravemente culposas. Sólo así, la administración o el Estado, podrá adquirir legitimación para formular el llamamiento en garantía.

26 Para PARRA QUIJANO, Jairo: “Bajo ningún aspecto la demanda puede ser prueba sumaria, la demanda es simplemente una declaración de voluntad. No se puede decir que como la demanda no ha sido controvertida, es prueba sumaria. Esto contradice toda lógica de las pruebas, y es lo que en cierta medida ha permitido burocratizar el llamamiento en garantía”. Los terceros en el proceso civil. Bogotá. Ediciones Librería del profesional, 2001. 6ª ed. Ob. Cit. Pág. 215.

Además, a efectos de garantizar el derecho de defensa, el Estado tiene la carga procesal de proponer en el escrito respectivo, los hechos, en concreto, constitutivos de una supuesta conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario que llama en garantía”.²⁷

3.2 Hoy, en el art. 19 de la ley 678 de 2001, ya se exige para efectuar el llamamiento en garantía de los agentes del Estado, “que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave”.

Creemos que esta exigencia resulta innecesaria frente al llamamiento en garantía que le formula el Estado a sus agentes, por cuanto su derecho a formularlo no necesita ser acreditado mediante prueba, ya que se trata de un imperativo de rango constitucional (**deberá repetir**, dice el art. 90 inciso 2).²⁸

En efecto, el llamamiento en garantía no es más que una *demanda* con una pretensión *in eventum* contra el llamado, esto es, que sólo debe examinar el juez siempre y cuando la demanda contra quien formula el llamamiento prospera. Esto significa que si se formula un llamamiento y éste no prospera, la única sanción que de allí puede derivarse es condenar en costas a quien lo hizo, si es que su conducta puede calificarse de temeraria (art. 171 C.C.A.).²⁹

Así lo ha entendido la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado:

“Cuando la administración o el Ministerio Público llama a un tercero, lo hace no porque tenga de antemano la prueba de esa conducta dolosa o gravemente culposa, sino porque estima que pueden probarse tales supuestos dentro del proceso. Tan cierto es esto, que la que formula el llamamiento tendrá la carga de probar los supuestos que configuran tal clase de conducta.

En otros términos, el hecho de aceptar un llamamiento no implica condena para nadie; sólo se busca, por economía procesal, lograr la efectividad de la repetición ordenada en la Carta como sanción al funcionario que actuó con dolo o con culpa grave”.³⁰

Carece de toda lógica que para admitir una demanda se deba aportar prueba, así sea sumaria, es decir plena aunque no controvertida, de la culpa grave o el dolo como fuente de la responsabilidad del agente estatal, cuando justamente es

27 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 9 de julio de 1998. Exp. N° 14.480. En el mismo sentido, sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 28 de enero de 1994. Exp. N° 8901

28 “... al Estado le asiste un derecho de carácter constitucional a ejercer en ese caso la acción de repetición y por ello, nada de extraño tiene que la ley ponga a su disposición un instrumento de carácter procesal para el efecto” (el llamamiento en garantía) Corte Constitucional, sentencia C – 484 de 25 de junio de 2002.

29 Colombia. Sección Tercera. Auto del 18 de febrero de 1999. Exp. No. 10775

30 Colombia. Sección Tercera. Auto del 14 de diciembre de 1995. Exp. No. 11.208

ese el objeto del llamamiento.³¹ De ahí que sea mucho más adecuado interpretar la ley en el sentido de que esa exigencia deba cumplirse para solicitar y decretar medidas cautelares en el proceso de repetición (arts. 23 y ss. Ley 678 de 2001).³²

No debe perderse de vista que de acuerdo con el art. 78 del C.C.A., los perjudicados pueden demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa al funcionario, a la entidad o a ambos, evento en el cual no se le exige al demandante que acompañe la prueba de la culpa grave o el dolo de aquél, ya que ese aspecto hace parte del tema del proceso. Norma ésta que la Corte Constitucional consideró como un desarrollo procesal del inciso segundo del art. 90 de la Constitución, en tanto busca hacer efectivo el principio de responsabilidad personal del funcionario.³³

3.3 Tampoco tiene sentido como lo establece el parágrafo del art. 19 de la ley 678 de 2001, que no se permita efectuar el llamamiento en garantía del agente estatal cuando la entidad pública en la contestación de la demanda hubiere formulado las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor, eventos todos en los cuales se alega la causa extraña y que de acreditarse en debida forma conducen a proferir sentencia absoluto-

- 31 Así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-233 del 4 de abril de 2002. “La Corte hace énfasis en que es precisamente la conducta del servidor público o del particular que cumple funciones públicas el objeto de análisis en el proceso de acción de repetición o de llamamiento en garantía, pues es la culpa grave o dolo lo que se examina para determinar si se le debe condenar o no a resarcir a la administración por el pago que ella haya hecho.” Sin embargo, en la sentencia C- 484 del 25 de junio de 2002 se afirma que el “llamamiento en garantía es un medio para cumplir el deber del Estado de dirigir la acción de repetición contra el servidor público que al parecer obró con dolo o culpa grave y con su conducta dio origen a que aquél fuera demandado con una pretensión de Responsabilidad Civil...No es contrario a la Constitución el llamamiento en garantía con fines de repetición al servidor público sobre quien exista indicio grave de que pudo proceder con culpa grave o dolo en su actuación oficial que dio origen a la demanda en que se pretenda la condena del Estado por responsabilidad patrimonial,...” (se subraya)
- 32 Colombia. El art. 152 del C.C.A. exige la prueba sumaria del perjuicio que padece el demandante para decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. También el art. 568 del C. de Co. exige que el titular de una patente o licencia acredite sumariamente la existencia de la usurpación para solicitar que el juez tome las medidas cautelares necesarias.
- 33 Colombia. Sentencia C-430 del 12 de abril de 2000 que declaró exequible el citado art. 78 del C.C.A. en forma contradictoria, sin embargo, allí se dijo por la Corte Constitucional que “los perjudicados no pueden reclamar directamente del funcionario la indemnización del daño... la norma acusada no autoriza que se pueda perseguir exclusivamente al funcionario, sin reclamar la indemnización del Estado”. En el mismo sentido, sentencia C – 100 de 2001.

ria a favor de la entidad pública demandada. En estos casos, por sustracción de materia el juez no debe examinar la responsabilidad personal del servidor público, ya que si no se condena a la entidad no hay ninguna suma que reembolsar.

La contestación de la demanda como la demanda son simplemente *actos procesales de petición*³⁴ que, como es apenas obvio, no basta con formularlos sino que deben estar debidamente probados, es decir, que frente a los mismos las partes deben cumplir con la carga de la prueba. De ahí que nada se oponga a que se puedan alegar hechos exceptivos encaminados a exonerar de responsabilidad a la entidad pública y que en el evento de no acreditarse e imponerse sentencia condenatoria, se pueda examinar si se dan o no los presupuestos de la acción de repetición, para declarar el derecho de ésta a obtener el reembolso de lo pagado frente al agente estatal, cuando este último causó el daño en razón de su dolo o culpa grave.³⁵

Ya el Consejo de Estado había establecido claramente esta diferenciación al señalar que:

“sea que se instaure la acción autónoma de repetición luego del proceso de responsabilidad o que se acumulen en un mismo proceso a través del llamamiento, se observarán en todo caso dos relaciones jurídicas diferentes en cuanto a su alcance y contenido.

De un lado, la relación demandante-demandado, en la cual se discute la responsabilidad de la persona pública por los perjuicios causados con sus actos, hecho, omisiones, operaciones administrativas o contratos. Es ésta la relación principal y propia del litigio de responsabilidad.

De otro lado, la relación parte demandada-tercero, cuando aquélla considera que este último, o sea el funcionario o ex funcionario, pudo comprometerla con su conducta dolosa

34 Así los denomina COUTURE para referirse a los que tienen por objeto “determinar el contenido de una pretensión; ésta puede referirse a lo principal del asunto (pretensión de la demanda; pretensión de la defensa) o a un detalle del procedimiento (admisión de un escrito, rechazo a una prueba)”. Fundamentos de derecho procesal. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 3ª ed. 1958. Pág. 206

35 Para el profesor PARRA QUIJANO el artículo 19 de la ley 678 de 2001 “desconoce la realidad del manejo de los procesos, y protegerá a los corruptos. Es bien sabido que cuando se actúa, en el proceso, el demandado debe proponer todas las defensas que tenga y con mayor razón cuando se trata de las entidades públicas, si por ejemplo se propone la culpa exclusiva de la víctima (la demandante) y además se llama en garantía, ello obedece a una estrategia procesal y aquí quizá con mayor razón el llamado estará interesado que ello ocurra, ya que si llamado, en el evento que se declara (sic) probada la culpa exclusiva de la víctima demandante, o fuerza mayor, ello evitará siquiera que se estudie ... la relación entre llamante y llamado por sustracción de materia.” Los terceros en el proceso civil, Bogotá D.C. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá D.C., Ediciones Librería del Profesional, 2001, 6ª Ed. Pág. 230.

o gravemente culposa, deberá pagarle lo que tenga que reconocerle al demandante triunfador de la litis, total o parcialmente.

En este planteamiento se observa claramente un doble enjuiciamiento: el primero que busca definir la responsabilidad de la entidad demandada frente al demandante e imponer una condena consecuencial; y el segundo, que está orientado a establecer que la entidad demandada resultó comprometida por la conducta dolosa o gravemente culposa de su funcionario, y que por esta razón debe resarcirla, en todo o en parte, de lo que tenga que pagar por la condena impuesta.

Puede afirmarse así que, en principio, entre el actor y ese tercero no existe conflicto alguno. En otras palabras, si la actora no lo cita como codemandado con la administración, el llamamiento no puede darle ese carácter frente a aquélla, ni convertirlo en obligado suyo.

En el evento del llamamiento la relación principal sigue siendo la del demandante- demandado, ya que la del demandado-tercero es, si se quiere, de simple garantía y de interés primordial para la parte que hace la denuncia.

Se hace la afirmación precedente porque el actor debe acreditar los supuestos de la responsabilidad del Estado y nada más, y para el efecto le basta demandar sólo a la entidad que estime fue la responsable. Si la administración demandada llama o hace la denuncia a un tercero (el funcionario lo es para estos efectos, por ficción legal) no se está oponiendo a la demanda, sino que sólo está cubriendo su espalda para que en el evento de que resulte condenada pueda repetir contra ese funcionario. Está, en otras palabras, como se dijo, ejerciendo un derecho de garantía.

Lo precedente permite afirmar que la suerte de la relación parte demandada-tercero está condicionada, en principio, el éxito de la relación principal. En este sentido que puede hablarse de que es accesoria. Así, si no prospera la principal no podrá existir pronunciamiento alguno en la resolutive sobre la segunda relación; se aclara, sí, que aún en el evento de la prosperidad de la primera relación no será forzosa la prosperidad de la segunda, porque ésta tiene unos alcances y efectos diferentes. Así podrá resultar condenada la entidad y absuelto el llamado cuando no se demuestre el dolo o la culpa grave cometida por éste en el ejercicio de sus funciones".³⁶

En cuanto a la oportunidad para formular el llamamiento en garantía, el art. 20 de la ley establecía que este podía efectuarse hasta antes de finalizar el período probatorio.

Se introducía así una regulación diferente a la del art. 217 del C.C.A., el cual señala que el llamamiento debe efectuarse durante el término de fijación en lista,

36 Colombia. Sección Tercera, auto del 6 de octubre de 1994. Exp. No. 9803

que es el término de traslado en los procesos que se tramitan ante esa jurisdicción.

La Corte Constitucional, sin embargo, declaró exequible el inciso primero del art. 20 de la ley 678 al señalar que:

“El legislador no puede, de ninguna manera y en ningún caso hacer nugatorio el debido proceso para el llamado en garantía, pues, como es apenas obvio a él le asiste el derecho de conocer de manera oportuna no sólo que se le llama al proceso, sino los hechos en virtud de los cuales se pretende su vinculación al mismo, los fundamentos de derecho que se invoquen, las pruebas en que se apoya el llamamiento y, además, ha de tener ampliamente garantizado su derecho de contradicción para contestar cuando corresponda, pedir pruebas, intervenir en la práctica de las que se decreten, alegar, impugnar providencias si es del caso, y, en general ejercer los derechos que le corresponden como parte interviniente en ese proceso en el que antes del llamamiento era un tercero no interviniente.

Ello explica de manera suficiente la razón por la cual el llamamiento en garantía, en el derecho universal, se realiza y establece en la etapa de la litis contestatio del proceso y antes del inicio de la etapa probatoria.

Idéntica solución ha de darse en este caso, pues si al servidor público se le llama en garantía para ejercer la acción de repetición en los procesos incoados contra el Estado con la pretensión de que se declare su responsabilidad patrimonial y se ordene el pago respectivo, se vulneraría en forma grave el derecho de defensa de ese servidor público si se le vinculara al proceso luego de la iniciación de la etapa probatoria, considerando que puede llamársele “hasta antes de finalizar el período probatorio”, pues bien podría ocurrir que estando ya en curso la actividad probatoria del proceso se produjera su vinculación, caso este en el cual se le habría cercenado no sólo la oportunidad de pedir pruebas en forma oportuna, sino también la de participar en la práctica de las pedidas por el demandante inicial y por el Estado demandado, con lo que la vulneración del derecho de defensa sería sostensible”.³⁷

4. La acción de repetición cuando el proceso contra la entidad pública termina por conciliación

Es posible que un proceso instaurado en contra de la entidad pública termine porque las partes principales del mismo concilian sobre su objeto y como consecuencia de la misma, la administración asume el pago de una suma de dinero. La pregunta que surge es ¿Cuáles son los efectos de la conciliación respecto de la acción de repetición?

³⁷ Colombia. Sentencia C – 484 de 25 de junio de 2002

Sabido es que el acta del acuerdo conciliatorio y el auto aprobatorio debidamente ejecutoriado prestan mérito ejecutivo y tienen efectos de cosa juzgada (art. 72 ley 446 de 1998, incorporado al art. 59 del decreto 1818 de 1998).

Esta circunstancia llevó al Consejo de Estado a considerar que en aquellos eventos en los que ha habido llamamiento en garantía de un agente del Estado y el proceso termina por conciliación, el juez mantiene la competencia para definir la responsabilidad de aquel:

“El acuerdo debidamente aprobado entre las partes principales iniciales, tiene el alcance de cosa juzgada, pero sólo frente a la primera relación (demandante - demanda), ya que la segunda, por regla general, no puede ser comprendida en el mismo, sino que deberá definirse en el fallo. Por esa razón, nada impedirá que el proceso continúe entre la entidad demandada y el llamado, con miras a que se resuelva en la sentencia si la conducta de este último no sólo estuvo afectada de dolo o culpa grave, sino que tuvo incidencia en la responsabilidad imputada a la administración.

*Se dice por regla general, porque la entidad pública en la audiencia de conciliación podrá expresamente desistir de su pretensión de llamamiento, si lo estima razonable; evento en el cual terminará el proceso en su totalidad. Si no sucede así y se logra el acuerdo conciliatorio, el proceso deberá continuar entre la entidad pública, ya como actora de su pretensión de repetición, y el llamado como parte demandada”.*³⁸

Esta solución intentó recogerse en el art. 71 de la ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, a propósito de la responsabilidad personal de los funcionarios y empleados judiciales.³⁹ Esa disposición, sin embargo, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional⁴⁰ con fundamento en las siguientes razones:

“En cuanto a la decisión de equiparar la conciliación a una condena a cargo de la respectiva entidad pública, considera la Corte que se trata de una medida que rebasa el contenido de la norma superior citada, pues ella condiciona su aplicabilidad justamente al hecho de que el Estado haya sido judicialmente encontrado responsable de un daño antijurídico cometido por la acción o la omisión de uno de sus agentes. Y, como se sabe, la conciliación es una de las formas alternativas de terminar con un proceso que se presenta antes de que el juez dicte la respectiva sentencia. En otras palabras, la conciliación no puede ser asimilada a una condena, pues si ello fuese así, entonces también debería aplicarse en esos eventos el

38 Colombia. Sección Tercera. Auto del 6 de octubre de 1994. exp. N° 9803

39 La norma señalaba que “lo pagado por una entidad pública como resultado de una conciliación equivaldrá a una condena”.

40 Colombia. Sentencia C – 037 del 5 de febrero de 1996.

artículo 248 del Estatuto Fundamental, lo cual resulta carente de toda lógica jurídica y de razonabilidad constitucional.

Pero, además, nótese que si lo establecido en el precepto que se cuestiona fuese viable, entonces también se vulneraría el derecho fundamental al debido proceso del servidor público que ha cometido el daño, toda vez que él estaría obligado a pagar la suma acordada entre las partes, sin haber tenido oportunidad para defenderse”.

El Consejo de Estado se apartó de este criterio y señaló:

“...si bien el art. 90 de la Constitución Política se refiere a la acción de repetición como una obligación -deberá dice la norma- en el evento de una sentencia condenatoria, nada impide que ese mismo deber se radique en cabeza de la entidad pública cuando la erogación que tenga que efectuar la misma no se derive de una sentencia sino de una conciliación, la cual por mandato de la ley tiene, los mismos efectos de cosa juzgada que se predicen de aquélla (art. 60 inciso final ley 23 de 1991). Se hace esta afirmación a pesar de los reparos que la Corte Constitucional le hiciera a la norma que en el artículo 71 del proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia, contemplaba el supuesto que se deja enunciado.

Para utilizar las propias palabras de la Corte “resulta carente de toda lógica jurídica y de razonabilidad constitucional” afirmar que la posibilidad de intentar la acción de repetición a partir del acta de la audiencia de conciliación viola lo previsto en el art. 248 de la Carta Política, toda vez que esa norma en cuanto señala que solo las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales, resulta inaplicable al momento de definir una responsabilidad de carácter patrimonial, como es el propósito último de la acción de repetición.

*Así mismo, en el evento que se examina no se vulneraría el derecho fundamental al debido proceso del servidor público que ha cometido el daño con culpa grave o dolo, por cuanto es apenas obvio que si éste no fue vinculado al proceso que se siguió en contra de la entidad pública bien como demandado directo (litisconsorcio facultativo) o a través del llamamiento en garantía efectuado por la entidad o por el Ministerio Público, lo resuelto en la sentencia o en la audiencia de conciliación ningún efecto patrimonial podría derivar en su contra y por consiguiente, la entidad o el Ministerio Público deberá iniciar proceso ordinario de reparación directa ante la justicia contencioso administrativa, tendiente a acreditar su culpa grave o dolo en la producción del daño”.*⁴¹

La ley 446 de 1998 acogió este último criterio al adicionar el art. 86 del C.C.A. que regula la acción de reparación directa y establecer que “las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de

41 Colombia. Sección Tercera, auto del 27 de febrero de 1997. exp. N° 12.679

un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo...” (Se subraya).

También la ley 678 de 2001 señala que “cuando en un proceso de responsabilidad estatal se ejercite el llamamiento en garantía⁴² y éste termine mediante conciliación o cualquier otra forma de terminación de conflictos,⁴³ el agente estatal llamado podrá en la misma audiencia conciliar las pretensiones en su contra. Si no lo hace, el proceso del llamamiento continuará hasta culminar con sentencia, sin perjuicio de poder intentar una nueva audiencia de conciliación, que deberá ser solicitada de mutuo acuerdo entre las partes”. (Art. 21).⁴⁴

Cabría preguntarse si esta norma resulta inconstitucional y si en este caso ¿existe cosa juzgada constitucional⁴⁵ frente a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C – 037 de 1996, al revisar el proyecto de ley Estatutaria de la Administración de Justicia que contenía una disposición similar?

De la motivación de esa sentencia se desprende que fueron tres las normas constitucionales que la Corte consideró resultaban vulneradas con la asimilación de la conciliación a una sentencia condenatoria para efecto de la acción de repetición: el inciso segundo del artículo 90 que sólo alude a sentencia condenatoria; el art. 29 (debido proceso) por cuanto el servidor público “estaría obligado a pagar la suma acordada entre las partes, sin haber tenido oportunidad para defenderse y el art. 248 según el cual “únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y convencionales en todos los órdenes legales”.

42 Colombia. En concordancia con el art. 217 del C.C.A. hay que entender que se trata no solo de los procesos de reparación directa en los que debate la responsabilidad extracontractual del Estado (art. 86 C.C.A.) y de las controversias contractuales (art. 87 ibídem).

43 No debe tratarse de cualquier forma de terminación de conflictos sino de aquella que comporta la satisfacción de la pretensión del demandante y por consiguiente, implica una erogación a cargo del Estado como sucede con la transacción.

44 En forma confusa y equívoca el art. 22 de la ley 678 de 2001 señala que “cuando el proceso principal termine anormalmente, mediante conciliación o cualquier forma de terminación de conflictos permitida por la ley, se seguirá el proceso de llamamiento”.(sic)

45 Colombia. El art. 243 de la Constitución Política señala: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

En nuestra opinión no existe cosa juzgada constitucional, ya que se trata simplemente de una interpretación que en su momento hizo la Corte sobre el alcance de unas disposiciones constitucionales, la cual, por lo demás, no compartimos.

Una interpretación literal conduciría a afirmar que en el evento de la conciliación entre la víctima y la entidad pública no existe condena como lo exige el inciso segundo del art. 90 de la Constitución y por lo tanto, no sería procedente la acción de repetición. Sin embargo, una interpretación finalista o teleológica que vaya mucho más allá del tenor literal de las palabras debe llevar a una conclusión contraria como lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado, en una interpretación que a su vez ha acogido el legislador.

Debe recordarse que en la acción de repetición la finalidad última es hacer responsable al agente estatal cuando la condena impuesta a una entidad pública tuvo como causa su conducta dolosa o gravemente culposa. De ahí que el hecho relevante al momento de su definición es la valoración que de su conducta haga el juez. Poco importa, pues, para esos efectos, que esa definición se haga después de que el proceso termine mediante sentencia condenatoria o conciliación. Lo que interesa es que al funcionario demandado en acción de repetición se le garantice plenamente su derecho de defensa presentando pruebas y controvertiendo las que presente la entidad pública en su contra, encaminadas todas ellas a demostrar que no actuó con culpa grave o dolo.⁴⁶

La Corte Constitucional, sin hacer alusión al precedente jurisprudencial reseñado, declaró la exequibilidad del art. 21 de la ley 678 de 2001 mediante sentencia C – 484 del presente año al señalar:

“Que el Estado demandado en un proceso de responsabilidad patrimonial realice una conciliación con el demandante, por sí mismo y mientras esa conciliación se ajuste a la ley y no menoscabe el patrimonio público, no quebranta la Constitución.

En ese orden de ideas, si se concilia con respecto a la pretensión patrimonial ejercida contra el Estado, no se extingue por ello la acción de repetición ejercitada por éste contra el servidor público que hubiere procedido con dolo o culpa grave y dado origen con su conduc-

46 Para el profesor PARRA QUIJANO, la acción autónoma de repetición, es decir aquella que se surte en proceso separado una vez que se ha proferido sentencia condenatoria en contra de la entidad pública, viola el derecho a la prueba. “No puede argumentarse que en la llamada “acción autónoma de reparación” se podrán controvertir las pruebas, porque ello es cierto desde el punto de vista formal, pero no real, una vez que el testigo, por ejemplo, ha declarado, si mintió, porque le insinuaron las respuestas, estas quedan estratificantes y el testigo volverá a repetir lo que dijo por temor de incurrir en falso testimonio y así sucesivamente. Diferente el escenario, cuando la persona sobre cuya conducta se está declarando, está presente y puede preguntar en ese momento a medida que va surgiendo el medio probatorio. Ob. Cit. Pág. 227.

ta a aquella pretensión y, en tal caso, lo que se ajusta a la Constitución es la continuidad del proceso para que se resuelva con respecto a la obligación del llamado en garantía de reembolsar al Estado, así termine la otra pretensión en virtud de la conciliación.

Siendo esto así, es claro que la pretensión de la víctima contra el Estado para el resarcimiento del daño si fue objeto de conciliación, puso fin en ese punto al proceso de manera anormal, con anticipación al proferimiento de la sentencia respectiva.

En virtud de ello, no hubo entonces oportunidad de debatir hasta su culminación en torno a sí la actuación del servidor público llamado en garantía fue dolosa o gravemente culposa y, entonces, nada se opone a que sobre el quantum que éste habría de reembolsar al Estado si hubiere sido condenado, pueda llegarse a una conciliación, sin que ello vulnere la Constitución Política”.

CUANTÍA DEL RESARCIMIENTO POR DAÑO MORAL

Jorge Mosset Iturraspe

CONTENIDO:

- I. Introducción
1. El daño es incommensurable
2. Un piso flexible
3. Un techo prudente
4. Dentro del contexto económico del país
5. Una prueba convincente, firme y clara
6. Capacidad morigeradora del juez
7. Criterio de equidad y las circunstancias particulares
8. Necesidad de consenso
9. Seguridad y predecibilidad de los fallos
10. Coherencia de las decisiones – Opiniones
11. Conclusiones

Introducción

Es una gran responsabilidad hablar de estas cosas, pero la jerarquía de los expositores, los distintos enfoques, posibilitan que acote mi posición a la cuantificación, a la fijación dineraria de daño moral. De todos estos daños, que modernamente se comprenden bajo la denominación de daño moral.

Es interesante señalar como introducción, que el problema de la cuantificación, sus dificultades, no han pasado desapercibidas para los juristas de otras latitudes. Diría que es un problema universal, para países o legislaciones que transcurren, que viven hoy un estadio de evolución similar al derecho argentino. Nuestro estadio de evolución es tal vez de los más avanzados de la tierra. Nuestro

estadio doctrinario, los avances de la doctrina argentina ha logrado en este “sub sistema” como lo llamaba el queridísimo Do Couto E. Silva, profesor de la Universidad de Porto Alegre y también de París. Hemos avanzado tanto que a veces nos preguntamos si hay consonancia entre estos logros legislativos o doctrinarios y la felicidad de nuestro pueblo y las condignas indemnizaciones, y el estado de bienestar que el avance del derecho debiera necesariamente producir en el vivir ciudadano.

He sintetizado diez reglas para cuantificar el daño.

1) El daño es inconmensurable

Lo primero que cabe decir, y esto llama la atención a los estudiantes de derecho, es que este daño es inconmensurable. Y estamos hablando de mensurar. Hay una contradicción. ¿Cómo mensurar lo inconmensurable? ¿Cómo mensurar lo extrapatrimonial? ¿Cómo fijar dinerariamente lo que no tiene traducción dineraria? El dolor, la alteración disvaliosa como diría la gran profesora Matilda Zavala, los estados de ánimo, los achicamientos de la personalidad en orden a la vida de relación, en orden a los chances o a los proyectos de vida, lo que hace a nuestro daño estético, a la armonía, el cuerpo, el daño físico, el daño a la intimidad, no puede por una razón que llamaríamos ontológica traducirse en cifra dineraria. Y eso es lo que estamos pretendiendo. De ahí lo arduo, lo complejo de nuestro quehacer.

La cifra, dice la doctrina comparada más avanzada, es una cifra convencional, una terminación convencional, de acuerdo a criterios que no son matemáticos, ciertos, indiscutibles, en virtud de esa inconmensurabilidad.

La doctrina inglesa, que no acostumbramos a leer, es muy clara en estos aspectos. Se preguntan ¿Por qué diez y no cien?, y ¿Por qué no mil? O a la inversa ¿Por qué mil o no diez o cien? Esta sería la primera idea. Es una idea obvia, por todos conocidos pero hay que destacarla. Huir de las fórmulas matemáticas, huir de la pretensión de establecer un número, una cantidad. Comprender que eso es así y que debe ser así y cuanto más que debemos manejarlo como Carbonier llamó en un verdadero hallazgo, los criterios de la flexibilidad en el derecho.

2) Un piso flexible

La segunda regla, es la de no caer en escepticismo, no incurrir en ello, con base en la falta de una homogeneidad entre el valor que se quiere reparar y el

valor dinero. La falta de homogeneidad. En ese sentido esos autores ingleses declaran, que no es verdad lo que afirma la law commission, en Inglaterra, que la determinación es tan arbitraria, que no se puede dar ningún principio. Nosotros creemos que sí, que se pueden intentar principios, criterios que son aproximaciones, para ilustrar el criterio de los jueces, a la hora difícil de establecer en dinero estas indemnizaciones. Es posible dar algunas pautas, unas pautas que tengan entre nosotros más fuerza de convicción que la prudencia judicial a la cual tantas veces se recurre, y que aparece hoy un poco desgastada.

La indemnización en primer lugar no debe ser tan baja, tan pequeña, tan insignificante que aparezca como una indemnización meramente simbólica. Y esto es importante decirlo, porque todavía hay jueces que dicen, bueno ha ganado, le voy a fijar 30 chelines, quince peniques. ¿Y esto qué sentido tiene? En otros pueblos de la tierra, tiene una enorme trascendencia social. El que aparece sancionado por un juez con una condena indemnizatoria de peniques o chelines, aparece de algún modo sancionado por la comunidad toda. La gente dice, - realmente no es una buena persona – Ha sido condenada por un juez –.

No interesa la cuantía, estamos en otro orden de cosas, estamos más bien en una reparación que tiende a castigar, lo que se llama hoy y de lo que se ocupa la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, los daños punitivos. Pero hoy estamos en lo que a nosotros nos interesa desde nuestra óptica, los daños reparadores, compensadores, los daños que permiten con una cantidad de dinero de algún modo suavizar, paliar, sino borrar dolor, sufrimientos, agravios. No caer en la idea del simbolismo porque nuestros pueblos no están preparados para ello, carecen de esa sensibilidad, no están maduros. Interpretétese esto como se quiera. Es un problema de sociología, de sociología jurídica.

Aquí lo que solo cuenta para el ciudadano común, es una indemnización que tenga fuerza, que tenga peso, que golpee donde a muchos les duele, que es en el bolsillo.

Lo dijo el juez Salmons en Inglaterra en una sentencia de daño moral en 1978, no debe ser tan baja e intrascendente, que importe un verdadero desmedro o una ofensa para lo justiciable, que mueva a risa, indemnizaciones irrisorias.

Cada juez sabrá cuál es el piso flexible. Para algunos podrán ser monedas, para otros podrán ser unos cuantos pesos; para unos serán cientos, para otros serán mil; ese es un problema sobre el cual no podemos entrar, por lo que diremos luego.

3) Un techo prudente

La tercera regla hace al techo. Ni tan elevada, que parezca extravagante y lleve a un enriquecimiento injusto, a una situación que nunca se gozó, que le cambie la vida al damnificado o a su familia, que lo transforme en un nuevo rico. Esto es según algunas sentencias, cientos de miles. En épocas, millones, con una ligereza increíble. No tan alta que parezca extravagante, que parezca un gesto indudable de generosidad, pero con el bolsillo ajeno.

A los jueces se los acusa a veces de ser mezquinos, pero otras veces se piensa que son demasiado generosos, que no lo pagan ellos. Aquí tal vez el recurso a la prudencia y al buen sentido al ubicarse en el tema; ni tal alta ni tan baja.

Entonces la idea, se aproxima a otro criterio de flexibilidad denominado en Inglaterra “Tariff approach” tarifa aproximada y en Francia por Lerroi y otros “Le calcule approcher” un cálculo aproximado. Que tenga piso, que tenga techo, que tenga razonabilidad.

Estamos entonces hablando ya de que es posible hablar de una cantidad. A mí me pareció siempre y lo he criticado, que la jurisprudencia que se sentó en un plenario de las Salas Rosarinas, patrocinado o llevado adelante por el doctor Adolfo Alvarado Belloso de establecer un piso dinerario, no puede haber vida humana que no valga menos de cinco mil dólares. Esto no tiene sentido, porque a mi juicio si se toma el valor de la vida desde un sentido patrimonial puede ser que una vida humana valga menos de cinco mil dólares.

La vida de un parapléjico, la vida de una persona terminal, la vida de quien está privado totalmente de sentido y que apenas si late porque está enchufado, la vida no tiene valor económico en sí, salvo que nos manejemos con ficciones. Podrá tener un enorme valor desde el punto de vista moral, pero ¿5.000 pesos podrán ser razonables?

A mí me parece que una cantidad, desdibuja la idea, tira abajo la filosofía que inspira esta búsqueda y de algún modo materializa demasiado la cuestión.

Los Tribunales Rosarinos últimamente, lo comenta Peyrano, se han apartado de esta jurisprudencia y han establecido que no puede haber necesariamente un piso dinerario.

4) Dentro del contexto económico del país

Como una regla más, nos dice que el sentenciante debe ubicarse dentro del contexto económico del país, dentro del contexto económico del país en que está ejerciendo su función. Tener en cuenta los males que conlleva el costo argentino. Tener en cuenta la situación media de nuestras empresas, de nuestros proveedores de bienes y servicios. La situación media de nuestra población. Tener en cuenta la difundida o extendida pobreza que media en el país. Genevieve Viney, la eminente especialista francesa, dice que debe tenerse presente el impacto de estas indemnizaciones sobre el dinamismo económico.

Esto requiere alguna aclaración. No estamos diciendo que el derecho debe ceder, frente a una interpretación económica. No estamos diciendo que ha triunfado la escuela de Yale, de Chicago acaudillada por Fokner que hay que hacer siempre la ecuación costo – beneficio. No estamos diciendo que la reparación debe obsesionarse en no llevar a la quiebra a las compañías de seguro, no llevar a la quiebra a las empresas, porque nosotros privilegiamos a la persona humana. Privilegiamos a la persona humana que está en el centro del derecho y si dijéramos esto, sí nos volviéramos economicistas, si anticipáramos nuestra bendición a los criterios económicos, estaríamos abjurando de nuestro criterio.

Ustedes han leído, sobre el último otorgamiento al premio Nobel de Economía. Han leído que la Academia Sueca ha premiado a un investigador y que ha destacado algo que para muchos, parece escandaloso, que si la humanidad a esta altura de la evolución y en su tiempo, hubiera mantenido la esclavitud, otra sería la productividad de la que el mundo gozaría, otros serían los beneficios, otros serían los costos. Las sociedades en general, teniendo un buen número de esclavos, un 20 o un 30%, cambiarían y se enriquecerían los pueblos. Y cuando alguien ha dicho, este discurso económico contradice el criterio firme sobre moral. Se les ha contestado, no desviemos las pautas de la economía para que cedan ante los criterios morales. La moral por un lado, la economía por otro. No, esta no es nuestra prédica, lo saben los amigos, los conocidos y es bueno reiterarlo.

Nos parece que un juez, no puede ignorar estas cuestiones, no puede ignorar que la Argentina de la grandeza, está superada; que la Argentina del primer y segundo mundo quedó atrás como una ilusión, que estamos en el tercero; en un país de la periferia, en un país que hace un esfuerzo enorme por llevar adelante su economía; y que no se puede entonces fijar indemnizaciones de millones, como hacen los Tribunales Americanos. Los países de una economía próspera pueden

fijar indemnizaciones cuantiosas. Los países de una economía en recesión, los países pobres, deben fijar indemnizaciones que están a tono con su pobreza y con su recesión.

Esto está muy bien dicho por nuestros hermanos los juristas uruguayos, a los que tan poco leemos nosotros. Pagándoles con moneda similar, ellos también nos leen muy poco. Jorge Gamarra, el número uno del derecho civil uruguayo hoy, autor de una obra de derecho de los contratos y de los daños, que ya supera los 24 tomos, y realmente con una visión envidiable. Jorge Gamarra ha dicho: “En el Uruguay a diferencia de otros países, obviamente se alude al vecino país del Plata, las indemnizaciones son módicas, hay una tabla que demuestra que en ningún caso supera los 20 o 25.000 US\$. La tristeza por la muerte de un padre, de un hijo, vale 8 o 9 o 10.000 US\$; la pérdida de un miembro, en cuanto daño moral valen de 700 a 800, ya sea de un dedo, un brazo, la mano derecha, la izquierda, un pie. En una modicidad que nosotros nos preguntamos ¿Cómo? Si nosotros hemos hablado siempre de cientos de miles, y ahora que estamos un poco más bajo, 80.400, 90.000. ¿Cómo no va a valer la vida humana, lo que valen tres Mercedes Benz? Cuando no estamos en Alemania y no producimos Mercedes Benz, ni anda la ciudad en Mercedes Benz, ni circula con ellos. Esto hay que decirlo para que los argentinos aterricemos.

62

La situación del país debe ser tenida en cuenta por los jueces. Los jueces deben dar indemnizaciones que estén a tono y no a destono, que no desentonen, que no sea realmente una impostación, un capricho, un acto de emulación. Pujos pueblerinos, como decimos cuando vemos carteles que dicen, zona urbanizada a kilómetros del centro del pueblo.

5) Una prueba convincente, firme y clara

La siguiente prédica es sobre algo que parece bueno enfatizar, después de haber dicho que hay que convenir, que hay que consensuar la reparación, que tiene que tener piso, no ser irrisoria, un techo que no sea extravagante. Pero cada caso es cada caso. Cada situación es distinta a la otra.

Lo dijimos en nuestras charlas con los estudiantes de la facultad. Los jueces no están para sentar doctrina judicial, como doctrina aplicable a todas las hipótesis. Los jueces están para sentar la doctrina que sirve para el caso, y es de lo que hemos adolecido los argentinos.

Yo les decía aplicando el refranero, dime de qué cosas hablas, qué cosas dices, de qué cosas alardeas y te diré por dónde cojeas. Los argentinos hablamos mucho de los hechos y de los casos, pero a la hora de examinar la jurisprudencia, a la hora de estudiar el derecho y de enseñar el derecho, prescindimos de los casos. ¿Por qué prescindimos de los casos? Porque estamos acostumbrados a un derecho de la Europa continental, que se ha formado a partir de la codificación en el conceptualismo. Y a nosotros nos preocupan y nos desviven las definiciones, las naturalezas jurídicas, las semejanzas y las diferencias y los requisitos. ¿Y el caso? Y el caso vendrá...

No nos damos cuenta de que ser abogados es tener idoneidad para resolver un caso. Arte para resolver un caso. Ser juez, es tener la destreza para aplicar el derecho al caso, haciendo derecho al caso. Y aquí en la reparación del daño moral esto es lo que cuenta. Pero el pecado es compartido, porque a veces los jueces no pueden entrar a las peculiaridades del caso, porque los abogados no las han sabido mostrar; los abogados no se las han podido contar bien; se han limitado a decirle al juez: Señor juez, reclamo doscientos mil por daño moral, y no dicen ni cuál es el daño moral, ni porqué se originó, ni traen los testigos, ni lo demuestran, ni convencen al juez. Creen que el daño moral es como un sello, que tiene que tener siempre una respuesta afirmativa. Sí, sí, al daño moral. Y no.

Yo no sé si él podrá o él deberá, pero estoy convencido de que para que un juez otorgue una indemnización por daño moral, tiene que estar él convencido de que ese daño moral ha existido. Y para eso la probanza, debe ser clara, firme, convincente. Entonces, esto nos hace también hacer enemigos de toda tarificación, de los catálogos famosos, estos que circulan en Europa, y que Lerroi ha trabajado mucho en Francia. No, porque cada caso es diferente. Este señor, es verdad, le puede faltar una falange, o un dedo del pie, pero las consecuencias de esa falta, pueden ser tan distintas a la de otro, que no tenía expectativas fundadas en su pie. Entonces no podemos igualar y decir, ¿A usted qué le falta? La mano derecha... igual que al otro la mano derecha, igual para los dos. Pero uno era pianista con la mano derecha, el otro no hacía más que peinarse con la mano derecha. No importa, son dos manos derechas, valen igual, pero no vales igual.

Todo lo que se insista, lo que se enfatice, lo que se subraye sobre el estudio del caso. Como los abogados tienen que llevar el caso, y somos abogados, para arrimar el caso a los hechos, que los jueces sabrán decir el derecho. Confiamos. Arrimar el caso, las particularidades ¿Por qué no lo que se dio acá?, ¿Por qué

más?, ¿Por qué aproximarse al techo, que no están sentados pero que están imaginados?, ¿Por qué aumentar, levantar? Esto es importantísimo.

Esta es, me parece, una de las reglas de oro, por su trascendencia y por su común aceptación.

6) Capacidad morigeradora del juez

Las tablas de cotizaciones, nos parece que también son aproximativas, que ayudan a quizás, ¿Qué vale una mano, un pie? Qué vale una mano para cualquiera, pero en el caso. La cifra a determinar debe guardar proporción con lo que pueda pagarse.

Ahora estamos cambiando, estamos mirando al victimario, al dañador, a su patrimonio, a su familia. Y no puede ser de otro modo. Lo ha recordado el doctor Moisset de Españaes, cuando ha leído lo que se proyecta. Aquí está presente el 1069, se diga o no se diga. El 1069 es el que le permite al juez morigerar, que quiere decir bajar, pero también aumentar. Depende de las circunstancias del caso. ¿Cómo no voy a tener en cuenta yo, que fijando este resarcimiento llevo a la quiebra una empresa? ¿Pero cómo no voy a precisar eso? ¿Soy indiferente a la quiebra de las empresas del medio del cual soy juez? Es decir, no soy un juez de empresas, pero tengo en cuenta, la vida económica, el mercado, el crecimiento. ¿Qué gracia tiene fijar una indemnización cuantiosa, si el condenado a pagarla es manifestante insolvente o casi insolvente? ¿Esto a quién satisface?

Me parece que los abogados de la parte demandada, hacen bien en arrimarse. Y el juez, aquí se trata de dar satisfacción a este dolor, a estas alteraciones disvaliosas, pero a costa de acabar con esto. Hundir económicamente, no sólo a una persona física, sino a su familia, a toda la comunidad familiar. Lo conmueve al juez, si se prueba, si se demuestra.

¡Cuidado! Balanceemos las cifras. Fijemos cifras que tengan razonabilidad, pero no por satisfacer a una de las partes en su legítima expectativa; una indemnización condigna, una indemnización que tenga relevancia. Por eso pienso, que cuando existe un seguro, y un seguro que tiene una buena prima y que ha sido pagado, que está vigente, entonces el juez puede ser un poco más generoso. Sin que esto implique querer terminar con las compañías aseguradoras, como a veces se ha hecho. Pero la presencia de un seguro, en cuanto que significa esta expresión moderna “socializar la reparación”, socializar el daño, extenderlo en toda la colectividad que paga el seguro, es una buena idea. Como también es buena idea

atender a lo punitivo aquí, si ese daño moral fue producido por una negligencia, o de una intención o de una malicia. Son de los aspectos que se deben balancear, computar. Que no son decisivos, porque el derecho de daño moderno mira a la víctima y no mira como el derecho penal y el derecho de daño al victimario, y trata de satisfacer a la víctima en su reclamación frente a un daño injusto.

7) Criterio de equidad y las circunstancias particulares

Me parece que esta regla, que algunos han querido proponer, porque parece a contramano del avance, esta regla con sinceridad hay que traerla. Una indemnización, una cuantificación del daño moral no puede prescindir del condenado a pagarla y de las circunstancias, como lo dice el 1069, porque esto está en la justicia equitativa, desde Aristóteles aquí, pasando por el gran Santo Tomás. No se puede hacer justicia que no tenga base de equidad, atendiendo a las circunstancias particulares del caso.

Es lógico que deba evaluarse la cantidad y la calidad de los bienes que pueden adquirirse, y los servicios que pueden lograrse a partir de la reparación. El juez tiene que tener en cuenta eso. ¿Qué es lo que puede hacer con esa masa de dinero o con esa pensión, con esa indemnización que se paga en cuotas, qué es lo que puede hacer esa familia o esa víctima? ¿Qué bienes o servicios puede adquirir? Como lo llamaba el maestro Lafaille “los placeres compensatorios”. Lafaille, era un espiritualista del derecho y hablaba de los placeres compensatorios.

El dinero no es compensación para todos los males, pero ayuda a solucionar ciertos males. Ayuda a veces una indemnización a terminar una casa, o a pagar las cuotas o a levantar la hipoteca, o darse ciertos placeres que pueden ser muy espirituales, como los de la música o las obras pictóricas, un viaje, un estudio, libros; u otros no tan espirituales como tener una auto y gozar de una buena cocina, una buena heladera.

El juez tiene que tener en cuenta el poder adquisitivo de esa masa dineraria que va a condenar a pagar o de esas cuotas, porque si no alcanzan para nada pues no sirve. Si alcanza para lujos tampoco sirve, porque no se trata de esto. ¿Cuáles son las necesidades que apunta a satisfacer? La palabra placeres tal vez es demasiado frívola, tiene connotaciones de frivolidad que no nos gustan. Pero hablar de bienes y servicios que vengan a cubrir una necesidad o a satisfacer una necesidad de la víctima o de su familia, nos parece que es bueno.

Aquí hay una regla que también debemos atender.

8) Necesidad de consenso

Sin perjuicio de distinguir entre los múltiples daños, que reciben la denominación genérica de daños morales, como hemos dicho al principio, es necesario que entre los jueces, que en la Argentina se logre un consenso general, que algunos llaman una “communio opinio”, y que otros llamas “un punto de cristalización”.

A mí me parece, francamente escandaloso que se puedan encontrar con diferencias de tiempos que son intrascendentes, sentencias que fijen 5, 6, 10, 20 o 30 veces más en un caso que en otro, en distintos lugares del país. Que se pueda hablar de magistraturas generosas y magistraturas egoístas, jueces que son amplios y jueces que no lo son. Porque el pueblo argentino es el mismo y el hombre común no puede entender este escándalo.

Yo no aconsejo uniformidad porque eso no tiene sentido, ya lo hemos dicho, cada caso es distinto. Pero sí aconsejo, que con el uso de la informática, que con el uso de los medios modernos de comunicación, se pueda establecer un estudio serio, que sea una especie de estadística, donde se vayan catalogando los daños morales más comunes 10, 20 o más, y estableciendo cuánto se ha dado, traduciendo en dólar esas indemnizaciones, podría ser una moneda estable de los argentinos, pero sino en dólar, para que vayan acercando las cifras, se logre este consenso, esta cristalización. Me parece que esta es una labor a cumplirse, que no se ha hecho en Argentina.

Los abogados, no sabemos hoy, cuando un cliente nos pregunta, ¿Cuánto me pueden dar por mi daño? Es verdad. Si tuviera que ser sincero, no sé. ¿Cuánto vamos a pedir? ¿Vamos a pedir mucho? Porque siempre nos van a dar menos. Aquí impera el regateo, el regateo del mundo árabe. “Hay que pedir mucho, nos van a ofrecer poquito, y después nos vamos a ir acercando”. El regateo del mundo árabe que tanto divierte a las señoras. ¿Cuánto vamos a pedir? Vamos a pedir mucho. Bueno, pero si usted tiene unas pocas cicatrices, que hacen que se sienta mal delante de las amigas. Vamos a pedir cien mil pesos. Nos van a ofrecer diez mil. Pero es que no tenemos antecedentes.

Pero si empezamos a bajar nuestro repertorio, ningún país del mundo tiene la cantidad de repertorios que tiene la Argentina, ni sueña con tenerlos. Pero si empezamos a bajar, a buscar. A ver, el daño moral: por pérdida del padre o de la madre. ¿Cuánto se dio al hijo dolorido? ¿O al padre dolorido? ¿O a la viuda dolorida? ¿Cuánto se les dio? No vamos a poder hacer un catálogo de más de veinte. No hay más. ¿Por qué no hay más? Y porque esos fallos no se publican, ha cambiado

la moneda, es otra moneda, es imposible traducir. Es oscuridad. Creo que hay que hacerlo. No para establecer cifras inamovibles, pero cifras en este contexto imprescindible, en estos criterios básicos, que hablan de un piso flexible y de un hecho flexible.

9) Seguridad y predecibilidad de los fallos

Hay otro aspecto que debemos destacar. Ahora que una parte de la ciudadanía predica la seguridad jurídica, con fuerza, con vigor y que realmente es un valor. Lo hemos dicho desde siempre, seguridad pero con justicia y también justicia segura. Nosotros queremos casar, con ese, a los valores de la escala axiológica. No nos gusta que solo se hable de la justicia, segura o insegura. Pero tampoco nos gusta la seguridad justa o injusta. Le tememos a estos valores bipolares, cuando tienen un enfoque unilateral. La seguridad de los empresarios, no es la seguridad de los consumidores. Lo hemos visto ahora en el veto de los 10 artículos de la ley de protección al consumidor. Veto que han impulsado los empresarios, para quienes esta ley es la ley de desprotección a los empresarios. Lo que para unos es seguridad protectora, para otros es falta de seguridad. Los empresarios claman por la inseguridad de la ley que los otros llaman seguridad.

Valores bipolares. Ya lo decía, Carlos Cossio cuando hablaba de la seguridad y de la revisión de los contratos frente a la teoría de la imprevisión, en un célebre trabajo que no es muy citado por razones obvias.

La seguridad tenemos que valorizarla, revalorizarla y reanalizarla.

Los americanos destacan en la seguridad, la predecibilidad, la posibilidad de anticipar las soluciones jurídicas. Este es el ABC para un abogado, para un estudio jurídico. ¿Cómo voy a iniciar yo un pleito, si no le puedo decir al cliente de 1 a 100 cuáles son los porcentajes de ganar o perder? Los clientes argentinos ya están como los americanos preguntando porcentajes. “Y dígame doctor, cuánto por ciento de posibilidades...” ¿Y qué le vamos a contestar? No sabemos. Mentirle... el clásico sesenta y tres... vale tanto como decir cuarenta y cinco. La predecibilidad. Tenemos que predecir cuánto nos darán los jueces por nuestros daños morales, los que estamos haciendo objeto de la pretensión. ¿Cuánto? ¿Cómo saberlo? Esto es una enorme inseguridad, y esto es lo que lleva a muchos abogados a reclamar cifras caprichosas, exorbitantes, o a no reclamar; y a vivir en esta angustia; y a pelearse con el cliente; y estas peleas pueden culminar, de aquí a poco tiempo en juicios de responsabilidad por daños que nuestros clientes nos

inicien... usted me prometió... me dijo... me hizo firmar... me habló de tantos miles... y me dieron tantos menos... ¿Por qué?

La seguridad jurídica de la predecibilidad de los fallos, equivale a decir que tenemos que conocer nuestros jueces, y saber cuáles han de ser sus decisiones, y saber cómo está la magistratura en orden a la cuantificación del daño moral, a partir de este análisis que debe hacerse y que los jueces deben tener muy presentes.

10) Coherencia de las decisiones – Opiniones

Quiero señalar algunas opiniones destacadas del mundo jurídico, en países del similar evolución.

El Presidente del Tribunal de la Gran Instance de París, escribe:

“La guía en este tema proviene del juez mismo, de un juez que no quiere contradecirse en sus fallos sobre la fijación del daño moral, ni quiere tampoco contradecir a sus colegas, ni dejarse llevar por su inspiración personal”.

Que difícil. Es que sí yo doy tanto, estoy contradiciendo a jueces que dieron tanto menos, llamándolos a ellos tacaños, egoístas. Y a la inversa ellos me podrían llamar a mí.

No puedo dejarme llevar por la inspiración personal, por lo que a mí se me ocurra. ¿Es que la magistratura no pesa como cuerpo, no hace criterio, no forma opinión? Yo sé que los magistrados se reúnen en los congresos científicos de la magistratura y que de ahí parten impulsos para ir unificando criterios, armonizándolos, cristalizándolos. Mientras tengamos una moneda estable esto es apetecible.

El juez Morris en Inglaterra, dice que sin armonía en las decisiones en estas cuestiones no hay justicia. Es la coherencia la que se trata de lograr. Una misma indemnización para casos similares. Lesiones análogas tienen que ser reparadas de manera análoga. Dolores iguales, reparaciones iguales, de lo contrario no hay justicia.

Aquel que recibe menos puede decir, mi sentencia no es justa. Y nosotros los iusnaturalistas podemos decir que una sentencia que no es justa, no es sentencia. Tiene de tal solamente el nombre pero no es sentencia. Como un derecho injusto no es tal derecho, es una farsa, es una réplica.

También encontramos en Italia, en una obra sensacional escrita por Busnelli sobre estos temas de la cuantificación del daño moral con motivo de los daños corporales, psíquicos.

Dice, que debe tenderse a los valores de certeza y seguridad, que permita a los litigantes predecir con aproximación los montos, y para eso las posibilidades de arreglo.

Ahora que se habla de que vamos a llegar a un momento de superación de la litigiosidad, de este afán casi enfermizo de todos los abogados de Argentina, de llevar cuanta pretensión aparece en nuestro bufete a un pleito, y no estar contentos hasta que no está traducido en una demanda, a una contestación. Porque descreemos de la negociación, descreemos del arreglo extrajudicial, descreemos del arbitraje. Solamente el pleito, solamente el afanoso trabajo de la justicia institucionalizada. ¿Por qué? Porque muchas veces la decisión judicial abre una senda que estaba absolutamente oscura, y recién después que leemos la sentencia descubrimos lo que pudo ser.

Pero si nosotros tenemos estos valores ya conocidos, es fácil la negociación, es fácil el arreglo, es fácil la tarea arbitral.

Conclusiones

Que bueno sería que con imaginación, con fe, con confianza, sin vagos ni absurdos escepticismos, emprendiéramos estos caminos para un derecho mejor.

Me parece que si no lo hacemos vamos a descalificar la reparación del daño moral. Porque se está haciendo de ella un abuso, como se abusó del ejercicio regular funcional o anti funcional del derecho. Y cuando los jueces ven hoy una demanda, que de algún modo se funda en el ejercicio abusivo del derecho, casi no resisten la tentación de un rechazo *in limine litis*, porque dicen, esto está gastado; es una moneda que ha tenido demasiada circulación; no se le ha dado el valor, la jerarquía que tiene.

Está pasando lo mismo con el daño moral. Se abusa del daño psíquico, del daño biológico, del daño a la vida de relación, no se lo prueba. Es como un nuevo juguete, que los abogados manejamos. A veces para desilusión del cliente y otra para hartazgo de la magistratura.

En cambio si el sendero está más firme, si las luces lo iluminan, lo empezaremos a transitar con más fe y optimismo.

ALGUNAS PREVISIONES SOBRE EL FUTURO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (Segunda parte)

Ricardo de Ángel Yagüez

CONTENIDO:

- I. La llamada “responsabilidad civil derivada del delito” algunos problemas de carácter general en particular, la reparación de la víctima a cargo del estado
- II. Limitación de la cuantía de las indemnizaciones. El sistema de “techos” o “topes” de indemnización.

I. LA LLAMADA “RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO” ALGUNOS PROBLEMAS DE CARÁCTER GENERAL EN PARTICULAR, LA REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA A CARGO DEL ESTADO

No es éste el lugar adecuado para insistir en que, en efecto, cuando hablamos de “responsabilidad civil derivada del delito”, estamos utilizando una expresión inadecuada. Como lo ha puesto de relieve PANTALEÓN PRIETO,¹ la llamada “responsabilidad civil derivada del delito” y la responsabilidad civil extracontractual tienen idéntico fundamento (no es el delito el fundamento de la primera, sino, al igual que el de la segunda, el daño atribuible al responsable mediante el adecuado criterio de imputación) y la misma finalidad (función puramente indemnizatoria; no cabe asignar, ni a la primera ni a la segunda, función punitiva alguna). Añade el autor que el “ordenamiento por razones de economía procesal y basándose en el hecho de que ‘toda culpa criminal’ es ‘culpa civil’, habilita simplemente al juez penal, en los casos de sentencia condenatoria (o, excepcionalmente, en los supuestos del artículo 20 del Código Penal), a pronunciarse sobre cuestiones resarcitorias puramente civiles. La doble regulación establecida en los códigos

1 PRIETO, Pantaleón F. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Junio de 1983. en: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil. Nº 3. Págs. 789 – 799

civil y penal, que se explica por razones históricas (la codificación penal precedió a la civil), no es prueba de la existencia de dos acciones de distinta naturaleza”.

1. No obstante, hay que tener en cuenta qué razones de orden procesal obligan a tener presente esta distinción, a determinados efectos. Efectos que hoy están siendo objeto de especial atención y discusión por parte de la doctrina.

a) En primer término, adviértase que existen sistemas jurídicos, por ejemplo, el español, en los que entablada la acción penal contra el presunto culpable, se entiende utilizada también la acción civil, salvo que el perjudicado renuncie a ella o se la reserve para ejercitarla una vez terminado el juicio penal. Si no concurre ninguna de estas dos excepciones, y la sentencia recaída en el juicio penal es condenatoria, en ella misma el tribunal condena a la indemnización de perjuicios que en su caso se hubiesen causado a la víctima del acto delictivo. Y no es sólo esto, sino que hay ocasiones cuando el tribunal penal absuelve al reo, no porque no haya existido infracción (al menos si nos atenemos al significado objetivo de esta palabra), sino porque el inculpado es declarado exento de responsabilidad penal por alguna de las eximentes de enajenación y trastorno mental transitorio, menor de edad (penal), alteración grave de conciencia de la realidad, estado de necesidad y miedo insuperable, ese tribunal penal procede a declarar las responsabilidades civiles correspondientes, de acuerdo con las reglas que para cada caso se establecen, siempre que las acciones civiles hayan sido ejercitadas conjuntamente con las penales (artículo 20 del Código Penal).

La fórmula del derecho español, y en general del continental europeo, difiere de la seguida en otros países, como es el caso del derecho inglés en el que sólo excepcionalmente concede la jurisdicción criminal compensaciones o indemnizaciones a la víctima. Los daños que ésta haya podido sufrir deben ser objeto de una reclamación aparte.

Hoy se debate acerca de la conveniencia de someter a un único procedimiento las responsabilidades penales y civiles, en busca de una mayor racionalidad. Así lo pone de manifiesto ZENO – ZENCOVICH,² que advierte la paradoja de que los sistemas del *common law* se acercan al ejemplo de los continentales. JOLOWICZ³ señala que podrían derivar notables ventajas de un procedimiento en el que los dos aspectos, civiles y penales, pudiesen ser tratados conjuntamente. Y añade que no

2 ZENO – ZENCOVICH, V. La responsabilità civile da reato (lineamenti e prospettive di un sottosistema giurisprudenziale, Padua, 1989, Pág. 211.

3 JOLOWICZ, J.A. Torts. Procedural questions, in International Encyclopedia of Comparative Law, XI. Pág. 15

sólo sería así por un evidente ahorro de tiempo y de gastos, sino porque la “parte civil” se beneficiaría de la circunstancia de que fuese la acusación pública la que diese los pasos oportunos para establecer la responsabilidad del imputado. Esto podría tener un grave valor desde el punto de vista social, sobre todo cuando el perjudicado no está, a causa de su pobreza o de su ignorancia, preparado para emprender una acción por su cuenta.

Evidentemente, estamos en presencia de una cuestión de singular relieve en el derecho comparado de la responsabilidad civil.

b) Otro aspecto que deriva de la dualidad (al menos formal) que nos ocupa es el relativo a la llamada “prejudicialidad penal”.

También se han alzado voces contra este principio, que puede redundar en un considerable retraso en la percepción de la indemnización por parte del perjudicado.⁴

SÁNCHEZ CALERO dice que “sí en diversos campos la responsabilidad civil – y no solo la derivada de los accidentes automovilísticos – se ha desarrollado como una responsabilidad ‘objetiva’, o en la que el elemento de la culpa del causante del daño es irrelevante para el nacimiento de la responsabilidad, la vinculación de la responsabilidad civil a la responsabilidad penal ha perdido buena parte de su razón de ser, en especial cuando aquella responsabilidad ha de pesar no sobre el responsable sino sobre su asegurador. Si esto es así, las razones tradicionales de economía procesal que han habilitado a los tribunales penales para la determinación de la llamada responsabilidad civil, en los supuestos en que surge la presencia del asegurador, han dejado de tener a nuestro juicio su razón de ser.”⁵

c) También tiene relevancia en este punto que nos ocupa la cuestión relativa a la tendencia hacia la “despenalización” de ciertas conductas subsumibles en lo que sociológicamente se consideran “accidentes” y no “delitos culposos”.

Es lo que sucedió en España con motivo de la Ley Orgánica de 21 de junio de 1989, sobre actualización del Código Penal. En su preámbulo se dice que los antiguos artículos 597 y 600 abordaron el problema de la falta de daños, que por sí solas integraban el exponente más claro de infracción del principio de intervención mínima, posibilitando el recurso al derecho penal para resolver un eleva-

4 De la prejudicialidad penal y de la posible “Independencia de las acciones” se ocupa también ZENO – ZINCOVICH. Ob. Cit. Pág. 218 y ss.

5 SÁNCHEZ CALERO, F. Breve nota sobre la necesaria reforma del régimen de la responsabilidad civil. Redactada para la publicación de ponencias del XXX aniversario de los Coloquios de Bilbao, en prensa.

dísimo número de cuestiones de escasa entidad económica. El propio preámbulo advertía que la gradación de la gravedad de los ataques punibles en esta materia ponía de manifiesto que la intervención del derecho penal comenzaba prácticamente a la vez que la culpa extracontractual, cuya reclamación podía fundarse en el artículo 1.902 del Código Civil, precepto que de hecho contempla, entre otras, las mismas situaciones que eran subsumibles en el Código Penal como las faltas culposas de daños a tenor del artículo 600 del mismo.

Se trata de otro capítulo que innegablemente jugará un papel de relieve en el futuro de derecho de daños.

2. Pero lo que sobre todo nos interesa tener presente aquí, por la atención preferente que estamos otorgando al capítulo de la “reparación de los daños”, es el hecho de que una corriente de pensamiento hoy muy extendida es la que pretende que el Estado se haga cargo, en las circunstancias en que proceda, de la indemnización a las víctimas de delitos.

Así el Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 28 de septiembre de 1977 aprobó la resolución (77) 27 sobre “Resarcimiento de las víctimas de violaciones de la ley penal”. Esta resolución fue luego incluida en la Convención Europea sobre resarcimiento a las víctimas de delitos de violencia, del 24 de noviembre de 1983.

A fin de armonizar los concretos derechos nacionales, se formulan en la resolución una serie de principios fundamentales cuya aplicación se pide a los gobiernos de los Estados miembros. Entre esos principios están: I. El Estado, cuando por cualquier causa no puede llevarse a cabo la reparación, debe contribuir a la indemnización de quien haya sufrido “graves lesiones personales” derivadas de un delito, así como las que hubiesen estado bajo el cuidado de la persona muerta a causa de un delito. II. Deben incluirse al menos todos los delitos dolosos que produzcan un daño a la persona, incluso cuando su autor no puede ser perseguido. III. El resarcimiento deberá considerar, por lo menos, la pérdida de ingresos ya sufrida y la futura, los gastos médicos, los de rehabilitación médica y profesional, así como los funerarios. IV. El resarcimiento puede ser limitado en un máximo o en un mínimo, o bien establecido en función del porcentaje de invalidez. V. El Estado que se hiciese cargo del resarcimiento podrá subrogarse en los derechos de la víctima frente al responsable. VI. La indemnización puede ser reducida o suprimida en consideración a la conducta de la víctima o de sus relaciones con el responsable o su ambiente.

Por otro lado, el 29 de noviembre de 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la resolución 40/34, llamada “Declaración de los principios fundamentales de justicia para las víctimas de la criminalidad y de los abusos de poder”.

Un ejemplo de esta tendencia a procurar el resarcimiento de las víctimas de daños con cargo a fondos públicos es el constituido por el papel que en España juega el *Consortio de compensación de seguros*, cuyo Estatuto legal es de 19 de diciembre de 1990.

Sin entrar en otra de sus funciones, basta recordar que con arreglo al artículo 8º de la ley de uso y circulación de vehículos de motor, texto refundido aprobado por el real decreto legislativo de 28 de junio de 1985, corresponde al consorcio indemnizar, hasta los límites del aseguramiento obligatorio, a quienes hayan sufrido daños corporales en aquellos casos en que el vehículo causante o el conductor sean desconocidos, o cuando el vehículo no estuviere asegurado. Así como, no se pudiera hacer efectiva la prestación económica por los medios regulados en la propia ley y en las disposiciones que la desarrollan.

Otra manifestación de este fenómeno (en España) sería el régimen de indemnización de los daños causados por actos terroristas, materia hoy regulada por el Real Decreto de 19 de junio de 1992.

En Francia, la indemnización por daños derivados de actos terroristas se lleva a cabo mediante un Fondo de Garantía (creado sobre el modelo del Fondo de accidentes de circulación), que se financia por medio de un impuesto que grava todas las pólizas de seguro sobre la propiedad. La indemnización se concede a todo aquél que, cualquiera que sea su nacionalidad, es víctima de actos de terrorismo en suelo francés e incluso a los ciudadanos franceses en el extranjero, siempre que se hubiesen registrado ante las oficinas consulares.

En la provincia canadiense de Quebec existe una ley de 1971 sobre indemnización a las víctimas de actos criminales, habiéndose promulgado en 1977 otra denominada “Ley dirigida a favorecer el civismo”. Esta última, entre otras cosas, establece el derecho a una indemnización (a cargo del Estado) *a favor de quien de forma desinteresada realiza un acto de ayuda o de auxilio porque tiene un motivo razonable para creer que la vida o la integridad de una persona están en peligro*.

En ambos casos, tanto en el de la reparación de daños causados por actos terroristas (o en general por actos criminales), como en el de indemnización de perjuicios sufridos como consecuencia de un acto de civismo o generosidad so-

cial, las normas jurídicas correspondientes expresan el crecimiento del papel de Estado en las relaciones individuales de responsabilidad civil y pretensión de reparar las injusticias sociales causadas por los límites propios de las reglas ordinarias de la responsabilidad civil clásica.⁶

Un sistema muy acreditado en lo que ahora nos ocupa es el instaurado por el “*Criminal injuries compensation scheme*”, que se estableció en el Reino Unido en 1964. El “Esquema” prevé la constitución de un fondo, administrado por un comité que integran una veintena de personas, llamado “Criminal injuries compensation board”. Pueden recurrir al mismo quienes hubiesen sufrido lesiones personales como consecuencia de un delito violento, con exclusión de los relacionados con la circulación de vehículos de motor, o bien en la captura o en el intento de captura del presunto responsable de un delito o bien en el intento de impedir un delito, entre otros. Las reglas del “Esquema” determinan las condiciones necesarias para que las reclamaciones de indemnización con cargo a los fondos públicos sean acogidas, así como, en su caso, reducidas.

II. LIMITACIÓN DE LA CUANTÍA DE LAS INDEMNIZACIONES. EL SISTEMA DE “TECHOS” O “TOPES” DE INDEMNIZACIÓN

1. Planteamiento de la cuestión

Me refiero ahora a uno de los capítulos que mayor dificultad entraña en materia de responsabilidad civil y que además se encuentra en el momento presente sometido a intenso debate, dentro y fuera de nuestro país, sobre todo los que concierne a accidentes de determinado tipo y en concreto a los de circulación.

Se trata de propuestas doctrinales y de las soluciones jurisprudenciales o legales que propugnan el *establecimiento de techos o límites (en definitiva, máximos) a la hora de determinar la cuantía de la indemnización que ha de concederse a la víctima de ciertos daños.*

La cuestión reviste singular importancia en vista de lo que parece ser el objetivo del *Proyecto de ley sobre supervisión de seguros privados* (cuya tramitación parlamentaria parece que va a emprenderse pronto), en lo que respecta a la nueva redacción que se pretende dar al artículo 1º de la ley de uso y circulación de vehículos de motor. A este extremo me referiré más adelante.

6 BAUDINI. La responsabilité civile délictuelle. Quebec, 1985. Pág. 488 y ss.

Este punto que ahora me ocupa guarda relación, pero no coincide exactamente, con otro que está en la raíz misma de lo que constituye el desenlace de las reglas de responsabilidad civil y la función primera de la misma. Me refiero a la *indemnización de la víctima*.

Sabido es, y ya lo he apuntado antes, que la indemnización de la víctima se tiene por función fundamental la responsabilidad civil. Del mismo modo que – según he señalado – la indemnización tiende a colocar a la víctima, en la medida de lo posible, en la situación en que se habría encontrado si el hecho dañoso no se hubiere producido.

Pero no es menos claro que esos principios y reglas están sujetos a considerables limitaciones, que derivan de la naturaleza misma de las cosas. Tanto así que TUNC dice que el principio del restablecimiento de la situación anterior no es en realidad más que un deseo. En la mayor parte de los casos – añade – *es una ilusión imaginarse que el daño puede ser “reparado”*, es decir, que el estado anterior puede ser restaurado o que los daños y perjuicios pueden “indemnizar” a la víctima. A menudo, ellos no aportan más que una *“cierta compensación del daño.”*⁷

Señala el autor que, incluso prescindiendo de las pérdidas de tiempo, de dinero y de energía que de ordinario son necesarias para obtener una indemnización, la determinación de los daños y perjuicios plantea casi siempre problemas muy delicados, de creciente dificultad si se habla de daños a la propiedad, de daños a los intereses de negocios, de las pérdidas económicas que resultan de un daño corporal y del daño a valores o bienes morales.

Añádase a todo ello la concurrencia de orden estrictamente jurídico que complica todavía más el objetivo de la búsqueda de una indemnización adecuada, adjetivo este último al que hay que acudir porque hablar de “indemnización exacta” es en muchos casos una *“misión imposible”*. Basta recordar las dificultades que entraña la fijación del *quantum* indemnizatorio como consecuencia de factores como los siguientes: la relación de causalidad, la culpa concurrente de la víctima o la coexistencia de indemnizaciones procedentes de fuentes distintas del causante del daño.

Por otro lado, como hemos visto más arriba, no faltan textos legales en derecho comparado que se inclinan por una *indemnización en equidad* como criterio

7 TUNC. Ob. Cit. Pág. 143 – 144

básico para reparar el daño; es decir, en abierta ruptura con la idea tradicional de la *reparación íntegra*.

Se puede afirmar, y con razón, que todas esas circunstancias no son por sí solas argumentos para justificar una cierta inclinación hacia fórmulas legales de limitación de las cuantías indemnizatorias (mediante el sistema de topes que nos ocupa). Pero creo que sí son razones que, unidas a otras, pueden explicar la fórmula de *máximos* a que me vengo refiriendo. Entre esos otros, “argumentos adicionales” podría estar sin duda el que se refiere al *coste económico* de las indemnizaciones, extremo al que he de referirme más adelante. Por ahora basta señalar cómo la doctrina da por bueno que el coste económico de las indemnizaciones a cargo de la colectividad constituye un freno a la expansión indefinida de aquéllas. Es el caso, por ejemplo, no sólo del régimen de indemnizaciones *parciales* propio de los accidentes de trabajo o de transporte, sino también el de un sistema de indemnización como Nueva Zelanda, en que la reparación corre a cargo de fondos públicos.

De otro lado, parece innegable que los jueces, con frecuencia se apartan de los esquemas dogmáticos en materia de alcance del deber de responder y adoptan un criterio casuístico en el que juega indudable papel la valoración de las concretas circunstancias concurrentes, entre ellas el grado de gravedad de la culpa del agente.

78

Sin entrar en detalles impropios de este lugar, sí conviene señalar que las fórmulas legales y jurisprudenciales de limitación o mitigación de los daños son en nuestros días objeto de atención muy especial por parte de la doctrina, cosa infrecuente hace 20 años.

Es significativo que el tomo correspondiente a *Contract in general* de la “International Encyclopedia of Comparative Law”, y dentro del capítulo relativo al incumplimiento del contrato, el autor del mismo (Von MEHREN) dedique una considerable extensión (páginas 55 a 90) al apartado de “Métodos de limitación de los daños”. Por ejemplo, allí se citan los siguientes aspectos: relevancia del grado de culpa sobre la extensión de la responsabilidad; previsibilidad, su objeto y criterios para su valoración; relación de causalidad; discrecionalidad judicial; mitigación o reducción (por ejemplo, en relación con una pérdida que el demandante debía haber evitado, o con un beneficio que el demandante ha obtenido a causa del incumplimiento del demandado, o con la concurrencia de culpa de la víctima);

la “certeza” del daño; limitaciones específicas (por ejemplo, el caso de daño a los sentimientos, o el relativo al tipo de interés en las obligaciones pecuniarias); etc.⁸

En lo que se refiere a la responsabilidad extracontractual, también se plantean por la doctrina cuestiones en la misma línea. Tratado sobre Consequences of liability: Remedies, en la misma enciclopedia, STOLL dedica un subcapítulo al tema Mitigation of damages and equitable liability. Desarrolla allí el autor las “soluciones típicas” que llevan consigo mitigación de la indemnización o excepción al principio de compensación completa. Una de ellas es la existencia de “límites rígidos” de reparación, otra la basada en la proporcionalidad entre la culpa y la responsabilidad y otra, en fin, la vía de reducción equitativa de los daños en casos excepcionales, bien en base a cláusulas de discrecionalidad judicial, bien por medio de “cláusulas reductoras” en ámbitos concretos.⁹

2. El caso de daño corporal o daño a la persona.

Nos parece impertinente plantearse la pregunta sobre si tiene razón de ser el establecimiento de un sistema de máximos en la indemnización de ciertos daños. Me refiero sobre todo al que habitualmente calificamos de “daño a la persona” o “daño corporal”. Y esto, tanto se refiera a la indemnización de lo que de ordinario denominamos “daño moral”, como si alude a las consecuencias económicas del daño a la persona, fundamentalmente en el capítulo de “pérdida de ingresos” o “ganancias dejadas de obtener”.

Razones de carácter macroeconómico pueden justificar la imposición de genuinos toques de indemnización. Y consideraciones de orden jurídico (sobre todo, de respeto a los principios de seguridad jurídica y de igualdad) pueden servir de fundamento a la implantación de un sistema de “indemnizaciones tasadas”, esto es, de una fórmula por cuya virtud las condenas se ajusten a criterios, sino de rigurosa igualdad, sí de una razonable armonía entre las soluciones judiciales de unos casos y de otros. A lo que cabría añadir otro tipo de argumentos, como el nada desdeñable de evitar en lo posible la judicialización de los conflictos o dicho de otro modo, el de fomentar al máximo las soluciones amistosas o transacciones.

8 MEHREN, A.V. Methods of limiting damages. En: International Encyclopedia of Comparative Law. VII. Cap. 16.

9 STOLL, H. Consequences of liability: Remedies. En: International Encyclopedia of comparative law. XI – 2 (Torts). Cap. 8.

Innecesario parece decir que cualquier fórmula de limitación o topes de indemnizaciones tienen que referirse al caso de genuinos “accidentes”, excluyéndose las hipótesis de daño intencional o incluso de daño debido a culpa grave.

La justificación de un régimen de techos en las indemnizaciones, basada en argumentos macroeconómicos o de política económica, encontró su más vigorosa expresión en lo que en Estados Unidos ocurrió en la década de los 80 como consecuencia de la llamada “crisis de la industria del seguro”. Este fenómeno comenzó a mediados de los 70 y su efecto más acusado fue un alto crecimiento en el coste de las primas de los seguros por responsabilidad médica. Los profesionales vieron cómo las primas de sus seguros se elevaron rápidamente y algunos se encontraron en la necesidad de abandonar la práctica de la medicina o actuar sin la cobertura de un seguro.

En los años 80 se produjo otra subida en el precio de las primas y además las compañías aseguradoras se negaron a cubrir actividades que entonces, no antes, se consideraron de alto riesgo. Pero la crisis empezó a afectar a toda la industria del seguro, no sólo al de responsabilidad médica. Lo que determinó que muchas empresas se vieran en la necesidad de reducir sus servicios, o de elevar los precios de sus productos, o simplemente de actuar sin cobertura.

Muchas fueron las causas que se adujeron respecto a esta “crisis”, entre ellas la manipulación de los balances de las compañías aseguradoras y el paso de un sistema de “*first party insurance*” al de “*third party insurance*”, figuras a las que luego me referiré. Pero no faltaron voces que alegaron que uno de los motivos de tal crisis se hallaba en el sistema mismo del derecho de *torts*. En efecto, en 1986 un informe del Departamento de Justicia Norteamericano concluyó que la crisis de la industria del seguro era el resultado, sobre todo, de fallos en el sistema civil y que “los desarrollos en la ley de *tort* eran la causa principal del incremento en las primas de los seguros”.¹⁰

Una de las afirmaciones del Departamento de Justicia era que no sólo las indemnizaciones habían sufrido un crecimiento desmesurado, sino que los criterios de imposición y atribución de responsabilidad estaban rodeados de gran incertidumbre. Circunstancia en la que sin duda jugaba un considerable papel el hecho de que las indemnizaciones fuesen establecidas por jurados.

¹⁰ Tort Policy Group: Report of the Tort Policy Group on the causes, extent and policy implications of the current crisis in insurance availability and affordability, Washington, 1986.

De ahí que entre las recomendaciones del Departamento estuviesen las siguientes: no permitir una mayor expansión de la responsabilidad objetiva (strict liability), disminuir la incertidumbre que entonces rodeaba a la aplicación de las teorías en punto a la relación de causalidad, así como limitar la indemnización por daños no patrimoniales a la cantidad de 100.000 dólares y conceder indemnización por “daños punitivos” sólo cuando se demostrase “malicia real” (“actual malice”).

Como pone de relieve JOURDAIN,¹¹ el ejemplo de Estado Unidos es revelador de los peligros de una política de indemnización a ultranza.

Las condenas pronunciadas fueron tan elevadas que las primas de determinados profesionales (médicos, laboratorios farmacéuticos, arquitectos, industriales, directivos de sociedades, etc.) experimentaron en poco tiempo un crecimiento exponencial y que determinadas actividades se vieron obligadas a cesar por temor a las demandas de responsabilidad o imposibilidad de asegurarlas. Un informe de la *Academy of Political Science* condenaba con toda energía el sistema vigente del seguro de responsabilidad civil y se inclinaba de forma decidida a favor del llamado “seguro directo”, es decir, el concertado sobre la vida y contra los accidentes por parte de la propia víctima potencial, e incluso el de “daños” concluido por ella misma.

3. Opiniones doctrinales y experiencias legales.

1. La doctrina, decía antes, se manifiesta cada día más a favor de fórmulas de limitación de ciertas indemnizaciones y de fijación de las mismas mediante un sistema de tablas (o “tarifas” que suele decirse por autores franceses).

Genenieve VINEY se pronuncia a favor de un sistema de límites o “techos” en materia de indemnización del daño moral, siempre que sea establecido juiciosamente y bajo el control del legislador. Y afirma que para establecer una mayor justicia y una mayor igualdad entre las víctimas de daños corporales y morales es indispensable afrontar sin prevención la idea de una “tarifación”, que sí se hiciese sobre las bases objetivas, colmaría una de las lagunas más graves que la autora encuentra en el sistema actual francés de responsabilidad civil. Y todo ello porque – como la autora dice en un pasaje anterior – es necesario tomar conciencia del hecho de que las sumas que pueden dedicarse, en un momento dado y en un país dado, a la indemnización de las víctimas de daños, no deberían rebasar un

¹¹ JOURDAIN. Ob. Cit. Pág. 21

cierto límite, más allá del cual el sistema puede perturbar muy gravemente el dinamismo económico.¹²

Otro gran maestro francés de la responsabilidad civil, TUNC, después de hacer consideraciones sobre un sistema de socialización de los riesgos y el clásico o tradicional de la responsabilidad civil, dice que a largo plazo, sea a través de “mutualización” de los riesgos, sea a expensas de una ampliación progresiva de la protección social – cuando el estado de la economía lo permita – sería de desear un sistema del que se beneficiarían todos los ciudadanos y que disminuyera poco a poco la importancia de la responsabilidad civil. Y añade: “Y si se desea que la protección de las víctimas, por un mecanismo o por otro, no pese demasiado sobre los que asumen, se puede recomendar prudencia en la indemnización de los daños extrapatrimoniales: cuando el que o la que asegura la vida de la familia es víctima de un accidente, lo esencial es que la familia reciba lo más rápidamente el equivalente de su salario o de su renta patrimonial, *o en cualquier caso una importante proporción de ésta; indemnizar el sufrimiento puede ser legítimo, pero no necesario*”.¹³

En la misma línea doctrinal se propuso también un sistema de indemnización tasada (aunque referido a un caso concreto) en una de las recomendaciones finales del Coloquio Jurídico Europeo que sobre “*valoración del perjuicio corporal en derecho común de la responsabilidad*” se celebró en París durante los días 18 a 20 de noviembre de 1988.¹⁴ En efecto, la recomendación 3 de aquel Coloquio dijo así: “El sufrimiento causado por la pérdida de un ser querido debe ser indemnizado según el baremo del que no se deberá apartar más que en circunstancias excepcionales”.

El profesor TUNC, en el informe final de aquel Coloquio, formuló dos reflexiones dignas de interés en la cuestión que nos ocupa. En primer lugar, la de que la pregunta sobre el nivel en el que se deben establecer los baremos lleva a la necesaria conclusión de que no es posible fijar ese nivel de manera racional, *debiendo ser nuestra ambición sólo la de señalar unas cifras razonables en comparación con las demás*. En segundo término, TUNC manifestó su opinión de que las sumas establecidas por los daños no patrimoniales deben ser modestas. Recalcó el *desiderátum* de que las pérdidas económicas sean indemnizadas, *sino totalmente*, sí de forma muy amplia. No así los demás daños.

12 VINEY, G. Ob. Cit. Pág. 8

13 TUNC. Ob. Cit. Pág. 40

14 Los materiales de aquél coloquio fueron recogidos por su presidente, DESSERTINI, A. L' *évaluation du préjudice corporal dans les pays de la CEE*, París, 1990.

2. No obstante lo anterior, la experiencia de implantación *legal* de un sistema de valoración de los daños vinculante para los jueces es muy escasa.

Cierto es que en países distintos del nuestro existe una marcada *orientación jurisprudencial* en esa línea. De un estudio de MACINTOSH y HOLMES¹⁵ se desprende, por ejemplo, que en la mayor parte de los países de la Europa occidental las indemnizaciones concedidas por los jueces guardan una considerable armonía, en el sentido de que son muy parecidas para casos similares. Lo cual, por cierto, contrasta sensiblemente con lo que sucede en nuestro país, en el que – como es comúnmente admitido – las disparidades de las indemnizaciones son a menudo notabilísimas.¹⁶

A nadie se le oculta que un sistema jurídico en el que el juzgador carece de algún elemento objetivo de referencia o comparación a la hora de valorar los llamados daños personales, sobre todo, constituye – además de causa de a veces formidables agravios comparativos – motivo de desazón para el propio juez, origen de incertidumbres para el perjudicado y situación de hecho muy poco apta para favorecer las soluciones amistosas o por vía de transacción. Igualmente, es motivo de incertidumbre también para las compañías aseguradoras, con grave riesgo de distorsión de los criterios técnicos que deben presidir un sistema asegurador en que queden a salvo los intereses colectivos, tantas veces sujetos a consideraciones de orden macroeconómico que, a pesar de su inexorable vigencia, pasan muchas veces desapercibidas para el hombre de la calle, quizá no demasiado consciente de que también él contribuye a pagar las en ocasiones desmesuradas indemnizaciones que para ciertos daños se establecen.

La indemnización de un daño no es problema que se agote en el discreto episodio de la controversia entre una víctima y el causante de su daño o su asegurador, sino que constituye un problema jurídico de primera magnitud, acaso postergado muchas veces por los juristas teóricos a favor de disquisiciones que, sin ser desde luego irrelevantes ni útiles, tienen más de concesión a la dogmática y a los conceptos que de sometimiento al “derecho vivo”.

Volviendo al sistema legal de indemnizaciones tasadas o vinculantes para el juez, no conozco en Europa occidental otro ejemplo que el de Dinamarca, país en

15 MCINTOSH y HOLMES. Personal injury awards in EC countries. Londres, 1990 (hay una segunda edición). Sobre los límites de reparación o “plafonds”, vid. CHARTIER, Y. La réparation du préjudice, París, 1983.

16 RUIZ VADILLO, E. En: Criterios para la valoración de los daños personales (Sistema SEAIDA, 91), Madrid, 1991. Pág. 27.

el que una ley de 24 de mayo de 1984 encierra al juez que en una reglamentación precisa para cada concepto de los constitutivos del daño.

La situación en los países de Europa occidental puede sintetizarse así:

En cuanto a existencia o no de un techo o tope en las indemnizaciones de “derecho común”, no lo hay más que en el caso de Dinamarca, que acabo de citar. El límite existe, por el contrario en el terreno de las actividades sometidas al criterio de la responsabilidad objetiva y dentro de su ámbito, no en el de la responsabilidad por culpa.

Por lo que respecta a la apreciación judicial del montante del daño, rige también en general el principio de libre apreciación o discrecionalidad judicial. Pero en Bélgica, Luxemburgo y Holanda, hay una tendencia marcada y reciente hacia los modelos *estándares*. Lo mismo sucede en el caso de Francia, aunque su Código Civil prohíbe al juez remitirse a una regla o baremo. Pero se trata de una prohibición formal que no impide a los tribunales el recurso a la fórmula de baremos.

En Italia rige también el principio de soberanía judicial, pero muy aliviado en la práctica por la frecuente utilización de sistemas de tablas, muchas veces inspiradas por los propios tribunales.

No obstante el principio de libre apreciación judicial, conviene señalar que las decisiones judiciales están, en muchos de esos países, caracterizadas por una nota de considerable armonía o – por decirlo de otro modo – de escasas divergencias. Se debe fundamentalmente al peso que ante los tribunales tienen los informes periciales, basados a su vez en criterios de una cierta objetividad como puede ser un sistema de baremo.

En su informe sobre *Dommages économiques résultant des blessures*, dentro del Coloquio de París de 1988 a que antes me he referido, VINEY señala cómo en Italia, en Francia, en Bélgica y en Luxemburgo se lleva a cabo una valoración de los perjuicios económicos a partir de la llamada “tasa de incapacidad”, es decir, el “grado” de la misma.

La valoración judicial se lleva a cabo en dos fases. En primer lugar, el juez señala la tasa de incapacidad, para lo cual utiliza generalmente un baremo de invalidez que indica, para cada tipo de lesión o de mutilación, el porcentaje correspondiente. A partir de esta “tasa”, los tribunales franceses admitieron en el pasado la aplicación del método llamado “cálculo matemático”, que luego ha sido sustituido por el denominado “cálculo por puntos”, practicado hoy también

en Bélgica y Luxemburgo. El procedimiento de “cálculo por puntos” consiste en multiplicar la tasa de incapacidad por un valor llamado “punto por incapacidad”, que viene determinado por referencia a otros casos similares. Aunque no existe ninguna evaluación oficial del “punto de incapacidad”, ésta se deduce del examen de la jurisprudencia de cada jurisdicción. El valor del punto de incapacidad varía en función de dos parámetros: la edad y la tasa de incapacidad de la víctima.¹⁷

No cabe duda de que la frecuente utilización del sistema de tablas por parte de los tribunales en muchos países europeos es la explicación de que haya una menor litigiosidad que en el nuestro, sobre todo en accidentes de circulación. Los porcentajes de pleitos son llamativos, por lo muy pequeños, en casos como el de Holanda, en que prácticamente no se acude nunca a los tribunales.

En las mismas actas del Coloquio de París de 1988, uno de los participantes (BARROT) manifestaba que “las prácticas europeas para la fijación de la indemnización se esfuerzan en respetar el principio, generalmente implícito, pero fundamental, de igualdad: a daño igual, indemnización igual. *Las disparidades – añade – son consideradas como un defecto inaceptable.*”¹⁸

Por lo que se refiere al importante capítulo de calcular el daño por pérdidas económicas futuras, merece ser citada también la práctica de los jueces ingleses. Aunque su sistema es de libre apreciación judicial, los tribunales de aquel país suelen adoptar la fórmula denominada *del multiplicando y del multiplicador*. El juez valora la pérdida anual sufrida por la víctima, lo que se denomina multiplicando, y la multiplica por el número de años durante el que se ha producido esa pérdida, que es el denominado multiplicador. Esta fórmula no admite dudas en el caso de pérdidas económicas pasadas, es decir, las sufridas entre el accidente y la sentencia. Cuando se trata de las pérdidas económicas futuras, que es a lo que quería referirme, el tribunal intenta hacer una estimación basada en el número de años en que es probable que la pérdida continúe. Y esta estimación se convierte en el multiplicador. Pero dado que esta fórmula podría ser muy rigurosa, porque conduciría a una “súper indemnización” si su período fuese demasiado largo, por ejemplo 30 años (porque 30 veces el salario de una persona daría lugar a una suma que, invertida, produciría una renta mayor que el salario mismo), los

17 En: Actes du Colloque. Paris, 1988. Pág. 128 y ss.

18 BARROT, R. Los inconvenients résultants des séquelles corporelles, mesure et compensation. En: Actes du Colloque. Ob. Cit. pág. 139 y ss.

tribunales reducen los multiplicadores y de ordinario rehúsan utilizar más de 16 años.¹⁹

En Italia, un proyecto de ley aprobado por el Senado el 21 de noviembre de 1990 (relativo al ámbito de la circulación de vehículos de motor) contemplaba un sistema de liquidación del daño mediante prestaciones cuantificadas basándose en criterios taxativos e iguales para todos los tipos de daños. No obstante, este proyecto ha dado lugar a críticas por parte de la doctrina de aquel país, tanto por lo que tiene de desconocimiento de las particularidades de cada caso concreto, como porque entrañaba un espectacular cambio de criterio respecto de lo que siempre se ha entendido que constituye la libertad de apreciación del juzgador.²⁰

El reciente Código civil holandés, por otra parte, establece en el artículo 110 de su libro 6 lo siguiente: “Para evitar que la responsabilidad que pueda contraerse a causa de un daño exceda de lo que pueda razonablemente ser asegurado, pueden establecer por disposición legal las sumas más allá de las cuales no alcanza la responsabilidad. Pueden ser fijadas sumas diferentes de acuerdo, entre otras razones, con la naturaleza del hecho y del daño, así como con la causa de responsabilidad”. Parece, por tanto, que el precepto prevé la posibilidad de que la ley establezca límites o toques de indemnización para determinado tipo de daños o de accidentes, ignoro si este precepto ha tenido desarrollo mediante alguna disposición de las que el propio artículo menciona.

En todo caso, considero que es muy sugestiva la idea que brinda este precepto, que curiosamente toma como punto de referencia “lo que puede razonablemente ser asegurado”. Se adopta como elemento de juicio lo que un potencial dañador, medio o *estándar* por así decirlo, podría considerar “razonablemente” que tiene que ser la cuantía de su cobertura a través de un seguro por él concertado. Lo cual, a mi entender, constituye una singular aplicación del llamado principio de “responsabilidad por asegurabilidad”, al que me he referido en otro trabajo.²¹

19 SPENCER. Ob. Cit. Pág. 88. Este profesor señala que la solución en un caso sería la de pedir el consejo de un actuario que diría al tribunal qué suma es necesaria para obtener una anualidad correspondiente a los ingresos perdidos. Pero advierte el propio autor que los tribunales de su país se obstinan en rehusar una prueba de este tipo. Y señala que en una sentencia de 1985 un tribunal de apelación dijo: “Las predicciones de los actuarios no serán, probablemente, sino un poco más exactas que las de un astrólogo; y desde luego serían menos divertidas”; observación que al parecer ofendió seriamente a los actuarios DÍAZ Y MARKESINIS, Tort Law. Ob. Cit. Pág. 532, señalan que los daños por pérdida de ingresos tienden a valorarse en forma decreciente cuando el período futuro que se contempla es grande (dilatado).

20 Véase la bibliografía que cita al respecto CANDIAN, S.D. Ob. Cit. Pág. 160.

21 DE ÁNGEL YAGÚEZ, R. Ob. Cit. Pág. 1030 – 1031.

3. Debe mencionarse también el caso de Estados Unidos

Como consecuencia de la polvareda que en aquel país se levantó a raíz de llamada “crisis del seguro”, a que antes me he referido, se produjo en un sector del mundo de los juristas un movimiento encaminado a establecer límites en las indemnizaciones por daños personales. Y a causa de esto, leyes de muchos Estados de la Federación fijaron en efecto tales límites. Algunas de esas leyes se suscribían a los casos de responsabilidad médica, mientras que otras afectaban a todo tipo de daños, sea cual fuere su origen. En algunos Estados, los límites se aplican a todos los daños, mientras que en otros sólo a los llamados “punitivos” o “compensatorios”.

La *American Medical Associations* publica periódicamente los *limits on recovery*, es decir, los topes que los diversos Estados han promulgado en relación con el montante de las indemnizaciones exigibles en pleitos por responsabilidad médica.²²

No cabe dejar de señalar, sin embargo, que este sistema de límite a las indemnizaciones por virtud de disposición legal ha sido tildado de inconstitucional, como más adelante veremos.

También considero digno de ser citado, fuera de Europa, el caso de Quebec, donde rige un interesante sistema de tope de indemnización para el caso de las denominadas “rentas altas”. La víctima de un daño recibe una indemnización por pérdida de ingresos que se calcula sobre la base del salario efectivo o estimado de la víctima, hasta un máximo de 40.000 dólares, que cubre el 85% de la población. Se sobreentiende que el que percibe más 40.000 dólares de salario debe dotarse a sí mismo de un seguro adicional, esto es, que debe procurarse su propia cobertura mediante un seguro de accidentes que él contrata.²³

Este caso de las llamadas “rentas altas” consiste, en síntesis, en determinar si el causante del daño debe hacer frente con todas sus consecuencias al principio de “reparación íntegra” cuando la víctima es una persona cuyos ingresos superan muy considerablemente a los que podrían entenderse como “medios” entre los ciudadanos. La aplicación a rajatabla de la idea de “reparación íntegra” (sin perjuicio de los reparos que desde el punto de vista conceptual podría merecer, y de los que aquí no me ocupo) conduciría inexorablemente a la conclusión de que el dañador debe hacer frente a una indemnización consistente, por ejemplo,

22 Es la denominada “AMA tort reform compendium”. También se encuentra esta información en la obra: Stein on personal injury damages. Vol. 5. nueva York, 1992.

23 Así se expone en el trabajo del profesor canadiense ERRET, L. Indemnización del daño físico grave. Dentro de la obra Daños, de MOSSET ITURRASPE, DÍEZ – PICAZO y otros. Buenos Aires, 1991. pág. 23 – 24.

en la capitalización de los ingresos que la víctima habría percibido hasta el final de su actividad profesional o, en general, generadora de los rendimientos que el accidente frustró.

Pues bien, cabe plantearse en este caso la pregunta de sí el desenlace ha de ser el que acabo de exponer o, por el contrario, otro basado en la idea de que las personas que gozan de ingresos “extraordinarios” tienen que soportar la *carga* de proveerse de sistema seguro que constituya su prevención personal y familiar, cara a los muchos episodios – no pocas veces fortuitos y no atribuibles a nadie – que pueden poner el peligro su vida o su integridad.

Dicho de otro modo, tiene fundamento a mi juicio la idea de que sobre esas personas pesa un “deber de cuidado” que empieza por ellas mismas y que entraña la razonable exigibilidad (en términos sociales, no jurídicos desde luego) de que se doten a sí mismos de seguros de vida y de accidentes encaminados a proporcionar a ellos o a los suyos unos niveles similares a los que vinieron disfrutando en plena actividad laboral o de otro orden.

DÍAZ Y MARKESINIS²⁴ invocan a este respecto otro curioso argumento, sobre la base de consideraciones de orden económico. Poniendo el ejemplo de un rico y de un pobre que sufren un accidente de tráfico y pagando idénticas primas, advierten que la indemnización del rico por su pérdida económica será mucho mayor que la del pobre, aun cuando las lesiones y demás circunstancias del accidente puedan ser iguales. Y añaden: “Podría decirse, por tanto, que el rico *saca del sistema* más de lo que ha puesto”.

Pero indican que esta objeción, de naturaleza “muy técnica” puede ser válida en casos determinados, como por ejemplo en accidentes de tráfico. Y de hecho se inclinan porque la regla general sea que la víctima no vea disminuido su nivel de vida después del hecho dañoso.

Y a propósito de esta última observación, manifiesto mi particular opinión de que en efecto el “nivel de vida” pueda ser un criterio muy útil en manos de los tribunales en el problema en que estamos. Garantizar a la víctima un nivel de vida similar al anterior al accidente, puede ser, en muchos casos, instrumento útil para establecer el *quantum* indemnizatorio. Y todos sabemos que mantener un determinado modo de vida, como cosa distinta del ahorro o del atesoramiento, no tiene por qué coincidir con la obtención de una indemnización consistente en el cálculo de los ingresos frustrados, precisamente en el caso de “rentas altas”.

24 DÍAZ Y MARKESINIS. Ob. Cit. Pág. 531

XIOL RÍOS, en el sugestivo trabajo a que luego me referiré más ampliamente por otro motivo,²⁵ abunda en estas consideraciones sobre el concepto de “rentas altas”. A pesar de que este Magistrado se muestra escéptico e incluso crítico respecto de un sistema de restricción a la discrecionalidad judicial en la fijación de la cuantía de la indemnización, según más adelante tendré oportunidad de señalar, advierte:

“Y finalmente, resulta lícito para el legislador excluir no sólo determinados conceptos indemnizatorios que estime inadecuados o innecesarios para lograr un resarcimiento razonablemente proporcionado a la entidad del perjuicio, sino también establecer unos límites máximos que tengan el sentido de excluir aquellos perjuicios cuya entidad económica desborde abiertamente la capacidad razonable de padecer perjuicios patrimoniales imputables en el tráfico social a los causantes del evento dañoso. La posibilidad de padecer ciertos perjuicios patrimoniales extraordinarios comporta en sí misma un riesgo social que debe asumir quien disfruta de tan privilegiada situación (acudiendo a especiales medidas de protección y aseguramiento) *y es legítimo no imputar las consecuencias derivadas de ella a quien crea mediante la circulación un riesgo que sólo de manera imprevisible o muy extraordinaria podría generar tal género de consecuencias*. Piénsese en casos como el atropello de un gran financiero, cuya incapacidad temporal por sólo un día es susceptible de generar perjuicios económicos por ganancias dejadas de percibir absolutamente por encima de cualquier previsión razonable” (la cursiva es mía).

Más adelante diré cómo contempla esta cuestión el *Sistema SEAIDA 91*, y consecuentemente la Orden de 5 de marzo de 1991, así como los reparos que su método puede suscitar y de hecho suscita.

Como es obvio, el sistema a que acabo de referirme – que me parece de una impecable lógica – no afectaría a los “gastos” que la lesión ocasionase. Me refiero a los desembolsos efectivos, concepto bien distinto del de la pérdida de ingresos resultante de la invalidez. Entre tales desembolsos estarían desde luego los de asistencia médica y también los consistentes en el costo de la atención que el lesionado pudiese requerir de otra persona, como por ejemplo una enfermera o simplemente un cuidador. Estos gastos serían indemnizables con independencia del volumen de rentas *pasadas* de la víctima; y la forma de reparación más razona-

25 XIOL RÍOS, J.A. El proyectado establecimiento de criterios tasados para la fijación de la responsabilidad civil por daños corporales. Texto todavía inédito de la ponencia elaborada por este Magistrado para la publicación que recogerá las intervenciones en el II Congreso Nacional sobre valoración del daño corporal, celebrado en Bilbao en mayo de 1993. hay que advertir que a pesar de la fecha del Congreso, este autor ha actualizado su ponencia, por lo que contiene datos posteriores a dicha fecha.

ble parece, en este caso, la de una renta en vez de la de un capital. Sin perjuicio, claro está, de desembolsos ya efectuados, entre los cuales podrían estar también los dimanantes de asistencia médica o farmacéutica, o de adaptación de la vivienda o del vehículo a las limitaciones que el perjuicio sufriera.

4. La orden de 5 de marzo de 1991 y el Proyecto de Ley de supervisión de seguros privados.

Trato ahora sobre la eventual implantación en España de un sistema de techos de indemnización, arrancando de lo que pretendió la orden de 5 de marzo de 1991 hasta llegar al posible *Proyecto de Ley sobre supervisión de los seguros privados*.

1. El punto de partida fue denominado *Sistema SEAIDA 91*

Hace ya varios años, se constituyó en la Sección Española de la Asociación Internacional del Derecho de Seguros (SEAIDA)²⁶ un grupo de trabajo que preside el también Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, D. Enrique RUIZ VADILLO. Su objetivo era el de intentar hacer alguna aportación doctrinal en el delicado terreno de la valoración de los “daños personales”, expresión en la que se daba cabida tanto al daño corporal propiamente dicho (que incluye la lesión sufrida y las secuelas permanentes de ellas derivadas), como a los daños que se han dado en llamar “patrimoniales” derivados del daño corporal, consistentes fundamentalmente en la pérdida de ingresos, como consecuencia de la muerte de la víctima o de la minusvalía, de mayor o menor grado, experimentado por ella.

Ese grupo de trabajo se constituyó y desarrolló su actividad con el objetivo concreto de proponer o sugerir (más no podía pretender) criterios o bases de enjuiciamiento encaminados a, en primero término, poner de relieve los profundos desajustes que en materia de valoración del daño corporal se encuentran en las resoluciones de nuestros tribunales como consecuencia del intangible principio (mientras no haya ley que determine otra cosa) de libre y discrecional apreciación y valoración del daño por parte de los jueces; y como consecuencia también de la inevitable dosis de subjetividad que en cada juzgador concreto entraña la fijación de una indemnización en casos de “daño a la persona”. En segundo lugar, ese grupo de trabajo pretendía ofrecer un “sistema” dotado de una cierta objetividad y susceptible por ello, de hacer frente a los graves problemas de inseguridad jurídica y de desigualdad que puede ocasionar el principio de libre apreciación judicial en este tipo de daños.

²⁶ SEAIDA es una Asociación de carácter puramente científico o académico, independiente de todo interés empresarial o de “clase”.

La intención del grupo de trabajo, en definitiva, era la de ofrecer elementos de juicio o criterios conducentes a una cierta “armonía de soluciones judiciales”, con todo respeto desde luego – como correspondía a un trabajo puramente académico – para con las reglas legales vigentes en la materia.

Fruto de las inquietudes de este grupo de trabajo fue (como decía antes) el que se denominó *Sistema SEAIDA 91*”.

En los estudios que preceden al “sistema” propiamente dicho, que en definitiva es una fórmula de “baremos” o “tablas” de relativa uniformidad, se expresan los móviles que impulsaron aquel trabajo y los fundamentos doctrinales en que se apoyaba.

Cuando estaba a punto de darse a la luz el *Sistema SEAIDA 91*, se publicó la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991, por lo que se daba publicidad a un sistema para la valoración de los daños personales de responsabilidad civil ocasionados por medio de vehículos de motor (B.O.E. de 11 de marzo).

La citada Orden declaraba en su preámbulo cuáles eran sus objetivos y sus fuentes de inspiración; entre otros, precisamente, el citado Sistema SEAIDA 91. Se puntualizaba cómo pretendía ser marco e impulso a la utilización de acuerdos transaccionales, para agilizar al máximo los pagos por siniestros por parte de las entidades aseguradoras, evitando demoras perjudiciales para los beneficiarios de las indemnizaciones. Se hacía así mismo importante observación de que los criterios de la Orden podrían reducir de forma significativa las actuaciones judiciales con la consiguiente disminución de la sobrecarga generalizada de trabajo de juzgados y tribunales, advirtiéndose que esta ventaja “trasciende del ámbito específico del seguro de automóvil”, lo que significa que – dentro de sus límites – la disposición pretendía establecer pautas de orientación para todo tipo de daños, esto es, no sólo los derivados de circulación de vehículos de motor.

Es claro que esta Orden no tiene carácter vinculante para los jueces, sino sólo el puramente orientativo o de referencia que su exposición de motivos o preámbulo explica.

El hecho es que la Orden – que ha sido objeto de sucesivas actualizaciones o puestas al día mediante resoluciones de la Dirección General de Seguros de 10 de febrero de 1992 (B.O.E. del 28), 1 de febrero de 1993 (B.O.E. del 19) y 20 de enero de 1994 (B.O.E. del 1 de febrero) – viene aplicándose por los tribunales – aunque desde luego con criterios desiguales – desde su entrada en rigor.

Cualquiera que sea el pensamiento de cada juzgador concreto sobre el valor de orientación que las cuantías indemnizables derivadas de la aplicación de esa Orden pueda suscitar, es innegable que muchos jueces y tribunales la tienen en cuenta en sus sentencias, incluso para casos que no tienen nada que ver con el mundo de los accidentes de circulación.

Merece destacarse que – aunque fuera de la función judicial – se manifestaba hace muy poco partidario del sistema que introduce la Orden el Magistrado Sr. VELA TORRES. En una ponencia desarrollada dentro de un curso sobre responsabilidad civil, organizado por el Consejo General del Poder Judicial en septiembre de 1993,²⁷ dicho Magistrado ponía de manifiesto cómo en la valoración del daño corporal tiene una importancia evidente el tema de la seguridad jurídica. Como consecuencia de una excesiva pluralidad de criterios o de una indeseable discrecionalidad judicial, dice el autor de la ponencia, la certeza del derecho puede padecer serios quebrantos. La necesidad de atender las especialidades o particularidades de cada caso concreto, que requiere una cierta discrecionalidad en la apreciación por parte del órgano jurisdiccional de los daños que han de repararse, no puede convertir el supuesto de hecho en una “lotería” que dependa de las ideas del juzgador al respecto, de la calidad de los informes médicos presentados a su consideración, o del territorio donde se produzca el pronunciamiento. Añadía el Magistrado que una excesiva oscilación de criterios en la valoración de los daños hace difíciles o casi imposibles en la práctica los arreglos amistosos, con el consiguiente incremento de la litigiosidad en la materia que está llevando a nuestros tribunales a una situación angustiosa de sobrecarga de trabajo, pues cada una de las partes tiene la esperanza de que, introduciéndose en la “rueda de la fortuna” que puede suponer un procedimiento judicial, sin bases certeras para la determinación de la indemnización, habrá de obtener un resultado más favorable que llegando a un acuerdo amistoso.

Esta es también la opinión del Magistrado Sr. CASAS ESTÉVEZ, al inclinarse por la forma de un sistema de baremos vinculante pero flexible, de manera que el juez haya de atenerse a él pero con posibilidad de moverse dentro de determinados límites, según las circunstancias concurrentes en la víctima y en el hecho lesivo.²⁸

27 VELA TORRES. Criterios legales y judiciales para el cálculo e indemnizaciones. Edición multicopiada y, según nuestras noticias, en proceso de publicación.

28 CASAS ESTÉVEZ, J.M. Valoración de la vida e integridad física. Ponencia todavía inédita presentada en el curso sobre Responsabilidad civil derivada del delito. Organizado por el Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 31 de mayo de 1994.

También se pronuncia doctrinalmente a favor del sistema de “baremo” el Magistrado Sr. VILA MAYO, cuando dice que en los supuestos singulares en los que se llegue a juicio, el baremo será una pauta a seguir en el debate primero y en la resolución judicial después.²⁹

2. El procedimiento de baremos o criterios tasados en materia de valoración de daños derivados de la circulación de vehículos de motor tiene su más reciente manifestación en el Proyecto de Ley (lo denominaré así, aunque en rigor es todavía un anteproyecto) a que a continuación me voy a referir.

En este momento está en elaboración, en el seno del Gobierno, un proyecto de ley denominado “*sobre supervisión de los seguros privados*”, que es reanudación del que en su día se tramitó en el Congreso de los Diputados y fue afectado por la suspensión de la actividad parlamentaria como consecuencia de la convocatoria de las elecciones generales de junio de 1993.

En efecto, hubo entonces un proyecto de ley que se denominaba “*de modificación de la legislación reguladora de los seguros privados*” y que fue objeto de deliberación – y consiguiente aprobación – en el Congreso de los Diputados. Concretamente, el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado), IV Legislatura, de 20 de marzo de 1993 (serie II, Proyectos de Ley, número 117 a), publicó el texto que el Congreso había aprobado y remitía al Senado a los efectos de tramitación parlamentaria pertinentes.

Dentro de aquel Proyecto de Ley, tal y como había sido aprobado por el Congreso, había un artículo cuarto que se refería a “modificaciones en la ley de uso y circulación de vehículos de motor”.

En concreto, se sometía a modificación el artículo 1º de la vulgarmente conocida como “Ley del automóvil”, estableciéndose un sistema de indemnizaciones tasadas, es decir, vinculantes para los jueces. Expresado de otro modo, constitutiva de “topes” o “techos máximos” a los que los tribunales habrían de someterse a la hora de valorar los daños a las personas, tanto en su aspecto de “daños corporales” como en lo relativo a las consecuencias económicas de los accidentes, esto es, lo que habitualmente conocemos como consecuencias económicas o patrimoniales.

29 VILA MAYO. Consideraciones en torno al baremo. En: Boletín de Información Jurídica, de Juris Gestión S.A., año 26, tercer trimestre. Págs. 93 – 100.

A tal fin se establecía un sistema de *indemnizaciones básicas* por muerte, por incapacidades permanentes, por lesiones permanentes no invalidantes y por incapacidad temporal.

Al sistema de indemnizaciones básicas se añadía otro, denominado de “*indemnizaciones complementarias*”, tendientes a indemnizar los daños no corporales, a cuyo fin el proyecto se remitía al correspondiente desarrollo reglamentario. En este desarrollo se cuantificaría el importe de las indemnizaciones complementarias, teniendo en cuenta las circunstancias económicas (incluidas las que afecten a la capacidad de trabajo y la pérdida de ingresos de la víctima), las circunstancias personales y familiares y cualesquiera otras que puedan servir de exacta valoración del daño causado; así decía literalmente el proyecto en cuestión.

Hay que hacer notar que aunque en el texto se hablaba de “asegurar la total indemnidad de los daños no corporales” y de “la exacta valoración del daño causado”, estas expresiones tenían que entenderse en el marco de lo que constituía el objetivo del proyectado artículo 1º de la ley del automóvil. Y ese marco no era sino el del establecimiento de techos o topes de indemnización, que es a lo que respondía el sistema de baremos o índices que al efecto se encomendaba al Gobierno mediante el oportuno desarrollo reglamentario de dicho artículo 1º.

Por expresarlo de otro modo, consciente sin duda el Gobierno de que no sólo en la valoración de los daños corporales en sentido estricto, sino también en la de los materiales o patrimoniales derivados de un “daño a la persona”, existe una dosis de apreciación subjetiva que justifica la adopción de instrumentos legales encaminados a la armonización de las soluciones judiciales, el proyecto instauraba un sistema en el que tanto unos daños como otros, de los antes mencionados, se sometían a limitaciones o cuantías máximas.

Esas cuantías máximas, en lo que se refiere a las indemnizaciones complementarias (por daños materiales o patrimoniales), no estaban fijadas en el proyecto, a diferencia de lo que ocurría con los daños corporales en sentido estricto (incluyendo en ellos las secuelas), precisamente porque dichas indemnizaciones complementarias habían de ser fijadas por el Gobierno; cosa que no ocurrió porque la Ley no llegó a ver la luz, como consecuencia de la vicisitud parlamentaria antes mencionada. Pero es fácil suponer que los topes de indemnizaciones por daños patrimoniales, en concreto las pérdidas de ingresos derivadas de un accidente, habían de seguir criterios, tanto cualitativos o de concepto como cuantitativos,

similares a los de la Orden de 5 de marzo de 1991, con sus ulteriores actualizaciones o revisiones.

Reanudada la actividad parlamentaria después de las elecciones de junio de 1993, el Gobierno ha elaborado un nuevo Proyecto de Ley que responde en general a los mismos objetivos que el que en su día vio truncado su proceso de elaboración, proyecto que ahora se denomina “*de ley sobre supervisión de los seguros privados*”.

Se mantiene el designio del proyecto anterior de modificar el artículo 1º de la Ley de uso y circulación de vehículos de motor, que ahora se llamaría “*Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor*”. En este caso, se trata de la disposición adicional octava.

En este texto se reafirma el objetivo que persiguió el proyecto anterior en la materia que nos ocupa. Y no sólo eso, sino que sin duda para disipar las posibles incorrectas interpretaciones que el precedente podía haber suscitado (en el sentido de que se entendiera que los “límites” establecidos en la cuantificación de las indemnizaciones no eran vinculantes para los jueces), se ha introducido en el apartado 2 del nuevo artículo 1º de la ley del automóvil una expresión que en buena parte evita las ambigüedades. Aunque a mi entender la redacción tendría que ser más explícita para que se ajustase a lo que el proyecto pretende.

En efecto, ese apartado 2 dice que “el daño causado a las personas, cualquiera que sea su naturaleza, se cuantificará, en todo caso, con arreglo a los criterios y dentro de los límites de las indemnizaciones básicas e indemnizaciones complementarias siguientes”.

Las palabras “*en todo caso*” ponen de manifiesto que los “límites” a que se refiere el texto, todo ello en el mismo párrafo, serán “máximos indemnizatorios” que como impuestos por ley con ese carácter de máximos, vincularán a los tribunales en sus sentencias. No obstante, las cosas siguen sin estar suficientemente claras, porque el texto proyectado mantiene las expresiones de “asegurar la total indemnidad de los daños no corporales” y de la “exacta valoración del daño causado”, lo que evidentemente conduce a confusión.

Así se explica la opinión que ha manifestado el Consejo General del Poder Judicial, al que enseguida me referiré.

Y en esta materia, a mi juicio, las cosas tienen que quedar muy claras. Doy por supuesto que la introducción de un sistema de límites indemnizatorios vinculan-

tes para los jueces es muy propicio a discrepancias y críticas. Pero lo que en modo alguno me parece admisible es que sí el legislador optase por esa fórmula, no lo dijera con la suficiente contundencia para evitar situaciones de desorientación y de criterios diversos de aplicación de la norma; fenómeno que sería gravísimo, a mi entender, por mucho que quepa pensar que en un plazo más o menos largo la cuestión quedaría resuelta por la jurisprudencia. La eventual situación de ambigüedad, hasta entonces, sería lamentable.

Por lo demás, se mantiene el mismo criterio del proyecto anterior, esto es, el de las indemnizaciones básicas por lo que se considera el “daño corporal” en sentido estricto, con el adicional de las “indemnizaciones complementarias”, entre las cuales está la llamada a resarcir los quebrantos patrimoniales; y uno de ellos es de afectación de la capacidad de trabajo de la víctima y consecuente pérdida de ingresos por su parte.

5. La valoración de la pérdida de ingresos: el caso de las “rentas altas”.

En este apartado 5, y en los siguientes hasta el 8 inclusive, voy a detenerme en algunos de los conceptos o capítulos que a mi juicio son más importantes en materia de indemnización del daño a la persona, y en concreto el que se refiere al eventual establecimiento de un régimen legal de indemnizaciones con límites vinculantes para los tribunales. Aludo en primer lugar al intrincado problema de la valoración de la pérdida de ingresos, con especial atención al caso de las denominadas “rentas altas”. En el siguiente apartado trataré sobre la cuestión de los denominados “daños de disfrute o placer”. A continuación me referiré al problema de la indemnización por incapacidad transitoria. Y por fin me ocuparé de la cuestión relativa a los gastos ocasionados por la incapacidad.

Procede hacer algunas consideraciones sobre el tratamiento que en nuestro ordenamiento jurídico podría merecer el caso de las que antes he denominado “rentas altas”.

Señalaba más arriba cómo alguna orientación doctrinal sugiere que en ellas debería jugar un sistema de límites de indemnización basado en el razonamiento de que quienes gozan de ellas deben pechar con la *carga* de proporcionarse a sí mismos fórmulas de cobertura para el caso de muerte o incapacidad. Recuerdo aquí lo dicho antes en relación con la fórmula aplicada en Quebec para personas que sobrepasan una suma determinada de ingresos anuales.

Parece una fórmula razonable, aunque como todas sujeta a discusión. Y no sólo cabría para los casos de muerte, sino para los de una incapacidad profesional que afectase a una persona que en su actividad obtuviese ingresos fuera de lo común. Piénsese en la hipótesis del muy afamado pianista que ve truncada su carrera por una pequeña lesión en un dedo, insignificante para cualquier otro ciudadano. O en la que puede sufrir en una pierna un deportista de los llamados “de élite”. Estas personas pueden gozar de cobertura directa a través de un seguro de costo no muy elevado en proporción a sus ingresos.

Estos ejemplos serían argumento particularmente convincente a favor de la tendencia que propugna el “seguro directo” (el llamado “*first – party insurance*”), en contra de la fórmula tradicional del “seguro de responsabilidad civil” (o *third – party insurance*), cuestión a la que me referiré más adelante.

El juez suizo NICOLE,³⁰ refiriéndose a la práctica judicial francesa de valorar el daño corporal en caso de accidente sobre la base de los criterios de la seguridad social, con un sistema de “techos” al montante máximo de las indemnizaciones, opina que esto no parece poco razonable, sobre todo en materia de accidentes de circulación. Esa fórmula sería un medio de limitar la “explosión” de las primas de seguro de responsabilidad civil, estando como están los aseguradores de accidentes dispuestos a dar cobertura “directa” a las personas de muy altos ingresos.

En esa idea se inspiró, en materia de “pérdida de ingresos”, tanto el *Sistema SEAIDA 91* como la Orden de 5 de marzo de 1991. Se consideró que a partir de ingresos superiores a 100 mensualidades de salario mínimo interprofesional o SMI (nivel de ingresos tomado para expresar las “rentas altas”). El porcentaje de aumento habría de ser como máximo el 50% de las indemnizaciones básicas resultantes de valorar la lesión en sí y sus secuelas, porque en ese tramo de ingresos altos se entiende que debe haber un límite.

Para el caso de que los ingresos anuales de la víctima estén entre 50 y 100 unidades de SMI mensual, se aplica un porcentaje de aumento de hasta el 25% sobre la indemnización básica resultante de haber hecho uso de los “valores del punto” de la tabla III, que es donde se encuentra la fórmula de cálculo de la referida indemnización básica, esto es, la que valora la lesión en sí y sus secuelas.

En la hipótesis de que los ingresos anuales superen las 100 unidades SMI mensual, se contempla un incremento de hasta el 50% sobre la indemnización básica

30 NICOLE, E. Le point de vue du magistrat civil. En : Droit privé assurance sociales. Friburgo, 1990. Pág. 304

que hemos venido mencionando, esto es, la resultante de aplicar los “valores de punto” de la también mentada tabla III.

Se pensaba, por ejemplo, en el atropello de que fuese víctima un futbolista de elevadísimo sueldo o un cantante de muy altos rendimientos anuales en su actividad.

En definitiva, se aplicaba una especie de “compensación de culpas” (expresión que pedimos se entienda como procede), por cuya virtud se entendía que incurría en genuina “culpa” quien, contando con muy elevadas rentas, no se hubiese provisto a sí mismo de fórmulas de cobertura (seguro personal) suficientemente holgadas para ponerle a cubierto de cualquier contingencia que ocurriera. O mejor dicho, se entendía que lo normal en esos niveles de renta es contar con tales coberturas, voluntarias o personales por así decirlo, por lo que encontraba razón de ser ese tope de 50%.

Ni que decir tiene que en tales reflexiones subyace también la idea de que incluso cuando hablamos de pérdida de ingreso estamos en presencia de un capítulo indemnizatorio cuya apreciación o valoración encierra una enorme carga de subjetividad y no menor de aleatoriedad.

En efecto, decir que una persona que ingresa equis pesetas al año sufre un quebranto patrimonial consistente en la capitalización de esas pesetas, multiplicándolas por los años de actividad laboral venideros, e incluso a veces aplicando a las sumas parciales resultantes los índices de aumento del coste de la vida que se suponen para años futuros, constituye una forma de presuponer – en perjuicio del responsable – lo que ha de ser el “curso natural de los acontecimientos”, esto es, de vaticinar lo que por definición es incierto o dudoso.

No es necesario decir que en estos casos la incertidumbre o duda consiste en la circunstancia misma de “saber” (o no saber) con certeza si la víctima de un daño iba a seguir gozando del mismo empleo o, por el contrario iba a perderlo. Igual que significa “saber” (y también no saber) con certeza si la víctima no iba a sufrir ningún otro accidente (incluso fortuito, como por ejemplo una enfermedad) que le impidiese seguir trabajando o hacerlo con los mismos rendimientos con que venía haciéndolo al tiempo del accidente. En definitiva, una valoración efectuada en la forma antes dicha implica no contar con las infinitas vicisitudes y contingencias que en la vida humana puede darse. Lo que, por cierto, recuerda aquellas consideraciones que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo viene haciendo constantemente sobre el concepto de “ganancias dejadas de obtener” o

lucro cesante en la aplicación del artículo 1.106 del Código Civil. Consideraciones en las que se hallan inmersas, aunque de ordinario sin decirse, circunstancias o reflexiones muy vinculadas a la relación de causalidad, en un sentido amplio de esta expresión.

Todo ello, a nuestro juicio, explica los criterios de “razonable interpretación” de la pérdida de ingresos, o la indemnización íntegra de los daños materiales “dentro de lo posible” o “en la medida de lo posible”, como suele decirse por algunas sentencias y, desde luego, por la doctrina.

6. El daño moral resultante de una incapacidad permanente: años de disfrute o placer.

1. Parece innecesario señalar que el concepto a que se refiere el epígrafe de este apartado constituye otro de los extremos más vidriosos en materia de indemnización del daño a la persona.

Nos hallamos en presencia de uno de los conceptos más controvertidos, porque si la determinación de la cuantía de la indemnización está – por definición – sometida a la apreciación subjetiva del juzgador (o en general de cualquier tercero “espectador” del caso por así decirlo), esa subjetividad se acrecienta cuando, como ocurre en este concepto que nos ocupa ahora, lo que “se valora” es lo que podríamos llamar “daño moral”.

Estamos refiriéndonos, desde luego, a todo tipo de quebrantos, de carácter no patrimonial, que la víctima sufre como consecuencia de su incapacidad o invalidez.

Moviéndonos siempre dentro de una terminología que dista de ser precisa, y que incluso lleva a otorgar diferentes significados a una misma expresión según se trate de un tribunal o de otro, o de un autor u otro (este último, incluso dentro de un mismo país), parece que no es temerario decir que el daño moral inherente a una lesión y a la incapacidad permanente que de ella resulta puede constar de varios conceptos, también diferentes entre sí.

a) La lesión como tal implica un daño moral en el que pueden entrar aspectos como los siguientes: la aflicción que ocasiona el dolor físico propio de la lesión (a mi juicio esto es más correcto que considerar el dolor físico en sí, es decir, el conocido desde siempre como *pretium doloris*), la postración que entraña la salud quebrantada, la zozobra por la incertidumbre del desenlace, el sentimiento que produce a la víctima ver la inquietud de sus seres queridos, etc.; sin perjuicio

de otros circunstanciales motivos de pesadumbre, como sería por ejemplo de la víctima que ve cómo su enfermedad le acarrea la pérdida de un año de estudios y en consecuencia el retraso de su titulación. Y por otro lado, además, el llamado genéricamente “perjuicio de disfrute” a que enseguida me referiré, sin perjuicio de que se trate de un daño llamado a permanecer.

b) Con posteridad a la lesión en sí, en la situación permanente de incapacidad que de aquella resulta, la víctima puede experimentar “daños morales” de muy diversas naturaleza. Uno de ellos, sin duda, es la propia sensación de invalidez o limitación, que de ordinario se subsume en lo que denominamos “las secuelas”. Aunque éste es un término bien definido desde el punto de vista médico, no es infrecuente encontrarlo en resoluciones judiciales como una especie de “cajón de sastre” o “fórmula omnicomprendensiva”, en la que se da cabida a todos los aspectos que entrañan quebranto físico o psíquico y son consecuencia de la lesión propiamente dicha.

Y aquí es donde todo intento de definición, enumeración o sistematización se escapa de nuestras manos.

No hay más que ver la gran cantidad de pormenorizaciones de que es objeto, en la doctrina, el llamado genéricamente “daño moral por secuelas”. La bibliografía francesa o italiana, pongamos por caso, acreditan la ardiente imaginación que en este punto se ha desarrollado. En Francia, por ejemplo, se habla de un amplio “perjuicio de placer” (*préjudice d'agrément*), que alguna vez se ha definido – incluso por los tribunales de aquél país – como la privación de satisfacciones diversas de orden social, mundano y deportivo de las que tiene el derecho de beneficiarse normalmente una persona de la edad y cultura de la víctima.³¹

Los autores franceses ponen de manifiesto cómo ha habido una tendencia jurisprudencial a “descubrir” constantemente nuevos tipos de daños justificativos de indemnizaciones especiales, esto es, independientes de la que tiene como finalidad reparar la incapacidad física como tal. Sería el caso del llamado “perjuicio sexual”, concepto que no requiere explicación; el denominado “perjuicio juvenil” (que se ha definido como “una reducción a la vez potencial y no específica de la capacidad de trabajo de un joven” o como “el particular dolor que provoca, en un joven, la conciencia de su propia degradación y el amargor que engendra la pérdi-

31 A estos efectos, y para conocer los criterios imperantes en derecho comparado, resulta particularmente ilustrativo el capítulo IX – Personal injury and death – del volumen XI – Torts – de la International Encyclopedia of comparative law, de quien es autor MCGREGOR.

da de toda esperanza de vida normal y de las alegrías propias de la existencia”); el daño a la “capacidad matrimonial” (la esperanza de casarse, que por cierto podría conducir también al riesgo de ruptura sentimental para quien ya está casado, lo que pone de manifiesto el peligro de especulación inacabable a que nos podemos ver sometidos en esta dialéctica); el complejo por el afeamiento en el orden estético, y otros.

La resolución 75 – 7 del Consejo de Europa, que es tan relevante en la materia en que encontramos, introduce factores que pueden llevar la catalogación de los “daños morales” hasta límites insospechados. Recuérdese que su artículo 11 recomienda la indemnización de “perturbaciones y disgustos tales como males-tares, insomnios, un sentimiento de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida, producida sobre todo por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades de diversión”.³²

Ni que decir tiene que todo esto encuentra su fundamento en el principio de la “reparación íntegra del daño” que es desde luego el objetivo de toda indemnización.

Pero es ahí donde radica precisamente la aporía (o sí se quiere la tautología) del sistema, como he tenido oportunidad de decir en alguna ocasión. Hablar de “reparación íntegra” del daño resultante de una invalidez permanente es en el fondo un juego de palabras o una formulación retórica para dar cabida (o en la que como *resultado* se dé cabida) a una discrecionalidad judicial sin freno alguno. Discrecionalidad que, como se ha dicho por autorizada voz (VINEY), puede conducir a una fijación de indemnizaciones en función del sentimiento personal del juez, lo que lleva inevitablemente a una formidable desigualdad entre los justiciables.

La “reparación íntegra” sólo se entiende cuando hablamos de bienes susceptibles de traducción a dinero basándose en criterios objetivos. Cuando no es así, esa pretensión de “integridad” no es sino un intento del juzgador de situarse en el lugar de cada concreta víctima, analizando quizás los más insospechados pormenores de su vida pasada. Piénsese, por ejemplo en la cuestión de sí para

32 Por cierto, no está de más – creo – citar la precursora sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1949, que dicho sea de paso recayó en un pleito en el que la audiencia había juzgado la “pérdida de la alegría de vivir” experimentada por el actor, que como consecuencia de un accidente de circulación había sufrido lesiones que dificultaban sensiblemente su actividad sexual. El Tribunal Supremo desecha la alegación de la demandada recurrente en el sentido de declarar que con la apreciación conjunta de los daños materiales y morales derivados de una lesión no se indemniza doblemente, sino que se concede por un hecho único una sola indemnización.

valorar la “pérdida de placeres de la vida” es procedente o no tener en cuenta las aptitudes, habilidades o simples aficiones de la víctima. Porque sin duda – y por citar un caso muy frecuente – será mayor el quebranto en este orden de cosas si quien se ve privado de la posibilidad de practicar un deporte es un habitual aficionado al mismo, que el experimentado por quien, por el contrario, no hace más que ocasionalmente. Hablamos, desde luego, del deporte (o de alguna otra actividad de esparcimiento) con carácter no lucrativo. De otro lado ¿Es posible hablar de límites al sentido de “frustración” que una persona pueda tener? Me refiero a un concepto (el de frustración) que es utilizado no pocas veces por las sentencias y que acredita por sí mismo la fragilidad de todo análisis que se haga *desde afuera*.

Por otro lado, el intento de llevar hasta sus últimas consecuencias la particularidad del caso concreto puede conducir a resultados verdaderamente grotescos. ¿Cabe afirmar, por ejemplo, que no ha lugar a una indemnización por el concepto de “daño de disfrute” (a su vez susceptible de dividirse en tantas hipótesis como quiera) a favor del lesionado que permanece en coma vigil o en situación de grave limitación de sus facultades intelectuales, bajo el argumento de que hallándose como se halla no experimenta complejos, ni frustraciones, ni inquietudes? ¿Debe tenerse o no presente su circunstancia en comparación con el caso de quien, habiendo sufrido la misma lesión física mantiene no obstante sus facultades intelectuales intactas?

En este punto procede una alusión a lo que en esta materia prevé el proyecto de ley de supervisión de seguros privados a que me he referido ya en varias ocasiones. Si hago esta cita es porque me parece poco aconsejable que el legislador recurra a la idea de “total indemnidad” o de “exacta valoración del daño causado”, como lo hace en el párrafo e) del apartado 2 del texto previsto para el artículo 1 de la mentada ley. Cierto es que tales expresiones se aplican a los llamados en el proyecto “daños no corporales” – a mi juicio sería más correcto definirlos positivamente como “daños materiales o patrimoniales” – pero incluso en ese caso estimo que constituye una temeridad legal innecesaria la de hablar de “total indemnidad”, siendo así que lo que se pretende en el proyecto es la adopción de un sistema objetivo de valoración de todos los daños, sea cual sea su tipo. Y no podría ser de otro modo, porque un daño innegablemente patrimonial como es la pérdida de ingresos tampoco puede ser reparado en términos de integridad, en la medida en que el cálculo de rentas dejadas de percibir se basará siempre en premisas de construcción puramente intelectual. Observación que manifiesto porque una cosa es la *tendencia* – hacia la reparación total – y otra bien distinta

es la *posibilidad* – por así decirlo ontológica – de que esa ‘totalidad’ se basa en argumentos de todo punto incontestables”.

Hecho este inciso, volvamos a lo que es el centro de nuestras consideraciones.

Estamos en un terreno en el que no caben afirmaciones categóricas y en el que, por tanto, toda apreciación merece respeto. No obstante, participo de la opinión – hoy ya muy extendida entre la doctrina – de que la valoración del daño moral inherente o consecuente con cualquier invalidez debería efectuarse con arreglo a algún criterio de *cierta objetividad* (aquí se impone el relativismo de las expresiones), no tanto por ese valor – la objetividad – en sí, sino en aras de una mínima aproximación de las soluciones que merecen los casos concretos.

Por otro lado, y aunque este dato no es en sí mismo un argumento, es interesante advertir que la tendencia judicial en los países europeos es la de otorgar un relieve proporcionalmente poco significativo al daño moral, en comparación con la pretensión de resarcir los daños patrimoniales de la forma más completa posible.³³

2. El sistema SEAIDA responde en buena medida a alguno de los criterios que hasta ahora he expuesto. Veamos cuáles son las premisas.

A la hora de abordar el problema del “daño moral” que nos ocupa, cualquier intento de reducirlo a un objetivo de armonía de las soluciones (o si se quiere, más modestamente, de formular orientaciones de una cierta consistencia), se presentan como posibles tres sistemas.

Uno de ellos es el de atribuir directamente a ese daño moral una valoración pecuniaria por así decirlo autónoma, esto es, distinta de la que puede asignarse a la invalidez como tal e independiente de ella. Otra posibilidad es la de tomar como punto de partida la indemnización que la invalidez en sí merece (hay que sobreentender que “se estima que merece”), para arrancando de ahí cuantificar la indemnización del daño moral en proporción a la anterior. La tercera fórmula, en fin, consiste en considerar subsumida en la valoración de la invalidez la del daño moral que aquella comporta.

El *Sistema SEAIDA* se acoge a la tercera solución de las mencionadas. En efecto, como nota en el capítulo de “perjuicios morales y de disfrute o placer” se señala que estos perjuicios están ya considerados en la indemnización básica.

33 Es muy significativa a este respecto la información que nos suministra la obra *Personal injury awards in EC countries*, de McINTOSH y HOLMES, arriba citada.

No obstante, se dice a continuación: “Excepcionalmente podrá aplicarse un porcentaje de aumento, en función de la importancia del perjuicio ocasionado al propio incapacitado o a su cónyuge y familiares próximos”.

Opino que la regla general adoptada es la más correcta.

Podrá discutirse sí las cantidades atribuidas a cada forma de incapacidad remanente (esto es, las resultantes de aplicar el sistema de “puntos” comprendido en la tabla III del *Sistema*) se ajustan o no a lo que la realidad económica de nuestra sociedad exige o, según se mire, permite. Podrá discutirse también, y sobre este extremo he manifestado mi opinión en otros momentos, sí el “factor de corrección” por el concepto de “perjuicios económicos” (es decir, la pérdida de ingresos a consecuencia de la incapacidad) se acomoda o no a parámetros razonables en los dos aspectos en que a mi juicio puede situarse el problema; a saber: sí la cifra a partir de la cual juega un porcentaje de aumento es razonable, contemplando los ingresos medios por persona hoy en España, y sí el abanico de “encasillamientos” en función de los ingresos (actualmente cifrado en tres tipos o tramos) es también razonable a la luz de nuestra realidad económica actual.

Pero siempre que estas dos cuestiones previas se hayan resuelto adecuadamente, me parece muy razonable la fórmula de entender “embebida” en la valoración de la incapacidad todo lo que por daño moral resultante de ella podamos imaginar. Entiendo que es la fórmula más ajustada a la *igualdad en que los humanos nos encontramos ante los sufrimientos o padecimientos* y que además constituye una medida muy eficaz ante el objetivo de conseguir un régimen indemnizatorio armónico. Si ya la valoración de la incapacidad como tal entraña un grave riesgo de divergencia, porque de subjetiva apreciación tiene, el riesgo de caer en la más absoluta imprevisibilidad aumenta además si el juzgador tiene que *dar precio*, valga la expresión, también a los daños morales que la incapacidad produce a la víctima.

A mi entender, la mayor objetividad posible en la determinación de *lo que es* el daño moral resultante de una lesión (contrapongo *lo que es* a lo que cada uno – incluso la víctima – puede pensar o sentir) consiste en la que toma como base la lesión en sí. Con esto no se resuelve el problema (si por resolverlo entendemos la adopción de una solución que no esté fundada en bases puramente convencionales), porque nadie podría decir *cuánto vale* la amputación de una pierna, o la pérdida de visión en un ojo, o a una tetraplejía. Partiendo de la base de que “moralmente” *valen* igual para todo el mundo, la traducción a dinero de esas situacio-

nes sólo puede hacerse con criterios que o “vienen desde afuera” (sobre todo, la capacidad económica del país) o son puramente comparativos (una incapacidad es más penosa que otra). Pero adoptada una valoración de cada incapacidad, me parece que esa suma debe incluir los “daños morales típicos” que de tal incapacidad resultan para el común de los mortales. Máxime si, como ocurre en el *Sistema SEAIDA*, la puntuación de cada invalidez tiene presente el elemento discriminador objetivo más atendible, que a mi juicio es la edad del lesionado. Pero no me parecería mal la introducción de otros factores objetivos, como es el número de hijos dependientes económicamente de la víctima, en el caso de incapacidad que invalide para el trabajo.

De ahí que entienda oportuno mantener la fórmula actual del *Sistema*.

Lo que no quita, desde luego, para ver que me parezca justificadísimo el mantenimiento de la excepción o salvedad que el propio *Sistema* propone para casos excepcionales. A nadie se le oculta que puede haber hipótesis en que una o varias circunstancias concurrentes en una concreta víctima (por ejemplo, la edad en relación con el estado civil y con la ausencia de hijos; o la profesión anterior en relación con la popularidad real o previsible) tienen peso bastante como para establecerse un “*plus*” sobre la indemnización básica (lo que la nota de la tabla IV llama *porcentaje de aumento*); plus que por definición habría de cuantificarse por el juzgador.

Del mismo modo, me parece digna de mantenerse la posibilidad de que el cónyuge y los familiares próximos de la víctima sean indemnizados por el concepto de daño moral cuando el estado en que este último queda sea tan particularmente doloroso que la convivencia con él implique un grado de pesar o sacrificio superior al normalmente tolerable. Circunstancia esta última que, por cierto, también es contemplada en el *Sistema* para el caso de grandes inválidos, estados de coma y otros incapacitados excepcionales (párrafo segundo del segundo cuadro de la tabla IV).

Sabidos son los muchos problemas que plantea este llamado “perjuicio de afecto”, que en la jurisprudencia francesa se ha entendido como la pena provocada por la muerte de un ser querido o por la constatación de su deterioro físico o mental, pero me parece que es razonable mantener este concepto cuando se trata de incapacidades particularmente graves y poniendo el debido cuidado en la determinación de las personas en cuyo favor se puede establecer esta indemnización.

Todo lo dicho hasta ahora en este epígrafe se entiende, desde luego, sin perjuicio de la posible aplicabilidad del “capítulo especial” con que termina el “baremo indicativo para la valoración de las incapacidades permanentes”, es decir, el relativo al denominado “*perjuicio estético*”.³⁴

Es cuestión que a mi juicio puede discutirse la de si ese perjuicio estético va incluido en la valoración de la incapacidad como tal (al igual que ocurre con el denominado “perjuicio moral y de disfrute o placer”, según la tabla IV del *Sistema SEAIDA*), o sí por el contrario es un capítulo adicional a lo que resulte de la aplicación de los “puntos”. Creo que una tabla de incapacidades bien elaborada tendría que contemplar dentro de cada una de ellas efectos estéticos que ocasionan. Pero tampoco es de descartar la posible existencia de casos en que alguna circunstancia personal de la víctima justificase la atribución adicional de una indemnización por daño estético (por ejemplo, en razón de la profesión del perjudicado; es el supuesto de alguna sentencia, en que la víctima era una modelo).

7. La incapacidad temporal o transitoria

Otro capítulo del máximo interés en la valoración del daño a la persona es el constituido por la reparación o indemnización atribuible como consecuencia de la incapacidad temporal que la víctima sufra.

Se trata de lo que comúnmente entendemos como “días de baja”, para referirnos al tiempo en que la víctima está bajo atención médica como consecuencia directa del accidente, esto es, con independencia de que esa atención médica pueda ser necesaria más adelante si la lesión da lugar a una incapacidad permanente.

Es éste, a mi juicio, un concepto en que se da en la práctica judicial una cierta incongruencia.

Sabido es que lo habitual consiste en que por parte de los tribunales se otorgue a las víctimas una determinada cantidad, igual para todo lesionado. Y con oscilaciones que muchas veces dependen de las diversas zonas geográficas del país.

Siempre dentro del carácter de especulación teórica que atribuyo a todas mis afirmaciones en la materia que nos ocupa, y con una declaración de respeto que en el fondo creo que sobra, por obvia, me parece que la fórmula en cuestión deja mucho que desear.

³⁴ Puede verse un resumen sobre la jurisprudencia italiana al respecto en RUFFOLO, U. Il danno non patrimoniale. Il danno alla vita di relazione (danno estetico), En: *Casi e questione...* Ob. Cit. Pág. 397 y ss.

En primer lugar hay que determinar qué se indemniza con esa cantidad diaria.

Sí lo que se intenta reparar es el quebranto económico derivado de la inactividad profesional, nos encontramos en primer término con que ese quebranto no se produce en muchísimos casos, como consecuencia de la cobertura que al efecto brinda el régimen de la seguridad social, unido al de complementos (*hasta el 100%*) previstos en los convenios colectivos de un gran número de empresas; justamente las que ocupan a un también mayor número de trabajadores.

Si esto es así, se produce una dualidad de indemnizaciones que a mi juicio no tiene sentido.

Y la falta de sentido se agrava, también a mi entender, en virtud de un criterio comparativo: cuando se trata de personas que no gozan de la cobertura de la seguridad social. Es el caso de los profesionales libres.

Si por el contrario, se entendiera que esa cantidad diaria es reparación del daño moral que implica la inmovilización mayor o menor que la lesión supone, lo que encuentro es la injusticia comparativa que deriva del simple hecho de ser una misma cantidad para toda víctima y para todo caso.

No encuentro reparos en que el daño moral (en su más amplia acepción) que lleva consigo la incapacidad temporal pueda ser indemnizado. Pero lo que no veo es la razón de ser de una misma cifra diaria para el lesionado que sufre una fractura de tibia que para aquel otro que se ve sometido a una dilatada hospitalización y a intervenciones médicas significativas por lo dolorosas, o por lo inciertas de su resultado, o por la postración que llevan consigo.

De ahí que me parezca muy razonable la fórmula que prevé el proyectado artículo 1º de la ley de uso y circulación de vehículos de motor, consistente en establecer una distinción entre indemnizaciones por incapacidad temporal para casos de estancia hospitalaria y para aquellos otros que no la requieren.

Se podrá estar o no de acuerdo con las cantidades que respectivamente se prevén, de 5.000 y 2.000 pesetas diarias (que por otra parte tendrían que fijarse de forma que permita una automática revisión adecuada al paso del tiempo y a la pérdida de poder adquisitivo del dinero), pero lo que considero acertado respecto al sistema actual, es precisamente establecer una diferencia de trato que viene dada por la naturaleza de las cosas.

El *Sistema SEAIDA* contempla este fenómeno en su tabla V, refiriéndose a la “valoración económica de la incapacidad temporal, compatible con la indemnización por incapacidad permanente”.

Existe en primer lugar un régimen de indemnizaciones básicas, tomando como referencia la edad del lesionado (hasta 18 años, de 19 a 65 y de 65 en adelante), con una indemnización diaria de 3.500, 5.000 y 3.000 pesetas, respectivamente, sujeta a un régimen de actualización en función de la progresión del SMI.

Y a renglón seguido se establecen unos “factores de corrección” encaminados a tener presentes e indemnizar los perjuicios económicos que por la incapacidad temporal sufra la víctima, en concreto su pérdida neta de ingresos. Y en este sentido se sigue el criterio antes visto de hasta 50 unidades SMI (en que no hay incremento), de 50 unidades de SMI hasta 100 (con un incremento de hasta el 25%) y de más de 100 unidades de SMI mensual, en que el aumento es de hasta un 50%.

De esta forma se implanta, en primer lugar, una diferencia entre lo que es indemnización por daños no económicos, esto es, la constituida por las “indemnizaciones básicas”, respecto de la indemnización por pérdida de ingresos.

De la primera sería acreedor todo lesionado, en función de su edad y con una cifra igual para todo caso dentro de cada grupo de edades. Por el contrario, sólo tendría el derecho al incremento de los “factores de corrección” quien acreditase haber sufrido efectivamente el daño económico derivado de no haber obtenido ingresos como consecuencia de su situación; circunstancia que excluiría a todos aquellos que por virtud del régimen laboral percibiesen en situación de baja los mismos ingresos que hallándose en activo.

8. Los gastos ocasionados por la incapacidad.

Con este apartado termino los cuatro que, como antes he dicho, iban a ocupar especialmente mi atención.

Me refiero al caso de que la invalidez implique gastos, esto es, *desembolsos efectivos*.

Sin perjuicio de los constituidos por asistencia médica u hospitalaria o por la adquisición de medicamentos o prótesis, por ejemplo (capítulos que no dejan lugar a dudas, en la medida en que la víctima los haya satisfecho), reviste particular interés el caso de la víctima que tiene que ser asistida de por vida por una o unas personas que la atienden en sus necesidades vitales o, en su caso, en aspectos

médicos en el sentido amplio de la expresión: pongamos por caso, en la aplicación de fármacos o en la práctica de actividades de rehabilitación.

No menos considerable es el capítulo de otros gastos como los consistentes en la adaptación de la vivienda o de un vehículo a las necesidades de la víctima, en razón de su incapacidad.

Estos capítulos, naturalmente, tendrían que ser indemnizados en su integridad, como gastos efectivos que son. Y para evitar situaciones grotescas de “indemnización de rebote” a favor de personas distintas de la víctima, parece evidente que la fórmula tendría que ser la de una indemnización *en renta*, no capital, mediante la aplicación de los adecuados criterios de actualización o revisión.

Esta es la fórmula utilizada por el *Sistema SEAIDA* cuando en su tabla IV contempla las hipótesis de “grandes inválidos, estados de coma y otros incapacitados excepcionales”.

9. Respuesta judicial al sistema que resulta de la Orden de 5 de marzo de 1991.

Como decíamos antes, la Orden de 5 de marzo de 1991 ha tenido muy diversa acogida por parte de los tribunales.

1. Un primer análisis a tal efecto fue realizado por RUIZ VADILLO en su último número correspondiente a 1991 de la “Revista Española de Seguros”.³⁵
2. Es así mismo digna de mención en este terreno la publicación *Criterios judiciales sobre daños personales*, editada por la Comisión Técnica de Seguros de Automóviles.³⁶

Se trata de un repertorio de sentencias, tanto de Juzgados de Primera Instancia y de Instrucción como de Audiencias Provinciales, dictadas en procedimientos penales y civiles, como el común denominador de que en todas ellas se encuentran casos de valoración de daños corporales o personales.

35 RUIZ VADILLO, E. Algunas reflexiones sobre la aplicación discrecional por parte de los jueces y tribunales del Sistema SEAIDA 91 y especialmente de la Orden Ministerial de 5 de marzo de 1991, en: Revista Española de Seguros, Octubre – diciembre de 1991, pág. 65 y ss.

36 Criterios judiciales sobre daños personales. Madrid, 1992.

El objetivo de la publicación es el de ofrecer al lector datos sobre la forma en que los órganos jurisdiccionales correspondientes han venido interpretando la orden de 5 de marzo de 1991.

El elenco de sentencias se sistematiza precisamente en función de dicha Orden, de suerte que el primer apartado o capítulo recoge pronunciamientos judiciales que hacen alusión al “baremo” de la Orden en cuanto tal. Es decir, las reflexiones de los jueces y tribunales sobre el significado de ese baremo, su aplicación (con o sin matices), su eventual rechazo o, en general, lo que versa sobre el “análisis” de baremos en cuestión. El capítulo 2 ordena las sentencias, más o menos, de acuerdo con los capítulos de indemnización previstos en la Orden, a efectos de ver, ya en detalle, cómo han reaccionado los órganos judiciales en relación con cada sistema de evaluación concreta que la disposición establecía. El capítulo 3 se refiere a otros conceptos relacionados con los anteriores (intereses, concurrencia de culpas, prescripción, lucro cesante, revisión del *quantum*, etc.).

La publicación tiene las limitaciones que su propio prólogo expone, entre ellas – ciertamente – la de no ser exhaustiva. Por otro lado, la circunstancia de que se trate de extractos hace que no se conozca siempre bien el supuesto de hecho de cada caso. De otra parte, quedó inevitablemente “paralizada” en un momento dado y sería interesante contar con un período más largo de sentencias para tratar de deducir alguna línea judicial significativa desde el punto de vista estadístico. No obstante, entiendo que se trata de un material muy útil.

La primera observación es la de que la existencia misma de un trabajo como éste (probablemente impensable hace unos pocos años como no fuera en el ámbito de alguna concreta compañía aseguradora) pone de relieve que existe interés en conocer cuál es el grado de aceptación del baremo de la Orden entre los órganos judiciales y, en general, qué ha significado la promulgación de tal Orden en el cotidiano quehacer de jueces y tribunales.

De la lectura de los casos que la publicación recoge, se desprende, con datos bien concretos, algo que está en boca de todo el mundo desde siempre pero que a mi juicio justificaba una “documentación” como la que esta obra, con sus limitaciones, constituye. Me refiero a la circunstancia de que todo el mundo da por sentado, y no sin razón, que en materia de valoración del daño corporal existen discrepancias notabilísimas ante casos que tendemos a considerar similares. Y las sentencias allí recogidas lo ponen de manifiesto.

Del mismo modo que se pone de manifiesto otro dato muy utilizado por quienes sostenemos la conveniencia de que la valoración de los daños corporales por parte de los jueces cuente con algún criterio de orientación que haga razonablemente posible la “previsión” que está en la raíz de toda contienda judicial. Se denuncia con reiteración que el estado actual de cosas fomenta la litigiosidad o, lo que es lo mismo, sofoca la posibilidad de soluciones amistosas o transaccionales; porque los abogados, sobre todo, carecen de elementos de juicio para hacer la citada “previsión” (esto es, vaticinio del resultado de un proceso), necesaria para poder formular o aceptar una propuesta de arreglo, por así decirlo, *razonable*.

En su modesta experiencia como letrado, el autor de estas líneas puede dar fe de la impotencia que se siente cuando, en la defensa de los intereses que le han sido encomendados, el abogado advierte la oportunidad de un arreglo amistoso y lo recomienda al cliente, pero a la vez con la enorme frustración y no menos desesperanza que supone el no saber – ni siquiera por remota aproximación – qué cifra es adecuada para proponer una o para aceptar la de la parte contraria. Se habla del pleito en este caso como “un ir a probar fortuna”; y creo que la expresión no tiene nada de exagerada.

Como creo que tampoco es exagerado decir que la causa mayor de incertidumbre radica sobre todo en la duda acerca de lo que el concreto juzgador opinará en todo lo que se refiere al daño moral inherente a una incapacidad.

El hecho es que, en el extremo que ahora nos ocupa, la lectura de ese muestrario de sentencias confirma con datos concretos lo que de otra forma sería sólo la apreciación o la experiencia personal de un determinado jurista, en el sentido de que en esas resoluciones se pone de manifiesto la formidable divergencia que suele haber entre unas valoraciones judiciales y otras. Y, lo que es más significativo en relación con nuestras últimas reflexiones, se aprecia en muchas de esas sentencias una tremenda disparidad entre lo que se solicita por la víctima y se concede por el juez, resultado de lo que podríamos denominar “reclamaciones al alza”; pero resultado también de algo que no es necesariamente imputable a desafortada pretensión de la propia víctima, sino del denunciado fenómeno de que toda estimación del daño sufrido carece, hoy por hoy, de mínimos criterios de orientación. Carencia que también sufre, desde luego, el obligado a indemnizar

Me parecen dignas de resaltarse algunas observaciones basadas en las sentencias de este repertorio.

En primer lugar, son bastantes las resoluciones en que el juzgador invoca la Orden y la adopta en su reflexión conducente a la fijación de la indemnización. No faltan casos en que la sentencia declara que las cifras resultantes de la Orden no son “mínimos” que se puedan elevar, siempre que se razone o motive el incremento, señalando las particularidades concurrentes en el asunto.

En otras ocasiones, las sentencias, o no citan la Orden, o citándola se apartan de sus criterios. En esta hipótesis ya hay – a mi entender – un importante impacto de la disposición y del espíritu que la inspira. En efecto, como he manifestado en alguna otra ocasión, creo que lo bueno, para empezar, de cualquier fórmula doctrinal encaminada a la unificación o armonización de criterios de valoración consiste en que por lo menos así se posee un elemento de juicio preestablecido; o sí se quiere, un punto de partida de conocimiento general, suficiente para ir sentando las bases de lo que en el futuro podrían llegar a ser unos “principios comúnmente admitidos” en este problema, que no es poca cosa. Muy al contrario, creo que constituiría un considerable logro.

Refiriéndonos precisamente a la valoración del daño moral derivado de una incapacidad, algunas resoluciones del repertorio se ajustan al criterio de la propia Orden, en el sentido de que ese daño moral se halla subsumido o embebido en la cantidad asignada a la invalidez en sí. Pero hay otras sentencias en las que el daño moral se valora *además* de la cantidad resultante de aplicar el sistema de puntos (para la invalidez), con lo cual se discrepa de la idea de la Orden en el sentido de entender que se trata de capítulos indemnizatorios diferentes.

3. Recientemente, RUIZ VADILLO ha vuelto sobre la cuestión en sus comentarios sobre la “posición de la judicatura” dentro del capítulo dedicado a la aplicación del baremo (de la tan repetida Orden) en la actualidad, en el número 75 (julio – septiembre de 1993) de la Revista Española de Seguros”, que según veremos luego se dedicó monográficamente a la formulación de observaciones sobre el *Sistema SEAIDA 91*. En este lugar, RUIZ VADILLO formula algunas conclusiones sobre el eco que este sistema de valoración de los daños corporales ha tenido en nuestros tribunales.

Por cierto, el autor formula al respecto las siguientes reflexiones, que considero oportuno transcribir: “Los jueces, que saben bien las extraordinarias dificultades que supone fijar el *quantum* indemnizatorio, que conocen el daño que se produce cuando cada órgano judicial, con la más recta intención sin duda, pero sin ningún tipo de patrones, fija según su personal punto de vista la cantidad

que deben recibir las víctimas y los perjudicados... dando lugar a puntos de vista extraordinariamente discrepantes, buscan con ahínco unos puntos uniformes de vista científicos y racionales para poder operar con más acierto. ¿Cuánto vale una vida humana y cuánto la pérdida funcional o anatómica de una parte del cuerpo? El baremo, sí está razonablemente construido, sí en él no hay tendenciosidad alguna, puede y debe ser una tabla de salvación para todos”.

Sintetizo ahora las conclusiones a que llega el Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo:

a) Son frecuentes las cifras expresas a la Orden de 5 de marzo de 1991.

b) Muchas sentencias hacen suyas las consideraciones de dicha Orden, poniendo de relieve lo que tantas veces se ha dicho y repetido: que el sistema da certeza y satisface la exigencia de igualdad.

Es más, advierte RUIZ VADILLO que a veces, discrepando el juez o el tribunal del baremo, respecto de la cantidad final resultante, porque estima que el baremo se ha quedado corto, lo utiliza corrigiéndolo adecuadamente; no en el sentido de encontrar en él una tabla de mínimos, sino un sistema proporcional, con lo que sí se vuelve a producir una situación análoga sabe que la utilización del baremo, con la oportuna modificación, le servirá para cumplir el principio de igualdad desde la perspectiva del llamado precedente judicial.

c) Algunas sentencias utilizan el procedimiento analógico para integrar situaciones no exactamente contempladas en el baremo, buscando siempre el valor de la proporcionalidad inherente a la justicia y al propio principio de legalidad, así como la correspondencia entre hecho, consecuencia y cuantía indemnizatoria.

4. Por mi parte indico que son ya bastantes las sentencias de audiencias provinciales que con más o menos énfasis señalan el valor armonizador que los criterios de la orden pueden tener.

a) Menciono a estos efectos, y como botón de muestra, la sentencia de 22 de septiembre de 1993, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya en un curioso asunto que tuvo mucha notoriedad porque se trataba del caso de un súbdito francés que se traslada un buen día a Bilbao y se dedica durante una noche a atropellar con su automóvil a diversas personas en esa ciudad, amén de llevar a cabo agresiones por otros medios.

El vehículo fue en aquel caso un elemento de agresión, no propiamente lo que se entiende por instrumento que facilita los desplazamientos o los movimientos,

circunstancia que hacía que los “accidentes de circulación” en cuestión lo fueran solamente porque intervenía un automóvil.

El hecho es que, al tratar sobre la determinación de las indemnizaciones a las víctimas, la Sala hizo expresa invocación y utilización del sistema de la Orden, diciendo de ella que *la propia Sala ya la había utilizado en otras resoluciones* y añadiendo que su *valor orientativo para el sistema judicial es evidente*, al igual que los son las *ventajas que ofrece cara a la obtención de un criterio de igualdad y de seguridad jurídica* en la fijación de las indemnizaciones, todo ello sin perjuicio de que el tribunal pueda efectuar el último ajuste en atención a las circunstancias individuales de cada caso.

Más adelante, la sentencia, con ocasión de sus razonamientos sobre la indemnización procedente para alguno de los perjudicados (cuatro hermanos de uno de los fallecidos como consecuencia de la actuación del procesado), dice que el “sistema” constituye un *instrumento útil para evitar disparidades injustificadas*, sin perjuicio de las facultades individualizadas del tribunal.

Lo significativo del razonamiento, respecto de esos concretos perjudicados, consiste en que según el baremo correspondía una indemnización, para los cuatro hermanos, de 8.793.000 pesetas. Pero la Sala, ateniéndose a la circunstancia de la edad de esos hermanos, así como a la de la no demostrada intensidad de vínculos de familiaridad significativamente fuertes (se menciona el hecho de que la víctima residía en Bilbao, mientras que sus cuatro hermanos vivían en una localidad de Ciudad Real), deja la indemnización, en concepto de daño moral de tales hermanos, en 1.000.000 de pesetas para cada uno de ellos, esto es, 4.000.000 en total. Lo que quiere decir que el *Tribunal redujo la cifra resultante de la aplicación automática del baremo*, en razón de las circunstancias particulares del caso.

b) Por su parte, la sentencia de 2 de noviembre de 1993, de la Sección 14^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, afirmaba que *“el órgano jurisdiccional no puede hacer pronunciamientos inspirados por motivaciones noblemente sentimentales y de finalidad generosamente compensatoria*, sino que debe atender a ciertas pautas o parámetros objetivos, al objeto de realizar al máximo posible la respuesta realizadora de la reparación íntegra, principio rector de nuestro ordenamiento jurídico, comprendiendo tanto los daños materiales como morales.

Más adelante, la sentencia, refiriéndose a la resolución de 1 de febrero de 1993 (de actualización de las indemnizaciones por muerte o incapacidad permanente o temporal, con base en la Orden de 5 de marzo de 1991), añade que dicha

resolución “*responde a la absoluta necesidad de evitar que con respuestas desproporcionadas, aunque de posible rectitud subjetiva, se perturbe el conjunto del sistema*”.

El Juzgado había establecido la indemnización de 40.000.000 de pesetas y la Audiencia la dejó en 16.377.000 pesetas.

c) La sentencia de 3 de marzo de 1994, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Badajoz, después de recordar a los jueces de instrucción la absoluta necesidad de que se motiven y razonen tanto la fijación de las cuantías indemnizatorias cuanto los concretos conceptos a que responden, “*si no queremos caer en la más absoluta de las arbitrariedades*”, alude al baremo de la orden de 5 de marzo de 1991, cuyo carácter meramente orientativo reconoce.

10. Reparos al sistema de “baremos” o “tablas” vinculantes para los tribunales. La opinión del profesor Pantaleón Prieto

No es posible dejar de señalar que la fórmula de techos indemnizatorios vinculantes ha suscitado y suscita reparos fuera y dentro de nuestro país.

Entre nosotros se ha manifestado particularmente crítico el profesor PANTALEÓN, que ha venido exponiendo su opinión desde el frustrado Proyecto de 1993 hasta el actual, siempre refiriéndonos, desde luego, al de la Ley de Supervisión de Seguros Privados.

Su más reciente manifestación fue la emitida en los “Coloquios sobre responsabilidad civil del automóvil”, celebrado en Bilbao los días 24 y 25 de febrero de 1994.³⁷

Este autor resume los argumentos a favor de la existencia de “baremos oficiales” de indemnización de los daños, esto es, de los derivados de lesiones o muerte, formulándolos así: a) Permiten realizar con adecuado margen de certidumbre previsiones sobre la cuantía de las indemnizaciones; b) Su aplicación consigue el trato igual para los casos iguales; c) Son necesarios para mantener las indemnizaciones, y en consecuencia las primas de los seguros de responsabilidad civil, en niveles razonablemente moderados.

³⁷ La ponencia del profesor Pantaleón se tituló: Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas, y se halla en curso de publicación, junto con las demás de aquellos coloquios. No obstante, como digo en el texto, el profesor PANTALEÓN había venido exponiendo su criterio desde hace largo tiempo, mucho antes de febrero de 1994, incluido el que apunta a la posible inconstitucionalidad del proyecto en cuestión.

Arrancando de esta premisa, PANTALEÓN PRIETO, examina cada uno de esos argumentos y concluye en el rechazo de los mismos.

Sobre el argumento de la previsibilidad y consiguiente fomento de las transacciones, el autor expresa su duda de que la exigua cifra de acuerdos transaccionales se haya debido en nuestro país, en medida significativa, a la inexistencia de baremos oficiales de valoración de los daños a las personas, que, con pocas excepciones, tampoco existen en otros países europeos en que las transacciones son solución “normal” de muchos casos de responsabilidad civil, y en concreto de automóvil.

Añade que seguramente más importante que la falta de baremos ha sido el hecho de que las grandes compañías aseguradoras dispusieran de plantillas de abogados y de que, por tanto, tuvieran ya pagado el más gravoso de los costes del proceso.

Existe a juicio de este profesor, un modo mejor de incrementar de manera sensible la previsibilidad de las cuantías indemnizatorias, que es el consistente en que las sentencias expresen detalladamente las bases del cálculo de las indemnizaciones, separando los distintos conceptos o partidas del daño y desglosando la indemnización total entre cada una de ellas. Fórmula que, como advierte el autor, encontró particular acogida en la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de junio de 1986 (número 78/86).

Por todo ello, dice el autor que el mejor complemento del paso aconsejado consistiría en garantizar la publicación de todas las sentencias de instancia relativas a indemnización de daños a las personas. Siendo también deseable que fueran publicadas las transacciones entre los perjudicados y las compañías de seguros, en la línea de lo que determina el artículo 26 de la llamada “Ley Badinter” francesa.

Por lo que se refiere al “argumento de la igualdad”, PANTALEÓN PRIETO advierte que la respuesta a la pregunta “cuáles son los casos iguales” es inevitablemente relativa, en cuanto dependiente de la función de las concretas normas ante las que la igualdad trate de considerarse. Por lo que concluye que ciertos baremos indemnizatorios no sólo fomentan, sino que vulneran frontalmente el principio de igualdad, al tratar igual casos absolutamente desiguales.

En este pasaje, el autor pone de relieve que los preceptos sobre responsabilidad civil tienen una función puramente indemnizatoria, no una función punitiva.

Tampoco es función de la responsabilidad civil la redistribución de la renta. Y es de ahí de donde extrae su categórica conclusión de que los perjuicios de naturaleza patrimonial derivados de daños a las personas no pueden estar sometidos a baremos indemnizatorios de ningún tipo.

Es interesante señalar que el autor aprovecha este apartado para desarrollar un elenco de “partidas de daño”, que somete a enjuiciamiento a la luz precisamente del principio de igualdad.

En cuanto al tercer argumento, el de la moderación de las indemnizaciones, el autor lo rebate haciendo uso del principio de “resarcimiento integral”, en el que pone el acento, sobre todo en función de la resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Eso no quita para que PANTALEÓN se muestre decididamente partidario de baremos legislativos vinculantes para la valoración de los perjuicios no patrimoniales derivados de lesiones de muerte.

Debe advertirse que el autor, se muestra, en este lugar, muy sensible al fenómeno de la pluralidad de mecanismos indemnizatorios, extremo que luego va a ocupar mi atención en este trabajo y al que PANTALEÓN dedica un apartado, formulando sugerencias al respecto.

Especialmente crítico se muestra el mismo autor en relación con el baremo de la disposición adicional octava del Anteproyecto de Ley de supervisión de seguros privados, tanto en su objetivo básico (en definitiva, su intención), como en lo que se refiere a aspectos de técnica legislativa.

Pero PANTALEÓN, que es consciente de que el sistema actual adolece de notorias imperfecciones y perturbadoras consecuencias, no se limita a criticar el Anteproyecto, sino que formula además sus propuestas de *lege ferenda*, que me parece oportuno sintetizar:

1ª. La mejor solución para el problema de la valoración de los daños a las personas consiste en la promulgación de una ley especial sobre indemnización en los casos de lesiones corporales y de muerte.

2ª. El ámbito de aplicación de esta ley sería el más general posible: no se limitaría a los accidentes de circulación y se aplicaría tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual, derive o no de delito. Y sería también aplicable a la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.

3ª. La ley tendría que imponer a los jueces y tribunales el deber de desglosar las indemnizaciones, asignando cuantías diferenciadas a las distintas partidas de daño, así como el de explicar adecuadamente, con apoyo en los hechos probados, los cálculos que les han conducido a fijar las diferentes cuantías; y en caso de concurrir varios perjudicados, el de asignar a cada uno de ellos una indemnización separada.

4ª. La ley tendría que establecer los conceptos o partidas de daños indemnizables y, en su caso, las personas con derecho a indemnización, tanto en caso de lesiones como en el caso de muerte; y dejar perfectamente claro que ninguna otra clase de perjuicio, ni ninguna otra persona, merecería indemnización.

5ª. En la indemnización de los daños patrimoniales, la ley debería partir de los principios del resarcimiento integral y, en la medida de lo posible, la valoración *in concreto*.

6ª. En cuanto lo que la ley debía de prescribir sobre la indemnización de los daños no patrimoniales, sugiere los siguientes criterios:

Para la indemnización de los dolores y sufrimientos y la pérdida de la calidad de vida hasta el momento de consolidación de las lesiones, podrían fijarse dos cantidades máximas diarias, la más elevada para los días en que el lesionado esté internado en un hospital o de otra forma inmovilizado.

Para la indemnización de la pérdida de la calidad de vida derivada de invalidez o incapacidad permanente, se determinaría un porcentaje o puntuación de incapacidad imputable al hecho del responsable, mediante un baremo de incapacidad funcional y un sistema de puntuación análogo al de la tabla VI de la Orden del 5 de marzo de 1991: el resultado se multiplicaría por el valor en pesetas de cada punto de incapacidad para una persona de la edad del lesionado, conforme a una tabla análoga a la III de la citada Orden; el juez podría incrementar una indemnización en un determinado porcentaje, para atender a datos subjetivos del concreto lesionado.

Para la indemnización de los dolores y sufrimientos tras la consolidación, podrían fijarse una cantidad alzada máxima igual a un determinado múltiplo del salario mínimo interprofesional.

Para la indemnización por pérdida de un ser querido, lo adecuado sería establecer una cantidad alzada fija, igual a determinado múltiplo del salario mínimo interprofesional, para cada miembro de cada categoría de familiares o asimilados

con derecho a indemnización. No existiría un techo máximo, ni la concurrencia de varios perjudicados reduciría las indemnizaciones de los concurrentes.

Al menos las cantidades contempladas en las letras a, c y d deberían ser bastante modestas.

7ª. La ley debería establecer que las indemnizaciones de responsabilidad civil que, en principio, corresponderían a los perjudicados, se verán reducidas en la cuantía de las prestaciones económicas recibidas por ellos de la Seguridad Social; y que ésta podrá repetir lo pagado del responsable civil o de su asegurador, en los límites de la parte de la indemnización que resarce los daños patrimoniales.

8ª. La ley habría de prever y regular la posibilidad de que las indemnizaciones por daños patrimoniales futuros se hagan en forma de renta variable.

9ª. La Orden de 5 de marzo de 1991 ha de ser derogada de inmediato.

10ª. La normativa proyectada en el poco transparente marco de la ley de supervisión de seguros privados debe ser eliminada.

También ha formulado estimables críticas al Anteproyecto, sobre todo en el orden técnico (más que en de los principios que lo inspiran) MEDINA CRESPO.³⁸

11. El informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Proyecto de Ley de supervisión de seguros privados.

119

Volviendo al *Anteproyecto de Ley de supervisión de seguros privados*, parece innecesario señalar que el texto que se propone para el eventual nuevo artículo 1º de la ley de uso y circulación de vehículo de motor constituiría una auténtica revolución en nuestro sistema de derecho de daños y, por eso sugiere incabables comentarios.

En efecto, la hipotética implantación de una fórmula que limitase las hasta ahora omnímodas facultades de los tribunales en la determinación o cuantificación de la indemnización traería consigo una innegable restricción del principio de libre apreciación del juez en la valoración de las pruebas y quizá, podría pensarse, del de independencia o autonomía de los órganos judiciales.

38 MEDINA CRESPO, M. Sus más recientes reflexiones se encuentran en: La valoración de los daños personales en el proyecto de ley de 1992. En: Revista Española de Seguros. N° 75 (julio – septiembre de 1993). Pág. 223 y ss. Debe advertirse que, a pesar del título de este trabajo, se recogen en él novedades del último texto del Anteproyecto.

Sin perjuicio de lo que luego diré desde el punto de vista constitucional y legal, parece claro que en el terreno de las valoraciones subjetivas se podría ver afectada la sensibilidad de los jueces, en la medida en que considerarían limitada su independencia y su libertad de criterios; valores ambos que a mi juicio tienen derecho – y deber – de defender celosamente.

De hecho el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley que nos ocupa viene a revelar esta idea.³⁹

Cumpliendo el trámite legal pertinente, el Consejo, al referirse a la disposición adicional octava del Anteproyecto en cuestión, considera que la fórmula prevista por la *Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor* constituye una radical novedad respecto de la normativa que actualmente regula la materia, introduciendo criterios ciertamente *sui generis* en relación con los vigentes. Se advierte que en el Anteproyecto se subordina el concepto clásico de culpa extracontractual *ex* artículo 1.902 del Código Civil, en lo relativo a la determinación del monto indemnizatorio de los daños y perjuicios causados por vehículo de motor, a los criterios y límites establecidos en la legislación sobre el seguro. De esta manera se establecen cantidades tasadas no para los límites de cobertura de seguro obligatorio, sino como indemnizaciones básicas por daños corporales, fijando otras de carácter complementario por los daños que el Anteproyecto viene a llamar “no corporales” concepto jurídico que – dice el Consejo – es de difícil precisión y que además guarda estrecha y directa relación con la lesión o incapacidad concretas producida a la víctima.

En suma, se dice en el informe, se ha optado por un sistema que no es el único posible, dejando de lado otros como el de la delimitación legal de los conceptos indemnizables, y se prevé una delegación reglamentaria en una materia civil sobre la que podría mantenerse que exista reserva de ley.

El Consejo añade:

“En todo caso, este Consejo, en cumplimiento de su obligación de examinar los aspectos técnicos más relevantes del Anteproyecto, sí debe poner de manifiesto que la limitación en la cuantificación de las indemnizaciones básicas únicamente cabría entenderla correcta si se parte de la consideración de las previsiones normativas contenidas en el apartado e) del aludido precepto, relativo a las indemnizaciones complementarias, cuya regulación necesariamente habrá de permitir a los jueces y tribunales la adecuada fijación del monto

³⁹ Este informe fue publicado en el “Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial”, N° 116, marzo de 1994.

indemnizatorio en función de la realidad de los daños causados o, como dice el propio precepto del Anteproyecto, la consecución de la ‘total indemnidad de los daños’ con base en el resultado lesivo realmente producido. O si se quiere, el establecimiento de tales importes tasados de las indemnizaciones básicas debe ser ponderado por el juego de las indemnizaciones de orden complementario que así mismo se prevén en el Anteproyecto, sin que pueda dejar de resaltarse, como ya ha quedado señalado, que en materia como la que nos ocupa no resulta adecuado que quede al desarrollo reglamentario la determinación de las cuantías y la configuración de las circunstancias fácticas determinantes de estas últimas indemnizaciones, que ahora adquieren una significación de notable importancia. Lo contrario podría suponer una limitación inadmisiblemente de la valoración que al juez y a los tribunales corresponde hacer para determinar la indemnización procedente de daños y perjuicios conforme a la realidad del resultado lesivo”.

Hasta aquí, el pasaje que interesa del informe del Consejo, con advertencia de que los subrayados son nuestros.

Vista esta cualificadísima opinión, resulta inevitable plantearse la cuestión – libres de todo perjuicio y procurando no tomar como argumento el de *cómo son las cosas ahora* – sobre si es razonable o no la implantación de un sistema que, con las debidas correcciones, imponga a los tribunales techos de indemnización en materia de daños corporales, bien sea en el ámbito de la circulación de vehículo de motor, bien con carácter general.

Se trata, inevitable es decirlo de nuevo, de una opción muy radical, ciertamente *revolucionaria*, en la que me parece que es inexcusable un debate desapasionado y en el que se cuente con todos los argumentos que en pro y en contra caben.

Lo que no puedo dejar de decir, al terminar este apartado, es algo que ya antes he apuntado. Me refiero a la poca feliz redacción del texto proyectado, en la medida en que en él se alude al principio de “total indemnidad de los daños”, expresión en la que el informe del Consejo pone particular acento.

Ya he dicho antes que tanto esas palabras del texto proyectado, como las de “exacta valoración del daño causado”, constituyen a mí entender un despropósito.

En efecto, es obligado preguntarse si lo que el texto proyectado pretende de verdad es establecer límites de indemnización para todo tipo de daños y con el carácter vinculante para los tribunales de que venimos hablando.

Si la respuesta es afirmativa, las expresiones que me ocupan son realmente desdichadas, porque pueden conducir a los jueces a la convicción de que, a pesar

del sistema proyectado, sigue en pie el principio de libre y discrecional apreciación por parte de los tribunales. Lo cual conduciría a una situación de absurda incertidumbre que tendría que eliminarse con expresiones contundentes (no sólo en el texto, sino incluso en la exposición de motivos de la ley en que se piensa). Y esa incertidumbre, desde luego, tendría que eliminarse suprimiendo las tan mentadas alusiones a “total indemnidad de los daños no corporales” y a “exacta valoración del daño causado”.

Como hemos señalado más arriba, cualquier opinión puede defenderse respecto a un sistema de topes legales a los que los jueces hayan de someterse. Pero si se opta por él, ha de quedar bien claro que es así.

Si, por el contrario, se pretende respetar el principio actual de libre y discrecional apreciación de los daños por parte de los tribunales, la pregunta es inevitable; ¿Para qué sirve la redacción que se proyecta dar al artículo 1º de la ley de uso y circulación de vehículos de motor? Y la respuesta no es menos clara: se trataría, lisa y llanamente, de un absurdo. Sobre todo, si se tiene presente que la disposición adicional quinta del Anteproyecto contempla la adición de un párrafo segundo al artículo 1.902 del Código civil, con la siguiente redacción: “La reparación del daño causado a las personas por el conductor de un vehículo de motor con motivo de la circulación *se ajustará a los criterios y límites fijados en el artículo 1.2. de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor*”. Recuérdese que ese artículo 1.2. es justamente el que motiva nuestro comentario. Si en el artículo 1.902 se va a hablar de límites de indemnización, *ha de quedar claro que son eso – límites – y no otra cosa*. Y si se trata de límites, es evidente que lo son para los tribunales.

XIOL RÍOS⁴⁰ declara con todo acierto, y sin perjuicio de su postura crítica respecto del texto proyectado (en cuanto a su objetivo mismo), que “el establecimiento de criterios legales basados para la fijación de indemnizaciones que sólo tiene sentido sí estos tienen carácter vinculante (aun cuando quepan períodos provisionales de aplicación potestativa). También desvirtúa el sistema el establecimiento de unos baremos con el carácter de mínimos, pues su eficacia unificadora es insuficiente. Es necesario partir de estos principios para analizar las ventajas y, al mismo tiempo, los inconvenientes y las limitaciones que pueda tener el establecimiento de un sistema de esta índole”. Por otro lado, el mismo

40 XIOL RÍOS. Ob. Cit. Pág. 5

autor formula atinados reparos de orden técnico – legislativo sobre el Anteproyecto, que ahora no deben ocuparnos.⁴¹

Cuestión distinta es la que en el informe del Consejo General del Poder Judicial alude a la improcedencia de la delegación reglamentaria que el texto proyectado contiene, al determinarse en él que el Gobierno procederá al desarrollo de lo previsto en las letras c), d) y e) del artículo 1.2. en cuestión. Se trata, como se recordará, de las indemnizaciones básicas por incapacidades permanentes no invalidantes (para las cuales el texto proyectado establece sólo unos límites), de las indemnizaciones por incapacidad temporal (en las que ocurre lo mismo) y de las indemnizaciones complementarias sobre los llamados “daños no corporales”.

Me parece indiscutible el reproche del Consejo General del Poder Judicial a este respecto.

XIOL RÍOS,⁴² con invocación de los artículos 53.1 y 15 de la Constitución, advierte – a mi juicio con todo acierto – que un sistema de tasación de las indemnizaciones por responsabilidad civil dimanante de muerte, lesiones e incapacidades está sujeto a un principio de reserva de la ley. Y añade que la sujeción al principio de reserva de la ley de la regulación legal del sistema de valoración de daños corporales dimana así mismo de otros preceptos y principios constitucionales. Así – señala – parece existir un principio constitucional que sujeta a dicha reserva la regulación de la responsabilidad patrimonial, pues la exigencia de ley para ello se explica en el caso de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por el funcionamiento de los servicios públicos (artículo 106.2. de la Constitución) y por funcionamiento anormal de la administración de justicia (artículo 121). Y concluye: “No parece existir razón suficiente para que la responsabilidad patrimonial de los particulares quede exenta de una reserva análoga”.

Así mismo, parece mantenerse en la Constitución el principio clásico con arreglo al cual la materia civil no puede en principio ser objeto de regulación reglamentaria (como atestiguaría la expresión “legislación civil” que emplea el artículo 149.1.8ª de la Constitución).

12. Sobre la eventual inconstitucionalidad de la proyectada reforma

41 *Ibidem*. Pág. 9 y ss. También formuló agudas críticas técnicas contra el texto de MEDINA CRESPO: Las indemnizaciones por daños personales causados en accidente de circulación. El proyectado artículo 1 de la Ley del Automóvil. En: Boletín de información del Ministerio de Justicia. N° 1666, 25 de marzo de 1993. Pág. 85 y ss. Este autor se refería, naturalmente, al Proyecto que se frustró por vicisitudes parlamentarias de la primavera de 1993.

42 XIOL RÍOS. *Ob. Cit.* Pág. 6 – 7.

del artículo 1º de la ley de uso y circulación de vehículos de motor

De seguir adelante el Proyecto de Ley del que nos venimos ocupando (en rigor, Anteproyecto), cabe la posibilidad de que se planteara la cuestión acerca de su eventual inconstitucionalidad.

A propósito, debe señalarse que cuando en Estados Unidos se dictaron leyes que establecían límites para las indemnizaciones de daños corporales, sea en el terreno de los accidentes de circulación, sea con carácter general para todo tipo de *torts*, se plantearon cuestiones de inconstitucionalidad al respecto. Según nuestra última información, los tribunales de siete Estados de la Unión declararon inconstitucionales tales límites, mientras que la mayoría de los otros tribunales dejaron sin efecto la restricción a la libre apreciación caso por caso.⁴³ Advirtiendo algo tan obvio como que los criterios constitucionales de aquel país no coinciden con los del nuestro, y en general, según me parece, con los de las naciones europeas continentales (entre otras cosas, porque allí cada Estado tiene una Constitución, independientemente de la Federal), creo que es de interés señalar que el reproche de la inconstitucionalidad se encaminaba por diferentes vías.

Una de ellas era la de considerar que los límites de indemnización vulneraban el *derecho a un proceso con jurado*. Este derecho se recoge en la séptima enmienda de la Constitución Federal y se ha considerado que el establecimiento de límites legales lo vulnera.

En segundo término, se ha invocado *el derecho de acceso a los tribunales*. El Tribunal Supremo de Florida entendió en un caso que el objetivo del derecho de acceso a los tribunales es el de remediar o compensar por las lesiones y “un demandado que recibe un veredicto del jurado de, por ejemplo 1.000.000 de dólares, no recibe un remedio constitucional o compensación por sus lesiones si el Parlamento, arbitrariamente, crea un límite a la indemnización de 450.000 dólares”. Se aduce también la regla de “*equal protection*”, argumento que se ha utilizado en aquellos Estados que establecieron límites para casos especiales, por ejemplo supuestos de responsabilidad médica, pero no para otros *torts*.

Por fin se aduce *el principio de separación de poderes*, alegándose que la reforma es un ataque al Poder Judicial. Pero parece que esta razón no ha sido admitida hasta el momento por ningún tribunal.

43 Tomo estos datos de NELSON, L.J. Tort reform Alabama: ¿Are damages restrictions unconstitutional? En: Alabama Law Review. 1989. Pág. 553 y ss.

1. No pretendo entrar ahora en un análisis pormenorizado del problema, que probablemente admite otros problemas distintos de los que citaré, pero me parece que el principio de independencia judicial no podría oponerse contra el objetivo de establecimiento de límites de indemnización vinculantes para los jueces.

El artículo 117.1 de la Constitución reviste al Poder Judicial de la característica, entre otras, de la *independencia*, pero añade a continuación que los *jueces y magistrados se encuentran sometidos al imperio de la ley*.

La discrecionalidad judicial que actualmente existe en la fijación de indemnizaciones en el terreno de la responsabilidad civil constituye quizá, simplemente la manifestación de una laguna legal. Frente a cualquier vacío del ordenamiento jurídico, el legislador cuenta con tres posibles opciones, todas ellas legítimas, con independencia del grado de acierto que sobre cualquiera de ellas se predique en el aspecto dogmático o en el práctico. Una de esas opciones es la de mantener la laguna a expensas de la aplicación analógica de otras normas por parte de los tribunales, en cuanto sea posible y conforme al artículo 4º.1 del Código Civil. Otra es la mantener así mismo la laguna y dejar su cobertura al criterio de los órganos judiciales; de suerte que sea el criterio jurisprudencial sólido y pacífico el que justifique la inactividad del legislador. La tercera posibilidad es la de que este último llene el vacío legal, mediante una norma nueva.

Esta última solución no atenta contra la independencia judicial, a mi juicio, puesto que en definitiva es una manifestación de la expansión del derecho positivo. Y éste, refiriéndose al preexistente, vincula a los tribunales sin que por eso nadie se escandalice.

Sí, por otra parte el objetivo de una regla jurídica como la que nos ocupa es el de la búsqueda de la igualdad y la seguridad jurídica, amparadas en los artículos 1.1 y 9.2 de la Constitución, parece que los posibles reparos son todavía más endeblés, habida cuenta que cuando la Constitución se refiere a la igualdad no sólo alude a un ideal social y político, sino también a un principio jurídico, por ser en el ordenamiento donde alcanza plena actividad el propósito de la Norma Fundamental.

Por ello, creo que quien esgrima el argumento de la independencia judicial para oponerse a la fijación legal de topes o techos de indemnización habrá de soslayar el escollo de los principios constitucionales que se acaban de citar.

A mi juicio, cuando el artículo 117 de la Constitución habla de la independencia judicial se refiere a ella en un sentido *orgánico*, es decir, en cuanto principio

regulador del funcionamiento o quehacer del Poder Judicial, que ha de ser en todo momento preservado de cualquier factor que perturbe la actividad de aplicar e interpretar las normas en cada caso concreto, hecha con la libertad propia de quienes no se hallan inquietados en el proceso mental y material de decidir los litigios mediante resoluciones fundadas y razonadas en Derecho.

Así permite entenderlo el propio artículo 117.1 de la Ley Fundamental, al referirse a la inmovilidad y responsabilidad de jueces y magistrados.

El apartado 2 del mismo artículo alude a la separación, suspensión, traslado y jubilación.

El artículo 14.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se refiere a la perturbación que los órganos judiciales crean padecer en su independencia, con el fin de que se practiquen las diligencias estrictamente indispensables para asegurar “la acción de justicia y restaurar el orden público”.

Por su parte, el título II del Libro IV de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial se denomina “*de la independencia judicial*”. Y su mera lectura hace innecesario añadir más razones sobre lo que realmente encierra ese concepto de independencia: “de la inmovilidad de los jueces y magistrados”, “de las incompatibilidades y prohibiciones”, “de la inmunidad judicial”, “del régimen de asociación profesional de los jueces y magistrados” y “de la independencia económica”.

Por si fuera poco, son abundantísimos los ejemplos de derecho positivo que inevitablemente entrañan un cierto recorte, o incluso supresión, de cualquier discrecionalidad o libre arbitrio judicial.

Suele citarse a veces el ejemplo del Código Penal que, cuando establece una pena para determinado delito, está circunscribiendo la que de otro modo sería discrecionalidad judicial en la valoración de la conducta enjuiciada. Pero acaso este ejemplo no sea del todo concluyente, en la medida en que el valor que se halla *enfrente*, por así decirlo, es nada menos que el principio de legalidad, piedra angular del derecho penal (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*).

Por ello, parece más adecuado acudir a ejemplo extraídos de un derecho que no sea el sancionador.

Y en este sentido, por poner un caso, cito el de los artículos 142 y 143 de la Ley de arrendamientos urbanos, en materia de plazos de lanzamiento en la fase de ejecución de sentencia. En este supuesto, el juzgador no puede ampliar el plazo

de permanencia del arrendatario más allá del fijado por la Ley, con independencia de que las particulares circunstancias de un concreto arrendatario ejecutado pudieran mover a soluciones más generosas para con él.

Otro tanto ocurre en materia de intereses, en la que el antiguo párrafo segundo del artículo 1.108 del Código Civil, y hoy la Ley de 29 de junio de 1984, determinaba o determina cuál es el interés legal del dinero a efectos de lo que el ahora único párrafo del artículo 1.108 prescribe. Nada impediría a un concreto juzgador entender que el interés legal no colma verdaderamente los intereses del acreedor (valga el inevitable juego de palabras), por ejemplo porque “el precio del dinero” en el mercado lo supera sensiblemente. Basta recordar los tremendos desajustes que en este sentido se sufrían cuando el interés legal era del 4%, en abierta discrepancia de lo que la vida económica revelaba. Pues bien, el interés legal es el que el derecho positivo establece, sin que por ello parezca que la independencia judicial se ve quebrantada.

Ya que citamos este ejemplo, no está de más señalar que en algún ordenamiento jurídico se deja al juez la determinación de la tasa de interés aplicable al crédito, en función del precio del dinero, que en buena medida es apreciación subjetiva. Eso sucede en el Código de las obligaciones suizo.

Por tomar un ejemplo más, extraído ahora del derecho de trabajo, cabría mencionar el que ofrece el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. Cuando un despido se califica como improcedente, si la empresa optara por la rescisión del contrato a cambio de una indemnización, ésta será inexcusablemente de 45 días de salario por año de servicio, con un máximo de 42 mensualidades. Aquí no existe tope máximo de 42 mensualidades, sino una indemnización que el juzgador no puede incrementar ni reducir: su discrecionalidad es nula, en la medida en que no puede tener en cuenta particulares circunstancias de la concreta empresa y del concreto trabajador.

Cabe señalar, por cierto, que en la legislación laboral anterior al Estatuto de los Trabajadores el magistrado del trabajo era completamente libre a la hora de fijar la indemnización por despido: no había ni mínimo ni máximo. La fórmula actual es probablemente mejor que la anterior porque se basa en la igualdad y en la seguridad, sin que sepamos si se ha emitido alguna opinión que estime que el sistema de ahora vulnera la independencia judicial.

2. Enfoque distinto sería el que pudiera adoptarse desde el punto de vista no de los tribunales, sino de los justiciables.

No descarto que quepa plantear la pregunta de sí el eventual establecimiento de topes o techos de indemnización incurre en alguna suerte de inconstitucionalidad desde esta perspectiva a que ahora me refiero. Lo que sucede es yo no encuentro – salvo mejor criterio – argumento alguno en tal sentido. Tanto más cuanto que la *hipotética regla legal a que me refiero se inspira en criterios de igualdad y seguridad*. Y máxime si se tiene en cuenta que lo que el sistema legal del que hablo pretende no es establecer una absoluta uniformidad, sino la armonía obligada que los límites mismos imponen. Y por tanto, sin excluir la discrecionalidad judicial, porque los órganos jurisdiccionales pueden moverse con libertad de criterio *dentro de esos límites*.

Con todo, como decía, es cuestión que me limito a plantear, porque sin duda merece una atención que yo no puedo dedicarle en estas líneas.

La primera tacha de posible inconstitucionalidad se hizo, que yo sepa, por parte de PANTALEÓN PRIETO. En su ponencia sobre *Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas*, arriba citada, desarrolló ideas que ya había manifestado antes en alguna conferencia. En la mentada ponencia, este autor se plantea la hipótesis de que (según él por desgracia) se promulgase una ley que incluyese una norma como la que en este caso nos ocupa. Y la de que, además, el Gobierno publicase un decreto fijando baremos o máximos legales para la determinación de las indemnizaciones de los daños patrimoniales, o más en concreto de los ingresos dejados de obtener por causa de muerte o de lesiones corporales. Completa la hipótesis imaginando que alguien resulta seriamente lesionado en un accidente de circulación y ve como el conductor y su asegurador, demandados, solicitan que se aplique el referido decreto, que fija una indemnización por daño patrimonial sensiblemente inferior al realmente sufrido por la víctima.

Partiendo de esta simulación se pregunta el autor qué podría hacer la víctima en este caso.

En primer lugar, opina que podría solicitar del juez o tribunal que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución y los artículos 51.1 y 62.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, no aplique ese decreto, ya que le falta la indispensable cobertura de una ley, habida cuenta que la disposición adicional octava de la Ley de supervisión de seguros privados prescribe inequívocamente como objetivo de las indemni-

zaciones complementarias “la total indemnidad de los daños no corporales” y “la exacta valoración del daño causado”.

Obsérvese que PANTALEÓN pone el dedo en la llaga de la a mi juicio desafortunadísima inclusión de esas dos expresiones en el texto proyectado, extremo al que antes me he referido y en el que el propio PANTALEÓN tiene la amabilidad de basarse precisamente en mi opinión.

Pues bien, el autor lleva todavía más lejos su imaginación y supone que en el texto de la que se aprobase desaparecieran dichas expresiones. En este caso a su juicio la única defensa de la víctima sería solicitar al juez o al tribunal que, de conformidad con los artículos 163 de la Constitución, 35 a 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 5.2. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, plantee la cuestión de la constitucionalidad de esta disposición que nos ocupa ante el Tribunal Constitucional.

A estos efectos podría basarse, dice PANTALEÓN, en los siguientes argumentos:

En primer lugar, en que esa disposición vulnera el artículo 14 de la Constitución, ya que sin justificación alguna razonable trata igual casos desiguales: se prescriben indemnizaciones iguales para quienes sufren daños patrimoniales de diferente entidad cuantitativa. Con menor justificación todavía, añade, discrimina también a quienes sufren daños en su persona frente a quienes sufren daños en sus cosas: daños estos para los que nadie ha propuesto baremos legales análogos. Por no mencionar la discriminación éntrelas víctimas de los accidentes de circulación y las de accidentes de otras clases.

En segundo término, en que se vulnera el artículo 15 de la Constitución en relación con el artículo 53.1 porque a juicio del autor el derecho a obtener la indemnización íntegra del daño patrimonial provocado por una lesión corporal, cuando menos del causante doloso o culposo de la misma, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la integridad física.

Y no se arguya, añade PANTALEÓN, que no se trata de favorecer al dañante doloso o culposo, sino a su asegurador voluntario. En primer lugar, porque aunque esto sea lo que se desea, lo cierto es que no puede lograrse prácticamente sin limitar la responsabilidad del dañante, y sin hacer distinciones según haya sido o no culpable del accidente. Y en segundo lugar, porque ninguna norma obliga a compañías aseguradoras a hacer seguros voluntarios de responsabilidad civil de vehículos de motor.

Parecidos argumentos, en parte, utiliza XIOL RÍOS.⁴⁴ Aunque no esté de acuerdo con alguna de sus conclusiones (salvo que coincida con él en punto a las consecuencias económicas de los daños corporales, cosa que es posible, puesto que se trata de un extremo en que no manifiesta su posición), el tratamiento que hace del problema es agudo.

Reconoce el autor la existencia de una corriente doctrinal que reclama el establecimiento de criterios normativos tasados mediante la fijación de baremos. Pero señala cómo no han faltado voces que han visto en este intento una amenaza a la independencia judicial o a un intento encubierto de legalizar transferencias de medios económicos de las víctimas a favor de los aseguradores, en una peculiar y ciertamente discutible aplicación de una técnica similar a la subvencional. A esta especie de metáfora de “subvención” se había referido ya PANTALEÓN en la ponencia a que acabo de hacer mención.

Indica a continuación XIOL RÍOS, como comparación con el sistema jurídico del *common law*, que en un sistema de imperio de la ley como el nuestro parece más difícil lograr el efecto unificador mediante el establecimiento de criterios indicativos y de ahí que sea necesario plantearse la posibilidad de que sea la ley que asuma directamente la tarea de dar valor vinculante a los criterios que se fijen.

No olvida el autor las ventajas que tendría el establecimiento de criterios tasados de carácter vinculante.

Pero su conclusión es contraria a la fórmula del Anteproyecto que nos ocupa, basándose para ello en el principio de proporcionalidad. Reconoce que es dudoso que pueda entenderse consagrado por la Constitución el llamado principio de “total indemnidad” de la víctima, pero afirma que la desproporción notable entre el volumen real de los daños y perjuicios sufridos y la resultancia de la aplicación de los criterios de valoración económica de tales daños y perjuicios sería objetable desde el punto de vista constitucional.

Parece conveniente reproducir sus propias palabras:

“El principio de igualdad en la ley y en la aplicación de la ley (artículo 14 de la Constitución) impide que el hipotético sistema de valoraciones tasadas signifique un tratamiento

44 XIOL RÍOS. Ob. Cit. Pág. 4 y ss. Debe advertirse que aunque el trabajo de este autor constituye, formalmente hablando, una ponencia de un congreso celebrado en 1993, como se ha señalado más arriba, en realidad ha tenido que ser redactado en 1994, puesto que incluye la cita del informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto en que nos encontramos, informe que se publicó en marzo de 1994 y que parece seguro que se emitió comenzando ya ese año.

desigual de casos iguales, tal como ha formulado en reiteradas ocasiones aquel principio el Tribunal Constitucional. En consecuencia, cualesquiera consecuencias inicuas en la aplicación del sistema permitirían su impugnación por violación del derecho a la igualdad en relación con la prohibición de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos (artículo 9 de la Constitución). Por otra parte, la Constitución contiene una batería de preceptos (todos ellos de valor vinculante para el legislador, aun cuando no siempre su alegación ante los tribunales pueda hacerse directamente) de los que se desprende que un sistema de valoraciones que no pueda entenderse que procura razonablemente la indemnización de los daños corporales con arreglo a las exigencias de un resarcimiento real a favor de la víctima correría el riesgo de ser declarado inconstitucional. Entre ellos está el que reconoce el derecho a la integridad física y moral (artículo 15), cuya efectividad se reduciría notablemente sin la existencia de un sistema de resarcimiento de daños corporales que reuniese los requisitos expresados. Igualmente cabe citar el reconocimiento del derecho a la protección de la salud (artículo 43), especialmente significativo en el orden de los gastos de asistencia médica y atención a los incapacitados como consecuencia del daño corporal sufrido. El tratamiento de las situaciones de fallecimiento e incapacidades transitorias y permanentes está en relación, a su vez, con la obligación que la Constitución impone a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39).

La clave de la bóveda de un sistema de responsabilidad fundado en el resarcimiento de los daños y perjuicios padecidos por la víctima de los daños corporales y por los eventuales perjudicados está en la proclamación, como fundamento del orden político y de la paz social, de la dignidad de la persona y del respeto a los derechos de los demás (artículo 10 de la Constitución). Este último principio a su vez, constituye la base del principio de responsabilidad, expresamente proclamado en el artículo 9 de la Constitución respecto de los poderes públicos.

El adecuado desarrollo del principio de proporcionalidad entre la indemnización y la entidad real del daño, básico en la economía constitucional de todo sistema de tasación legal de los daños corporales, exige sin duda atender a los aspectos más diversos de su regulación, todos ellos significativos desde esta perspectiva. Así, parece indispensable exigir que el sistema de tasación legal que pretenda establecerse esté sujeto a un procedimiento adecuado de actualización de los baremos o tablas que se fijen, pues otra cosa supondría que el transcurso del tiempo lo haría sustraerse a aquellas exigencias básicas. Así mismo, el sistema ha de tener el grado de pormenorización suficiente para prestar atención a las más diversas circunstancias que sean dignas de consideración en orden a la cuantificación de las consecuencias efectivas del hecho dañoso. Una excesiva simplificación puede desembocar en la inequidad”.

Luego el autor añade:

“La técnica estricta de baremación no parece compatible con el respeto a los principios apuntados en todos los aspectos de las indemnizaciones por daños corporales. En el cam-

po de los perjuicios morales la técnica del baremo parece brindar posibilidades bastante satisfactorias, pues no existen puntos de referencia ligados a las circunstancias del caso concreto que, por lo general, no pueden ser previstos y ponderados de antemano, siempre que el sistema se construya de manera técnicamente acertada y con la suficiente experimentación. Todo lo más, puede resultar suficiente el dejar en manos del juez un porcentaje de corrección sobre la cantidad resultante de aplicar los baremos.

Por el contrario, en los diferentes aspectos en que el daño corporal se traduce en unas consecuencias negativas susceptibles de una valoración más directa sobre los elementos que la realidad suministra (y que pueden ser aportados por vía de alegación y prueba al proceso), el establecimiento de baremos ofrece mayores dificultades, como ocurre con la disminución de ingresos, con la pérdida de la ocasión de obtenerlos, con los gastos de asistencia médica o de atención al incapaz mediante elementos materiales o ayuda de otra persona. La aplicación de tablas cerradas para estos conceptos puede dar al traste con el principio de proporcionalidad antes recogido, pues la estimación de la cuantía en cada caso depende de circunstancias muy variables y es susceptible de demostración concreta.

Esto no significa, sin embargo, que para la fijación de estos aspectos del quantum indemnizatorio deba renunciarse totalmente a la técnica de tasación legal. En efecto, en primer término, parece perfectamente lícito que la ley fije aquellos elementos o conceptos que deben ser objeto de resarcimiento y aquellos que no deben serlo y que consagre reglas de experiencia que orienten al juzgador en su valoración. Para ello el legislador tiene el límite ya indicado del principio de proporcionalidad, pero dispone de una amplia facultad de configuración. Asimismo puede ser objeto de regulación legal los medios de prueba o justificación del perjuicio patrimonial en cada caso sufrido". Aquí termina la cita de XIOL RÍOS.

No obstante, creo que lo que este autor manifiesta no constituye ninguna discrepancia radical respecto del sistema de límites de indemnización vinculantes para los jueces, al menos tal y como yo entiendo que ese sistema tendría que ser.

En efecto, parece que la discrepancia estaría sólo en cuanto al capítulo de disminución de ingresos o pérdida de ocasión de obtenerlos y en el de gastos de asistencia médica o de atención al incapaz mediante elementos materiales o ayuda de otra persona, puesto que XIOL RÍOS parece admitir "la técnica del baremo" en lo que se refiere a los "perjuicios morales", concepto en el que pienso que el autor incluye todos los aspectos no patrimoniales inherentes a un fallecimiento o a una incapacidad.

Si esto es así, la discrepancia es sólo aparente (al menos en lo que respecta a mi pensamiento), puesto que el capítulo de pérdida de ingresos (por utilizar una expresión unitaria) podría y debería acercarse a la real cuantía de los mismos, aunque, eso sí, excluidos los subsumibles en el concepto de "rentas altas", a que me he referido con anterioridad. Igualmente, estimo que los daños consistentes en desembolsos efectivos (aunque algunos se proyecten hacia el futuro), como los resultantes de la atención del lesionado por parte

de otra persona, tendrían que ser satisfechos íntegramente, puesto que son de innegable objetividad. También lo he dicho así en páginas anteriores de este trabajo.

Lo que en todo caso considero muy acertado es lo que XIOL RÍOS sugiere en punto a la implantación de una fórmula como la que aquí nos ocupa. Dice este magistrado que “la complejidad de los factores que entran en juego parece aconsejar, si no exigir, que el sistema esté suficientemente experimentado”. Y añade: “Para ello parece indispensable que la norma realice un adecuado escalonamiento entre los períodos de aplicación potestativa del sistema o de partes de éste, la corrección de los errores observados y el definitivo establecimiento de su carácter vinculante, incluso de modo progresivo”.

13. El “Sistema SEAIDA 91”, visto en 1994

SEAIDA, como tal Asociación, ha permanecido atenta al eco de su *Sistema*, que en definitiva es el de la Orden de 5 de marzo de 1991, e interesada en recoger opiniones de todos los sectores, con vistas a una eventual revisión de su trabajo.

Por ello, el número 75 de la “Revista Española de Seguros” (julio – septiembre de 1993, pero aparecido en 1994) se dedica monográficamente a examinar el *Sistema*, formula unas interesantes consideraciones sobre lo que éste quiso ser, sobre sus inevitables limitaciones y sobre las perspectivas hacia el futuro.

Intervienen en la obra una serie de autores, alguno de los cuales contemplan el grado de aplicación del baremo en la actualidad, desde el punto de vista de la Judicatura, de la Fiscalía, de la abogacía, de los consumidores.

A continuación otros autores examinan los diversos conceptos que componen el baremo, exponiendo sus opiniones sobre extremos en que podría ampliarse o modificarse.

Como es lógico, no voy a referirme a cada uno de esos trabajos, pues basta con la remisión a la obra.

Sin embargo, sí quiero detenerme un momento en un capítulo en el que a mi juicio el baremo adolece de, por así decirlo, falta de realismo.

Sin perjuicio de que el autor de estas líneas formara en su día y forme ahora parte del grupo de trabajo autor del *Sistema* y empeñado en el propósito de mejorarlo, lo que implica conformidad respecto de lo que en 1991 se hizo, no puede dejar de decir sin embargo que hay un extremo del baremo que siempre le suscitó reparos.

Me refiero al capítulo relativo a los genéricamente denominados “factores de corrección para la valoración de las indemnizaciones por muerte” y “factores de corrección para la valoración de las indemnizaciones por incapacidad permanente”. Más en concreto, aludo al extremo consistente en el concepto de “perjuicios económicos”, expresión con la que se quiere afrontar la pérdida de ingresos familiares a consecuencia del fallecimiento y la pérdida de ingresos de la víctima resultante de su invalidez.

Ya he dicho más arriba cuál es el sistema de la Orden de 5 de marzo de 1991, que no determina ningún incremento para el caso de víctima con ingresos de hasta 50 unidades de SMI, mientras que por el contrario se contempla un porcentaje de aumento de hasta 25% para víctimas cuyos ingresos anuales fueran entre 50 y 100 unidades SMI y el de hasta un 50% para quienes estuviesen en volumen de ingresos anuales de más de 100 unidades de SMI.

Apuntaba antes también que ese “abanico” de posibles *situaciones económicas* de las víctimas no revela, a mi juicio, la que podríamos llamar *dispersión real de ingresos anuales de la población española significativa*, esto es, excluidas las rentas ínfimas o míseras y también las exorbitantes o fuera de lo común.

Pues bien, en el número de la revista que nos ocupa se halla la colaboración de SOTOMAYOR GIPPINI, J.M., encargado precisamente de comentar el capítulo a que ahora me refiero.⁴⁵

Este autor, tomando como punto de partida un estudio del profesor FLORES sobre *Una estimación de la distribución familiar de la renta en España*, propone una fórmula consistente en que hasta el importe en pesetas de 50 unidades del SMI no se aplique incremento alguno. Desde dicho aporte hasta 100 unidades del SMI, propugna la aplicación de un porcentaje de aumento de hasta un 50%. Y desde dicho importe último hasta el equivalente a 200 unidades SMI, sugiere un porcentaje de aumento de hasta un 100%.

Excepcionalmente añade SOTOMAYOR, cuando la pérdida por ingresos económicos supere a las contempladas en los apartados anteriores, se podrán acordar cantidades más elevadas, siempre que dichas pérdidas supongan, además, un grave descenso en el nivel de vida familiar, sin que en ningún supuesto pueda sobrepasar el quíntuplo de la cantidad correspondiente de la tabla I, sin corrección alguna. Se recordará que esa tabla I es la que por medio de un sistema de

45 SOTOMAYOR GIPPINI, J.M. Pérdida de ingresos económicos e indemnizaciones por incapacidad permanente, factores de corrección para la valoración de las mismas. Págs. 42 y 72 y ss.

puntos valora los diversos casos de incapacidad y de sus correlativas secuelas. Y esto, tanto para el caso de muerte como para el de incapacidad permanente, *mutatis mutandis*.

En este punto procede recalcar lo que viene siendo insistencia por mi parte; que la cuestión no estaba precisamente en estar de acuerdo o no con unas determinadas cifras, sino con un *criterio*.

Y ese criterio, sin el cual hablar de baremos pierde todo su sentido, es el de que *es defendible la propuesta de que en materia de pérdida de ingresos como consecuencia de muerte o de invalidez que establezcan unos techos o límites vinculantes para los tribunales, a fin de evitar las consecuencias a que podrá conducir un sistema de capitalización de los ingresos dejados de percibir, cuando se trata de rentas muy elevadas.*

Pero, como decía, siempre se vuelve – inevitablemente – a la cuestión de origen: si es razonable o no en nuestro país, y ahora, establecer una fórmula legal de indemnizaciones máximas en sentido riguroso, esto es, no susceptibles de superación por parte de los órganos judiciales.

Responsabilidad Civil y del Estado

No. 16
Febrero de 2004

- el consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño

Dr. Ricardo de Ángel Yágüez

- concurrencia de la indemnización y las prestaciones sociales

Dr. Enrique Gil Botero

- del daño moral y el perjuicio a la vida de relación hacia una teoría general de daños extrapatrimoniales

Dr. Obdulio Velásquez Posada

- deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral"

Dr. Carlos Fernández Sessarego

- la intervención de las compañías de seguros en el proceso penal colombiano

Dr. Gilberto Martínez Rave



EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y EL DAÑO

Ricardo de Ángel Yagüez

Uno de los problemas – quizás el más importante – que se plantea en los casos de responsabilidad civil del médico por incompleta o deficiente información al paciente es la determinación del quantum de la indemnización. Para ello es necesario fijar con precisión cuál es el daño sufrido por el actor, de manera que pueda hablarse en rigor de una “relación de causalidad” entre la conducta del profesional y el “verdadero daño” que pueda ponerse a cargo del. Se analizan estas cuestiones a la luz de varias recientes sentencias (del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia).

CONTENIDO:

Propósito

Las claves de la responsabilidad por incumplimiento del deber de información. ¿de qué daño se responde?

Conclusiones

I. PROPÓSITO

1. Con la presente aportación me propongo *volver* sobre el que, con ciertas concesiones al lenguaje, llamamos e identificamos como “*consentimiento informado*”. Sabidos son los reparos que suscita esta denominación, pero no es mi intento de entrar en este extremo. Por ello, la acepto como modo de entendernos.

Y si hablo de *volver* es porque, ya he escrito en otro lugar, creo que el consentimiento informado es un tema del que bien pueden afirmarse que siempre hay *algo nuevo* que decir; está *eternamente inacabado*. En él no hay extremo que no esté plagado de cuestiones y problemas: quién debe informar, a quién se debe dar la

información y sobre el qué, el cuándo, el cuánto y el cómo de su objeto.¹ Todo ello, por si fuera poco, entrelazado con los no menos complejos aspectos de la *historia clínica*. Y, desde luego, *sobrevolando* a lo anterior, qué consecuencias jurídicas resultan del no informar o del hacerlo de forma incompleta.

2. Deslindado así el *objeto amplio* de este trabajo, corresponde ahora señalar cuál es el estricto o concreto a que me refiero.

Partiendo de la base de que, a mi juicio, el *quid* del consentimiento informado consiste en determinar qué consecuencias lleva aparejadas la falta de información por parte del médico, esto es, qué criterios deben gobernar la fijación o cuantificación de la condena que se le imponga, a este extremo es al que voy a dedicar mi atención ahora.

Debo advertir que la hipótesis a la que me refiero es aquella en la que el médico no da información al paciente; o, para hablar con más realismo, cuando no le proporciona, precisamente, la información relativa al episodio determinante del que luego acaba siendo el motivo de la demanda.

Por expresarlo de otro modo, y aunque esta descripción no abarque todos los casos posibles, me refiero por ejemplo al caso en que el médico realiza una intervención quirúrgica sin haber informado al paciente de los riesgos y probabilidad de éxito de la operación, así como de las posibles alternativas de tratamiento.

Son hipótesis en las que, como premisa, la actuación médica se realiza conforme al *lex artis*, pero sobreviniendo al paciente efectos distintos – se entiende, perjudiciales – de los que normalmente llevaría aparejados la acción terapéutica del profesional. Esto es, la *culpa* del médico radica únicamente en no haber informado de forma completa.

Habida cuenta de que, por definición, los casos que me ocupan tienen la particularidad de que el médico infringe el deber de información, pero no la *lex artis* en lo que es su acción profesional en el más estricto sentido de la palabra, y para poder así entendernos, llamaré de ahora en adelante *acción curativa* a la actuación del médico en el aspecto rigurosamente terapéutico, dejando como *no información* la conducta del médico en el extremo a que este trabajo se contrae; esto es, la de no proporcionar al paciente esa información debida.

¹ Sobre estos últimos extremos trata muy concienzudamente la Sentencia del Tribunal Superior de Navarra de 27 de octubre de 2001.

3. En cuanto al *método*, el que adopto en el presente trabajo es el de tratar de extraer algunas conclusiones a la luz de varias sentencias recientes. Son todas ellas de *casación* (en el sentido más amplio de la expresión, es decir, sea del Supremo, sea de Tribunales Superiores de Justicia en *casaciones forales*). Y al decir recientes, quiero significar que son los tres últimos años.

Por tanto, me *sirvo* de esas sentencias para, a modo de punto de partida, poner de manifiesto algunos problemas que creo que deben ser objeto de reflexión.

4. También quiero señalar cuál es el *motivo* que inspira este trabajo.

a) En primer lugar, llama la atención que sentencias recaídas en casos como el que me ocupan concedan al demandado una indemnización *representativa de todo* el daño sufrido por él.²

Este caso debe ser objeto de consideración, si se tiene presente que en otras resoluciones se concede al actor una indemnización *inferior* a la *representativa* del daño por él alegado.

Precisamente las dos primeras sentencias que se vaya a examinar son reveladoras de este contraste.

b) En segundo lugar, me mueve la circunstancia de que, aunque muchas sentencias colocan el problema en sede de relación de causalidad, otras, por el contrario, lo excluyen de forma expresa.

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2002, que enseguida citaré, refiriéndose a una reclamación por la atrofia de uno de sus testículos sufrida por el demandante como consecuencia o a raíz de una operación de vasectomía, riesgo que no le había sido comunicado por el médico, la Sala Primera declara que “*no se plantea un problema de si se da o no una “relación de causalidad” entre una desinformación negligente y el resultado dañoso producido*”.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 4 de abril de 2000 (en un caso en que el paciente, como consecuencia de una operación quirúrgica calificada como “prácticamente necesaria”, le sobrevino una paraplejía), el Tribunal declara que “*la desgraciada cristalización en el resultado de la operación... no es imputable causalmente a dicha falta de información...*”

2 Como es obvio, cuando hablo de “*representativa de todo el daño*”, utilizo ese adjetivo porque, en efecto, tratándose de daño corporal, o mejor, de daño a la persona, la indemnización en dinero es sólo un “*equivalente estimado*” del daño sufrido por el demandante.

Es decir, al menos en estos dos casos (e insisto en que los menciono por recientes), el Tribunal consideró que entre la falta de información por parte del médico y el desenlace dañoso sufrido por el paciente no existe relación de causalidad. O, para ser todavía más fieles a los que dijeron ambas sentencias, *el problema no es de relación de causalidad*.

5. Establecidos el objeto, el objetivo, el método y los motivos del presente trabajo, corresponde ahora señalar que en él me propongo sugerir algunas tesis. Todas ellas, forzoso es repetirlo, encaminadas a tratar de aportar algún criterio en torno al proceso intelectual que conduce a la condena del médico en caso de falta de información; y, más concretamente, al que lleva a la determinación de un concreto *quantum* de esa condena.

Esas tesis son las siguientes:

a) Creo que entre la actuación del médico, deber de informar, y el resultado sobrenvenido al paciente, sí existe relación de causalidad, entendida esta expresión en su sentido “*material*” o “*físico*”.

Si el profesional no hubiese desplegado su *acción curativa* como lo hizo (aunque por hipótesis fuera de manera ajustada a la *lex artis*), no se habría producido al paciente el desenlace *comprobado*.

Por tanto, disiento de lo que al respecto manifiestan las dos sentencias, de las Salas Primera y Tercera, a que hasta ahora me he referido.

b) El daño sufrido por el paciente es, en estos casos, objetivamente imputable al médico.

c) Eso no significa que *siempre* (es decir, en todo caso) el “daño” del paciente tenga que identificarse con el “*daño indemnizable*”, esto es, el que puede *ponerse a cargo* del médico.

Hay elementos de juicio que pueden conducir a la conclusión de que el *daño experimentado por el paciente* no tiene por qué ser el *daño indemnizable por el médico*.

Puede no haber *daño indemnizable* cuando la actuación curativa del médico se manifiesta como tan evidentemente imprescindible, que la falta de información se muestra irrelevante, a la luz de una racional interpretación de las cosas. Son casos en los que no puede decirse que se haya privado al paciente de la posibilidad “*real*” de decidir, esto es, de ejercitar el derecho a la *autodeterminación*.

El daño puede moderarse (a efectos del *quantum* de la indemnización) en función de este criterio: la verosimilitud o razonable probabilidad de que el paciente hubiese asentido al acto médico que se llevó a cabo.

Si no se diera ninguna de las circunstancias precedentes, o en su caso en la del supuesto anterior, procedería (quizá, *además*) la condena al médico a indemnizar al paciente el daño moral consistente en no haber podido decidir “*conscientemente*” sobre el acto médico que se ejecutó.

II. LAS CLAVES DE LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN. ¿DE QUÉ DAÑO SE RESPONDE?

1. A veces, cuando nos referimos a ausencia de información, suele salir a la palestra el tema o argumento de la relación de causalidad. Es, frecuentemente, una alegación defensiva del médico demandado.³

No obstante, algunas sentencias discurren por otro camino.

2. Es ejemplo de esto último la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2002.

El demandante había sido intervenido en una operación de vasectomía y, debido a complicaciones surgidas en la misma, se le produjo un gran hematoma que acarreó la pérdida por atrofia de uno de sus testículos.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda. Y de la sentencia del Supremo se desprende que los dos órganos judiciales habían razonado en torno a la relación de causalidad.

Al examinar el motivo cuarto del recurso de casación del demandante, que se desestima, la Sala Primera hace uso de la “*relación de causalidad*”, siquiera en un sentido lato, pero no colocándola entre la falta de información y el daño, sino entre la intervención quirúrgica y el daño.

Es más adelante, con ocasión del examen del tercer motivo, cuando la Sala Primera pasa a razonar sobre el significado de la inexistencia – que se declara probada – de previa información al paciente del riesgo de las complicaciones operatorias y postoperatorias sufridas por él. El Tribunal parte de la prueba de que, si bien la atrofia testicular no es resultado normal de este tipo de operaciones

3 Hay sentencias que aluden a la “causa” del daño sobrevenido al paciente, pero eso no significa que se razone en términos de relación de causalidad. Un ejemplo es la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1999

(vasectomía), sí es una consecuencia lógica cuando se da la concurrencia de un hematoma y posterior orquiepididimitis.

Y la Sala argumenta de la siguiente forma, conducente en definitiva a la estimación del recurso de casación y, con ella, a la de la demanda:⁴ *“Dejando sentado que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor ad probationem (sentencias, entre otras, 2 octubre 1997, 26 enero y 10 noviembre 1998, 2 noviembre 2000), y que la carga de la prueba de la información incumbe al médico (SS 25 abril 1994; 16 octubre, 10 noviembre y 28 diciembre 1998; 19 abril 1999, 7 marzo 2000 y 12 enero 2001), el juicio jurídico que merece la anterior base fáctica (que resultó incólume en casación) es que se infringió el deber de información médica, de tal modo que el consentimiento obtenido para la operación no estaba debidamente informado, por lo que el paciente (cliente o usuario) no pudo ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria que tiene su fundamento en la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). Los aps. 5 y 6 del art. 10 de la Ley General de Sanidad, L 14/1986, de 25 abril, establecen el derecho del usuario de los servicios sanitarios públicos (y de los privados, ap. 15) a que se le dé en términos comprensibles información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, y a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico en su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito para la realización de cualquier intervención (excepto los casos que menciona). Y en el caso presente resulta evidente que la información proporcionada no fue la oportuna y razonable en relación con la intervención y el usuario, pues no se le pusieron de relieve eventuales riesgos, previsibles e incluso frecuentes, para poder ser valorados por el mismo, y con base en tal conocimiento prestar su asentimiento o conformidad o desistir de la operación, y ello era tanto más relevante si se tiene en cuenta que se trataba de una intervención quirúrgica, y de un supuesto de los que se denominan de medicina voluntaria (no curativa, o satisfactiva) en los que la libertad de opción por parte del cliente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa.*

No cabe compartir el juicio de valor que sobre el antecedente fáctico se hace por el juzgador de la primera instancia (asumido por el de la segunda) porque no se plantea un problema de si se da o no una ‘relación de causalidad’ (expresión que hay que entender en un sentido figurado y no en los técnicos de causalidad material, o de causalidad jurídica) entre una desinformación negligente y el resultado dañoso producido, sino si la información recibida fue la debida para prestar el consentimiento o conformidad a la intervención,

4 La reclamación era por 7.000.000 de pesetas, cifra que la Sala Primera estima “Ponderada”.

sin que quepa duda que el riesgo de complicación tiene entidad suficiente para considerar seriamente la decisión de no someterse a la operación. Es por ello, por lo que debe quedar claro que carece de relevancia que no se haya probado una negligencia médica en la práctica de la intervención, ni en el postoperatorio. Por otro lado, es cierto que el deber de informar no tiene carácter absoluto y omnicompreensivo pero obviamente se extiende a complicaciones 'previsibles y frecuentes' que, como las del caso, pueden acarrear el grave daño (colateral respecto del resultado perseguido con la operación) de pérdida por atrofia de un testículo, a lo que debe añadirse (ex abundantia) el aspecto, ya antes puesto de relieve, de que en la relación fáctica no consta una explicación concreta acerca del tratamiento del hematoma que dio lugar como 'consecuencia lógica' a la atrofia, por lo que si tal omisión no puede perjudicar en materia de tratamiento, tampoco puede ser utilizada en sentido contrario a modo de cortocircuito en materia de información pretendiendo sustentar la suficiencia de ésta en que la atrofia testicular no es un resultado normal de una vasectomía, lo que, por lo demás, es una obviedad porque la atrofia es una consecuencia de una complicación surgida durante la operación de vasectomía, y no de ésta. La argumentación expuesta hace innecesario entrar en las consideraciones efectuadas en el motivo acerca de que en el cuadernillo proporcionado por el centro de orientación familiar -única información recibida-, se hace constar que las operaciones de vasectomía no tienen efectos secundarios y se trata de una intervención sencilla que sólo puede molestar durante un par de días.

La solución expresada se ajusta a la jurisprudencia de esta Sala, que pone de relieve la importancia de cumplir el deber de información (sentencias, entre otras, de 25 abril 1994; 24 mayo 1995; 31 julio 1996; 11 febrero, 1 julio y 2 octubre 1997; 16 octubre y 28 diciembre 1998; 13 abril 1999, 7 marzo y 26 setiembre 2000; 12 enero y 11 mayo 2001), porque, para que el consentimiento prestado por el usuario sea eficaz, es preciso que sea un consentimiento que se preste con conocimiento de causa, y para ello se requiere que se le hubiesen comunicado, entre otros aspectos, los riesgos y complicaciones que podían surgir durante o a posteriori de la operación”.

A efectos del presente trabajo, me interesa destacar dos puntos de esta sentencia:

De un lado, el párrafo en el que la sentencia dice: “No cabe compartir el juicio de valor que sobre el antecedente fáctico se hace por el juzgador de la primera instancia (asumido por el de la segunda) porque no se plantea un problema de si se da o no una ‘relación de causalidad’ (expresión que hay que entender en un sentido figurado y no en los técnicos de causalidad material, o de causalidad jurídica) entre una desinformación negligente y el resultado dañoso producido, sino si la información recibida fue la debida para prestar el consentimiento o conformidad a la intervención ...”.

El daño fue la lesión de la dignidad humana del paciente, contemplada en su vertiente de autodeterminación o libre disposición de su integridad física y salud.

En otras palabras, la sentencia discurre pensando que el médico no debe responder de la pérdida del testículo del actor, pues acepta como probado el “*correcto tratamiento de los problemas, tanto por parte del médico que intervino como del centro en general*”, si bien no puede dejar de mencionarse la observación que la Sala Primera desliza a continuación.

Dice: “... aunque no consta (en la relación fáctica) referencia alguna a cómo se trató el hematoma que produjo la atrofia”.⁵

Si la sentencia, como vemos, descarta la existencia de un problema de relación de causalidad entre la falta de información y el daño del actor, ¿por qué concepto se indemniza a este último?

Una posible respuesta (la que adopta esta resolución) es la de que el daño fue la lesión de la dignidad humana del paciente, contemplada en su vertiente de autodeterminación; o, como dice la sentencia, la “*libre disposición de su integridad física y salud*”.

Por la misma vía discurren muchas otras resoluciones del Supremo.

En segundo lugar, la sentencia que vengo citando es significativa porque concede al demandante la reparación de *todo* el daño por él sufrido.⁶ Y, desde luego, son bastantes las resoluciones que adoptan ese criterio de *indemnización íntegra* en problemas como el que me ocupa.

No es necesario acudir a muchos ejemplos, pero en el presente trabajo procedo – porque es un buen “*banco de pruebas*” – la cita de la Sentencia del Tribunal

5 Estas últimas palabras de la sentencia se repiten de nuevo en la parte que conduce a la estimación del recurso, lo que no hace sino crear una cierta intriga o vacilación en el lector. En efecto, una de dos: o se estima que la actuación del médico fue -salvo en lo relativo a la información- totalmente correcta, o se encuentra alguna culpa en su proceder. En el primer caso, me parece, la declaración del “hecho probado” tiene que ser contundente y categórica, porque sólo de ese modo es posible razonar sobre la falta de información en sentido estricto. Si, por el contrario, se estima que en el actuar del médico hubo alguna negligencia (hablo de la “acción quirúrgica”, exclusivamente), su condena debe ser por este motivo, sin necesidad de acudir (salvo “a mayor abundamiento”) a cuestiones ligadas con la información. En la sentencia que me ocupa, parece como si se atisbase en el razonamiento del Supremo “una cierta duda” sobre la actuación *curativa* del médico. Pero es muy temerario suponer que esa posible duda pudiera influir en la *ratio decidendi* del fallo.

6 Forzoso es insistir en que, cuando hablo de *todo* o de *parte* del daño, estas expresiones han de entenderse con la relatividad a que antes me he referido.

Superior de Justicia de Navarra de 6 de septiembre de 2002, en la que el Tribunal, declarando no haber lugar al recurso de casación foral interpuesto por la clínica demandada, mantiene en definitiva la cuantía de la condena de la Audiencia, fijada en 662.188,22 euros. Cifra que, leyendo la sentencia de la Audiencia, de 1 de febrero de 2002, fundamento jurídico quinto, representa la reparación *íntegra* del daño sufrido por la niña en cuya representación se formuló la demanda.

Ante resoluciones como éstas, desde luego respetabilísimas, no cabe sino preguntarse en qué medida se ajusta a la lógica que un médico sea condenado a indemnizar al paciente en la misma cantidad, tanto si la culpa del profesional fuese la de no haber advertido, por ejemplo, de los riesgos de una intervención quirúrgica, como si la culpa del facultativo hubiera consistido en una impericia al practicar la intervención (y, si se me apura, incluso en una grave torpeza al llevarla a cabo).⁷

No obstante, también hallamos sentencias en que la indemnización concedida es por un *quantum* inferior al daño experimentado por el paciente.

Visto ese contraste, que por ahora me limito a señalar, creo que debe ser objeto de reflexión por qué motivo y en qué circunstancias (si hay alguno o alguna, respectivamente, que acaso sí los haya) puede suceder que un médico responda *de la misma forma* por no haber informado que por haber sido muy torpe en su acción de diagnosticar, pronosticar o aplicar una terapia. O, dicho al revés, en qué casos la responsabilidad del médico puede ser por un *quantum* inferior.

Es posible que las sentencias que comento en este trabajo nos sugieran alguna pauta.

3. Como contraste, en parte, con la sentencia de la Sala Primera que acabo de referir, interesa traer a colación la de la Sala Tercera de 4 de abril de 2000.

Esta sentencia aborda y resuelve el problema consistente en determinar de qué se responde cuando la culpa del profesional médico radica no en otra cosa sino en la infracción de los deberes de información al paciente.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia había desestimado el recurso deducido por D. Jesús contra resolución del

⁷ Se trata de un problema parecido (en cuanto al *resultado*) al que plantean los casos de responsabilidad civil de abogado (o de procurador), cuando la culpa del profesional consiste en dejar perecer un trámite procesal, por ejemplo por prescripción de la acción ejercitada o por la caducidad de un recurso que podía haberse entablado. Luego volveré sobre las “zonas comunes” que hay entre los dos grupos o tipos de problemas.

Director General del Insalud, denegatoria de indemnización por las consecuencias dañosas derivadas de una intervención quirúrgica.

La Sala del Supremo discurre en torno al significado, contenido y alcance del derecho a la información que corresponde al paciente, correlato del deber que en tal sentido incumbe al profesional de la Medicina. Y es significativo que la sentencia estimase el recurso por este motivo, con una doctrina que reviste interés no sólo en lo sustantivo -lo que el deber de información entraña-, sino también en el procesal - en cuanto que se aborda lo relativo a la prueba sobre la existencia o no de tal información-.

En el fundamento jurídico quinto, en su comienzo, la sentencia sienta las bases de lo que había de ser su decisión sobre la determinación de la cuantía de la indemnización procedente en el caso.

Dice al efecto la resolución:

“El artículo 102.3º LJCA, aplicable al presente proceso por razones temporales, ordena a la Sala, en caso de estimación del recurso de casación por todos o algunos de los motivos aducidos por infracción del ordenamiento jurídico o por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, resolver lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate.

En primer término, debe declararse inadmisibile el recurso interpuesto contra el Servicio Gallego de Salud por las razones expuestas en la sentencia casada.

En el caso examinado se ha probado que el actor ha padecido como consecuencia de la operación quirúrgica realizada una paraplejía que es definida en la demanda, en términos sustancialmente aceptados por la contestación, como paraplejía flácida con nivel sensitivo en D-11, por síndrome espinal anterior, con paraparesia, quedando el compareciente, a pesar de rehabilitación en la Unidad de lesionados medulares del Hospital Juan Parejo de La Coruña, parapléjico y en silla de ruedas, al no poder realizar movimiento alguno contra la gravedad o resistencia, siendo el déficit de la capacidad fisiológica del 70%, dado el daño medular irreversible.

La circunstancia de no haberse informado debidamente a los representantes del menor de los graves riesgos de la operación no desempeña una virtualidad causal en el resultado dañoso producido, puesto que del relato de hechos de la sentencia de instancia que hemos aceptado se desprende que la operación se desarrolló adecuadamente, que era prácticamente necesaria y que, atendidas las circunstancias, la decisión tomada en el caso por el equipo médico de no aplazar la operación fue la esperable también de cualquier persona

situada en la tesitura de arriesgarse a un porcentaje tan mínimo de riesgo como el de autos frente a un seguro futuro tan problemático respecto de la salud y en el momento en que ya empezaban los síntomas al respecto como era el de la hipertensión. Los daños corporales derivados de la operación no están, pues, ligados al funcionamiento anormal del servicio público sanitario y no son indemnizables.

No cabe duda, sin embargo, de que, al omitir el consentimiento informado, se privó a los representantes del menor de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica y se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención. Esta situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud.”

Por fin, la Sala concluye:

“Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación, que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención. En el sistema de valoración del daño corporal regulado en la Ley de responsabilidad civil y seguro de vehículos de motor, a cuyos criterios esta Sala acude de modo analógico y orientativo para la ponderación necesaria en la indemnización del daño moral, no se haya incluido un daño moral por omisión de información para obtener el consentimiento de la naturaleza del que estamos contemplando. Sin embargo, el concepto con el que hayamos una mayor analogía es el previsto en la tabla II para los daños morales complementarios en el caso de secuelas de especial gravedad, dado que se trata de un concepto que parece encaminado a valorar con independencia, cuando la secuela padecida es de especial intensidad, un daño moral añadido al correspondiente a la situación concreta de lesión permanente o invalidez y a las circunstancias personales, familiares y sociales que la rodean. La cuantía aplicable para dicho concepto es la de 11.170.000 de pesetas, que es la que, a falta de otras referencias, esta Sala toma como orientación acudiendo a un prudente criterio estimativo, con las observaciones siguientes:

a) Consideramos prudente aplicar la suma contemplada en el sistema de valoración en su grado máximo, habida cuenta de la grave importancia y riesgo notable (por su gravedad, aun cuando el grado de probabilidad sea bajo) de la operación, puesto de manifiesto por las secuelas padecidas, aunque este último resultado es indiferente para la fijación de la cuantía.

b) Aplicamos la cuantía fijada en el sistema en el momento actual (con las pertinentes actualizaciones) aplicando el principio llamado de deuda de valor, en virtud del cual un sistema adecuado para actualizar el importe de la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración es el de fijar la cuantía con arreglo al momento en que se decide sobre ella.

c) Hemos tenido en cuenta los porcentajes del IPC correspondientes a los años transcurridos desde 1986, incluido éste, por no considerar vinculante ni posiblemente acertada la interpretación que la Dirección General de Seguros ha dado al anexo primero, 10, de la Ley de responsabilidad civil y seguro de vehículos de motor en el sentido de excluir la actualización correspondiente al año 1986.”

Por ahora, de esta resolución vamos a tomar dos datos:

En primer lugar, y en términos muy parecidos a los que utiliza la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio 2002, a que antes me he referido, la sentencia actual niega que entre la falta de consentimiento informado y el daño en definitiva sufrido por el paciente exista relación de causalidad. Recordemos lo que dice la Sala Tercera: “La circunstancia de no haberse informado debidamente a los representantes del menor de los graves riesgos de la operación no desempeña una virtualidad causal en el resultado dañoso producido, puesto que del relato de hechos de la sentencia de instancia que hemos aceptado se desprende ...”

En otro lugar, la sentencia dice: “Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación, que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito ...”

En segundo término, esta sentencia de ahora establece una indemnización por un *quantum* sensiblemente inferior al que sería la *natural valoración* del daño experimentado por el paciente. Y no sólo eso, sino que la Sala Tercera se cuida de explicar con todo pormenor el porqué del montante de su condena (vale decir, *reducida*).⁸

8 Recuérdese la forma en que la Sala lleva a cabo su *ponderación* o *estimación*, aludiendo expresamente a que

En este segundo aspecto, por tanto, la resolución de la Sala Tercera discurre por vías argumentales distintas de la de la Sala Primera, llegando, en consecuencia, a una *estimación* del daño indemnizable completamente diferente.

Sin embargo, adelanto ya mi opinión -que luego argumentaré- de que entre ambas resoluciones no existe contradicción, en lo que al fallo se refiere, aunque -a mi entender- ambas adolecen de un reparo: no plantear en sus correctos términos la *cuestión* en torno a la relación de causalidad.

4. Antes me he referido a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 6 de septiembre de 2002, como ejemplo de resolución que concede al demandante, en caso de falta de información por parte del médico, una indemnización por el *integrum* del daño alegado por la propia parte actora.

Se trataba de la demanda entablada por la madre de la niña Nagore contra una clínica, por la que se solicitaba la condena de esta última a pagar a la niña la suma de 211.376.969 pesetas, o la que resultase de la liquidación judicial del daño, por las graves consecuencias que sobrevinieron a Nagore como consecuencia o a raíz de una intervención quirúrgica para la corrección de una estenosis supra valvular aórtica severa.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia acepta como probado que la intervención quirúrgica era necesaria pero no urgente, *“sin que se produjera una situación de urgencia que permitiera excluir el consentimiento informado”*. Añade la Sala que *“estaba indicado operar, pues mediante tal técnica (en aquel entonces) era la única posibilidad de eliminar la estenosis aórtica que podía producir riesgos importantes a la menor, pero sin que hubiere datos que permitieran concluir que se estaba ante un riesgo urgente para la vida de Nagore, y sin que fuere urgente la intervención a favor de su salud, de tal orden que hicieren prescindir del consentimiento informado de sus padres”*.

El Juzgado había desestimado la demanda por entender que, aunque no hay prueba alguna que acredite la prestación de la información necesaria, *“tampoco hay prueba que acredite la relación de causalidad entre la falta de dicha información y la producción del daño”*. Entendió la juzgadora que *“el derecho a la información nunca puede considerarse como un derecho rígido e inflexible”*, añadiendo que *“el deber de información debe entenderse siempre en relación directa con el daño producido, dando lugar a responsabilidad sólo en el supuesto de que se pueda probar sin lugar a duda que, de haber sabido el riesgo que se ocasiona, se hubiera desistido de la operación, lo cual*

¹“faltan otras referencias”. El criterio adoptado por ella, a mi juicio, es muy sensato.

evidentemente no ocurre en el presente supuesto, en el que ha quedado acreditado que no había otra opción posible que la quirúrgica”.

La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y estimó parcialmente la demanda, condenando a la clínica demandada a abonar la indemnización de 662.188,22 euros, equivalentes a 110.178.849 pesetas. La Audiencia declaró que *“la ausencia de ese consentimiento debe llevar a calificar la conducta de antijurídica en el ámbito del Derecho, con la consiguiente obligación de indemnizar el perjuicio causado, pues aun cuando sea cierto que los padres asumieron y aceptaron la intervención, lo hicieron desconociendo, por falta de la adecuada información, la existencia de unos riesgos importantes como eran los de complicación neurológica”.* La Audiencia añadió también que *“la circunstancia de que la dolencia padecida por la menor Nagore no dispusiese de otro tratamiento que la intervención que se le practicó, no puede llevar a eliminar la necesidad del consentimiento correctamente informado, pues el derecho a decidir por sí mismo no puede alterarse por esa circunstancia, pues el enfermo puede escoger en libertad el no someterse a un tratamiento o intervención”.* Con cita al efecto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001.

El deber de información está en relación directa con el daño producido, dando lugar a la responsabilidad sólo cuando se pueda probar que, de haber sabido el riesgo que se ocasiona, se hubiera desistido de la operación.

El Tribunal Supremo de Justicia declaró no haber lugar al recurso de casación foral entablado por la clínica.

La sentencia, en el fundamento jurídico sexto, bajo el título *“la responsabilidad derivada de la infracción del consentimiento informado”*, argumenta sobre la estimación de la demanda.

Dice a tal fin: *“La recurrente formula el segundo motivo de casación, en el que reputa infringidas por la sentencia impugnada las leyes 7 y 488 de la Compilación, entendiéndolo que no existe responsabilidad por daños cuando no concurren dolo ni culpa, que no han tenido lugar en el caso de autos, por lo que ha de anularse la declarada responsabilidad de la clínica demandada.*

Entrando en el examen de la alegada ley 7 del Fuero Nuevo, esta Sala ha de declarar, una vez más, que no se produce infracción de la referida norma en supuestos de presuntas infracciones a las normas que regulan la valoración de la prueba ni en los de interpreta-

ción de los contratos o los efectos, extensión y consecuencias que han de predicarse de los mismos, sino cuando se antepone la aplicación de una norma a la voluntad unilateral o la declarada por las partes en el contrato, quebrando el principio 'paramiento ley vienze o paramiento fuero vienze'. Y aplicando dicha doctrina al caso de autos, se observa que, en modo alguno, se ha antepuesto la aplicación de norma concreta a la voluntad declarada por las partes en el contrato suscrito por las mismas en orden a la intervención quirúrgica de la menor Nagore Serrano, sino que son, precisamente, la interpretación, aplicación y efectos de las obligaciones contractuales de la demandada las determinantes de la responsabilidad que la sentencia impugnada declara ha de achacarse a la Clínica X, pues entre aquéllas se encuentra el deber de informar previa y cumplidamente a los padres de la menor de las consecuencias y riesgos de la intervención quirúrgica a realizar a su hija.

En consecuencia, el motivo de casación ahora analizado y, en definitiva, el debate que las partes han mantenido a lo largo de todo el 'iter procedimental' es el referente a la eventual infracción de las obligaciones contractuales que le competían a la demandada recurrente, ceñidas al mentado consentimiento informado, por lo que la aducida ley 488 de la Compilación es la norma de referencia a la que han de anudarse cuanto específicamente determinan las leyes sectoriales corresponden a las obligaciones médicas y, entre ellas, el deber de informar previamente y obtener el consentimiento de los interesados o sus representantes legales, en el supuesto de menores o incapacitados.

Esta Sala, en sentencia de 27 de octubre de 2001, aun basándose en distintas normas que no son aplicables al caso ahora controvertido, por razones estrictamente temporales, sí que declara, como no podía ser menos, que aquéllas son esencialmente coincidentes con cuanto expresa el artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, que reconoce el derecho de los pacientes a la 'libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el consentimiento previo y por escrito del paciente para la realización de cualquier intervención, excepto cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública o cuando la urgencia no permita demorar por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento', y entiende que la referida información ha de ser completa, incluyendo la naturaleza de la intervención, sus riesgos y sus consecuencias, matizándose que los mencionados riesgos han de incluir los 'típicos', los 'inherentes' y los 'asociados'.

Concluye la mencionada sentencia que la información cumplida al paciente y la obtención del debido consentimiento 'informado' por él o sus representantes legales supone la asunción por éste de los riesgos y consecuencias inherentes o asociadas a la intervención, salvo las que resultasen del negligente proceder del facultativo interviniente o al mal funcionamiento del centro o servicio médico en que se practica: a sensu contrario, los daños

consecuentes de una intervención que puedan ser debidos a un riesgo típico, inherente o asociado, aunque sean inimputables a una eventual negligencia médica en su realización, son asumidos por el facultativo si no fueron debidamente informados al paciente y éste no dio su consentimiento con conocimiento de aquéllos, como lo mantienen, igualmente, las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 y 26 de septiembre de 2000 (y las posteriores del citado Tribunal de 12 de enero, 27 de abril y 27 de setiembre de 2001, entre otras). En consecuencia, al no haberse desplazado la asunción de los riesgos al paciente, ante la ausencia de la debida información de aquéllos por el facultativo hace que éste los asuma y con ello su responsabilidad por los daños que pudieran materializarse, aunque sean ajenos a una imputación por indebida práctica médica causante de una eventual responsabilidad por ella debida, siempre que el daño sea debido a un riesgo típico o inherente a la intervención quirúrgica efectuada.

En el caso enjuiciado, es de tener en cuenta que, si bien la Audiencia Provincial ha excluido la negligencia médica expresada por los actores en su demanda, que no ha sido impugnado ante este Tribunal de casación, declara probado que los facultativos no informaron a los padres de la menor de las consecuencias o riesgos que pudiere entrañar la operación quirúrgica a la que aceptaron someterla, de los que el riesgo neurológico relacionado con la cirugía de la circulación extracorpórea, de morbilidad neurológica oscila entre el 1 y el 25 por 100, según la complejidad; que no hubo de excluirse la obtención previa del consentimiento informado a la vista de que la intervención quirúrgica no revestía urgencia de tal carácter que permitiera excluir el referido consentimiento; constituyendo, por último, los daños que padece la menor los derivados o consecuentes de los referidos riesgos inherentes o vinculados a la intervención quirúrgica efectuada.

Este Tribunal entiende que las menciones que la Audiencia Provincial expresa en orden a la necesidad de la intervención quirúrgica y a la falta de urgencia en su práctica han de referirse, como de su contexto se infiere, que en aquel entonces la única técnica médica que pudiere remediar la estenosis que padecía Nagore Serrano era la quirúrgica, mediante la técnica de parada cardíaca con circulación extracorpórea de sangre, si bien no se producían supuestos de urgencia que excluyeren la previa información a sus padres de todo cuanto constituía el ámbito de la intervención, con inclusión de los riesgos típicos o inherentes a ella, entre los que se encontraban los de carácter neurológico, máxime cuanto se desencadenan en una proporción entre el 1 y el 25 por 100, de tal suerte que, ante la ausencia de urgencia, pudieren decidir los padres su práctica o no, o que la misma pudiere efectuarse en otro centro en el que se practicase la intervención con la misma o distintas técnicas, o bien el paso del tiempo a fin de que las mismas se alterasen y pudieren producir el mismo resultado sin los referidos riesgos.

La situación referida difiere de los presupuestos fácticos de la sentencia aducida por la entidad recurrente, de 4 de abril de 2000, que declaró la existencia, únicamente, de daños morales a indemnizar, al no tener como referencia supuestos de negligencia médica sino únicamente de falta de consentimiento informado de los padres del menor. Y ello es así puesto que, con independencia de que se trata de sentencia dictada por la Sala Tercera (de lo contencioso-administrativo), que despliega su eficacia en el contexto de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en supuestos de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, a diferencia de la responsabilidad contractual que en el orden civil ha seguido declarando el alto Tribunal, con anterioridad y posterioridad a ella, en sentencias todas ellas adoptadas en la misma dirección que la hoy recurrida de la Audiencia Provincial, es lo cierto que la calendada sentencia de 4 de abril de 2000 parte de que 'era mínimo el riesgo que se corría con la intervención' 'que la falta de información a los representantes del menor de los graves riesgos de la operación no desempeña una virtualidad causal en el resultado dañoso producido', 'que la operación quirúrgica era prácticamente necesaria y que, atendidas las circunstancias, la decisión tomada en el caso por el equipo médico de no aplazar la operación fue la esperable también de cualquier persona situada en la tesitura de arriesgarse a un porcentaje respecto de la salud y en el momento en que ya empezaban los síntomas al respecto como era el de la hipertensión ...', supuestos diferentes al de que es objeto del presente procedimiento, correspondiente a riesgos inherentes a la operación, que se pueden presentar en porcentajes entre el 1 y el 25 por 100 y la ausencia de urgencia en la práctica de la intervención.

En consecuencia, habiéndose aplicado en el supuesto de autos la doctrina a que antes se hacía referencia que mantiene que la ausencia del consentimiento informado supone que los facultativos intervinientes asuman los riesgos inherentes a la intervención y, por tanto, la responsabilidad derivada de los daños que sean consecuencia de aquéllos, cual sucede con los de carácter neurológico que, cuya determinación no ha sido específicamente impugnada y han sido debidamente expresados por la sentencia impugnada, sin que se correspondan con una cantidad a tanto alzado, conducen a entender que no se ha producido supuesto de infracción de la norma a que el motivo se refería, pues se halla en el ámbito de las obligaciones contractuales correspondientes a la Clínica demandada, en consecuencia a la desestimación del mismo y con él al recurso de casación interpuesto”.

5. Sin embargo, hay que hacer notar que en esta sentencia recayó el voto particular de uno de los Magistrados, o “sentencia de disenso”. Ese voto particular sostuvo la estimación parcial de la demanda, pero condenando a los demandados (sólo) al abono de una indemnización de 64.150'65 euros, equivalentes a 10.673.770 pesetas, por el concepto de daños morales.

Ese voto discrepante manifestó: “Segundo.- Estimo que no puede identificarse a efectos de responsabilidad la impericia médica con la falta de consentimiento del paciente a un acto médico. Y la razón, que ha sido subrayada incidentalmente por alguna jurisprudencia (véase SSTs 1ª 10 de noviembre de 1997, 16 de diciembre de 1997; y 3ª 4 de abril de 2000), es la ausencia de relación de causalidad entre el daño sufrido por el paciente y la falta de información. Sin que pueda imponerse una responsabilidad cuasi objetiva por una defectuosa información, que es en esencia el incumplimiento de un deber formal o ritual del protocolo previo a la actuación médica.

Entiendo que sólo cuando la actuación médica incontestada sea atentatoria contra la libertad personal o dignidad de la paciente, y haya un comportamiento médico abusivo o arbitrario, podrá asimilarse la falta de consentimiento con la impericia médica, e imponer al facultativo la indemnización de todos los daños. Como sucedería en los casos de operaciones sorpresivas, injustificadamente arriesgadas o experimentales (por ejemplo STS 2ª 26-10-95, ligadura de trompas sin urgencia en una cesárea).

En el presente caso está acreditado que una lesión cardíaca congénita de la demandante, como la de sus hermanas Rebeca y Karen, fue diagnosticada desde su nacimiento (1979), y habiendo estado en tratamiento desde el mismo nacimiento por un cardiólogo, la operación se realiza en 1989, diez años después, previo el diagnóstico definitivo (1988), y tras establecerse formalmente por diversos especialistas la gravedad de la lesión y la conveniencia y oportunidad de la operación que se realizó. Se afirma textualmente en la demanda (hecho cuarto) que los padres dieron su conocimiento a la intervención, y que previamente el Dr. U. (hecho segundo de la demanda), ajeno el equipo médico que le operó, había explicado a los padres la naturaleza de la esclerosis y el riesgo que podía suponer la dolencia. Por lo que de ningún modo puede aceptarse que la actuación médica haya sido sorpresiva, injustificada o atentatoria contra la libertad o dignidad humana de la paciente.

Tercero. Entiendo también que debe distinguirse entre la falta de consentimiento del paciente a un acto médico y el consentimiento defectuosamente informado. No es fácil discernir en cada caso la información precisa que debe darse al paciente antes de un acto médico agresivo. Ante las diversas opciones médicas, variedad de los riesgos, situaciones subjetivas de enfermos y familiares, etc., la información exigible es la de un honesto profesional médico ante los riesgos previsibles y ordinarios de su actuación médica.

En el presente caso, en el momento de la operación han transcurrido diez años completos desde el primer diagnóstico y está acreditado que se ha consultado a diversos especialistas (en diversos centros médicos y de diversas especialidades). Resulta lógico inferir

que los padres de la menor debieron poseer antes de la operación una información precisa de la naturaleza de las dolencias diagnosticadas, y de los riesgos y procedimientos de la operación a la que se iba a someter a la menor. Que conocían los riesgos se deduce de que acudieran a la Clínica X por un especial prestigio (como se afirma en la demanda) y de que no quisieran operar a la hermana pequeña (Karen), como se les había aconsejado.

En consecuencia, no puede considerarse que no haya un consentimiento pleno e informado a la operación realizada, sino a lo sumo un consentimiento insuficiente o defectuosamente formado; lo que no puede asimilarse a la falta de consentimiento como incidentalmente también se afirma en alguna jurisprudencia (STS 1ª 2-11-2000, defectuosa información sobre los riesgos de embarazo tras una vasectomía que no origina responsabilidad en el cirujano, y en el mismo sentido STS 1ª 27-11-2000).

Cuarto. Finalmente, por las propias dificultades que se presentan para discernir la información pertinente al paciente, parece lógico concluir que el facultativo (la Clínica o la Administración en su caso), deben asumir el daño que se derive razonablemente de la falta o defectuosa información. Pero no todo el daño sufrido por el acto médico, que fue consentido en el ámbito de un tratamiento médico ordinario, aunque no se haya acreditado que la información previa del equipo que realizó la operación fuese completa y exhaustiva.

En el presente caso, después de todo el laborioso proceso de identificación de las lesiones congénitas, tratamiento, diagnóstico y operación de la menor, en el que los padres asumieron expresamente la gravedad del acto médico implicado (que, como se ha dicho, consintieron), no es coherente suponer que, si no lo conocían, los padres hubiesen variado su decisión de operar a la menor de haberseles explicado en detalle el riesgo específico de lesiones cerebrales derivadas de la anoxia cerebral, que desgraciadamente se manifestó.

Quinto. En conclusión, creo que la indemnización debe limitarse a la cuantía de 10.673.770 pesetas, que como daños morales se cuantifican en el folio 139 de la demanda. Lo que supone presumir, aceptando el relato de hechos probados de instancia, que no conocían el riesgo específico de morbilidad cerebral de la operación realizada a su hija menor, aunque consintieron la operación y conocían su extrema gravedad y riesgo”.

6. En el plano doctrinal, se manifestó hace tiempo PANTALEÓN PRIETO⁹ cuando, al referirse al criterio de imputación conocido como “finalidad protectora de la norma”, planteaba -como caso “con dificultades”- el que ahora nos ocupa, esto es, el del médico que realiza una intervención quirúrgica sin haber informado ade-

9 PRIETO, Pantaleón. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, en Centenario del Código civil, Madrid, 1990, II, pág. 1561-1591.

cuadramente al paciente de los riesgos de la operación y de las posibles alternativas. Se pregunta el autor: *“¿Podrá el médico exonerarse demostrando que, si hubiese pedido al paciente el consentimiento, previa una adecuada información de los riesgos y probabilidades de éxito de la operación y las posibles alternativas, aquél lo hubiera prestado con toda seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza?”*

PANTALEÓN, con buen criterio a mi juicio -por lo que pronto diré-, no duda de que entre la actuación del médico y el daño sobrevenido al paciente existe relación de causalidad *“material”*, como tampoco duda de que, en principio y como regla general, al médico que no informó le es objetivamente imputable el daño sobrevenido al paciente.

Y tampoco parecen existir dudas en un sector de la doctrina alemana. En este sentido, el propio PANTALEÓN cita la opinión de ZEUNER, que se manifiesta muy tajante al respecto. Estas son sus palabras, en versión de PANTALEÓN: *“El sentido del deber médico de información y de la exigencia del consentimiento es el de respetar la libertad personal de decisión del paciente. Su decisión no puede ser posteriormente sustituida por una averiguación judicial sobre cuál habría sido su resolución si se le hubiese informado y preguntado. Y en efecto, es esencialmente asunto del paciente el decidir si quiere o no someterse a un tratamiento curativo que, aun correctamente llevado a cabo, tiene un componente ineliminable de riesgo. Si falta el necesario consentimiento y, por tanto, también la aceptación de riesgo, el peligro del tratamiento curativo, que en tales circunstancias el médico introduce sin autorización en la esfera del paciente, no puede ponerse a cargo de éste por el simple hecho de que, al fin y al cabo, se podría haber obtenido su consentimiento. Dejando aparte los casos en que por especiales razones el consentimiento no es exigible, el paciente, dicho de otra forma, sólo tiene que soportar el riesgo de las intervenciones médicas cuando presta al respecto su efectivo consentimiento. El hecho de que las hubiera consentido si se le hubiese informado convenientemente y preguntado, no es bastante para colocarle en la misma situación”*.

No obstante, PANTALEÓN se muestra -creo que también con razón- más partidario de la opinión de MERTENS, contestando a las palabras de ZEUNER. Aquél, siempre en la versión de PANTALEÓN, escribe: *“Este argumento parte correctamente de la finalidad de protección del deber violado; da, sin embargo, demasiada poca importancia al hecho de que el objetivo del Derecho de daños no consiste en la penalización de una determinada conducta. El fin de protección del deber de información, del que hay que partir como decisivo a este respecto, se tiene suficientemente en cuenta cuando se carga al médico, que con la falta de información contraria al deber ha perjudicado seriamente la libertad de decisión del paciente sobre la base de un adecuado conocimiento de las*

*posibilidades y riesgos de la intervención, con la prueba concluyente de la alegación de que el paciente habría con seguridad consentido la intervención, y cuando, en los casos de graves infracciones del deber de información, se concede una indemnización de daño no patrimonial por la intervención in consentida, a causa de la lesión del derecho de autodeterminación”.*¹⁰

PANTALEÓN, por su parte, advierte que las dificultades de prueba para el médico serán extraordinarias, no bastando que demuestre que una persona normal adecuadamente informada habría consentido la intervención, sino que el concreto paciente, con su especial idiosincrasia, lo hubiera hecho.

7. Llegado este momento, creo que es oportuno ahondar en las proposiciones que a modo de tesis he anunciado al comienzo de este trabajo.

a) Me permito reproducir, en primer lugar, lo que sobre los problemas derivados de la *responsabilidad por informar*, precisamente en torno a la relación de causalidad, escribí en otro lugar:¹¹

“Las preguntas en torno a la relación de causalidad suben de tono y de dificultad cuando -en la medida en que sea posible establecer esta diferencia- la cuestión no estriba en que se ha informado mal, sino en *no haber* informado.

Aunque, como decía antes, el límite entre no informar y hacerlo mal no sea siempre muy preciso, puede pensarse en dos casos típicos de lo primero. Uno, ya ‘constante’ en la jurisprudencia: el médico que no informa al paciente operado de vasectomía, o a la mujer a la que se ha ligado las trompas, sobre *lo que se debe* y *lo que no se debe* hacer hasta comprobar determinadas circunstancias. El otro, un caso que ofrece nuestra jurisprudencia: el abogado que ha asistido en una causa penal a los padres de un niño ahogado, no les informa sobre la posibilidad de entablar una reclamación civil cuando el procedimiento penal se ha sobreseído.

Hay una primera hipótesis en que la omisión de información parece no plantear dificultades, porque no es atrevido decir que *existe responsabilidad* (distíngase de la compleja cuestión sobre *de qué se responde*): el que no informa responde, si es él el que ha creado la situación de peligro que la información tenía que haber evitado.¹²

10 Estos textos se hallan en las págs. 1588 y 1589.

11 DE ÁNGEL YAGÜEZ. *Responsabilidad por informar*, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, 2000, pp. 171-203. Ahora mantengo las notas correspondientes al texto que transcribo.

12 Debe asimilarse a este caso el de quien no ha creado el riesgo, pero deja de informar dolosamente (incluyo el dolo eventual): sabe que la barandilla del balcón se halla en situación precaria y anima a otro a asomarse a él, o no le apercebe del peligro.

La dificultad está en el caso en el que no se da esa circunstancia: esto es, cuando la fuente de eventual responsabilidad consistiese, exclusivamente, en no informar.

Es sabido que una respetable corriente doctrinal entiende que en los actos de pura omisión no hay responsabilidad porque falta la relación causal entre la abstención y el daño resultante. Pero esta tesis, como mucho, podría sostenerse en el caso de daños extracontractuales.¹³

Cuando existe una relación contractual, el deber de informar -y consecuente responsabilidad si no se hace- está sujeto a lo que del 'contenido' del correspondiente contrato resulte. Aquí es irrelevante que quien no informó fuera o no el creador del riesgo: el médico que practica la vasectomía no da lugar al 'peligro' de embarazo, pero no por eso deja de serle imputable *alguna consecuencia* de ese desenlace".

Aquí termina la cita de mi anterior artículo.

b) Ahora me atengo a lo que es el concreto objeto del presente trabajo.

En primer lugar, y aunque las *soluciones* de las Salas Primera y Tercera, en sus sentencias respectivas de 2-7-2002 y 4-4-2000, me parezcan muy correctas, creo que debe discreparse de sus afirmaciones de que en casos de falta de información por parte del médico no se está en presencia de un problema de relación de causalidad.¹⁴

Verdad es que la ausencia de información no fue la que ocasionó la atrofia del testículo del demandante en el caso de la Sala Primera, y la paraplejía del actor en el de la Sala Tercera, pero no es menos cierto que las respectivas intervenciones quirúrgicas -en las que creo que la falta de información es un elemento inescindible- fueron las que física o materialmente condujeron a los desenlaces respectivos.¹⁵

Expresado en otros términos, el daño sufrido por el paciente se anuda a la *acción curativa* del médico, no porque fuera defectuosamente llevada a cabo, en sí misma, sino porque para su ejecución faltó una genuina voluntad del propio paciente.

13 No la aceptarían quienes entendiesen que es un deber de convivencia (esté o no prescrito por la ley) el de actuar respecto a los demás con la diligencia que exijan "las circunstancias"; o el de evitar a otro un daño no justificado, "en cuanto dependa" de las posibilidades del supuesto responsable.

14 También participa de este criterio el voto particular recaído en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 6 de septiembre de 2002, a pesar de la resolución que propuso, porque dice: "Y la razón... es la ausencia de relación de causalidad entre el daño sufrido por el paciente y la falta de información".

15 Lo mismo podría decirse de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 6 de septiembre de 2002, respecto de las consecuencias neurológicas que afectaron a la niña de aquel caso.

Por esto último, y dado que -en términos de “causalidad material”-, si no hubiese existido la *actuación curativa* del médico no habría ocurrido el desenlace que sobrevino (por decirlo gráficamente, si no hubiera habido intervención quirúrgica no se habrían producido al paciente los daños que acabó padeciendo), me parece discutible que el razonamiento judicial en torno a “nexo de causalidad” deba establecerse entre *falta de información y daño resultante*.

Estimo, por el contrario, que la mera “relación de causalidad”, en su “sentido material” (y de ahí, entre otros motivos, la fragilidad de ese concepto), debe establecerse entre la intervención quirúrgica y el daño.

Poco importa, a estos efectos (precisamente porque sólo hablamos de “causalidad material”), que la *actuación curativa* del médico fuese irreprochable con arreglo a criterios de la *lex artis* propia del caso. Esta circunstancia sólo sirve para *no imponer* al médico responsabilidad por el concepto de imputación de culpa en esa concreta actuación.

Por este último concepto (culpa en la actividad *de curar*), el médico no merece reproche alguno, pero sí lo merece la circunstancia de que tal *actuación curativa* fuera “consecuencia” de que el paciente no hubiese tenido oportunidad de decidir que *las cosas fueran de otra manera*.

No debe perderse de vista que el médico estaba obligado a informar *íntegramente* y que el bien jurídico lesionado es, en estos casos, el derecho del paciente a ejercitar su facultad o capacidad de autodeterminación.

Si el paciente se vio privado de ese derecho, lo que el médico realizó luego, aunque fuese correcto con arreglo a la *lex artis*, significó “*la causa*” de lo que al paciente acabó aconteciendo.

c) Por todo ello es por lo que, como indicaba antes, procede *imputar objetivamente* al médico el desenlace acaecido. Y esto, como diré luego, sin perjuicio de que razones basadas en la “causalidad”, permitan amortiguar ese *principio general* y conducir a una condena inferior en su *quantum* a la normal o natural valoración de dicho desenlace.

No es particularmente significativo, a estos efectos, que la argumentación judicial gire en torno a la *imputación objetiva*, o que lo haga -según razonan algunas sentencias que enseguida veremos- sobre la idea de que el médico que no informa *asume los riesgos del resultado*. En definitiva, a efectos prácticos viene a ser lo mismo.

Lo que me interesa señalar es que cualquier forma de razonar que se aparte de la *imputación objetiva* (aunque no se le dé precisamente este nombre) encuentra el serio reparo de que la concreta condena (“*de cuánto se responde*”) parece acercarse más a la “*imaginación*” del juzgador que a parámetros de razonable objetividad.

8. Precisamente por las razones que he manifestado últimamente en torno al problema que me ocupa (las que he dado en llamar “*tesis*”), me parece que las que están en la línea correcta son sentencias como la de 26 de septiembre de 2000, que sigue la doctrina de la de 23 de abril de 1992.

En la primera de las citadas, se ventilaba la reclamación entablada por el actor contra un otorrinolaringólogo que le había practicado una operación de estapedectomía en el oído izquierdo, y a consecuencia de lo cual perdió por completo la audición del mismo, constatándose cofosis total, cuadro de acúfenos y habiendo precisado tratamiento psicoterapéutico.

Tanto el Juzgado como la Audiencia habían desestimado la demanda. Pero la Sala Primera declara haber lugar al recurso de casación del demandante. Al asumir la instancia, la Sala fija la indemnización en 35.000.000 de pesetas, puntualizando que “*abarca los daños y perjuicios reclamados (físicos, morales y psicológicos), así como en atención a la situación laboral que afectó al recurrente, al pasar a la situación de desempleo acordada con el Banco X. por la incapacidad laboral que le vino impuesta a consecuencia de la operación referida, ya que hubo de dejar de prestar los servicios que desempeñaba de director de la oficina principal de dicha entidad bancaria en Madrid*”.

Debe ponerse el énfasis, por tanto, en que la *decisión* de la Sala es la de indemnizar *todo* el daño experimentado por el actor.

La sentencia hace uso de un lacónico razonamiento, pero a mi juicio dotado de un profundo contenido. Dice: “*Con este actuar profesional el demandado asumió por sí solo los riesgos de la intervención, en lugar de la paciente, como declaró la S 23-4-92, ya que se trata de omisiones culposas por las que se debe responder, derivadas de la necesidad de que la información ha de ser objetiva, veraz, completa y asequible*”.

Como decía, creo que la sentencia acierta plenamente en su razonamiento, aunque no invoca expresamente problemas de relación de causalidad.

Lo hace de forma implícita, al decir, como desenlace, que el médico debe responder de la omisión culposa de información. Ese *debe responder* significa, en mi opinión, un no explícito pero por eso no menos claro “*juicio en torno a la relación de causalidad*”.

En efecto, de no haber sido porque la Sala entendió que entre la falta de información y el daño al paciente existía relación de causalidad (o mejor, imputación objetiva), no se entendería el fallo estimatorio de la demanda, y además condenando al médico a la indemnización de *la totalidad* del daño.

De otro lado, también se está hablando en realidad de relación de causalidad cuando la sentencia dice que el médico *“asumió por sí solo los riesgos de la intervención, en lugar de la paciente”*. Esta forma de expresarse (asumir el médico los riesgos de la intervención) es, a mi entender, una forma de responder a la pregunta sobre relación de causalidad.¹⁶

La actual sentencia, por otra parte, invoca la doctrina de la de 23 de abril de 1992, que me parece oportuno traer a colación.

Se trataba de la reclamación formulada por una madre, por sí y en representación de su hija menor Mónica, contra un cirujano, un anestesista y la Congregación religiosa titular de una clínica. La demanda se basaba en que, hallándose la niña afectada de una escoliosis dorsal directa idiopática, había sido operada en el centro sanitario. Como resultado de la operación le quedaron secuelas irreversibles determinantes de parálisis de las extremidades inferiores, con necesidad de utilizar de por vida una silla de ruedas.

En lo que aquí importa, el Supremo desestimó el recurso de los médicos y de la Congregación religiosa. Lo hizo por estimar que la operación a la que fue sometida Mónica *“no era ineludible y necesaria, siendo posibles otros tratamientos alternativos, evitándose así el alto riesgo de la intervención quirúrgica que se le practicó”*. Añade la sentencia que *“no se advirtió a la madre de Mónica de los riesgos de la operación ni de las otras alternativas, para que ella decidiera”*.

Lo que lleva a la Sala a decir: *“Estas son las actividades y omisiones culposas, que llevan a la Sala de Apelación a sostener fundadamente que los demandados asumieron los riesgos por sí solos, en lugar de la paciente o de la persona llamada a prestar su consentimiento tras una información objetiva, veraz, completa y asequible”*.

Se observará que la sentencia -creo que la primera en esta línea argumental razona sobre la base de una *“asunción de los riesgos”* por parte de los deman-

16 Adviértase que esta misma idea (asunción por el médico de los riesgos de la intervención) se encuentra en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 6 de septiembre de 2002, que condenó a la clínica demandada a indemnizar *la totalidad* de los daños sufridos por la niña Nagore. Lo hace, por cierto, citando la sentencia de la misma Sala de 27 de octubre de 2001, aunque en ella se desestimó la demanda del actor.

dados. Es una forma indirecta, pero muy gráfica, de decir que dichos riesgos son *imputables* a los demandados. En suma, un razonamiento de *imputación objetiva*.

Comentando esta sentencia, escribí en su día:

“El primero de los párrafos transcritos mueve a la pregunta de si el pronunciamiento condenatorio de la Sala habría sido el mismo en el caso de que –uso las palabras de la resolución– la intervención quirúrgica hubiese sido “ineludible y necesaria”.

Un razonamiento, en buena medida colocado en sede de relación de causalidad, sería el consistente en decir que si la intervención quirúrgica era “ineludible” (se supone que para evitar la muerte o un gravísimo mal) –lo que como hipótesis dialéctica entraña la ausencia de cualquier “alternativa”–, no informar al paciente sobre el alto riesgo de la operación no es, jurídicamente hablando, circunstancia determinante de la atribuibilidad del daño. Dicho de otro modo, que entre la falta de información y el resultado no medió relación de causalidad”.

Hoy tendría que revisar mi terminología de entonces, en el sentido de que cuando hablaba de “*relación de causalidad*”, por adaptarme a lo que es habitual entre nosotros, me estaba refiriendo a *imputación objetiva*. Por eso, acompaño ahora como nota a pie de página la que entonces ya me cuidé de incorporar a aquel prólogo.¹⁷

9. Creo que, llegado este momento, es oportuno considerar lo resuelto en dos sentencias de la Sala Primera, ambas de 1999.

Estimo que procede su consideración porque la primera estableció una condena que mueve a pensar que fue por *la totalidad* del daño, mientras que la segunda desestimó íntegramente la demanda.

a) Aquella primera sentencia, de 13 de abril de 1999, aunque no se manifestó de forma explícita sobre el problema que me ocupa (esto es, el montante de la indemnización), sí lo hizo, a mi entender, de manera indirecta o implícita (es decir, viendo el *quantum* de su fallo).

17 Aquella nota a pie de página decía: “Acudiendo a principios de imputación objetiva (de nuevo es obligada la cita de PRIETO, Pantaleón, *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, págs. 1561-1591), se podría sostener que el evento dañoso no puede ser imputado a la conducta negligente del médico (negligente por no informar) cuando, dada la configuración de los hechos enjuiciados, esa conducta, comparada con su alternativa diligente (la del médico que sí hubiese informado), no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión. O, como dice el propio PRIETO, Pantaleón. p. 1578, la conducta negligente del dañante “no ha sido negligente” respecto del *concreto evento dañoso de cuya imputación se trata*. En suma, estaríamos dentro (o fuera, según se mire) del criterio de imputación conocido como *incremento del riesgo*”.

Los padres de un menor que había fallecido al practicársele una operación de vegetaciones demandaron al cirujano y a la clínica privada en la que se había realizado la intervención quirúrgica (con cargo al cupo de Seguridad Social que correspondía al facultativo).

Desestimada la demanda tanto por el Juzgado como por la Audiencia, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por los actores.

En relación con la materia que nos ocupa, interesa destacar lo siguiente:

“Y retomando el examen del citado único motivo, en él se denuncia en particular la ausencia del derecho-deber de información que concurrió en el caso de autos, al decir literalmente: ‘Por otra parte en el punto 1º de este FJ 3º -sic-, se analiza la autorización existente para la intervención quirúrgica (f.11) de donde se desprende una clara falta de información respecto a cuál iba a ser la técnica anestésica a emplear, pues no podemos olvidar que una de las obligaciones exigibles al profesional de la medicina y que forma parte de la lex artis ad hoc, es la de informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, pues la falta de información previa a la familia es tenida en cuenta hasta por la propia Sala que manifiesta su crítica, aunque excluye su relación con la causa del fallecimiento, rechazando que era una intervención ‘no de extrema gravedad ni riesgo, de escasa duración y con un paciente con constantes físicas normales’, justificaciones que deben decaer por cuanto que el derecho del paciente a ser informado no debe depender de la importancia que le dé un facultativo, y siendo, como es, un riesgo importante en las anestias totales, la información debe ser requisito imprescindible. A este respecto -continúa el motivo- podemos traer a colación la sentencia de esa Sala del TS 25-4-94, en donde se recoge, como uno de los componentes de la lex artis ad hoc, el derecho de información, y al respecto dice: ‘Informar al paciente o en su caso a los familiares del mismo, siempre, claro está, que esto resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado’. La inexistencia de información es un hecho negativo cuya demostración no puede imponerse a quien lo alega so pena de imponerle una prueba que puede calificarse de perversa, contraria al principio de tutela efectiva por implicar indefensión, prohibida en el art. 24.1 CE, STC 17-1-94’.

El motivo ha de aceptarse, ya que esa ausencia del deber de información así se produjo, pues la propia Sala lo admite en su FJ 4º, que dice: ‘... si bien existía autorización familiar para llevar a cabo la intervención, la posible falta de información a la misma en cuanto a las condiciones de la operación, si bien criticable, no obstante el tipo de intervención quirúrgica y la causa real del fallecimiento en nada influye, desde el punto de vista de la culpabilidad, al tratarse de una intervención normal, no de extrema gravedad ni riesgo, de escasa duración y con un paciente de constantes físicas normales, según resulta del historial clínico obrante y en el que el procedimiento anestésico aplicado fue el correcto con las normas y técnicas médicas aplicables al caso, y sin que se aplicasen con falta de diligencia alguna’, que se pone en relación con el FJ 1º de la primera instancia al describir el suceso: ‘... El día 17-2-85, D. Nemesio G.H., de 15 años de edad, ingresó en la Clínica Virgen Blanca para ser operado de vegetaciones por el Dr. L. de A., con cargo al cupo de Seguridad Social que correspondía al codemandado, a cuyo objeto se habían realizado al paciente con antelación análisis de sangre, orina y RX del tórax, de los que se concluía que ‘no se aprecia nada cardiopulmonar’ (fs. 9 y ss. y f. 159), autorizando un familiar del menor la intervención quirúrgica y aceptando los riesgos a ella inherentes, en particular el derivado de la anestesia, conforme obra en el folio 12 de los autos. El equipo quirúrgico, del cual formaban parte, además del codemandado Dr. A., el médico D. Guillermo B., y ATS D. Imanol S. y las auxiliares Dª Arantxa J. y Dª Concepción G., esta última asalariada de la Clínica Virgen Blanca, inició la intervención a las 11:15, procediendo en primer término a anestesiar al paciente, usando la dosis normal de ‘tricloroetileno’ que fue aplicada por el codemandado con mascarilla abierta y seguidamente la ‘adenoidectomía’ en la que se invirtieron de 2 a 4 minutos...’, agregándose que también consta que la intervención quirúrgica empezó a las 11:15 y el óbito se produjo a las 12:30; y sobre todo, esa falta de información, se dice en el FJ 2º por el juez, con evidente desacierto: ‘... no han acreditado los actores la ausencia de información a la familia de la forma en que aquélla se produciría, y aun habiéndolo hecho tampoco se prueba que la desautorizaran, sino que, por el contrario, la admitieron expresamente en la autorización antes referida’; y es que no cabe compartir la irrelevancia de esta información según pretende la Audiencia, pues es una exigencia ineludible dentro de la total estructuración de repetida *lex artis ad hoc*; al punto se decía en mentada S. 16-12-97: ‘...En cuanto a la esencia a que debe referirse el derecho o deber de información, no es posible exponer un modelo prefijado, que albergue a priori todo el vasto contenido de dicha información, si bien abarcaría como mínimo y, en sustancia, por un lado, la exposición de las características de la intervención quirúrgica que se propone, en segundo lugar, las ventajas o inconvenientes de dicha intervención, en tercer lugar, los riesgos de la misma, en cuarto lugar, el proceso previsible del postoperatorio e, incluso en quinto lugar, el contraste con la residual situación ajena o el margen a esa

intervención; al respecto se expone en S. 2-10-97 de esa Sala: ‘Un elemento esencial de la lex artis ad hoc o núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos es el de la obligación de informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo. Para definir lo que se puede estimar como información correcta hay que recurrir al artículo 10.5 L 14/1986 de 25-4 (LGS), precepto que especifica que el paciente o sus familiares tienen derecho a que, en términos comprensibles para él y sus allegados, se les dé información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento. En resumen, el consentimiento prestado por el enfermo o sus parientes ha de ser informado. Tal información comprenderá, para no incurrir en responsabilidad, el diagnóstico de la enfermedad o lesión que se padece, el pronóstico que de su tratamiento puede esperarse y los riesgos del mismo...’; asimismo, en S. 16-10-98 se decía: ‘...es cierto que la L 26/1984, de 19-7, general para la defensa de los consumidores y usuarios, determinó la expresa obligación de informar al paciente (sic)... Ahora bien,.... se subraya (sic) el Reglamento de Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones, aprobado por Orden de 7-6-72, del cual se desprende el derecho del enfermo de ser informado de las posibles consecuencias de las intervenciones quirúrgicas, y, por otro lado, resulta incuestionable que el deber informativo forma parte de las normas deontológicas de los Colegios Médicos y su observancia, además, es una elemental aplicación derivada de principios lógicos, morales y éticos indiscutibles, sin que, por tanto, la obligación informativa quepa reducirla al rango de una costumbre usual existente en el ámbito médico-hospitalario....’

El montante de la condena impuesta por el Tribunal Supremo (30 millones de pesetas) mueve a alguna reflexión. Y explico por qué digo esto.

De la lectura de la sentencia no se desprende que la Sala encontrara culpa del médico en lo que fue su actuación *técnica* propiamente dicha. Expresado de otro modo, no parece encontrarse en la resolución más *ratio decidendi* que la de “no haberse dado información”.

El caso tenía caracteres que, a primera vista, podrían haber dado pie a la Sala para invocar su doctrina del resultado desproporcionado. Pero nada de esto se dice expresamente.

Así las cosas, la sentencia interpreta el deber de información de una forma ciertamente muy rigurosa.

Por un lado, se acepta que la familia había dado autorización para llevar a cabo la intervención del niño. Pero, por otro, dice la resolución que la información dada a la familia no había llegado a explicar la “*técnica anestésica a emplear*”. Esta última consideración, literalmente contemplada, da lugar a una inevitable duda

en el intérprete, puesto que, en primer lugar, parece un tanto extraño que el deber de información del médico llegue tan lejos como para tener que explicar -se supone que a profanos- “una técnica anestésica”. Por eso, en segundo término, la pregunta que nos formulamos es la de si lo que no se informó a la familia fue que la anestesia había de ser general, frente a la hipótesis de otra de carácter local.

Me parece que lo de “técnica anestésica” no puede entenderse más que en la segunda forma de las que acabo de decir. Y su sentido sería el de que una anestesia general, incluso correctamente aplicada, puede dar lugar a eventualidades o desenlaces inesperados que la Medicina no puede evitar.

Y si antes aludía al montante de la condena impuesta por el Supremo, es porque la cifra en cuestión (con toda la relatividad que entraña cualquier “valoración” al respecto, cuando se hace *desde fuera del órgano judicial*), atendidas las sumas que para casos de muerte suelen conceder los tribunales, mueve a pensar que la Sala Primera no llevó a cabo ningún tipo de moderación o mitigación basada en el razonamiento de que al médico cuya culpa consistió en no informar no se le debe atribuir, a efectos de indemnización, el daño *en su totalidad*.

b) La segunda resolución de las que ahora me ocupo es la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1999.

Esta sentencia contiene un pronunciamiento de subido interés, puesto que, con independencia de que la resolución declare probada la conformidad del paciente a la intervención quirúrgica a que luego fue sometido, se expresa -quizá sea algo más que un *obiter dictum*- una reflexión nada desdeñable en lo que toca a la necesidad de que el paciente preste su consentimiento al acto médico que se le propone. Me refiero a la circunstancia, que la sentencia enfatiza en el pasaje que enseguida veremos, de que el acto médico del caso era “necesario”, entendiendo por esta palabra que, de no haberse realizado, al enfermo le podía haber sobrevenido una gravísima dolencia o incluso la muerte.

La demanda había sido promovida por D. Leonardo contra el Jefe del Servicio de Neurocirugía de un hospital y contra el Insalud, en reclamación de una cantidad, como indemnización de los daños y perjuicios que el demandante aducía sufrir a causa de las secuelas resultantes de una intervención quirúrgica. Fue una operación por el padecimiento de mielopatía cervical espondilótica.

Desestimada la demanda por el Juzgado y por la Audiencia, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación del actor. En el fragmento que interesa, la resolución dice:

“Aunque con lo dicho es suficiente para la desestimación del motivo, ha de agregarse que en el testimonio que se ha aportado a los autos de las diligencias penales que también se siguieron con relación a los mismos hechos, existe un documento en el que D. Leonardo B. D. (demandante en este proceso y aquí recurrente) presta su conformidad a la intervención quirúrgica a que fue sometido (folio 271 de los autos), lo que comporta que previamente hubo de ser advertido de los posibles y normales riesgos que podían derivarse de la misma, intervención quirúrgica que, por otro lado, era totalmente necesaria, ya que, de no realizarla, la evolución natural de la enfermedad podía conducir al paciente a la tetraplejía y a la muerte”.

En este razonamiento son dignos de mención, a mi juicio, dos extremos:

De un lado, la presunción que el Tribunal realiza en torno a la información dada al paciente. En el recurso se alegaba que no se había advertido al actor, ni a ningún miembro de su familia, de los riesgos de la operación ni sobre otras alternativas, a fin de que libremente decidieran.

La sentencia realiza una *“deducción”*, consistente en que si el actor había prestado su conformidad a la intervención quirúrgica, único dato de hecho que se cita al respecto, era porque (*“lo que comporta que”*) previamente *“hubo de ser advertido”* de los posibles y normales riesgos que podían derivar de la operación. Esa *“deducción”* de la Sala, como tal, no parece muy concorde con lo que en otras sentencias se establece en punto al contenido de la información que debe suministrarse al paciente. En efecto, la sola circunstancia de que el actor hubiese dado su conformidad a la intervención quirúrgica no permite concluir de inmediato que se le había informado acerca de los riesgos del acto médico; ni, mucho menos, sobre posibles alternativas terapéuticas (o de simple atención a la enfermedad que el demandante padecía).

Es probable que, aunque la sentencia atribuye a este otro argumento un carácter secundario (es expresiva la locución *“por otro lado”*), en el sentir de la Sala pesara el hecho de que, de no realizarse la intervención quirúrgica, la *“evolución natural de la enfermedad”* (estado de la ciencia o *lex artis*) podía conducir al paciente a la tetraplejía y a la muerte.

Esta segunda circunstancia que acaba de mencionarse, inevitablemente llamada a relacionarse con la fragilidad del primer argumento de los utilizados por

la Sala, mueve a plantearse la pregunta de si las exigencias que giran en torno al consentimiento informado son o no tan rigurosas cuando la enfermedad determinante del acto médico es de tal naturaleza que puede afirmarse, a la luz de los conocimientos científicos, que ninguna consecuencia del acto médico -por ingrata que fuese- habría de alcanzar la gravedad de lo que sucedería si el acto profesional en cuestión no llegara a realizarse.

Me parece que, con independencia de lo que la información al paciente pueda reclamar (en la línea de lo que disponen otras sentencias de la Sala Primera), no es deseable la tesis de que esa información no tiene que ser lo “*completa*” que de ordinario decimos, cuando el riesgo que el acto médico intenta atajar es inequívocamente más grave del derivado de cualquier vicisitud de la intervención profesional del caso.

Este modo de pensar podría entroncar, en primer lugar, con la idea de que al paciente no se le tiene por qué dar una información “*sobrecogedora*” acerca de los posibles riesgos del acto médico, cuando bastante sobrecogedora es en sí la previsión de lo que puede esperarse si el acto médico no se realiza.

Y en segundo término, es posible que en el criterio de la Sala influyera el siguiente ingrediente dialéctico (en definitiva, presupuesto de una presunción): si el paciente dio su consentimiento a la intervención quirúrgica, *tuvo que ser* porque ya había sido informado sobre lo que cabía esperar del curso de su dolencia. Por decirlo de otro modo, vendría a ser el razonamiento de que ninguno de los elementos propios de la información (sobre todo el de los peligros del acto médico) adquiere relevancia cuando lo que resulta del estado de cosas es que: de un lado, la dolencia no puede ser combatida más que con el acto médico que se propone; y de otra parte, que esa dolencia entraña riesgos siempre superiores a los más graves -dentro del curso previsible de los acontecimientos- que el acto médico como tal pueda implicar.

10. Con todos estos elementos de reflexión, creo que se pueden completar las “*tesis*” que he propuesto al comienzo de este trabajo y que luego he desarrollado.

El punto de partida, regla general o, si se quiere, “*principio*”, es el de que al médico que incurre en culpa en el deber de información le es *objetivamente imputable* el daño experimentado por el paciente. No importa decir, en otra expresión, que el médico *asume todos los riesgos* de su actuación.

Sólo pensando así se puede explicar, a mi juicio, lo que vengo apuntando en varios lugares: lo “*extraño*” que es que un médico que no informa de *todos* los riesgos de una intervención quirúrgica responda *de la misma manera* que el que lleva a cabo esa operación de forma incorrecta.¹⁸

Ahora bien, y aunque no hubiera razones *dogmáticas* para hacerlo, la simple observación de las *soluciones* de la jurisprudencia (puesto que hay sentencias que condenan a *todo el daño*, otras que imponen indemnización *sólo por daño moral*, y otras que -en fin- absuelven al demandado) justificaría que dediquemos algunas consideraciones a lo que podríamos denominar “*moderaciones del principio de imputación objetiva*”.

a) En primer lugar, y por ir “*de mayor a menor*”, creo que no es descartable la tesis de que en algunos casos puede proceder la desestimación íntegra de la demanda.

Una hipótesis representativa sería aquella en que las circunstancias concurrentes llevasen al Tribunal a la convicción de que, aun habiendo sido perfectamente informado de riesgos y de alternativas, el paciente habría optado - de forma inequívoca - por la *acción curativa* que sobre él se practicó.

No se me oculta que la prueba al respecto, que ha de correr a cargo del médico, resultará realmente difícil. En efecto, llevar al Tribunal a la *seguridad* de que el paciente habría asentido a la intervención quirúrgica (por seguir con el ejemplo más conocido y más frecuente) entraña las dificultades propias de la demostración de una verosimilitud que, valoradas las cosas en términos “*humanos*”, se encuentre ya dentro de lo que podemos llamar *certeza moral*.¹⁹

Parece estar en esta línea la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1999, que he citado poco más arriba. Como decía al comentarla, todo hace pensar que la auténtica *ratio decidendi* de su fallo radicó en la reflexión de que la

18 Esta cuestión es el punto de partida de los razonamientos del voto particular de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 6 de septiembre de 2002, cuando su autor dice: “*Estimo que no puede identificarse a efectos de responsabilidad la impericia médica con la falta de consentimiento del paciente a un acto médico*”. No obstante, la objeción que suscita esta observación -a mi entender, nada desdeñable - es que el Magistrado disidente la colocó *sólo* en sede de relación de causalidad.

19 Esta prueba, sin embargo, no es imposible. Basta tener en cuenta, por ejemplo, el razonamiento en que se basa la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002. En ella, resolviendo sobre el tercer caso de *wrongful birth* que ha llegado a la Sala Primera, ésta invoca la “probabilidad cualificada” para descartar que la madre embarazada hubiera optado por el aborto si hubiese sabido que el feto era portador del síndrome de Down.

intervención quirúrgica del caso “*era totalmente necesaria, ya que, de no realizarla, la evolución natural de la enfermedad podía conducir al paciente a la tetraplejía y a la muerte*”.

No obstante, también ha de advertirse que frente a la tesis de la total desestimación de la demanda está el argumento de que, de ser así, la falta de información por parte del médico quedaría impune. Es decir, se trataría de una *culpa* sin consecuencia ninguna para quien incurra en ella.

Por eso, quizá fuese un desenlace razonable en estos casos el de una condena *parcial* (e incluso simbólica, si se acepta la expresión), porque alguna consecuencia ha de deparar el no haber informado suficientemente.

Esta última solución, por otro lado, está en la línea de lo que puede resultar de una cabal aplicación de la teoría conocida como “*pérdida de oportunidad*”. En efecto, si acudimos -por ejemplo- al caso más típico de *perte de chance*, y uno de los primeros de la jurisprudencia francesa al respecto (enfermo a quien el médico no diagnostica un cáncer, luego otro facultativo sí lo descubre, pero el paciente fallece), no habrá de ser la misma la condena si la evolución de la enfermedad, cuando intervino el primer profesional, era tan avanzada que la previsión del fallecimiento estaba fuera de toda duda, que si su estado de desarrollo era tal que cabía alguna posibilidad -mayor o menor- de atajar o mitigar la dolencia.

Acudiendo, por analogía, a la jurisprudencia de la Sala Primera en materia de responsabilidad civil de abogados y procuradores en casos de prescripción de una acción o caducidad de un recurso, algunas sentencias (que aluden explícita o implícitamente a la “*pérdida de oportunidad procesal*”) especulan sobre la posibilidad o no de éxito de la acción o del recurso. En esta línea están, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1998, 26 de enero de 1999 y 8 de febrero de 2000.

Y, en definitiva, lo mismo ocurre en aquellas otras resoluciones en las que el Tribunal lleva a cabo un “*juicio de prosperabilidad*”, esto es, de verosimilitud o inverosimilitud del éxito de la pretensión frustrada del cliente (el llamado “*suit within a suit*”). Solución ésta que es la que me parece más acertada, aunque se rechace por algunas sentencias, que dicen que en el juicio sobre la responsabilidad del abogado no asiste al Tribunal la facultad de hacer conjeturas sobre el posible resultado del juicio o del recurso que frustró la culpa del abogado. Ese “*juicio de prosperabilidad*” se encuentra por ejemplo en las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1992, 23 de diciembre de 1992, 20- de mayo de 1996 y 16 de diciembre de 1996.

En el otro extremo, es decir, en un sentido absolutamente contrario, estaría el caso en el que las circunstancias concurrentes mueven a pensar, con toda verosimilitud, que el paciente -de haber sido informado- habría optado por no someterse a la intervención médica. Esto es especialmente aceptable cuando se trata de una actuación de la llamada “*Medicina voluntaria o satisfactiva*”, porque el contraste entre ventajas y riesgos es más fácil. Por eso, se explica por sí sola la decisión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2002, puesto que lo razonable es pensar que el paciente no habría asumido el riesgo de lo que le aconteció (atrofia de un testículo) *por el resultado* de la operación a la que voluntariamente quiso someterse (una vasectomía).

b) Distinto del anterior (quiero decir, a efectos de una eventual desestimación de la demanda) es el caso en que las circunstancias concurrentes permiten al Tribunal llegar a la conclusión de que la falta de información por parte del médico (aunque probada, porque es la premisa) no dio lugar -valga la paradoja- a ausencia de información en el paciente.

Aunque lo que digo parezca una tautología, no creo que pueda invocar *falta de información* quien *ya está informado*.

Me refiero a la hipótesis, nada difícil de imaginar, de un médico que no proporciona información al paciente porque sabe (sería igual el caso en el que tiene razones objetivas y demostrables para *suponer*) que el paciente ya estaba informado en torno a riesgos de la intervención propuesta y alternativas a la misma.

También aquí, como es obvio, nos encontramos ante un problema de prueba, ciertamente no fácil. Pero tampoco imposible, porque bien pudiera ocurrir que la trayectoria del enfermo (consultas a otros médicos anteriores, datos por éstos proporcionados, e incluso la propia formación cultural del paciente) hicieran posible la demostración de que *lo que no dijo* el profesional demandado no constituyó ninguna falta de información del enfermo.

Volviendo de nuevo a la “*lectura*” de la Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1999, que acabo de citar en dos ocasiones, parece como si se atisbase este criterio en el pasaje en el que la Sala dice que si el demandante prestó su conformidad a la intervención quirúrgica, eso “*comporta que previamente hubo de ser advertido de los posibles y normales riesgos que podían derivarse de la misma*”.

Si, como antes he dicho al detenerme en esta resolución, se interpreta que la Sala acudió a la *presunción* de que el concreto médico demandado ya había informado al paciente, el razonamiento suscita algún reparo, puesto que no pa-

rece aceptable – en principio – que la “*prueba*” de la información se deduzca por presunciones.²⁰

Ahora bien, no cabe excluir que lo que la sentencia quisiera manifestar es lo que en este apartado vengo diciendo, esto es, que *un concreto paciente* no puede invocar la falta de información por parte del médico si se acredita que aquél *ya estaba informado*, siquiera fuese por otro medio.

Se me ocurre que acaso fuera ésta la verdadera motivación del voto particular recaído en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 6 de septiembre de 2002. Pero enseguida volveré sobre este punto.

c) Pero, con todo, la solución que parece más razonable es la de que el Tribunal lleve a cabo un -repito la expresión- “*juicio de verosimilitud*”, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, para de esa forma amortiguar lo que como regla general sería la condena a un *quantum* por *todo* el daño sufrido por el actor.

Me parece que esto es lo que en realidad ocurrió en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 4 de abril de 2000.

Cuando la Sala argumenta en torno a la indemnización, circunscribiéndola al “*daño moral*” experimentado por el demandante (que, recuérdese, sufrió una parapléjia como consecuencia de una intervención quirúrgica), creo que no está haciendo sino *ponderar*²¹ el *grado de verosimilitud* de que el paciente, encontrándose en el estado en que se hallaba, se habría sometido a la intervención quirúrgica aun conociendo sus riesgos. Y conociendo, por ello, la posibilidad de *no hacer nada*, tanto si existiera, como si no, otra alternativa terapéutica.

Y esto es probablemente lo que inspiró también el voto particular de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 6 de septiembre de 2002. Voto particular que, por cierto, visto el “*cuadro de hechos*” que describe la propia resolución, me parece acertado.

Es posible que en el Magistrado autor de ese voto pesara una de estas dos cosas:

O bien la convicción de que la madre de la niña demandante no carecía de los datos necesarios para tomar una decisión realmente “*informada*”.

20 Máxime cuando, como ya ha sido reconocido acertadamente por la vigente Ley de Enjuiciamiento civil, artículos 385 y siguientes, se tiene en cuenta que las presunciones no son en rigor un *medio de prueba*.

21 “Ponderar”, dice nuestro Diccionario, es “examinar con cuidado algún asunto”, pero también “contrape-sar, equilibrar”.

O bien la certeza moral de que, aun habiendo conocido los riesgos de la intervención quirúrgica, la madre habría optado por ella.

Lo que nos revela la sentencia es que los padres de la niña del caso habían acudido a varios médicos desde hacía largo tiempo, habiendo obtenido cumplida información de la gravedad de la enfermedad que sufría su hija. Del mismo modo que sabían que la misma dolencia afectaba a otras dos hijas. Y, desde luego, también puede considerarse acreditado que si los padres decidieron acudir en definitiva a una determinada clínica (en la que ocurrió el desenlace determinante del pleito) fue porque otros médicos anteriores -repárese, médicos- les habían dado a entender²² que precisamente aquella clínica era la que más esperanzas ofrecía para la intervención que la niña requería. Y si digo esto último (“requería”) es porque de la sentencia se desprende que, al menos en aquel entonces, no cabía pensar en otra solución que la quirúrgica.

De ahí que la sentencia propiamente dicha, que condenó (recuérdese) a más de 110 millones de pesetas, me parezca insuficientemente fundamentada en lo que a ese *quantum* se refiere. Aunque la resolución no razona en términos de relación de causalidad, en realidad lo que hace es una *imputación objetiva absoluta*, valga el modo de hablar.

No me extraña tanto que la Sala no atendiese a los argumentos (en favor del demandado) basados en *cursos causales hipotéticos* (traducibles por lo que *los padres podían haber decidido*, de haber sido informados, o en *lo que a la niña le podía haber ocurrido si no hubiera sido operada*). Me parece claro que los Tribunales son poco proclives a razonar en base a reflexiones de este tipo, que además requieren un notable aparato de “argumentación dogmática”.²³

Lo que me extraña de la sentencia es - que no atribuya ningún significado jurídico a los datos de hecho que el voto particular, en cambio, sí tuvo muy presentes. Datos sobre los que ese voto llegó a una *solución* más convincente -a mi juicio- que la de la mayoría de los Magistrados.

22 Cosa distinta, e indiferente a estos efectos, es que esos médicos anteriores se equivocaran en su apreciación.

23 Lo que no quita para que, según creo, a veces tengan que hacerlo (o, hablando “en pasado”, *tendrían que haberlo hecho*).

III. CONCLUSIONES

En suma, tras el análisis de varias Sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, se ha dilucidado un problema esencial que se plantea en los casos de responsabilidad civil del médico por incompleta o deficiente información al paciente, esto es, el consentimiento informado en relación con el daño causado y la determinación del *quantum* de la indemnización.

NORMATIVA APLICADA

Art. 10.1 de la Constitución Española.

Art. 10, apartados 5, 6, 15 de la ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Art. 102.3.2 Ley de Jurisdicción Contencioso – Administrativa.

JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Navarra

de 27 de octubre de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 2 de julio de 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 4 de abril de 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1999

y 28 de diciembre de 1999.

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2002.

Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1997, 26 de enero, 10 de noviembre y 28 de diciembre de 1998; 19 de abril de 1999, 7 de marzo de 2000 y 12 de enero de 2001.

Sentencias de 25 de abril de 1994; 24 de mayo de 1995; 31 de julio de 1996; 11 de febrero, 1 de julio y 2 de octubre de 1997; 16 de octubre y 28 de diciembre de 1998; 13 de abril de 1999, 7 de marzo y 26 de septiembre de 2000; 12 de enero y 11 de mayo de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Navarra de
6 de septiembre de 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera. De 4 de abril de 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001.

Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 y 26 de septiembre de
2000 (y las posteriores del mencionado Tribunal de 12 de enero, 27 de abril y
27 de septiembre de 2001, entre otras).

Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 10 de noviembre de 1997, 16 de
diciembre de 1997, y (Sala 3ª) de 4 de abril de 2000.

Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1998, 26 de enero de 1999
y 8 de febrero de 2000.

CONCURRENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN Y LAS PRESTACIONES SOCIALES

Enrique Gil Botero

Se trata de establecer sí cuando a raíz de un daño donde la víctima recibe compensaciones de varias fuentes, queda en una mejor posición en el aspecto patrimonial como consecuencia del mismo, y si dicha situación es compatible con criterios de validez y justicia. Este evento corresponde a lo que la doctrina ha denominado la *compensatio lucri cum damnos*¹ y puede estar conformado por conceptos diferentes al indemnizatorio, que dicho sea, es el debido por el causante directo del daño. Se tiene, en consecuencia, que sí es posible para la víctima quedar en una mejor situación material o de ventaja con motivo de los diferentes ingresos económicos a que puede tener derecho por la materialización del daño. La doctrina sobre el particular ha expuesto:

“El tema es de por sí complejo, pero ello no impide centrarlo correctamente. Se debe recordar, con el Consejo de Estado colombiano, “que no es cierto que un delito o cuasidelito, no puede ser motivo de enriquecimiento para la víctima. Este resultado se darán [...] cuando exista un título o causa que justifica ese enriquecimiento”,² precisión que conduce a aceptar que el lucro o la ventaja que la víctima recibe a raíz del daño puede superar el valor de éste. Se combate así la idea de quienes consideran que la víctima frente a su daño sólo puede quedar máximo en situación idéntica a la que se tenía antes de su advenimiento, porque una víctima sí puede enriquecerse a raíz de un daño. El ejemplo típico es el cobro de un seguro de personas o el caso de donaciones realizadas por piedad al dañado, que provengan de personas distintas al responsable, en las cuales quien sufre el daño puede quedar en una situación económica que supere a la entidad real de su daño.

“El problema consistirá entonces, como bien se observa en la sentencia citada, en que la causa o título que justifica la mejoría de la víctima no se excluya con la indemnización del proceso de responsabilidad. Dentro de esta óptica se plantea de una manera diferente la regla de la indemnización plena del daño: no se trata de discutir si la víctima tiene derecho a quedar en mejor situación porque existen causas que lo justifican. A este propósito

1 DE CUPIS, Adriano. *El Daño*, 2ª edición -Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1970, pág. 327.

2 Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera, 12 de septiembre de 1991, CP. Dr. Uribe Acosta, actor: Rosa Nelly Londoño, exp. 6572.

*se puede sentar la siguiente regla: si existe un título o causa que justifica el cúmulo de compensaciones, por ejemplo – un seguro, una pensión, una donación, etc. -, y si, además, dicha causa o título no se excluye con la propiamente indemnizatoria debida por el directamente responsable, procede aceptar la acumulación. Si el cúmulo de compensaciones se acepta porque proviene de causas o títulos diferentes que no son excluyentes entre sí, no se viola la regla de la indemnización plena de sólo el daño. Nótese que se habla de cúmulo de compensaciones y no necesariamente de indemnizaciones, porque bien puede ocurrir que no todos los ingresos que tenga la víctima a raíz del daño sean indemnizatorios”.*³

Cuando la víctima reclama la indemnización legal o a forfait (prestaciones sociales, más técnicamente) y la indemnización propiamente dicha, se plantea el problema de su acumulación. Para el análisis debe establecerse si coinciden la indemnización que se origina con el daño y las prestaciones sociales que se derivan de la condición que las posibilita. El Consejo de Estado ha precisado en Sala Plena el alcance y contenido de estas diversas realidades:

*“...a través de ese reconocimiento no se le está otorgando ninguna indemnización a esas personas, sino simplemente pagándoles una prestaciones sociales a las que tienen vocación por razón del nexo laboral de su causante. En cambio, la indemnización de perjuicios que se les reconoció separadamente en el proceso citado, tiene su origen y fundamento en la falla del servicio que produjo la muerte del agente. O sea, en el primer supuesto la obligación deviene de la ley y se sustenta en la relación laboral del causante; en el segundo, nace de la responsabilidad que le compete a la administración pública en la muerte de aquél, por una falla del servicio. En ese orden de ideas no es dable el descuento impetrado por la entidad recurrente”.*⁴

Esta era la posición reiterada de la Sala Plena del Consejo de Estado, fruto de un largo periplo evolutivo donde dialécticamente se superó un primer ciclo caracterizado por el rechazo a la posibilidad de acumulación de compensaciones, en él sólo había lugar al reconocimiento de la indemnización de ley o a forfait (prestaciones sociales); hubo un segundo momento donde se adoptó el esquema del derecho francés, esto es, el de descontar de la indemnización total o plena el reconocimiento de prestaciones sociales, y finalmente, en el tercer estadio, la Sala Plena de esta corporación acogió la postura jurisprudencial que se viene de transcribir, consistente en la independencia absoluta y autonomía de cada uno de los conceptos – prestaciones sociales e indemnización – en virtud de la dualidad causal. La estratificación argumentativa que permitió el escalonamiento al tercer hito fue el resultado de un recurso extraordinario de súplica cuya función

3 HENAO, Juan Carlos, *El daño*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 51 y 52.

4 Colombia. Sentencia del 7 de febrero de 1995, exp. S-247.

como es sabido era la de unificar la jurisprudencia. Y ésta línea jurisprudencial fue desconocida recientemente por una decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁵ donde se atomizó esta realidad así: a) si el hecho causante del daño proviene del empleador y éste había trasladado a la seguridad social, como es su deber legal, los riesgos que pudieran sufrir sus empleados como consecuencia de un accidente de trabajo, las prestaciones laborales, constituyen un pago parcial de la indemnización plena a cargo del empleador y tiene entonces naturaleza indemnizatoria, y b) si el daño proviene de un tercero distinto del empleador se da la acumulación de la indemnización a forfait y la indemnización derivada del hecho dañoso.

La decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado, involucionó del tercer estadio al segundo, dentro de la dinámica jurisprudencial que se venía dando en la Sala Plena de la Corporación, y dicha involución corresponde al estado actual de la jurisprudencia francesa, aunque allí ésta etapa ya empieza también a desarticularse en pos de una visión progresiva que como se verá más adelante consiste en la compatibilidad o posibilidad de acumulación entre las prestaciones sociales y la indemnización derivada del hecho dañoso. El cambio jurisprudencial constituye un retroceso en la materia.

En el derecho francés la subrogación es la figura jurídica que permite materializar la imposibilidad de acumulación de las prestaciones derivadas de ley y la indemnización propiamente dicha. Y la adjetivación de la una y la otra, es de suyo tan importante que *“Además, como se ha observado, la subrogación dependerá de sí se califica o no como indemnizatoria determinada prestación, porque si no es indemnizatoria la subrogación no opera”*.⁶ Y en nuestro medio jurídico en ningún momento el artículo 216 del código sustantivo de trabajo se refiere a las prestaciones sociales identificándolas como *“indemnización”*, sino que por el contrario, dentro de su comprensión literal se destaca que cuando exista culpa del patrono debidamente comprobada éste estará obligado a la indemnización total y ordinaria de perjuicios y de su monto se deben descontar las prestaciones pagadas en razón de lo dispuesto en el respectivo capítulo nominado como *“Accidente de trabajo y enfermedad profesional”*. Más aún, *“En nuestra jurisprudencia se parte, a diferencia de lo que ocurre en el derecho francés, como ya se ha visto, de que el pago de la prestación laboral no es indemnizatorio como sí ocurre en el pago propiamente de la responsabilidad civil”*.⁷ Y puede observarse en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de

5 Colombia. Sentencia del 3 de octubre de 2002, exp. N° 14.207.

6 HENAO, Juan Carlos, Ob. Cit. pág. 54.

7 Ibídem. Pág. 56 y 57.

Estado que se cuestiona, que se incurre en un paralogismo o distracción argumentativa al sostener *“Si a través de la seguridad social el patrono traslada los riesgos a otra entidad (ISS, Cajanal, o administradora de riesgos profesionales) las prestaciones derivadas del accidente de trabajo tienen una naturaleza indemnizatoria...”*, como diáfaramente se desprende de lo expuesto, las prestaciones laborales y la indemnización derivada del hecho dañoso son categorías diferentes y no se debe confundir la naturaleza de cada una de las dos instituciones.

En el evento del cual da cuenta la decisión del Consejo de Estado, Sección Tercera, donde el empleador traslada los riesgos a la seguridad social, queda en duda la existencia de la subrogación como límite a la acumulación de prestaciones laborales e indemnización conforme a lo que se viene de transcribir, y además se evidencia la ausencia de lógica cuando se afirma en relación con este punto: *“en tanto el asegurador se estaría volviendo contra el asegurado en un seguro de responsabilidad civil”*.

Y en lo que respecta al derecho a la subrogación de la seguridad social cuando el hecho dañoso es atribuido a un tercero diferente al empleador, ésta no se da, toda vez que no existe ley que así lo disponga y se tiene en consecuencia derecho a la acumulación de las prestaciones laborales con la indemnización de perjuicios, tal como se desprende de lo expuesto en la nueva sentencia, así: *“Cosa distinta sucede cuanto el hecho causante del daño es imputable a un tercero distinto del patrono o empleador. En este caso, el único mecanismo que impediría a la víctima acumular la indemnización de perjuicios con las prestaciones obtenidas de la seguridad social sería la subrogación que la ley – no un decreto reglamentario ni un acuerdo expedido por la junta directiva de una entidad pública de la seguridad social, como ha sucedido hasta ahora – otorgara a ésta para que sustituyera a la víctima y pudiera obtener del responsable el reembolso de lo pagado”*; diferente a lo que ocurre en el derecho francés donde por ley existe la subrogación a favor de la seguridad social. Es importante destacar como para llegar a ésta conclusión, la Sección Tercera del Consejo de Estado, hizo un extenso análisis numerado y titulado *“III. La ley 100 de 1993 y los decretos que la desarrollan”*, allí trajo a colación y acogió los argumentos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de noviembre de 2000, expediente N° 14847, donde se mantuvo la interpretación de inaplicabilidad del artículo 12 del decreto N° 1771 de 1994 y del artículo 83 del acuerdo 155 de 1963, que permitían la subrogación y que la Corte descalificó así:

“... de manera que por este solo aspecto, si fuera puesto en relación con el 216 del C.S.T., no sería útil para dar por sentada la posibilidad de descontar las prestaciones económicas del seguro social de la indemnización ordinaria de perjuicios”

En ese orden de ideas, la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, igualmente dio por establecida la inaplicabilidad del decreto reglamentario y del acuerdo referidos, al afirmar que el derecho a la subrogación de la seguridad social cuando el hecho causante del daño es imputable a un tercero diferente al empleador, sólo sería posible por la subrogación de ley y no por un decreto reglamentario ni por un acuerdo expedido por la Junta Directiva de la entidad pública de la seguridad social. Vale la pena recordar, cómo en la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia a que se hizo alusión, fechada el 9 de noviembre de 2000, se concluyó:

“Como ninguna de las normas acusadas, puestas en relación con el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, permite concluir que haya variado el sistema legal que informó la jurisprudencia de la Corte, la conclusión es que sigue vigente la interpretación que allí se consignó”.

Y la interpretación a que allí se refieren, es a la de la sentencia de la misma Corte, Sala de Casación Laboral, del 08-05-97, expediente N° 9389, con ponencia del doctor Rafael Méndez Arango, que en lo pertinente fue transcrita así:

“Es por ello que se mantiene el criterio jurisprudencial expresado por la entonces denominada Sala Plena de Casación Laboral, conforme al cual en ninguna de las hipótesis consagradas por los artículos 216 del Código Sustantivo del Trabajo y 83 del acuerdo 155 de 1963, le es dado a quien causó el perjuicio descontar suma alguna de las prestaciones en dinero pagadas por el Instituto de Seguros Sociales, pues, se insiste en este aspecto, dicha entidad de previsión social cubre el riesgo laboral propio de la denominada responsabilidad objetiva del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, mas no la responsabilidad que se deriva de la culpa del empleador en la causación del accidente o de la enfermedad”.

Se tiene, que ni en la jurisdicción laboral siquiera, que es la especializada para éste tipo de asuntos *“le es dado a quien causó el perjuicio descontar suma alguna de las prestaciones en dinero pagadas por el instituto de seguros sociales...”*

En el derecho francés, la víctima no puede acumular las prestaciones laborales con la indemnización en virtud de la existencia expresa de la subrogación, pero sí es posible obtener la reparación plena descontándose lo recibido a título de

prestaciones laborales. Sin embargo este criterio ha empezado a desmoronarse jurisprudencialmente al posibilitar la autonomía de los conceptos:

*“En un fallo del 14 de marzo de 1986 (Daloz, 1986, 530, concl. Michel Roux; Daloz, 1986, I, R, 465, obs. Moderne et Bon), “el Consejo de Estado decidió que las ´indemnizaciones salariales´ no tenían un carácter indemnizatorio y podían por tanto ser cobradas por el asegurado, con independencia de las reparaciones debidas por el autor del accidente: no debían, consecuentemente, ser deducidas del monto de la indemnización debida a la víctima por el Estado. Este fallo es de una importancia considerable, porque hasta el presente el Consejo de Estado no se consideraba ligado por el código de seguros y realizaba todas las deducciones posibles – aun aquellas del seguro de personas – para evitar toda acumulación. Es entonces un verdadero cambio en cuya virtud el Consejo de Estado admitió hacia el futuro el carácter no indemnizatorio de las prestaciones que se incluyen en el seguro contra los accidentes corporales”.*⁸

*Compartiendo el giro del Consejo de Estado francés, recuerda la citada profesora francesa cómo el Ministro de Justicia hizo eco de esta posición, al afirmar que “la acción de las cajas de seguridad social no es favorable a las víctimas de los accidentes con autor conocido, puesto que las priva de la posibilidad de acumular las prestaciones dadas por el seguro social, a pesar de que las víctimas hayan cotizado, lo cual es una injusticia”.*⁹

Como se observa, en el derecho francés empieza a resquebrajarse la posición que hoy ha asumido la Sección Tercera del Consejo de Estado en contravía a la jurisprudencia de la Sala Plena en su función unificadora.

La posibilidad de acumulación de las prestaciones sociales y la indemnización de perjuicios encuentra sus límites en la existencia o no de ley expresa que permita la subrogación, y en el examen de las causas jurídicas de uno y otro, se ha dicho por la doctrina que más que un problema de lógica jurídica corresponde a una implementación de política legislativa, pero se hace una sería exclamación o admonición de constitucionalidad, en efecto se dice y advierte:

“Es pues un problema del legislador, que habrá de tener en claro que cada vez que permite la subrogación desecha la aplicación de la teoría de la diferencia de causa jurídicas que tengan las prestaciones e impide a la víctima del daño cobrar ambas, así haya reali-

8 LAMBERT-FAIVRE. “Le lien entre la subrogation et le caractère indemnitaire des prestations des tiers payeurs”. Ob. Cit. p. 100.

9 HENAO, Juan Carlos, Ob. Cit. pág. 67.

zado pagos para poder obtenerla iotro será el debate respecto de la constitucionalidad de un tal proceder del legislador!”¹⁰

Es importante destacar, igualmente, como en el derecho español la compatibilidad de indemnizaciones derivadas de accidente laboral y acto culposo se resuelve en la acumulación a favor de la víctima, y es así como el Tribunal Supremo ha elaborado y perfeccionado la doctrina de la llamada **“perfecta compatibilidad”** entre indemnizaciones civiles y laborales. Esta compatibilidad y absoluta independencia de las prestaciones satisfechas por accidentes de trabajo y la derivada de acto culposo, es doctrina jurisprudencial reiterada por el Tribunal Supremo, cabe destacar entre otras las sentencia del 27 de noviembre de 1993, que cita entre muchas otras que mantienen la misma línea, las siguientes: la del 5 de enero, 6 de octubre y 8 de noviembre de 1982; 9 de marzo, 6 de mayo, 5 de julio, y 28 de octubre de 1983; 7 de mayo y 8 de octubre de 1984; y 2 de enero de 1991;¹¹ todo lo cual es reiterado por el Tribunal Supremo en sentencias de: 7-3-1994, y 27-2-1996, expresando esta última: *“Debe rechazarse el primero de los motivos invocado al amparo del núm. 1º o 2º del artículo 1692 LEC, ante la reiterada doctrina de éste Tribunal que establece la compatibilidad de las prestaciones dimanantes de un mismo hecho (accidente laboral) pues las razones de pedir en el orden jurisdiccional laboral y las que sirven de fundamento al pedimento en este orden jurisdiccional civil se basan en reglas que, no obstante, sean concurrentes en el hecho físico, se apoyan en hechos normativos diferenciados que no se anulan entre sí o se confundan el uno con el otro”*.¹²

Desde otro ángulo, se debe mirar el vínculo que existe entre el acto desencadenante del daño y el beneficio, y es que no se puede dejar de lado este punto porque se llegaría a una indeterminación o indiferencia causal que no es el camino más indicado, la doctrina así se pronuncia: *“Nosotros preferimos la tesis que admite la acumulación en todos los casos, porque ella se funda en un elemento esencial e invariable como es el de la conexión causal entre el acto ilícito y el beneficio. Es evidente que éste no tiene como causa necesaria ese acto, sino que se funda en elementos diversos: retenciones de los sueldos, años de servicio, etc.... el acto ilícito no es más que la “ocasión” fortuita en que se cumple la condición (invalidez, muerte) a que se halla subordinado el*

¹⁰ Ibídem. pág. 68.

¹¹ DÍEZ PICAZO, Luis. Derecho de Daños, Madrid, Edit. Civitas S.A., 1999, pág. 177.

¹² GARCÍA GIL, Francisco Javier, El daño extracontractual y su reparación Tratamiento jurisprudencial, Editorial Dolex, S.L., Madrid, 2000, pág. 713.

*beneficio, el cual habría podido nacer en cualquier otra circunstancia: no puede decirse, por tanto, que acto ilícito sea la “causa de la jubilación o pensión”.*¹³

Y en similar sentido, el profesor Jorge Mosset Iturraspe, ha señalado: *“Es lo que acontece, por vía de ejemplo, con el soldado conscripto con derecho a una pensión como consecuencia del daño sufrido durante el servicio militar. Empero si el beneficio previsional reconoce otra causa, como es el trabajo durante un número de años y los aportes efectuados, sea por el beneficiario o por su causahabiente, no puede de manera alguna invocarse la compensación aludida”.*¹⁴

El tratadista Ricardo Luis Lorenzetti al referirse a las diferencias entre la acción especial y la acción civil, en el punto específico en cuanto a la extensión de la reparación señala que: *“En la acción especial se responde por la consecuencia inmediata y necesaria derivada de causa laboral, y sólo en la medida en que éste ha concurrido. En la acción civil se responde por las consecuencias inmediatas y necesarias y por las consecuencias mediatas previsibles.”* Y en cuanto a las similitudes entre una y otra acción indica: *“- no se aplica la compensatio lucrum cum danno, puesto que para ambos casos (arts. 13 y 16, ley 24.028) se prevé que las indemnizaciones y demás prestaciones “no excluyen ni suspenden ninguno de los beneficios establecidos en las leyes de jubilaciones, pensiones o subsidios”.*¹⁵

Como puede observarse in extenso, la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha creado una situación caótica en cuanto al esquema de la seguridad jurídica de la línea jurisprudencial trazada por la Sala Plena de la misma corporación y de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, la cual había logrado estructurarse gracias a un esfuerzo cimentado en la doctrina, la jurisprudencia, y sobre todo en la interpretación sistemática o armónica del ordenamiento jurídico.

En la decisión de la Sección Tercera se analiza la evolución de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral cuando el daño es imputable al patrono. Se trajo a colación una sentencia del 9 de agosto de 1979 donde se interpretó el contenido de los artículos 216 del C.S.T. y 38 del acuerdo 155 de 1963 del I.S.S. que fue aprobado por el decreto N° 3170 de 1964, y en concreto se puede sintetizar así: el empleador no puede descontar de la indemnización plena debida al trabajador con ocasión del accidente de trabajo lo que la seguridad social está obligada a

13 ORGAZ, Alfredo. El Daño resarcible, 2ª edición, Buenos Aires, editorial Bibliográfica Omeba, 1960, pág. 208

14 El valor de la vida humana, 3ª edición, editorial Rubinzal Culzoni, 1993, pág. 257.

15 La responsabilidad por daños y los accidentes de trabajo, editorial Abeledo Perrot S.A., Buenos Aires, pág. 65 y 68.

pagarle, y ésta a su vez podría reclamarle al beneficiario de la indemnización plena del daño lo que le hubiere entregado a título de prestación social. Esta es la idea que allí se consigna. Sin embargo, se debe destacar que se confunde indemnización con prestación laboral. Las prestaciones sociales son pagos que se hacen al trabajador con el fin de cubrir los riesgos o necesidades del mismo y que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de ella; en cambio, la indemnización es el resarcimiento económico del daño o perjuicio causado, es decir, se diferencian en que las prestaciones sociales no reparan perjuicios causados por el empleador.

En sentencia del 12 de noviembre de 1993, la Sala Plena de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, acogió nuevamente el criterio jurisprudencial de la sentencia que se viene de referenciar, la del 9 de agosto de 1979, y distinguió tres situaciones, destacando de ellas la de que cuando la víctima o sus herederos instauren las acciones para obtener la indemnización ordinaria, de dicho monto, la institución de seguridad social deberá descontarse el valor de las prestaciones por ellas pagadas de acuerdo con las normas del reglamento, y para ello se razonó en el sentido de que no *“le es dado a quien causó el perjuicio descontar suma alguna del valor de las prestaciones en dinero pagadas por el Instituto de Seguros Sociales, pues ello conduciría a que el empleador culpable resultara a la postre obteniendo beneficios del daño que causó, o al menos exonerándolo de la responsabilidad en un riesgo producido por su acto intencional o culposo”*.

No podrá el empleador lucrarse del daño causado descontando lo pagado a la víctima por la seguridad social, pues ello no sólo sería un enriquecimiento injusto, sino una conducta sin horizonte ético toda vez que el alcance del artículo 216 del C.S.T. tiene otro contenido y finalidad, pues en su momento histórico, era el patrón hoy más propiamente *“el empleador”* quien asumía el pago de *“las prestaciones en dinero”* consagradas en el capítulo de *“Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”*, específicamente el artículo 204 de la misma codificación – prestaciones núm. 2º -, hoy día trasladadas esas obligaciones a la seguridad social en los términos del artículo 193 de dicho código, cuyo núm. 2º preceptúa: *“Estas prestaciones dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo de ellas sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo instituto”*.

Podría pensarse, que esa legitimación para descontar el valor de las prestaciones asumidas por la seguridad social de la indemnización legal total y ordinaria por perjuicios a que está obligado el empleador cuando obra con culpa suficien-

temente comprobada, se trasladó exclusivamente a la entidad de seguridad social que hizo el reconocimiento y pago de dichas prestaciones, pero no podrá concluirse como se hizo en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, razonando en síntesis así: como el hecho dañoso es imputable al empleador y éste había trasladado los riesgos que pudieran sufrir sus empleados a la seguridad social, la pensión que aquella le reconoció a la víctima *“constituye pago parcial de la indemnización plena a cargo de la última y por lo tanto, tiene naturaleza indemnizatoria”*, no sólo se torna así falsamente plausible una conducta reprochable, *“la culpa del empleador”*, sino que además automáticamente el juez lo enriquece y le traslada parte de la indemnización a la seguridad social quien no asegura actos ilícitos, sino que como ya se dijo asume riesgos laborales amparados en la licitud, esto es, en el derecho. Se desconoce así además el criterio de la interpretación auténtica plasmado en las diferentes sentencias de la Sala Plena de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a que se ha hecho mención. Jamás ese pago efectuado por la seguridad social puede tener naturaleza indemnizatoria como se afirma en la sentencia, porque se reitera, eso es confundir categorías jurídicas diferentes.

Es por todo lo anterior, que resulta más coherente en el sistema jurídico mantener la doctrina de la absoluta independencia entre la indemnización proveniente del hecho dañoso y las reglas de seguridad social, doctrina conocida como la de la perfecta compatibilidad entre indemnizaciones civiles y laborales conforme lo ha destacado el Tribunal Supremo en España.

Dentro de nuestro medio jurídico llegar a admitir la absorción de una categoría o de un sistema, el derivado de la seguridad social dentro de la indemnización propiamente dicha, equivale sin eufemismo alguno a borrar la distinción que al menos en el ámbito positivo obliga por el momento, entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, y ello no se puede hacer sin violentar el ordenamiento legal, de allí que la labor sistemática y finalística prima en la tarea interpretativa de la ley.

De otro lado, examinada la problemática en relación con el criterio interpretativo sistemático y de integración o de unidad del ordenamiento jurídico podríamos analizar la nueva perspectiva jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado en su aspecto fundamental que fue del siguiente contenido:

“Si a través de la seguridad social el patrono traslada los riesgos a otra entidad (ISS, Cajanal o administración de riesgos profesionales) las prestaciones derivadas del accidente de trabajo tienen una naturaleza indemnizatoria y por lo tanto, en el evento de que

exista culpa suficientemente comprobada del patrono constituyen un pago parcial de la indemnización plena a cargo de éste, independientemente de que le asista o no el derecho de subrogación frente al patrono, cosa que por lo demás no resultaría lógica, en tanto el asegurador se estaría volviendo contra el asegurado en un seguro de responsabilidad civil.

“2. El derecho a la subrogación de la seguridad social

“Cosa distinta sucede cuanto el hecho causante del daño es imputable a un tercero distinto del patrono o empleador. En este caso, el único mecanismo que impediría a la víctima acumular la indemnización de perjuicios con las prestaciones obtenidas de la seguridad social sería la subrogación que la ley – no un decreto reglamentario ni un acuerdo expedido por la junta directiva de una entidad pública de la seguridad social, como ha sucedido hasta ahora – otorgara a ésta para que sustituyera a la víctima y pudiera obtener del responsable el reembolso de lo pagado”

Con éstas conclusiones y argumentos se traza una peligrosa línea divisoria de colorido claramente inconstitucional, al crear, mantener o posibilitar una situación discriminatoria o desarticulada no tratando igual a los iguales, pues si el daño es ocasionado por un tercero, la víctima queda en una situación de privilegio con relación a sí el mismo daño es originado por el empleador, toda vez que ante la imposibilidad de subrogación por la entidad de seguridad social frente al tercero, nada le impide al afectado acumular la indemnización de perjuicios con las prestaciones obtenidas de la seguridad social como se desprende del razonamiento hecho en la sentencia. Situación que desde un análisis de hermenéutica constitucional puede reventar la ley misma en virtud del principio de primacía de la constitución, artículo 4, al ser constitutivo este trato discriminatorio de una vulneración a la “*igualdad ante la ley y las autoridades*”. No olvidando desde luego, que como se ha reiterado una y otra vez, la indemnización es ontológicamente diversa a la institución de la seguridad social lo que podría deslegitimar la ley o la interpretación que los confunda.

Ante el trato desigual debe tenerse presente el artículo 13 de la Constitución Política que ha sido interpretado como un mandato de igualdad en la aplicación del derecho, ya que “*La igualdad material conduce, pues, necesariamente a la cuestión de la valoración correcta y, con ello, a la cuestión de que es una legislación correcta, razonable o justa*”.¹⁶

16 ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993, pág. 388.

Por último, un aspecto que bien merece un análisis particular, es el condicionamiento de la existencia de culpa suficientemente comprobada por parte del empleador en la comisión del hecho dañoso. Pues bien, la noción de culpa en términos generales podría quedar inmersa como una noción común al ordenamiento jurídico, sin embargo, dentro de las particularidades que comprenden las diferentes ramas del derecho, el concepto de culpa en cada una de ellas encuentra un marco de aplicación específico, de allí que no podremos hablar de un trasuntar entre la culpa civil, la penal, la laboral y la falla del servicio, como una categoría igual que irradia todas esas áreas. No pueden olvidarse las diferentes graduaciones de la culpa por ejemplo en materia civil,¹⁷ y las consecuencias que de dicha gradualidad se pueden derivar para uno u otro supuesto;¹⁸ cosa similar ocurre también si se trata de responsabilidad contractual o extracontractual, pues en la primera, la culpa en sus diversas formas puede comprometer la responsabilidad, en cambio en la segunda, no admite graduación alguna.¹⁹

En el campo de la responsabilidad extracontractual administrativa, la noción de falla del servicio no es una figura cuyo correlato sea precisamente la idea de culpa del derecho privado. Y debe quedar claro que la responsabilidad del Estado cuando el daño sea causado a sus mismos servidores, no sólo se puede originar por una falla del servicio, sino por cualquier otro título de imputación que impediría obrar dentro del marco limitativo del artículo 216 del C.S.T., que aplicó la Sección Tercera en la sentencia tantas veces referenciada, acentuándose así la dificultad y el trato diferente, como quiera que en algunos eventos, a los servidores públicos cuando el daño les sea causado por la entidad a la que pertenecen se beneficiarán de la acumulación de la indemnización y las prestaciones laborales si se obró “sin culpa” o sin falla del servicio, y en otros supuestos, cuando se deba responder del daño causado porque el régimen aplicable es el de la “culpa suficientemente demostrada” o falla del servicio probada no operaría dicha acumulación, lo que pone de manifiesto la falta de igualdad en la aplicación

17 Colombia. Código Civil art. 63, distingue tres especies de culpa y descuido: 1) culpa grave, negligencia grave o culpa lata; 2) culpa leve, descuido leve o descuido ligero; y 3) culpa o descuido levísimo.

18 Colombia. Art. 1604 del C.C. que se refiere a las aplicaciones prácticas de la división tripartita el artículo 63.

19 En la aplicación del artículo 216 del C.S.T. la prueba de la culpa corresponde al trabajador a sus causahabientes y se trata de “aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”, según la definición de culpa leve que corresponde a los contratos que se celebran en beneficio de ambas partes, artículo 1604 del C.C.

del derecho – art. 13 C.N. – toda vez que: *“Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces esta ordenado un tratamiento igual”*.²⁰

El anterior panorama pone de manifiesto que se desatiende el contenido mismo del artículo 216 del C.S.T., en cuanto a la exigencia de la culpa como condición para deducir el valor de lo pagado por la seguridad social del monto de la indemnización plena. Se llega al extremo de ignorar la disposición cuando en cualquier evento de responsabilidad, de manera automática se procede a deducir el monto de las prestaciones laborales del total de la indemnización al margen de la existencia o no de culpa en el empleador, cosa que es lo que ha hecho la Sección Tercera del Consejo de Estado al invocar la norma como fuente de argumentación pero desconociéndola en su fundamento que es la culpa del empleador, para sustituirla de manera mecánica por el traslado de los riesgos a la seguridad social que no es el supuesto o condición normativa. Además se va en contravía, no sólo de la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, especialistas en la materia, sino que igualmente se hace contraviniendo la línea trazada por la Sala Plena del Consejo de Estado en función unificadora de la jurisprudencia, pero más aún, la nueva decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado tal como se ha expuesto no cumple con la carga argumentativa de trascender las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que pretende superar.

Finalmente, hay que recordar que el artículo 12 de la ley 6 de 1945, de similar redacción al 216 del C.S.T., se encuentra vigente y es el que regula en éste punto específico la situación de los funcionarios públicos, en consecuencia, el análisis para el caso examinado por la jurisdicción contenciosa administrativa debió efectuarse a partir del mismo en razón de su especialidad, en lo pertinente la norma expresa: *“En los casos de enfermedad profesional y de accidente de trabajo por culpa comprobada del patrono, el valor de la indemnización se descontara del monto de la condenación ordinaria por perjuicios”*.

La confusión que en la materia se ha presentado deviene al parecer de la situación que se contemplaba en el citado artículo 12 de la ley 6 de 1945, que consagraba como una obligación a cargo del patrono las indemnizaciones correspondientes a las prestaciones de seguridad social para con sus trabajadores mientras se organizaba el seguro social. Y se contaba además con que *“Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros... El Gobierno elaborará una tabla de valuación de incapacidades por accidentes de trabajo y*

20 ALEXY, Robert, Ob. Cit., pág. 395.

otra de enfermedades profesionales, de acuerdo con las definiciones anteriores, previo concepto de la Academia Nacional de Medicina, tablas que serán sometidas al Congreso ordinario de mil novecientos cuarenta y cinco en forma de proyecto de ley, junto con el concepto razonado del cuerpo técnico consultado". Como se deduce de lo anterior, existían unas tablas indemnizatorias elaboradas por el gobierno, y a estas tablas de indemnización es a las que se refiere la norma cuando dice que en los casos de enfermedad profesional y accidente de trabajo por culpa comprobada del patrono, el valor de la indemnización se descontará del monto de la condenación ordinaria de perjuicios, de allí que conforme a la ley 6 de 1945 y posteriormente el artículo 216 y 204 del C.S.T., estas normas las tenía que aplicar el empleador ya que eran unas cargas adicionales a las propias porque así lo dispuso la ley mientras el Estado las asumía a través del seguro social obligatorio, todo lo cual generaba una confusión entre lo que tenía que pagar el empleador porque era de su responsabilidad – monto de la indemnización ordinaria – y lo que era de competencia del Estado – seguridad social fijada en las tablas indemnizatorias –, por ello era que se autorizaba al empleador para descontar el valor de lo pagado conforme a las tablas indemnizatorias, toda vez que era éste por disposición de ley y transitoriamente quien debía el cubrimiento de la seguridad social.

192 Pero una vez organizada la seguridad social a cargo del Estado, éste asumió su obligación, es decir, se subrogó en la parte objetiva de que acaecido el daño se cumple la condición del reconocimiento pero no se subroga en la parte subjetiva que siempre será obligación del empleador, de allí que el artículo 216 del C.S.T. no forma parte de la seguridad social porque lo que consagra es la responsabilidad subjetiva del empleador. La responsabilidad del sistema de riesgos profesionales es objetiva en cuanto que una vez ocurre la invalidez o la muerte se debe dar la consecuencia, en principio, sin importar la causa que la genera.

En el momento actual en el sistema de riesgos profesionales los aportes son de obligación exclusiva de los empleadores durante la vigencia de la relación laboral según lo consagrado en la ley 100 de 1993 y en los artículos 16 y 21 literal a. del decreto ley 1295 de 1994. En consecuencia, el trabajador tiene derecho a que la ARP le reconozca las prestaciones económicas a que se refieren el decreto ley 1295 de 1994 y la ley 776 de 2002 cuando sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

Frente al sistema de riesgos profesionales, y respecto a la posibilidad o no de acumulación de la indemnización y las prestaciones sociales, la Sección Tercera del Consejo de Estado, deja de lado el criterio de la culpa del empleador como

elemento normativo condicionante, para de manera mecánica deducir de la indemnización plena lo pagado por la seguridad social en virtud de que basta la imputación del hecho dañoso al patrono para que proceda al descuento sin importar a que título de imputación. Se dijo:

“Como en el caso concreto el hecho dañoso es imputable a la Nación (Fiscalía General) y esa entidad había trasladado los riesgos que pudieran sufrir sus funcionarios como consecuencia de un accidente de trabajo a Cajanal, la pensión de invalidez que ésta le reconoció al señor Juan Manuel Caro González, en su condición de empleado de la Fiscalía, constituye pago parcial de la indemnización plena a cargo de la última y por lo tanto, tienen naturaleza indemnizatoria”.

El empleador no puede descontar de la indemnización plena, por su hecho culposo, el pago de las prestaciones sociales reconocidas por la ARP y así enriquecerse injustamente, lo ideal sería que la entidad fuera llamada al proceso indemnizatorio en calidad de parte litisconsorcial, o bien que repita en contra del trabajador que recibió la indemnización plena concurrente con las prestaciones sociales, o que la ARP se subrogue y demande al patrono culpable cuando éste no ha cubierto la indemnización plena a que está obligado por el artículo 12 de la ley 6 de 1945 o artículo 216 del C.S.T. No obstante que es el empleador quien hace los aportes para la seguridad social, le ocasiona a ésta un menoscabo patrimonial por cuanto con su conducta culpable se materializa la prestación en cabeza del trabajador, y aunque la seguridad social es una obligación objetiva, su cubrimiento cuando el riesgo se da, implica un perjuicio que se traduce en el pago del monto de las prestaciones sociales que dejan de ser virtuales para ser reales por la culpa de quien ocasionó el daño que las hizo posibles.

En todo caso, no se puede proceder como hizo la Sección Tercera del Consejo de Estado, de descontar de manera automática en beneficio de autor del daño - empleador -, el pago realizado por la seguridad social, pues como se vio los fundamentos de éste proceder están viciados por la confusión a que hubo lugar en el pasado, en cuanto a las cargas adicionales que tuvo el empleador mientras el Estado las asumía y a las tablas indemnizatorias elaboradas por el gobierno en aquel entonces, por lo que bien vale la pena repetir: por ello era que se autorizaba al patrono para descontar el valor de lo pagado conforme a dichas tablas indemnizatorias, toda vez que era el empleador por disposición de ley y transitoriamente quien debía el cubrimiento de la seguridad social.

La otra situación que presenta la sentencia cuestionada señala que: *“Cosa distinta sucede cuando el hecho causante del daño es imputable a un tercero distinto del patrono o empleador”*. Se admite así la posibilidad de la ocurrencia de un accidente de trabajo derivado de la intervención de un tercero, tal como sería el caso de un funcionario público que en cumplimiento de sus labores es lesionado por el tercero. En este evento se daría la acumulación según se deduce de la sentencia, pues la seguridad social es objetiva toda vez que asume un riesgo y ante su ocurrencia se pagan las prestaciones económicas de ley.

De otro lado, diferente a las dos situaciones ya analizadas, se tiene que cuando el accidente o muerte no es de origen profesional, se cataloga como de origen común, y la seguridad social igualmente asume el pago de prestaciones económicas, comprende todos los eventos en donde pueden intervenir o no terceros en la ocurrencia del riesgo, pero cuando el daño es imputable al tercero concurren las prestaciones de la seguridad social y la indemnización plena derivada del daño. En éste caso la seguridad social no se puede subrogar en lo pagado a la víctima para cobrarle al tercero pues los aportes en éste sistema son efectuados por el trabajador en concurrencia con el empleador conforme al artículo 17 de la ley 100 de 1993, y no se podría llegar al absurdo de descontarle a quien con sus propios aportes contribuyó a su pensión.

DEL DAÑO MORAL Y EL PERJUICIO A LA VIDA DE RELACIÓN HACIA UNA TEORÍA GENERAL DE DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES

Obdulio Velásquez Posada¹

CONTENIDO:

Introducción

El fundamento del daño extrapatrimonial

El daño moral

Daño a la vida de relación (daño fisiológico)

Hacia una teoría general de daños extrapatrimoniales

El derecho al buen nombre

Bibliografía

195

INTRODUCCIÓN

Partiendo del principio de que la reparación del daño debe ser integral, tradicionalmente en la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad del Estado, se ha reconocido la indemnización de toda clase de daños patrimoniales o materiales, en sus tradicionales formas de daño emergente y lucro cesante. El reconocimiento de perjuicios morales, por su parte, es de aparición tardía en la jurisprudencia,¹ solo se logró después una larga controversia doctrinal sobre la

1 Profesor de Responsabilidad Civil en la Facultad de Derecho Universidad de la Sabana, Bogotá, Colombia y ex Decano de la misma. Miembro del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado. 7 Julio 2003. e-mail obduliovp2@yahoo.com

El Código Civil no habla de perjuicios morales. Su primer reconocimiento fue en 1922 por sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 21 de Julio.

conveniencia y valoración dentro los procesos de responsabilidad;² Hoy es doctrina constante su reconocimiento cuando están debidamente probados.

Desarrollos jurisprudenciales y doctrinales foráneos han impulsado el reconocimiento de otros daños de carácter no patrimonial como el perjuicio fisiológico o la vida de relación. El propósito de este artículo es hacer una exposición y análisis de cómo los perjuicios extrapatrimoniales se han desarrollado en la jurisprudencia colombiana, su alcance y perspectivas futuras. Igualmente exploraré con el examen de la lesión a la reputación y buen nombre las bases de una posible teoría general de responsabilidad civil por daños extrapatrimoniales.

I. EL FUNDAMENTO DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL

La dignidad de la persona humana ha sido el fundamento para el reconocimiento de derechos que trascienden más allá de lo puramente material. Es así como el derecho siempre ha reconocido un grupo de bienes de la persona que caen dentro de la esfera de su intimidad y cuya protección y tutela ha sido objeto de especial atención por parte de jueces, legisladores y Constituyentes. El derecho al buen nombre, a la honra y a la fama, derecho a la libertad de expresión, son ejemplos de derechos inalienables de la persona que gozan de protección del Derecho.

No obstante el reconocer una reparación en ejercicio de una acción de responsabilidad no ha sido siempre clara. Precisamente por su carácter extrapatrimonial e interno de la persona se ha dicho que las lesiones a esos bienes no admiten una reparación. Fue así como se negó por mucho tiempo el reconocimiento al pago por perjuicios morales, pues precisamente cierta concepción de la dignidad de la persona repugnaba con la posibilidad de que se pudiera intentar una compensación o reparación en dinero de un bien de suyo invaluable.³

a. Derecho y Daño

Con la ruptura del concepto clásico de que solo había daño cuando se vulneraba un derecho subjetivo y por lo tanto la reparación estaba sujeta a la prueba de la titularidad del derecho lesionado, se abrió el espectro de la responsabilidad. El Daño tal y como es entendido hoy por la práctica jurisprudencial es la lesión a

2 Ver TAMAYO JARAMILLO, Javier, *De la Responsabilidad civil, De los perjuicios y su indemnización Tomo IV*, Temis, 1999 Bogotá, Pág. 124.

3 En este sentido ver MARTÍNEZ RAVE, Gilberto, 'Límites establecidos por la Legislación Colombiana en algunos casos de Indemnización' *Responsabilidad Civil y de Estado*, Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado N° 4, Abril de 1998, pág. 13.

un interés legítimo vulnerado por la acción u omisión imputable al demandado.⁴ Esta posición es la adoptada por ejemplo por el Consejo de Estado al reconocer en sentencia de 1996 la indemnización de perjuicios morales y materiales a la esposa del fallecido y a dos compañeras permanentes con las cuales también tuvo hijos.⁵ No se necesita pues ser titular de un derecho subjetivo, (al menos dos de las demandantes no tenían en estricto sentido derecho a alimentos) si no encontrarse en una ‘situación jurídica protegida’ en la no requiere la prueba de derechos de alimentos, derechos pensionales, etc.⁶

Igual sucede con el caso de las ayudas gratuitas o benévolas que se reciben de la víctima y que ante su muerte o incapacidad se dejan de recibir. Si bien el beneficiario de la ayuda no cuenta con un legítimo derecho frente a la víctima para reclamarle esa ayuda, la lesión a su benefactor le causa un daño patrimonial consistente en no seguir recibiendo esa ayuda. Dicho interés legítimo está protegido por los principios de la responsabilidad civil

que obligan al reconocimiento de la indemnización correspondiente.⁷

4 El tratadista Colombiano TAMAYO JARAMILLO, Javier, lo define “Daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima”. TAMAYO JARAMILLO, Javier, *De la Responsabilidad civil, De los perjuicios y su indemnización Tomo IV*, Temis, 1999 Bogotá, Pág. 5.

5 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 26 de septiembre 1996, C.P. Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Graciliana Barreto Sandoval Contreras, Expediente 11557 citado por HENAO PÉREZ, Juan Carlos, *El Daño Análisis comparativo de la Responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*, Universidad Externado de Colombia, 1998, p 104.

6 *Ibidem*. P 95.

7 Aunque el tema de las ayudas benévolas ha sido también controvertido, nos parece que tanto en la jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Corte Suprema de Justicia se ha aceptado el reconocimiento a su reparación, cuando el perjudicado ve lesionada esa ayuda que recibía a título gratuito y que en derecho no tenía facultad para exigirla de la víctima. El Consejo de Estado, en fallo del 21 de febrero de 1985, sostiene que “la acción para reclamar perjuicios por muerte pertenece a quien los sufra, sin consideración alguna al parentesco o a las reglas de sucesión” (Consejo de Estado Sección tercera, 21 de febrero de 1985. M.P. Dr.: Valencia Arango, Actor Joel Flórez Villada, exp. 3253) En fallo del 19 de junio de 1989 reitera dicha posición. Se trataba del perjuicio ocasionado a una persona por la pérdida de auxilio económico originada por la muerte de quién le ayudaba...la clave para otorgar indemnización, estima el juez de 1989 que “el derecho a la indemnización de quien sufre una alteración material de una situación favorable (que en esto consiste el daño) se deriva, no del hecho de que la víctima tenga una situación jurídicamente protegida, en el sentido de que el bien afectado esté protegido por una norma, sino de la existencia de un hecho ilícito del autor, de su comisión por culpa o dolo, de la certidumbre del perjuicio y de la relación de causalidad entre éste y el hecho” HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Ob. Cit., pág. 94

La descrita evolución de la responsabilidad civil tiene como fundamento el reconocimiento del carácter autónomo del daño y del principio de que el daño debe ser indemnizado. El daño ontológicamente reclama reparación: Por la misma víctima cuando a él y solo a él le es imputable o por el tercero, cuando se configuran los elementos necesarios de la responsabilidad en su contra.

La toma de conciencia de que el perjudicado ha de ser reparado integralmente ha llevado a nuestra jurisprudencia a la aceptación de la reparación- o al menos a una compensación- de los daños extrapatrimoniales, no obstante las dificultades teóricas y prácticas que conlleva la prueba de su existencia e intensidad y su valoración pecuniaria.⁸ El principio de la reparación integral exige, que todos los perjudicados deban ser indemnizados en todos y cada uno de los daños y solo en los daños probados sin importar su naturaleza, material o extrapatrimonial.

II. EL DAÑO MORAL

A. Naturaleza

Si bien a finales del siglo XIX y entrado el XX hubo opiniones encontradas sobre posibilidad de indemnización de daños morales⁹ hoy es sentencia común que la lesión a bienes extrapatrimoniales es susceptible de tutela jurídica por la vía de la reparación o indemnización de perjuicios.¹⁰

Igualmente la Corte Suprema en sentencia que definió que los beneficiarios del fallecido si podían acumular lo recibido por pensión por muerte recibida por la seguridad social, esto es, que el responsable del pago de la indemnización no queda exonerado del pago de esos perjuicios, agrego un criterio general para las ayudas benévolas o gratuitas y señalo ' puede afirmarse, que cuando se produce un daño imputable a una persona, si un tercero por mera liberalidad o por virtud de cualquier relación contractual, otorga a favor de la víctima una prestación que tenga por fundamento la necesidad jurídica de indemnizar el señalado daño, independientemente de mediar o no subrogación legal o voluntaria en los derechos de la víctima por parte de ese tercero, esa circunstancia no puede aprovechar el responsable para liberarlo de la obligación indemnizatoria a su cargo en igual medida a la de aquella prestación.' Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente 5260 12 mayo 2000.

8 La dificultad de la reparación del daño extrapatrimonial no es exclusiva, también el daño patrimonial o material presenta casos de difícil solución como ocurre cuando: "los actos constitutivos de competencia desleal generan en el comerciante perjudicado fenómenos como la pérdida de la clientela, o la disminución de las ventas." ÁLVAREZ, PÉREZ, Andrés Orión, '*Responsabilidad por actos de publicidad comercial desleal*' *Indemnización*' Responsabilidad Civil y de Estado, Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado No 3, Julio de 1997, Pág. 34.

9 En Italia por ejemplo el Jurista Chironi sostuvo que " el dolor no puede valorarse en dinero y que al lesionado le basta como "risarcimiento morale" la sentencia condenatoria del Juez" citado por SANTOS BRIZ, Jaime. La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal. Tomo I. 7ª ed. Editorial Montecarlo S.A. Madrid. 1993 Pág. 173.

10 La reciente modificación al código civil Alemán de 1900, en lo referente al derecho

La primera vez que se reconoció la existencia del daño moral en Colombia fue a través de la citada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que en fallo del 21 de julio de 1922 ordeno la construcción de un mausoleo en honor a la memoria de la esposa fallecida del demandante teniendo en cuenta que sus restos habían sido exhumados y depositados en una fosa común sin su autorización por empleados del cementerio. El costo del monumento ascendió a \$ 3000 pesos de la época.¹¹

El daño moral es definido por Santos Briz “*el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual producido por la agresión directa de bienes materiales o bien al acervo extrapatrimonial o de la personalidad*”¹² En este punto es importante resaltar que el daño moral aunque principalmente proviene de lesión a bienes extrapatrimoniales, nada obsta para que excepcionalmente puedan derivarse de lesiones a bienes estrictamente patrimoniales. “*Puede hablarse también de daños morales derivados de daños patrimoniales; así, por ejemplo, el dolor moral que produce la pérdida de una joya familiar; de daños morales derivados de daños físicos o de enfermedades físicas o mentales*

de daños que entro en vigencia el 1 de agosto del 2002, introdujo una extensión de la compensación para los daños morales. En el régimen anterior, solo se reconocía la reparación al “dolor y al sufrimiento” cuando expresamente la ley lo autorizaba (antiguo art. 253 BGB) que solo ocurría de modo excepcional por ejemplo en el caso de daños corporales, siempre y cuando se probara una culpa. En los casos de responsabilidad objetiva no había derecho a compensación por daños morales. La razón fundamental establecida en la exposición de motivos era que el legislador Alemán de 1900 consideraba que “tales pérdidas eran demasiado difíciles de valorar y podían generar un abuso si su indemnización se permitía en extenso.” ULRICH MAGNUS, *La reforma del derecho Alemán de daños*, Facultad de Derecho Universidad de Hamburgo, Working Paper no 127, Revista InDret, Barcelona abril 2003 http://www.indret.com/rcs_articulos/cas/127.pdf 18 Junio 2003.

Por su parte el sistema Anglosajón reconoció los daños no pecuniarios en el clásico caso *Phillip v London G South western Railway Co* (1879) 4 QBD 406 (Div.Ct); (1879) 5 QBD 78 (CA) el Juez Field señaló para el demandante “a fair compensation for the pain, inconvenience and loss of enjoyment which he has sustained” (una justa compensación por el dolor, los inconvenientes y pérdidas del goce que él ha disfrutado” No obstante el reconocimiento de perjuicios no pecuniarios no está extendido a toda clase de acciones de reparación de daños (torts) Principalmente se reconocen en casos de lesiones personales y muerte (personal injury) y la víctima puede buscar compensación por el dolor y sufrimientos, inconvenientes, pérdida del placer derivado del trabajo, aficiones, deportes, matrimonio y procreación, etc. LUNTZ, Harold, *Assessment of Damages for Personal Injury and Death* (4th ed. 2002) Pág. 211.

11 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del seis (6) de septiembre del 2001 Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 13 232-15646, Actores: Belén González y otros, William Alberto González y otra. Demandados: Nación, Ministerio de transporte, Instituto Nacional de INVÍAS

12 SANTOS BRIZ, Ob. Cit. Pág. 194.

y daños morales concomitantes con daños patrimoniales”.¹³ El daño moral es autónomo y no se tiene que presentar unido a otro de carácter patrimonial como presupuesto; Sostener lo contrario, afirma el profesor argentino Jorge Mosset, sería “en el fondo, una tesis claramente materialista, subestimadora de lo espiritual y, por ende, de la persona humana”.¹⁴

b. Daño moral y perjuicio extrapatrimonial

Si bien en un principio daño extrapatrimonial¹⁵ y moral significaron lo mismo, hoy se distinguen claramente como género y especie. Así por ejemplo, la pérdida de la vida o la lesión a la integridad personal es claramente un daño extrapatrimonial que no debe confundirse con el daño moral, que son éstos últimos, los que afectan los sentimientos íntimos de la víctima, o los provenientes del dolor físico producido por una lesión.¹⁶

Estos daños son los infringidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, etc.¹⁷

13 SANTOS BRIZ. Ob. Cit. Pág. 164. En contraste, en España en Sentencia del Tribunal Supremo^{1ª}, 31.10.2002, expresamente negó la posibilidad de un perjuicio moral causado por la lesión a un bien de carácter patrimonial por considerar que el “daño moral” es claro y estricto y no comprende en ningún caso aspectos del daño material, por lo que procede su condena tan sólo en los casos en que se atenta a un derecho inmaterial de la persona (honor, intimidad e imagen) o con motivo de la muerte de un ser querido, con independencia de comportar o no un perjuicio económico.” GARCÍA MUÑOZ, Oliver, *Responsabilidad en el contrato de obra y daños morales, Comentario a la STS, 1ª, 31.10.2002*, Facultad de Derecho Universidad Pompeu Fabra, Working paper n.143, Revista InDret, Barcelona abril 2003 http://www.indret.com/rcs_articulos/cas/127.pdf 18 Junio 2003.

14 MOSSET ITURRASPE, Jorge. Ubicación del daño moral en la responsabilidad civil. Responsabilidad por daños. Editorial Ediar, Buenos Aires 1986 pp. 55 y ss. Citado DUQUE GÓMEZ, José N. Del daño. Compilación y extractos Editora jurídica de Colombia. Medellín. 2001. Pág. 139.

15 En Alemania se utiliza la expresión daño no patrimonial en §847 del BGB (Bürgerliches Gesetzbuch (Indemnización por una lesión) 1. En el caso de lesión al cuerpo o a la salud, o en el caso de privación de libertad, la persona perjudicada también puede exigir la indemnización equitativa en dinero por un daño que no es un daño patrimonial. 2. Una pretensión similar corresponde a una mujer contra la que se comete un crimen o un delito inmoral, o que es seducida con fraude, amenazas o en abuso de una relación de dependencia a permitir la cohabitación extramatrimonial”. tomado de EIRANOVA ENCINAS, Emilio. Código civil alemán. Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 266; Francia *Dommage moral*”.

16 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 124.

17 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Profesor peruano, sostiene “somos de la opinión que debe incluirse la restringida noción de daño moral dentro de aquella otra, genérica y comprensiva, de daño a la persona. Y es que daño moral no es otra cosa, como está dicho, que un daño específico que compromete

c. Reglas de reparación del daño moral

La indemnización por perjuicios de índole extrapatrimonial no se ajusta al contenido del concepto mismo de “indemnizar”, pero con ella se trata de restituir el bien lesionado y de brindar al damnificado una satisfacción que compense o alivie la aflicción producida por el hecho dañoso.

La reparación del daño moral ha experimentado una evolución paulatina. En otro tiempo muchos juristas los rechazaban, por entender que los bienes morales no admiten una valoración pecuniaria, o que esta habría de ser siempre insuficiente y arbitraria. Otros pensaban que los bienes de la personalidad son tan dignos que repugnaba la sola idea de traducirlos a valores en dinero. Pero hoy es aceptada la compensación en dinero del daño moral.¹⁸

Del estudio de la jurisprudencia colombiana sobre la reparación del daño moral se pueden sistematizar las reglas generales de reparación del daño moral en las siguientes:

Hay que probarlo en su existencia y en su intensidad. No se presume, aunque en ciertos casos opera la ‘presunción judicial’ a partir de los indicios.

La estimación cuantitativa está regida por el *arbitrium judicis*. El juez razonablemente determina el equivalente en dinero que como compensación se ha de dar al perjudicado.

La existencia de topes máximos fijados por la jurisprudencia tienen un carácter orientativo y no obligan por vía de disposición general, es decir en casos concretos el juez puede y debe superar los topes máximos. El límite máximo sugerido en la justicia ordinaria es de \$ 30.000.000. en la Contencioso Administrativa de hasta 100 salarios mínimos legales mensuales. El patrón oro ha sido abandonado por el Consejo de Estado como criterio para fijación de la cuantía a pagar por daños extrapatrimoniales.

básicamente la esfera afectiva o sentimental de la persona, ocasionándole una perturbación, un dolor, un sufrimiento que carece de un sustento patológico” FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, ‘Daño al proyecto de Vida’ Responsabilidad Civil y de Estado, Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado No 6, Mayo de 1999, Pág.71.

18 TAMAYO JARAMILLO, Javier, Ob. Cit. Pág. 126.

i. Prueba del Daño Moral

El daño moral indemnizable es aquel que cumple las características de todo daño, esto es, ha de ser cierto, personal y antijurídico.¹⁹

La certeza como uno de los estados de la mente en la que se tiene como verdadero o real algo es la condición necesaria para toda sentencia judicial. El juez ha de llegar por medio del acervo probatorio (indicios, testimonios,

presunciones, confesiones, inspecciones judiciales, peritazgos, etc.),²⁰ A la convicción o certeza de la existencia del daño. La certidumbre del daño se contraponen a lo hipotético o eventual del perjuicio. La certeza relativa, fundada y

19 ZANNONI, Eduardo. *El Daño en la responsabilidad Civil*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina, 1993, p. 44 y ss. nos habla que el daño debe tener tres requisitos: la lesión debe haber afectado un interés propio, ser cierto y tercero subsistente al tiempo del resarcimiento, es decir que no haya sido reparado ya por el responsable. En igual sentido BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría de la Responsabilidad Civil*. 9ª edición. Abeledo Perrot Buenos Aires. 1997 p.170, señala “no basta un daño cualquiera para que el autor del ilícito o en su caso, el deudor, se vea constreñido a resarcir. Este daño debe ser: cierto, subsistente, personal del reclamante y afectar un interés legítimo del damnificado”. Subsistente significa, que el daño no debe haber desaparecido en el momento en que debe ser resarcido.” En Colombia ver MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. *Responsabilidad civil Extracontractual*, 10ª edición Temis, Bogotá. Pág. 164 y 165. Nosotros pensamos que en el caso de que el daño haya sido reparado por un tercero que se subroga (seguros de daños por ejemplo) el problema que se presenta no es de *subsistencia* del daño, como lo afirman BUSTAMANTE ALSINA, Zannoni y MARTÍNEZ RAVE, sino del carácter *personal* del mismo, pues los legitimados para cobrarlos entonces serían esos terceros que se hubieran subrogado – en los casos en que opera esa subrogación- en el crédito contra el causante del daño, en el caso de no operar la subrogación, los perjudicados conservan su acción intacta para impetrar la reparación, así por ese siniestro hayan percibido alguna remuneración económica de un tercero como el seguro de vida de la víctima fallecida, por lo que se puede concluir con los Hermanos Mazeaud, que la subsistencia del daño es una ‘perogrullada’ (MAZEAUD, Henri y León y Andrés Tunc. Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Tomo I volumen I, Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1961. Pág. 327).

20 Buen ejemplo de la valoración judicial de la existencia e intensidad del daño moral a partir de los testimonios es lo que se recoge en Sentencia del Consejo de Estado por medio de la cual se declara la responsabilidad del DAS por los daños causados a particulares con ocasión del atentado terrorista a sus instalaciones el 6 de diciembre de 1989. “Por su parte, la declarante Graciela García Torres manifestó que el día del funeral, a María del Pilar Monguí “no la podían calmar después de la muerte Víctor, como 3 meses después de la muerte de él ella volvió a Múltiplas y era inconsolable y llora (sic) y no hacía nada más que recordarlo... tuvo que ir a sicóloga en la empresa porque no podía trabajar, a raíz de la terapia y con el tiempo se ha venido calmando pero no mucho. Ella trabaja ahora conmigo en confecciones Aris. El niño me dijo que el papá se había ido al cielo y aún ahora me dice que solo le pide a Dios que no se lleve a la mamita” (folio 43, cuaderno 2); en cuanto a la madre de William manifestó: “Se de la mamá, que era inconsolable, lo mismo que Pilar, no era más que llorar, la señora lo veía, lo escuchaba, soñaba con él” (folio 43, cuaderno 2). Lo anterior es suficiente para tener certeza del daño moral cuya reparación se solicita en la demanda. La Sala condenará a la demandada a pagar la indemnización correspondiente a la madre y hermanos de William Monguí Cruz y a la esposa e hijos de Víctor Darío Alvarado Peña.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de enero 23 del 2003 Expediente 11962 7651.

razonable de la existencia del daño (también el daño extrapatrimonial) es un criterio constante que nuestra jurisprudencia ha enfatizado:

*“Sólo los beneficios ciertos son los tutelados por el derecho, y ninguna reacción jurídica puede conectarse al daño que afecta a un interés incierto, ya que el derecho no puede considerar las fantasías e ilusiones de eventuales ventajas”, como lo preconiza con acierto el profesor italiano Adriano de Cupis, quien agrega que ‘Teniendo en cuenta las circunstancias y las actitudes del perjudicado, es como debe valorar el juez si una determinada ventaja se habría o no realizado a su favor. Aunque debe entenderse bien que la certidumbre, dentro del campo de lo hipotético, no puede ser absoluta, por lo que hay que conformarse con una certeza relativa, o sea, con una consideración fundada y razonable’.*²¹

En otra ocasión la misma Corte había señalado que la certeza de la existencia del perjuicio moral no está dentro de la esfera del *arbitrium iudicis* que únicamente se ejerce para establecer el monto indemnizable.

“El denominado comúnmente “*arbitrium iudicis*”, ... opera únicamente en relación con la estimación cuantitativa del perjuicio moral, mas no así con su existencia, la cual, como acontece igualmente con cualquier clase de daño y dejando a salvo situaciones de excepción previstas explícitamente por el legislador, requiere ser demostrado aun valiéndose de la prueba por indicios, y la procesal correspondiente incumbe, como es fácil intuirlo, a la parte interesada en obtener la conveniente satisfacción pecuniaria.

Valga, pues, llamar la atención una vez más en que el hecho de aceptar como postulado de general aplicación el que pregona la resarcibilidad de los perjuicios no patrimoniales injustamente causados, ‘...no significa de suyo que esa clase de reparación sea ilimitada, bastándole por lo tanto a los demandantes, en un caso dado, reclamarla para dejarle el resto a la imaginación, al sentimiento o al cálculo generoso de los jueces...’; lo que equivale a decir que cuando del daño moral puro se trata, “...son condiciones indispensables para su compensación que sea personal de quien acciona y, además, que sea cierto, implicando esta segunda exigencia que la existencia y la intensidad del agravio alegado encuentren consistencia respaldo procesal, toda vez que (...) es apenas cuantificación monetaria, y siempre dentro de restricciones

21 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de junio de 2000, exp. 5348; ver también Sentencias de casación civil del 10 de agosto de 1976 y 10 de mayo de 1977 y JORGE SUESCÚN MELO, *Estudios de derecho privado* tomo 2 “La certeza del daño futuro” (2003) ediciones Universidad de Los Andes, Legis, segunda edición, Pág. 198.

caracterizadamente estrictas, la materia en la que al juzgador le corresponde obrar según su prudente arbitrio".²² (Sin subrayar el original)

Por su parte el Consejo de estado ha mantenido criterio similar a la Corte Suprema de justicia. El daño moral en el proceso contencioso administrativo ha de ser probado, no se presume y el *arbitrium iudicis* solo opera para señalar el cuantificar la condena.

1. Presunción judicial

En nuestra jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado se ha sostenido que el juez puede inferir la existencia del daño moral por indicios que obran en el proceso. Este tipo de inferencia denominado presunción judicial ha permitido en ciertas ocasiones establecer la existencia del daño moral por la prueba del vínculo familiar o afectivo entre la víctima fallecida y el demandante. Esposa (o) e hijos, normalmente sufren un daño moral por la pérdida del cónyuge y padre o madre y viceversa.

"Los perjuicios morales subjetivos están sujetos a prueba, prueba que, cuando la indemnización es reclamada por los parientes cercanos del muerto, las más de las veces, puede residir en una presunción judicial. Y que nada obsta para que ésta se desvirtúe por el llamado a indemnizar poniéndole de presente al fallador aquellos datos que, en su sentir, evidencian una falta o una menor inclinación entre parientes...", conclusión que está precedida de que la presunción judicial o de hombre "...dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo.....se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por sus padres, hijos, hermanos o cónyuge..."²³

La presunción judicial es un verdadero medio de prueba y se distingue, según opinión doctrinal acogida por la jurisprudencia' de las presunciones legales que "al ser establecidas por el legislador, implican realmente que determinados hechos están exentos de demostración".²⁴ El Consejo de Estado ratificando esta constante doctrina en varias oportunidades.²⁵ En el 2000 señaló:

22 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial .Tomos CC p. 86, y CCXIX, p. 670.

23 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial .Tomos CC No. 2439, p. 86

24 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, siete (7) de febrero de dos mil dos (2002) Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Expediente número: 21.266 Actor: Blanca María Guevara Escobar y Otros.

25 Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de mayo de 2000. Expediente No. 12.053. En el mismo sentido sentencias del 15 de junio de 2000, expediente 11.688, y el 21 de septiembre

“Es claro que las presunciones establecidas en la ley deben aplicarse siempre que aparezca demostrado el hecho antecedente en el cual se fundan. Tratándose de indicios, en cambio, la presunción será construida por el juez, en cada caso concreto, según su libre criterio, siempre que existan los elementos necesarios para aplicar la respectiva regla de la experiencia y no obre en el proceso otra prueba que permita concluir que se trata de una situación especial, que se aparta de la generalidad.

*Al respecto, debe decirse que si bien la jurisprudencia de esta Sala ha recurrido tradicionalmente a la elaboración de presunciones para efectos de la demostración del perjuicio moral, en relación con los parientes cercanos, es claro que aquéllas se fundan en un hecho probado, esto es, la relación de parentesco, de manera que a partir de ella – que constituye el hecho indicador, o el indicio propiamente dicho, según la definición contenida en el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil –, y con fundamento en las reglas de la experiencia, se construye una presunción, que permite establecer un hecho distinto, esto es, la existencia de relaciones afectivas y el sufrimiento consecuente por el daño causado a un pariente, cuando éste no se encuentra probado por otros medios dentro del proceso. Y tal indicio puede resultar suficiente para la demostración del perjuicio moral sufrido, en la mayor parte de los casos; en otros, en cambio, pueden existir elementos de convicción en el expediente que impidan la aplicación llana de la correspondiente regla de la experiencia”.*²⁶

La presunción judicial de la existencia del daño moral se ha aplicado por el Consejo de Estado y por la Corte Interamericana de derechos humanos en el caso del daño moral sufrido por las víctimas de violación de derechos humanos y por sus familiares.²⁷

Siendo congruente con los anteriores principios el Consejo de Estado negó el reconocimiento del perjuicio moral a dos hermanos menores de la víctima, porque precisamente, la presunción judicial no tenía base lógica dentro de las circunstancias del caso concreto y las pruebas en el proceso:

“En cuanto a éstos últimos, debe tenerse en cuenta que dos de ellos, Yadira Floralba y Héctor Arnulfo, eran muy pequeños en la época en que Neri Florencio sufrió el accidente; en efecto, la primera tenía 3 años y medio, y el segundo tenía dos años y medio, según se desprende de los respectivos certificados de registro civil de nacimiento. Esta circunstancia permite concluir que carecían de la madurez necesaria para percibir y comprender la situación que afectó a su hermano mayor. Debe anotarse, igualmente, que Neri Florencio Hurtado permaneció hospitalizado sólo cinco días, razón por la cual no estuvo separado de su familia por un período muy largo. Así las cosas, considera la Sala que, en relación con

de 2000, expediente 11.766.

26 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, siete (7) de febrero de dos mil dos (2002) Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Expediente número : 21.266 Actor : Blanca María Guevara Escobar y Otros

27 Ibídem.

*los citados hermanos, la prueba del parentesco no constituye indicio suficiente para construir una presunción que permita demostrar la existencia del daño moral, el cual tendría que aparecer plenamente acreditado en el proceso, con fundamento en medios directos de convicción, que se echan de menos en este caso”.*²⁸ (Sin subrayar el original)

*El Consejo de Estado no obstante advierte que no se puede interpretar erróneamente el caso subjudice en el sentido de que los menores de corta edad no puedan sufrir daño moral. Tal interpretación sería equivocada, pues son precisamente los menores quienes se afectan con mayor intensidad²⁹ y concluye: “este daño existirá con seguridad en aquellos eventos en que se ha producido la muerte del padre o la madre del menor, dada la importante relación de afecto y solidaridad que existe entre los padres y los hijos, lo que supone un sufrimiento profundo para quien se ve privado de ella durante el resto de su vida. Con fundamento en consideraciones similares, se ha reconocido en varias ocasiones el daño moral reclamado por el hijo póstumo”.*³⁰

Para el reconocimiento de los perjuicios morales a hermanos de la víctima, el Consejo de Estado ha sido renuente a la aplicación de la presunción judicial automática por el hecho del vínculo de consanguinidad y ha exigido en algunos casos *“la demostración plena del afecto que hubiera existido entre ellos y el finado, dejando la operancia de la presunción de los perjuicios únicamente respecto de los parientes próximos de la víctima: padres e hijos y cónyuges entre sí”.*³¹

En conclusión la existencia e intensidad de los perjuicios morales requiere una actividad probatoria por parte del demandante en orden a aportar los elementos de juicio necesarios para que el juez pueda llegar a una certeza relativa de su existencia y apreciar el grado o intensidad. No se puede limitar a la mera prueba del parentesco con la prueba documental pertinente, ni suponer que la relación familiar en concreto será suficiente. Siempre será conveniente aportar elementos de juicio.³²

28 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002). Consejero Ponente, Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 5615, Actor, Francisco Hurtado y otros, Demandado, La Nación- Ministerio de Defensa Nacional.

29 *Ibídem.* Colombia. Consejo de Estado

30 *Ibídem.* Colombia. Consejo de Estado

31 Colombia. Consejo de Estado. - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991). Consejero ponente: Dr. Yesid Rojas Serrano. Referencia: Expediente No. S -139. Actor: Jesús María Giraldo y otros. Recurso Extraordinario de Súplica.

32 Colombia. Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera, Agosto seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1992) Consejero Ponente: Doctor Daniel Suárez Hernández. Referencia: Expediente No. 6901, Actor: José

II. Estimación cuantitativa de daño moral por *arbitrium iudicis*

El *arbitrium iudicis* es una facultad judicial que se ha de ejercer dentro de dos criterios: en primer lugar, intensidad, que se infiere del grado de parentesco y naturaleza de los hechos y en segundo lugar, la estimación en dinero se hace con límite máximo sugerido de hasta cien salarios mínimos legales para los casos ante jurisdicción contencioso administrativa y de hasta \$ 30.000.000 para la procesos de competencia de la justicia ordinaria. Límites que hemos dicho, admiten excepciones.

Según el jurista Italiano, Visitini, los elementos que la jurisprudencia de su país tiene en cuenta para determinar el *pretium doloris* son: *“en su orden de importancia, la gravedad de la ofensa, el grado de sensibilidad del ofendido, las relaciones de parentesco, la edad y sexo del perjudicado, la situación económica del obligado a indemnizar y la del perjudicado, proporcionalidad entre la cuantía del resarcimiento del daño no patrimonial y la entidad del perjuicio económico patrimonial sufrido por el damnificado”*.³³

El Consejo de Estado en caso de liquidación de daño moral en beneficio de los parientes de la víctima ha señalado que en ejercicio del prudente arbitrio el juez, *“deberá tener en cuenta el grado de parentesco existente entre el damnificado y la víctima, así como la naturaleza de los hechos; por regla general, cuando el daño se deriva de la muerte o de la invalidez absoluta y definitiva del padre o madre, cónyuge o compañero (a), o de un hijo, se ha reconocido el monto máximo, y en relación con los demás parientes, así como frente a otras fuentes de reparación del daño moral, a partir de allí, en una menor medida”*.³⁴

III. Límite en la cuantía de la valoración de daño moral

Rubén Aguirre. En este caso se concedió una indemnización de perjuicios morales mayores a los abuelos por la muerte del nieto que a los mismos hermanos: ‘ la doble situación de abuela y madre de crianza, esos desvelos y sacrificios para procurar su formación y educación, sin duda generaron en ella y sus nietos especiales relaciones de cariño materno y filial, las que al producirse el violento quebranto de las mismas, se tuvieron que proyectar amargamente en los sentimientos de la abuela”.

33 Citado por SANTOS BRIZ. Ob. Cit. Tomo 1 Pág. 164

34 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del diecinueve (19) de julio de dos mil uno (2001) Consejero ponente: Alier E. Hernández Enríquez, Expediente 12.078, Actor: Luís Miguel Monsalve Jiménez y Otros. Demandado: Nación Colombiana (Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Cuando el Código Penal de 1936 acogió la jurisprudencia vigente entorno al reconocimiento de daños morales, estableció un límite máximo de dos mil pesos como cantidad que el juez podía conceder en caso de daño moral causado por el delito. La Corte Suprema de Justicia a partir de entonces asumió el límite establecido por el legislador en materia penal, para aplicarlo en todos los casos de daños morales en responsabilidad civil.

En 1974 la Corte dio un giro jurisprudencial con ponencia del magistrado Germán Giraldo Zuluaga, al señalar que el límite del código penal por su carácter restrictivo no podía ser aplicado por analogía en los procesos civiles y solo tenía vigencia para los perjuicios morales que tuvieran como causa el delito al tenor del texto del artículo 95 del citado código. Consideró la Corte que no existiendo ese límite por disposición legal, debía establecerse uno discrecional por vía jurisprudencial. La Corte considero conveniente mantener un límite máximo en el monto del daño moral y lo fijo en la suma de \$ 30.000, señalando que: *“teniendo de presente la desvalorización de la moneda y el fin perseguido en una condena de satisfacción y no de compensación, es por ahora la indicada para mitigar o satisfacer un perjuicio de aquella naturaleza padecido en su mayor intensidad”*.³⁵ Debiéndose aplicar una cifra menor cuando el perjuicio fuera de grado menor por la lejanía del vínculo de parentesco del demandante con la víctima directa.

Luego periódicamente la Corte ha venido determinando esos límites máximos,³⁶ con la salvedad que tiene no son obligatorios y por lo mismo las sentencias que impongan sumas superiores no pueden ser acusadas con el recurso de casación.³⁷

35 Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación, sentencia de 27 de septiembre de 1974.

36 Así lo ha hecho, por ejemplo, en sentencias del 4 de agosto de 1981, en la que fijó como suma máxima \$100.000.00, del 2 de julio de 1987, en la que la fijó en \$500.000, del 25 de noviembre de 1992, en la que condenó por \$1.000.000.00, y de 30 de mayo de 1994 y 5 de mayo de 1999, en las que se tasaron los perjuicios en \$4.000.000.00 y \$10.000.000.00, respectivamente.

37 Colombia. Ver sentencia del 6 de mayo de 1998, expediente 4972, en la que se reitera esta tesis, planteada inicialmente en sentencia del 28 de febrero de 1990. Recordó la Corte en 1998: *“nunca pretendió la Corte, y mal podía hacerlo, señalar con carácter de obligatorio un tope a la suma que como compensación por los referidos daños puede fijar el juez. Ha sentado sí esta Corporación ciertas pautas con el ánimo de facilitar semejante tarea, pero nada más. Esto quedó bien definido, cuando se puntualizó: “Acerca de tal aspecto y en vista de la ausencia de un explícito mandato legal al respecto, la Corte, con apoyo en la misión unificadora que por ley le corresponde, viene, de tiempo en tiempo y desde algunos años, señalando unos topes máximos de dinero dentro de los cuales es, a juicio de aquella, admisible que el juez ejerza su*

El Consejo de Estado en 1978 por su parte abordó igualmente el tema de la aplicación analógica del artículo 95 del código penal de 1936. A diferencia de la Corte, consideró que si bien el límite impuesto por la ley penal era aplicable en los casos de daños morales que caían bajo la jurisdicción contencioso administrativa, se precisaba, por razones de equidad, de una actualización monetaria de la cifra simbólica de dos mil pesos. El patrón de actualización escogido fue el valor oficial del oro, en el entendido que como patrón monetario internacional servía de criterio permanente.³⁸ Estableció el Consejo de Estado que si el valor oficial del oro para el año de 1937 era \$ 2 el gramo y el tope fijado en el artículo 95 era de dos mil pesos, entonces, podía concluirse que el tope máximo del daño moral en la fecha de la sentencia equivalían a 1000 gramos de oro. Quedó de esta forma establecido el criterio del patrón oro como medida de actualización de las condenas por el daño moral.³⁹

Desarrollos legislativos, críticas de la doctrina y debates al interior del Consejo de Estado llevaron finalmente a reevaluar el patrón oro como medida de actualización de las condenas por daños morales.⁴⁰

El Consejo de Estado decide entonces abandonar el criterio de 1978 y apoyándose en el artículo 16 de la ley 446 de 1998⁴¹ y el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo adopta el sistema de los salarios mínimos legales mensuales como factor de actualización y límite de las condenas por daños morales. *“Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la*

prudente arbitrio al estimar el monto de la compensación por el perjuicio moral. (...)

38 En algunos partes de Estados Unidos se utiliza el criterio ‘*per diem*’ por medio del cual se busca establecer cuantos dólares o centavos serían apropiados para compensar al demandante por un día o incluso horas de dolor sufrido, luego esa cifra se multiplica por el número de días u horas durante el cual el demandante ha sufrido o se prevé sufrirá dolor por el daño causado. LUNTZ, Harold, *Assessment of Damages for Personal Injury and Death* (4 Th Ed 2002) [3.2.6].

39 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del seis (6) de septiembre del 2001 Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 13 232-15646, Actores: Belén González y otros, William Alberto González y otra. Demandados: Nación, Ministerio de transporte, Instituto Nacional de INVÍAS

40 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del seis (6) de septiembre del 2001 Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez. Ob. Cit.

41 Colombia. Art. 16.- Valoración de los Daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales

*suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, que en la fecha de esta sentencia corresponde a veintiocho millones seiscientos mil pesos (\$28.600.000), cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción”.*⁴²

El Consejo de Estado una vez fijado el nuevo rumbo jurisprudencial advierte que el juez de lo Contencioso Administrativo ha de esmerarse en indagar no solo la existencia del perjuicio moral, sino su intensidad y solo debe imponer las máximas condenas *“únicamente en aquellos eventos en que, de las pruebas practicadas, resulte claramente establecido un sufrimiento de gran profundidad e intensidad, superior a muchos de los pesares imaginables”.*⁴³

IV. Límites al daño moral cuando es causado por el delito

El reciente Código Penal del 2000, mantiene la tradición de establecer un límite al arbitrio judicial. No obstante por la redacción del texto y el trámite sufrido durante el Congreso han generado polémica, de la que no se escapa la misma Corte Constitucional quien al estudiar la constitucionalidad del artículo 97 admite la falta de claridad del legislador penal. El citado artículo establece:

ART. 97.- Indemnización por daños. En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales.

Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

La Corte Constitucional al decretar su constitucionalidad señaló expresamente: *“Declarar EXEQUIBLES los incisos primero y segundo del artículo 97, de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que el límite de mil salarios mínimos legales mensuales se aplica exclusivamente a la parte de la indemnización de daños morales cuyo valor pecuniario no fue objetivamente determinado en el proceso penal. Este límite se aplicará a la indemnización de dichos daños cuando la fuente de la obligación sea únicamente la conducta punible”.*⁴⁴

Queda entonces en Colombia un régimen tripartito para señalar el máximo por perjuicios morales. El de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil

42 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del seis (6) de septiembre del 2001 Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 13 232-15646, Actores: Belén González y otros, William Alberto González y otra. Demandados: Nación, Ministerio de Transporte, Instituto Nacional de vías, INVÍAS

43 *Ibidem*.

44 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 916/02 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

que lo actualiza en pesos de tiempo en tiempo. El del Consejo de Estado para asuntos de su competencia que lo establece hasta en cien (100) salarios mínimos mensuales y el régimen del daño moral con fuente en el delito de hasta mil (1000) salarios mínimos mensuales.⁴⁵

La sentencia de la Corte Constitucional comentada deja entre otras dudas si el límite del código penal se aplica también a los perjuicios a la vida de relación causados por el delito. ¿Están comprendidos los daños a la vida de relación dentro del concepto de ‘perjuicios morales’ mencionados en el fallo comentado? La Corte no hace mención alguna a la existencia de perjuicios de tipo fisiológico o daños a la vida de relación a lo largo de su providencia. El tratamiento que le da a la expresión “*daños morales*” parece en algunos pasajes referirse a daños extrapatrimoniales, pues enfatiza el derecho a la indemnización integral de los daños ocasionados por la conducta punible.

No obstante el tenor literal de la parte resolutive da lugar a una interpretación restrictiva. La sentencia que intento aclarar la confusión legislativa por un uso inapropiado de la terminología de la responsabilidad civil se convierte en fuente de especulación.⁴⁶

III. DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN (Daño fisiológico)

a. Origen y fundamento

La existencia del perjuicio a la vida de relación o fisiológico como un perjuicio de naturaleza extrapatrimonial y diferente al perjuicio moral fue reconocida por

45 En una encuesta entre 8 Estados de la Unión Europea hecha por el *European Center for Tort and Insurance Law* en el 2001, mostró que en casos que envolvían cuadraplejía lo pagado por daños extrapatrimoniales oscilaba entre varios miles de Euros. El estudio señala que la menor cantidad pagada fue en Holanda con un rango entre Eu\$ 55.000 y 95.000, La mayor compensación fue en Italia de Eu\$ 390.000. En Inglaterra el rango está entre Eu\$ 260.000 y Eu\$ 333.000, mientras que en Alemania es de aproximadamente Eu\$ 200.000. En contraste, las condenas en los Estados Unidos (California) por la misma naturaleza de daños no baja de varios millones de dólares. Schwartz Gary T. ‘Symposium: Empirical and Experimental Methods in Law, EMPIRICISM AND TORT LAW’, (2002). *University of Illinois Law Review* 1067, 1081.

46 La sentencia en varios apartes usa expresiones como derecho moral subjetivo y objetivo que ha sido desde mucho tiempo atrás criticada por la doctrina pues confunde daños patrimoniales o materiales, (daño moral objetivado) y daños moral propiamente dicho (daño moral subjetivo)

primera vez por el Consejo de Estado en sentencia del 6 de mayo de 1993.⁴⁷

El Consejero Ponente Julio Cesar Uribe Acosta invoca fundamentos interpretativos para el nuevo avance jurisprudencial, que se pueden sintetizar en los siguientes:

La creciente aceptación de la existencia de este tipo de daños en la jurisprudencia y doctrina extranjera. Así en Francia se les denomina “*Prejudice d’agrement*” y en la Doctrina Italiana perjuicio a la vida de relación.⁴⁸

El criterio de que ‘toda interpretación que tienda a ampliar el ámbito de la responsabilidad es preferible a la que lo restrinja’.⁴⁹

La aplicación del principio general del derecho que predica que la “indemnización debe dejar INDEMNE a la víctima del Daño injusto”.⁵⁰

La conciencia plena por parte del Consejo de Estado del valor que tiene la persona humana:

47 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993). Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta. Expediente No. 7428. Demandado: La Nación - Ministerio de Defensa Nacional. Actor: John Jairo Mejía y otros.

La naturaleza e intensidad de las lesiones sufridas por la víctima son resumidas por la Sala: “amputación de ambos miembros inferiores entre el tercio distal y medio del muslo. Múltiples cicatrices heridas de antebrazos, mano izquierda, brazo derecho hasta 6 ctms.” (fl. 166). “Le quedan como secuelas la pérdida del órgano de la locomoción y una deformidad física, todas de carácter permanente” (fl. 166), para el manejo de sus secuelas no requiere de tratamiento con drogas, ni la esperanza de vida se ve afectada por las secuelas y “le correspondería 35, 6 años de esperanza de vida”. “e) para su rehabilitación requiere los servicios de un médico especialista en esta materia además de unas prótesis adecuadas. f) Dada la pérdida anatómica de los miembros inferiores hay un cambio en la auto imagen corporal y la auto estima, sentimiento de minusvalía y auto depreciación que consolidan un estado de depresión reactiva, que se activa constantemente cuando se debe confrontar a eventos y a estilos que impliquen la presencia de los miembros perdidos. Por tanto requiere la atención de un médico siquiatra para efectos de elaboración del duelo que le permita llevar una vida social adecuada y satisfactoria dentro de sus limitaciones físicas. g) En el estado en que se encuentra puede valerse para realizar él mismo sus necesidades primarias (fl. 166 fte y vto)”.

48 TAMAYO JARAMILLO, Javier, Ob. Cit. Pág. 144.

49 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil*, Tomo 1, 1983, Pág. 211.

50 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993). Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta. Expediente No. 7428. Demandado: La Nación - Ministerio de Defensa Nacional. Actor: John Jairo Mejía y otros.

“No dentro del marco materialista, que lo aprecia en términos puramente matemáticos, para concluir que es un simple animal, un objeto mínimo en el organismo enorme y siempre mutable que se llama naturaleza, por lo cual su vida sólo se explica por la materia en movimiento; ni tampoco dentro de una perspectiva simplemente humanista, que predica que el hombre es la forma más alta de ser que haya evolucionado en el universo material, pero sí con una VISIÓN CRISTIANA DEL HOMBRE, que lo ve como un ser biológico con un cuerpo físico, y también como un ser espiritual, que eleva la escala de sus conceptos al mundo maravilloso del pensamiento.”⁵¹ (Resaltado en el original)

A lo largo de la década el Consejo ha ratificado el reconocimiento del daño fisiológico o a la vida de relación como un daño con carácter autónomo, de carácter extrapatrimonial, no necesariamente vinculado a lesiones de tipo corporal que impiden confundirlo con el daño moral ni con el daño patrimonial o material.⁵²

En sentencias de 1997 y del 2002 el Consejo de Estado decidió denominar el daño fisiológico como daño a la vida de relación por considerar que, esta última denominación expresa con mayor precisión la naturaleza del concepto de daño extrapatrimonial que se estaba reconociendo como daño fisiológico. Las razones para esta precisión de nombre, mas no de contenido, tienen su origen en análisis del tratamiento que se la ha dado al daño fisiológico en el derecho comparado,⁵³ en el cual unas veces se le denomina ‘perjuicio del placer’ y en otras alteración de las condiciones de existencia.

Considero el Consejo de Estado que “el adjetivo fisiológico que hace referencia a disfunciones orgánicas, no resulta adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria (recreativas, culturales, deportivas, etc.)”,⁵⁴ que están incluidas dentro del concepto de daño extrapatrimonial que se ha venido reconociendo. Además en algunas ocasiones la vida de relación afectada no es propiamente placentera. “Estamos frente al daño a la vida de relación cuando actividades rutinarias que ya no pueden rea-

51 *Ibidem.*

52 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, expediente 10.421. Actores: María Edelmira Cano y otro. También Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002). Consejero Ponente, Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 5615, Actor, Francisco Hurtado y otros, Demandado, La Nación- Ministerio de Defensa Nacional

53 La Unión europea en 1975 describía como un daño relativo a lesiones corporales por medio del cual la víctima experimenta ‘una disminución de los placeres de la vida causada principalmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades placenteras (Resolución N 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa)

54 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, expediente 10.421. Actores: María Edelmira Cano y otro.

lizarse, o requieren de un esfuerzo excesivo como le ocurre a una persona parapléjica la realización de cualquier desplazamiento”.⁵⁵

Igualmente rechaza El Consejo de Estado el termino *alteración de las condiciones de existencia* empleado por la Jurisprudencia Francesa para referirse al daño a la vida de relación, porque considera que es equivoco, toda vez que todo perjuicio implica en sí mismo alteración en las condiciones de existencia del perjudicado, ya sean en el patrimonio económico o fuera de él.⁵⁶

Finalmente la Corporación acoge el nombre de daño a la vida de relación por expresar con más claridad la naturaleza del perjuicio: *“De acuerdo con lo anterior, resulta, sin duda, más adecuada la expresión daño a la vida de relación, utilizada por la doctrina italiana, la cual acoge plenamente esta Corporación”.⁵⁷*

Es importante precisar que no obstante la variación en su denominación el Consejo de Estado no se ha referido a varios tipos de daños extrapatrimoniales, si no a uno solo bajo diferentes nombres. El Consejo de Estado ha enfatizado esto al señalar que si bien en la jurisprudencia precedente se ha utilizado el concepto de daño fisiológico o daño del placer estos conceptos encierran una misma categoría y no son diferentes entre sí. *“el daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados “daño a la vida de relación”, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquella, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial – distinto del moral – es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización”.⁵⁸*

b. Daño moral y perjuicio a la vida de relación

El daño moral comprende el dolor físico o psicológico que la persona sufre como consecuencia directa del hecho dañoso. El daño moral afecta más directamente la vida interior de la persona, mientras que el perjuicio a la vida de relación aunque con carácter extrapatrimonial, tiene una proyección a la vida exterior.⁵⁹ En la Sentencia de 1993 comentada, el Consejo de Estado enfatizaba la distinción del perjuicio fisiológico o de vida de relación con el daño moral con el siguiente razonamiento:

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002). Consejero Ponente, Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 5615, Actor, Francisco Hurtado y otros, Demandado, La Nación- Ministerio de Defensa Nacional

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ Colombia. Consejo de Estado. Ob. Cit.

⁵⁹ *Ibíd.*

“La indemnización por perjuicios morales subjetivos repara la satisfacción síquica o el dolor físico de la víctima; en cambio, la INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO FISIOLÓGICO REPARA LA SUPRESIÓN DE LAS ACTIVIDADES VITALES. Casi podríamos decir que el daño moral subjetivo consiste en un atentado contra las facultades íntimas de la vida, mientras que el daño fisiológico consiste en el atentado a sus facultades para hacer cosas, independientemente de que estas tengan rendimiento pecuniario⁶⁰ (resaltado en el original)

c. Contenido del daño a la vida de relación

Si bien el perjuicio a la vida de relación o fisiológico se ha aceptado en casos asociados con lesiones corporales es claro en la jurisprudencia del Consejo de Estado que “El daño a la vida de relación puede ser causado como consecuencia de la vulneración de otros derechos patrimoniales y extrapatrimoniales y no solo cuando se da en circunstancias en que se afecta la integridad física, si bien ha sido el origen y el caso más frecuente”.⁶¹

Así por ejemplo en un caso en que se reconocen los daños a la vida de relación el Consejo de Estado afirmó: *“Se encuentra plenamente acreditada la disminución del pleno goce de la existencia por el hecho de que la lesión sufrida afectó el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria, la práctica de actividades recreativas, culturales, deportivas, el deseo sexual y la capacidad para la realización del mismo”.⁶²*

El daño a la vida de relación no solo puede ser sufrido por la víctima directa del daño, sino también por personas cercanas a ella, por razones de parentesco o amistad. *“Así sucederá, por ejemplo, cuando aquéllos pierden la oportunidad de continuar gozando de la protección, el apoyo o las enseñanzas ofrecidas por su padre y compañero, o cuando su cercanía a éste les facilitaba, dadas sus especiales condiciones profesionales o de otra índole, el acceso a ciertos círculos sociales y el establecimiento de determinadas relaciones provechosas, que, en su ausencia, resultan imposibles”.⁶³*

d. Prueba y liquidación del daño a la vida de relación

60 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993). Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta. Expediente No. 7428. Demandado: La Nación - Ministerio de Defensa Nacional. Actor: John Jairo Mejía y Otros.

61 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002). Consejero Ponente, Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 5615, Actor, Francisco Hurtado y otros, Demandado, La Nación- Ministerio de Defensa Nacional

62 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, expediente 10.421. Actores: María Edelmira Cano y otro.

63 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002). Consejero Ponente, Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 5615, Actor, Francisco Hurtado y otros, Demandado, La Nación- Ministerio de Defensa Nacional

Como el daño moral el perjuicio a la vida de relación también ha de ser probado dentro del proceso por los medios tradicionales de prueba como los testimonios, dictámenes periciales etc.

No obstante la prueba del daño a la vida de relación puede resultar más sencilla que la del daño moral, toda vez que se *“realiza siempre en la vida exterior de los afectados y es por lo tanto, fácilmente perceptible”*.⁶⁴ Al igual que en los perjuicios morales cuando la prueba de la existencia del daño a la vida de relación sea difícil por la naturaleza y circunstancias del caso, el juez pueda deducir su existencia e intensidad a partir de las llamadas presunciones de juez que se apoyan en indicios debidamente acreditados *“a partir de la sola demostración de la naturaleza de la lesión física sufrida y las secuelas de la misma, a más de las condiciones en que se desarrollaba, según los testimonios recibidos, su vida familiar y laboral, antes del accidente”*.⁶⁵ (Sin subrayar el original)

La determinación de la cuantía del daño a la vida de relación esta como en el daño moral sometida al arbitrio del juez. En el caso de un conductor que perdió sus piernas el Consejo de Estado considero que el monto indemnizable seria la cifra necesaria para que la víctima pueda disfrutar en mejores condiciones las actividades de la vida que han sido mermadas por el daño sufrido.

“La Sala, habida consideración de la gravedad que tuvieron las lesiones, que determinaron la amputación bilateral de las piernas por encima de las rodillas, la edad del lesionado y su actividad profesional como chofer, la cual no podrá ejercer en el futuro por el estado corporal en que quedó, los fija en la suma de OCHO MILLONES DE PESOS (\$8.000.000.00), con cuya rentabilidad, la víctima podrá atender razonablemente al pago de una persona que lo acompañe en su silla de ruedas cuando tenga necesidad de movilizarse de un sitio a otro. Con ella puede, igualmente, adquirirla, sin sofisticaciones”.⁶⁶

En el 2002 el Consejo de Estado condeno al pago de \$ 30.000.000 en compensación⁶⁷ por los daños a la vida de relación a un soldado que sufrió fractura

64 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002). Ob. Cit.

65 *Ibidem*.

66 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993). Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta. Expediente No. 7428. Demandado: La Nación - Ministerio de Defensa Nacional. Actor: John Jairo Mejía y Otros.

67 Colombia. El Consejo de Estado agrega: “Y es obvio que debe hablarse de compensación, en estos eventos, y no de reparación, dado que, por la naturaleza del perjuicio, será imposible, o al menos muy difícil, en la mayor parte de los casos, encontrar un mecanismo que permita su reparación *in natura* o con el subrogado pecuniario”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sen-

de costilla, trauma del páncreas, luxación de clavícula derecha, estallido de riñón derecho que debió ser amputado. Considero la Sala que:

*“En efecto, dicho tratamiento generó a Neri Florencio Hurtado, sin duda, incomodidades y limitaciones temporales, y las secuelas definitivas de la lesión implican para él una importante alteración en su posibilidad de realizar, en el futuro, ciertas actividades que antes le resultaban fáciles o posibles. Por otra parte, la incapacidad laboral parcial que deberá soportar alterará, seguramente, sus expectativas vitales, dado que no tendrá la misma posibilidad de producir que puede tener una persona de su misma edad, lo que –a más del perjuicio material, que ya ha sido cuantificado –, causará una limitación evidente de sus posibilidades de realización personal”.*⁶⁸ (Sin subrayar en el original).

El Consejo de Estado para los perjuicios a la vida de relación emplea los mismos criterios y límite que ha establecido para los daños morales.⁶⁹ No obstante en aplicación de principio de que los límites máximos pueden ser excepcionalmente rebasados,⁷⁰ ha llegado a condenar hasta 2000 gramos oro (cuando regia el límite de 1000 gramos oro) a favor de un menor que quedó inválido y perdió sus órganos genitales en un accidente.⁷¹

IV. HACIA UNA TEORÍA GENERAL DE DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES

Si partimos del principio de la reparación integral del daño,⁷² por medio del cual todo perjudicado y no solo la víctima directa tienen derecho a indemniza-

tencia del veintinueve (21) de febrero de dos mil dos (2002). Consejero Ponente, Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 5615, Actor, Francisco Hurtado y otros, Demandado, La Nación- Ministerio de Defensa Nacional.

68 Ibídem.

69 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del seis (6) de septiembre del 2001 Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 13 232-15646, Actores: Belén González y otros, William Alberto González y otra. Demandados: Nación, Ministerio de transporte, Instituto Nacional de INVÍAS.

70 El principio de la discrecionalidad judicial en los perjuicios extrapatrimoniales fue también reafirmado en el 2002 al aprobar un acuerdo conciliatorio en el que se señalaron 160 salarios mínimos legales mensuales por concepto de daños a la vida de relación y que habían sido inicialmente fijados en sentencia de primera instancia por el Tribunal en 2000 gramos oro. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Aprobación de conciliación del veinticuatro (24) de octubre de dos mil dos (2002), Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, Expediente 20 252. Actor Fabio Hernando Cardona Sierra y otros Demandado: Nación – Ministerio de Transporte, Instituto Nacional de Vías INVÍAS

71 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, expediente 10.421. Actores: María Edelmira Cano y otro. También Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del cuatro (4) de diciembre del 2002. Consejero Ponente, Germán Rodríguez Villamizar Expediente 13 114 Actor, Martha Lucia Mosquera de Flórez y otros Demandado: La Nación- Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

72 Por su parte el Jurista argentino LÓPEZ CABANA, Roberto, sostiene que este principio de la reparación integral se ha criticado con razón, pues “no siempre sucede que la totalidad del daño sea enjugado con

ción de todos daños injustamente causados por un tercero y en toda su magnitud y, de la aceptación que tanto los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales pueden tener origen en la lesión de intereses, bienes o derechos patrimoniales o extrapatrimoniales, se debería concluir que en el campo de los perjuicios extrapatrimoniales puede haber una gama de daños más allá de los ya reconocidos como daño moral y daño a la vida de relación.

Este principio de raigambre jurisprudencial fue recogido por el legislador colombiano en la ley 446 de 1998, Art. 16, ratificado por la Corte Constitucional al señalar que *“se debe indemnizar el daño causado, todo el daño causado y nada más que el daño causado”* y en 1993 al referirse a la constitucionalidad de normas sobre asistencia a las víctimas de atentados terroristas dijo: *“el resarcimiento del perjuicio debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, más no puede superar ese límite”*.⁷³ En igual sentido se ha pronunciado el contencioso administrativo a través de su máximo órgano, el Consejo de Estado, al señalar: *“en aplicación del principio tutelar del derecho de daños, que enseña que se repare el daño, todo el daño, pero nada más que el daño, tiene derecho a una reparación integral del perjuicio experimentado como consecuencia del daño antijurídico a ello irrogado”*.⁷⁴

La reparación integral del daño como criterio legal exigido por el Art. 16 de la ley 446 de 1998 plantea el problema de los fallos ultrapetita, es decir aquellos en los que el juez encuentra en el proceso que la prueba de la naturaleza y la intensidad de los daños va más allá de la petición de la demanda formulada por el perjudicado o que no fue pedido separadamente” ¿podrá desconocer dicha realidad, y condenar solo por lo pedido? No. Si ese fuera el sentido de la norma, no se hubiese necesitado siquiera de su consagración, el contenido sería tautológico y la norma sería un rey de burlas”⁷⁵ afirma el jurista Enrique Gil Botero, interpretación que ya ha venido siendo intentada por el Consejero Ricardo Hoyos Duque al señalar en un salvamento de voto en nuestro Consejo de Estado que: *“Condicionar el reconocimiento del perjuicio fisiológico al hecho de que se hubiese solicitado en forma expresa en la demanda, es no sólo desconocer la obligación impuesta la juez por el Art. 16 de la ley 446 de 1998 de aplicar el principio de reparación integral sino el principio de*

la indemnización consiguiente” ALTERINI ATILIO, Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto. Temas de responsabilidad civil. Facultad de Derecho y ciencias sociales Universidad de Buenos Aires. Ediciones Ciudad Argentina 1995. Pág. 133.

73 Colombia. Corte Constitucional sentencia C-197 del 20 de mayo de 1993

74 Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera, 10 septiembre de 1998, expediente 12009

75 GIL BOTERO, Enrique. *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*. 2ª edición Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2001. Pág. 39

prevalencia del derecho sustancial sobre consideraciones puramente rituales o formales (art. 228 de la Constitución política".⁷⁶

El tratadista Javier Tamayo Jaramillo ya había señalado años atrás que los daños extrapatrimoniales no se limitaban al daño moral, cuando criticaba el desarrollo posterior que la Corte Suprema de Justicia hizo de los daños morales en la famosa sentencia del año 1922. En sentir de Tamayo Jaramillo, dicha sentencia "*Sentó las premisas suficientes y necesarias para estructurar toda una teoría de los perjuicios extrapatrimoniales... expresamente el fallo acepta la existencia de varios perjuicios extrapatrimoniales, todos ellos indemnizables, uno de los cuales es el denominado perjuicio moral subjetivo o de afección*".⁷⁷ Cuando el fallo del Consejo de Estado de 1993 introducía el perjuicio fisiológico en la tradición jurídica colombiana perdió también esa vez la oportunidad de desarrollar la teoría de los perjuicios extrapatrimoniales más allá de un incremento ad *casum*. Actuó nuestro tribunal con la metodología del juez anglosajón en temas de responsabilidad. En el *Common law system* los principios de responsabilidad civil (*torts*) se van desarrollando por el precedente y se prefiere el *incremental approach* en vez del desarrollo de una teoría general.⁷⁸

¿Por qué si nuestros jueces y doctrinantes en su gran mayoría aceptan que los daños extrapatrimoniales pueden ser de muchas clases o tipos, solo hasta ahora se aceptan dos? Igualmente esos mismos jueces y doctrinantes sostienen que la reparación del daño debe ser integral. ¿Qué razones se pueden dar para aceptar la existencia de esos daños con entidad propia y no reconocerlos en la sentencia?

Una posible respuesta podría ser que al otorgar el reconocimiento de los daños morales, nuestras cortes incluían todo tipo de daño extrapatrimonial. Pero la respuesta no convence plenamente al escudriñar la trayectoria jurisprudencial, desde la ya citada sentencia fundacional del daño moral de 1922 como muchas otras posteriores. Ejemplo de que el Consejo de Estado es consciente de la existencia de perjuicios extrapatrimoniales diferentes al moral, transcribimos lo que la se dijo en 1989 en la sala plena del Consejo de Estado, cuatro años antes del reconocimiento de los perjuicios fisiológicos o a la vida de relación.⁷⁹

76 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Salvamento de voto consejero Ricardo Hoyos Duque, exp. 11835 nov. 6 de 1998 citado por GIL BOTERO, Enrique. Ob. Cit. Pág. 42.

77 TAMAYO JARAMILLO. Ob. Cit. Tomo II p 125.

78 Esta doctrina del *incremental approach* en la responsabilidad civil es explicada en un famoso caso *Donoghe v Stevenson* (1932) AC 562 decidido en la *House of Lords* en Londres 1932; por medio del cual se van adicionando nuevas categorías de casos que admiten un proceso de responsabilidad. La metodología sigue rigiendo para los países con *common law system* (Inglaterra, USA, Australia, Canadá, etc.).

79 Colombia. Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia 082 del 7 de febrero de 1989, Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez, expediente No. S 067, Actor: Juan

“No existe duda para la Sala acerca de la resarcibilidad de los llamados perjuicios extrapatrimoniales, entre ellos el daño moral subjetivo consistente en la afcción de los sentimientos íntimos de la persona. Por consiguiente, todo aquél que acredite haber sufrido un perjuicio extrapatrimonial tiene derecho a la correspondiente indemnización.

(Sin subrayar el original).

En el mismo sentido la sentencia del Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 8 de noviembre de 1991.⁸⁰

Otra posible respuesta a la reticencia para extender el reconocimiento a los perjuicios extrapatrimoniales probados puede estar que, en definitiva su naturaleza e identidad no está aún clara y podría dar lugar a que su confusión genere la condena al pago de perjuicios diferentes siendo en realidad uno solo. En tal caso la víctima recibiría doble reconocimiento por un mismo daño lo que pugna con los principios de la justa reparación. Entonces es aquí cuando debemos preguntarnos una vez más, ¿si son claros cada uno de los perjuicios extrapatrimoniales sufridos, diferenciados unos de otros en su naturaleza y ejercicio, entonces por qué no se conceden de un modo general? El campo está abierto para futuros desarrollos de la responsabilidad civil.⁸¹

Con el fin de ilustrar que una teoría general de la responsabilidad por daños extrapatrimoniales está abierta y se puede desarrollar con un juicioso análisis de la naturaleza de los bienes extrapatrimoniales, paso a examinar la naturaleza de la lesión al derecho al buen nombre.

Evangelista Mesa Hernández

80 Colombia. Consejo de Estado. - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991). Consejero ponente: Dr. Yesid Rojas Serrano. Referencia: Expediente No. S 139. Actor: Jesús María Giraldo y otros. Recurso Extraordinario de Súplica

81 Al respecto es interesante el desarrollo del caso Peruano. El legislador de 1984 al acoger el principio de la reparación integral del daño en el Art. 1985 consagra el “Daño a la Persona”, diferenciándolo plenamente del daño moral, “al señalar que en aquel se atentaba contra el proyecto de la vida del ser humano.” RUIZ TORRES, Gustavo, Responsabilidad Extracontractual, Temas Legales y de Derecho, Revista LEGAL, publicado el 20 de Noviembre de 2002, <http://www.Astrolabio.net/legal> 18 Junio 2003. El Dr. Fernández Sessarego, claro exponente del daño a la persona (que incluye al concebido no nacido), escribió: “Debemos aclarar que es importante remarcar, tal como lo hemos venido sosteniendo por más de una década y como también ocurre en la obra de algunos autores, el distingo existente entre la tradicional expresión de ‘daño moral’ y la contemporánea de ‘daño a la persona’” FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, ‘Daño al proyecto de Vida’ Responsabilidad Civil y de Estado, Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado No 6, Mayo de 1999, Pág.71.

V. EL DERECHO AL BUEN NOMBRE

El ser humano goza de una gran variedad de bienes, intereses o derechos de orden extrapatrimonial.⁸² La honra y el derecho al buen nombre han sido desde la antigüedad una de las expresiones más claras del reconocimiento jurídico a la entidad de esa ‘ parte moral’ que el hombre disfruta y que debe ser protegida como un derecho o al menos como una situación jurídica tutelable. La calumnia y la difamación de larga tradición en el derecho penal tienen también su expresión en la esfera de la responsabilidad civil. Cuando el daño se produce en el buen nombre, cuando se difama a alguien, el derecho ha respondido con una tutela no siempre adecuada. La mayoría de las veces esa lesión constituye un delito y esa es precisamente la tradición colombiana.

Siempre se ha dicho que el delito de calumnia da acción civil para la indemnización de los perjuicios tanto materiales como morales que la víctima pruebe dentro del proceso respectivo. La realidad de las cosas es que la mayoría de las veces no es posible probar el daño material y cuando se prueba no hay problema en otorgar su correspondiente indemnización. En cuanto al daño moral se concede a la víctima una cifra de carácter simbólico en reconocimiento del dolor que ha experimentado por el hecho injurioso o calumnioso, aunque con el régimen del nuevo código penal que pone hasta en mil salarios mínimos legales las condenas podrían en el futuro ser significativas. Queda entonces la pregunta de ¿por qué no se reconoce el derecho al buen nombre como un daño extrapatrimonial independiente del moral y del daño a la vida de relación?

El Consejo de Estado al referirse al perjuicio a la vida de relación expresamente insinúa que precisamente este daño causado en la reputación es una expresión más de lo que se denominan daños a la vida de relación. “Así, aquella afectación (a la vida de relación) puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona.”⁸³

82 TAMAYO JARAMILLO, Javier, Ob. Cit. P 124 menciona entre otros: tranquilidad, libertad, la honra, la buena imagen y el buen nombre, la integridad personal, y la vida, la intimidad, la familia, los afectos, etc.” Por su parte MARTÍNEZ RAVE, Gilberto, Responsabilidad Civil Extracontractual, Págs. 310-311, acepta el mismo criterio al decir “innegablemente, en esos casos, se trata de perjuicios que quedarían englobados en la clasificación de extrapatrimoniales, no pecuniarios, por no tener un contenido económico, pero que se diferencian técnicamente de aquellos que entre nosotros se han venido denominando morales”.

83 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002). Consejero Ponente, Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 5615, Actor, Francisco Hurtado y otros, Demandado, La Nación- Ministerio de Defensa Na-

Del texto transcrito podría inferirse que el Consejo de Estado considera el daño directo o propio que sufre la víctima de la injuria y la calumnia es un daño a la vida de relación, sin perjuicio que además se den otros de orden moral y de carácter económico. El calumniado o difamado ciertamente sufre una alteración de sus relaciones sociales con la propalación de las expresiones difamatorias. Una vez declarado que hubo difamación contra la persona del demandado, el juez está reconociendo que el bien jurídico protegido, la reputación del demandante, ha sido lesionada contra derecho y debe proceder a la reparación de los perjuicios.

Es lo que ocurre en el caso de lesiones personales, en las que una vez se da el reconocimiento judicial de la existencia de ellas, luego se ha de indagar por los perjuicios de tipo material y moral sufridos por el lesionado. Materiales como los gastos médicos y hospitalarios en que haya incurrido la víctima para recuperar su salud y los ingresos dejados de percibir por la incapacidad correspondiente. Como daños morales, el juez, partiendo de la prueba indiciaria: por la naturaleza de las lesiones, el tipo de tratamiento, etc., puede encontrar fundada la existencia del perjuicio moral, valorar su intensidad y condenar al pago de una cifra en dinero a título de compensación. Adicionalmente, si las lesiones han dejado una secuela permanente que generen una afectación de la vida de relación de la víctima puede otorgarse una indemnización adicional por los daños a la vida de relación.

De modo análogo ha de proceder el juez en el caso de lesiones al buen nombre. Establecida la calumnia o difamación a través del respectivo proceso donde se debatan las pruebas, debe el juez mirar en el acervo probatorio cuales daños han sido causados con la lesión a ese bien extrapatrimonial. Por un lado podrían acreditarse perjuicios materiales en su forma de daño emergente y lucro cesante (gastos de rectificación en medios de comunicación, pérdidas de contratos y ganancias por el desprestigio social etc.), adicionalmente el dolor sufrido y probado por las imputaciones hechas dan base para un reconocimiento de daño moral. Puede, siguiendo la sentencia del Consejo de Estado atrás comentada, acreditarse dentro de proceso que la víctima a raíz de las imputaciones difamatorias ha sufrido un constreñimiento social. Piénsese por ejemplo retiro del club, asociaciones profesionales, suspensión en la participación en ciertos círculos sociales en los que con anterioridad el perjudicado actuaba. En este caso estaríamos ante un perjuicio a la vida de relación.

Pero el anterior razonamiento adolecería de un defecto y es que el juez que encuentra la actuación del demandado como difamatoria – es un hecho probado y discutido en el proceso- si concluyera que no hay prueba del daño material, tendría que negarlo, si no encuentra elementos que acrediten que la vida de relación sufrió menoscabo no podría condenar a su reparación. En cuanto al daño moral el juez debería igualmente buscar por indicios que acrediten el dolor del demandante de modo que pueda otorgar la correspondiente compensación económica.

¿Qué otro tipo de daño extrapatrimonial podría sufrir la víctima de la difamación? Pues precisamente un daño extra extrapatrimonial al buen nombre. Su derecho al buen nombre ha sido lesionado. Ese daño es diferente al moral, al material y al de la vida de relación como hemos anotado. La existencia ese daño extrapatrimonial queda probado con definición judicial de la difamación o lesión al buen nombre que por el principio de la integridad de la reparación exige una satisfacción.

A aliviar precisamente este aspecto del daño al buen nombre va encaminada la rectificación que en ocasiones hace el demandado. En el proceso en el que se busca la reparación del daño al buen nombre y se ordena una rectificación pública (generalmente en los mismos medios y de la misma naturaleza que la publicación difamatoria) pretende reparar el daño extrapatrimonial vulnerado. No obstante nada impide que el juez también considere que ese perjuicio extrapatrimonial al buen nombre, -distinto al moral y al de la vida de relación insistimos- pueda ser compensado con una cifra en dinero calculada con los mismos criterios de los demás perjuicios extrapatrimoniales.

Recordemos que en el proceso de responsabilidad civil, la víctima es la que opta por el tipo de reparación que pretende y es al juez quien dentro de los términos de la demanda, modera el quantum una vez establecida la existencia del perjuicio y su intensidad. Nada impide que el demandante opte por una compensación económica en vez de la rectificación, en incluso puede pedir ambas. En este último caso, pensamos que la discrecionalidad del juez podría llevarlo a aceptar si dentro del proceso y por la naturaleza de los hechos considera que el perjuicio extrapatrimonial al buen nombre no ha sido compensado suficientemente que, además se le dé al perjudicado una cifra en dinero. Pero también podría dentro del *arbitrium iudicis*, considerar que la reparación al buen nombre se dará o se ha hecho con la rectificación.

En todo caso pensamos que si el demandante solicita como pretensión la reparación dineraria, probado el daño el juez no tiene otra opción que la de concederla en esa forma aunque con la libertad de fijar una cifra simbólica si en justicia a si lo considera atendiendo siempre a los parámetros de ejercicio de la discrecionalidad judicial. Como acertadamente afirma Tamayo Jaramillo, si por cualquier motivo (y es lo que generalmente ocurre) es imposible restituirle a la víctima el bien extrapatrimonial que le ha sido lesionado, surge entonces la posibilidad de brindarle una satisfacción económica que en parte compense el daño causado; es el juez en cada caso concreto, quien determina la forma de conseguirlo”.⁸⁴

En países de tradición en el Common Law el reconocimiento de daños no patrimoniales ha florecido desde que se ha venido dando una gran protección a la reputación o buen nombre. En algunos casos la responsabilidad es objetiva e incluso la víctima no tiene que probar daño alguno. El solo hecho de que se pruebe que la publicación fue difamatoria se concede una compensación por el daño a la reputación sufrida, así no se acredite en concreto el dolor sufrido u otros daños como consecuencia de la lesión del bien extrapatrimonial del buen nombre.⁸⁵

El anterior análisis podría extenderse a otros bienes extrapatrimoniales. Si se acuñara un principio que estableciera: la lesión a un bien extrapatrimonial, de modo directo por la lesión del bien patrimonial correspondiente o de modo indirecto por la lesión a bienes materiales u otros bienes extrapatrimoniales, da lugar a la correspondiente compensación de perjuicios, habríamos sentado un principio general de responsabilidad por daños extrapatrimoniales más acorde con la naturaleza del sistema romano del cual somos herederos. El sistema actual de reconocimiento limitado de perjuicios extrapatrimoniales en la modalidad de morales y de daños a la vida de relación, estos últimos solo en la jurisdicción Contencioso administrativa, se asemeja más al sistema incremental del *common law*

84 TAMAYO JARAMILLO, Javier, Ob. Cit. Pág. 130.

85 En Australia, siguiendo tradición anglosajona Inglesa y Norteamericana recientemente la *High Court* reitero el principio del *Common Law* de que el daño a la reputación se produce cuando la publicación difamatoria es comprendida por el destinatario, un tercero diferente al difamado, en tal caso la difamación es considerada *strict liability* en el sentido de que el demandado puede ser responsable a pesar de que pruebe que actuó con razonable cuidado o diligentemente. *Dow Jones & Company Inc v Gutnick* [2002] HCA 56 [25].

y no tiene un sustento teórico sólido que lo soporte. Ha sido el silencio judicial y la elusión del tema el denominador común en este campo.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil*, Tomo 1, Santiago de Chile, 1983.

ALTERINI ATILIO, Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto. *Temas de responsabilidad civil*. Facultad de Derecho y ciencias sociales Universidad de Buenos Aires. Ediciones ciudad Argentina, 1995.

ÁLVAREZ, PÉREZ, Andrés Orión, '*Responsabilidad por actos de publicidad comercial desleal*' '*Indemnización*' Responsabilidad Civil y de Estado, Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado No 3, Julio de 1997.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría de la Responsabilidad Civil*. 9ª edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

DUQUE GÓMEZ, José N. *Del daño. Compilación y extractos* Editora jurídica de Colombia, Medellín, 2001.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio. *Código Civil Alemán*. Marcial Pons, Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, '*Daño al proyecto de Vida*' Responsabilidad Civil y de Estado, Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado N° 6, Mayo de 1999, Pág. 71

GARCÍA MUÑOZ, Oliver, *Responsabilidad en el contrato de obra y daños morales, Comentario a la STS, 1ª, 31.10.2002*, Facultad de Derecho Universidad Pompeu Fabra, Working paper n.143, Revista InDret, Barcelona abril 2003 http://www.indret.com/rcs_articulos/cas/127.pdf 18 Junio 2003.

GIL BOTERO, Enrique. *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*. 2ª edición Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín. 2001.

HENAO, Juan Carlos, *El Daño Análisis comparativo de la Responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

LUNTZ, Harold, *Assessment of Damages for Personal Injury and Death* (4th ed. 2002). Pág. 211.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. *Responsabilidad civil Extracontractual*, 10ª edición Temis, Bogotá. 1999.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto, 'Límites establecidos por la Legislación Colombiana en algunos casos de Indemnización' Responsabilidad Civil y de Estado, Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado No 4, Abril de 1998.

MAZEAUD, Henri y León y Andrés TUNC. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Tomo I volumen I, Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1961.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Ubicación del daño moral en la responsabilidad civil. Responsabilidad por daños. Editorial Ediar, Buenos Aires 1986.

RUIZ TORRES, Gustavo, Responsabilidad Extracontractual, Temas Legales y de Derecho, Revista LEGAL, publicado el 20 de Noviembre de 2002, <http://www.Astrolabio.net/legal> 18 Junio 2003

SANTOS BRIZ, Jaime. La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal. Tomo I. 7ª ed. Editorial Montecarlo S.A. Madrid, 1993.

SCHWARTZ, Gary T. 'Symposium: Emphirical and Experimental Methods in Law, EMPIRICISM AND TORT LAW', (2002). University of Illinois Law Review 1067, 1081.

SUESCÚN MELO, Jorge *Estudios de derecho privado* tomo 2 (2003) ediciones Universidad de Los Andes, Legis, segunda edición, pp. 198.

TAMAYO JARAMILLO, Javier, *De la Responsabilidad civil, De los perjuicios y su indemnización Tomos I-IV*, Temis, Bogotá, 1999.

ULRICH MAGNUS, *La reforma del derecho Alemán de daños*, Facultad de Derecho Universidad de Hamburgo, Working Paper No. 127, Revista InDret, Barcelona, abril 2003. http://www.indret.com/rcs_articulos/cas/127.pdf 18 Junio 2003.

ZANNONI, EDUARDO. *El Daño en la responsabilidad Civil*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina, 1993.

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera, 26 de septiembre 1996, C.P. Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Graciliana Barreto Sandoval Contreras, Expediente 11557

Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia 082 del 7 de febrero de 1989, Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez, expediente No. S 067 Actor: Juan Evangelista Mesa Hernández

Consejo de Estado Sección Tercera, 21 de febrero de 1985. M.P. Dr.: Valencia Arango, Actor Joel Flórez Villada, expediente 3253

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del seis (6) de septiembre del 2001 Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 13 232-15646, Actores: Belén González y otros, William Alberto González y otra. Demandados: Nación, Ministerio de Transporte, Instituto Nacional de INVÍAS

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, expediente 10.421. Actores: María Edelmira Cano y otro

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002). Consejero Ponente, Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 5615, Actor, Francisco Hurtado y otros, Demandado, La Nación- Ministerio de Defensa Nacional

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Aprobación de conciliación del veinticuatro (24) de octubre de dos mil dos (2002), Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, Expediente 20 252. Actor Fabio Hernando Cardona Sierra y otros Demandado: Nación – Ministerio de Transporte, Instituto Nacional de Vías INVÍAS

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del diecinueve (19) de julio de dos mil uno (2001) Consejero ponente: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Expediente 12.078, Actor: LUIS MIGUEL MONSALVE JIMÉNEZ Y OTROS Demandado: Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Ejército Nacional

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993). Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta. Expediente No. 7428. Demandado: La Nación Ministerio de Defensa Nacional. Actor: John Jairo Mejía y otros.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del cuatro (4) de diciembre del 2002. Consejero Ponente, Germán Ro-

dríguez Villamizar Expediente 13 114 Actor, Martha Lucia Mosquera de Flórez y otros. Demandado: La Nación

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de enero 23 del 2003 Expediente 11962 7651.

Consejo de Estado, Sección Tercera, siete (7) de febrero de dos mil dos (2002) Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Expediente número: 21.266 Actor: Blanca María Guevara Escobar y otros.

Consejo de Estado. - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991). Consejero ponente: Dr. Yesid Rojas Serrano. Referencia: Expediente No. S 139. Actor: Jesús María Giraldo y otros. Recurso Extraordinario de Súplica

Consejo de Estado. - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991). Consejero ponente: Dr. Yesid Rojas Serrano. Referencia: Expediente No. S - - 139. Actor: Jesús María Giraldo y otros. Recurso Extraordinario de Súplica

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera, Agosto seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1992) Consejero Ponente : Doctor Daniel Suárez Hernández , Referencia: Expediente No. 6901, Actor :José Rubén Aguirre

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de mayo de 2000. Expediente No. 12.053. En el mismo sentido sentencias del 15 de junio de 2000, expediente 11.688, y el 21 de septiembre de 2000, expediente 11.766

Consejo de Estado. Sección Tercera, 10 septiembre de 1998, expediente 12009

Consejo de Estado, Sección Tercera. Salvamento de voto consejero Ricardo Hoyos Duque, exp. 11835 nov. 6 de 1998.

Corte Constitucional Sentencia C 916/02 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial .Tomos CC pág. 86, y CCXIX, pág. 670.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de junio de 2000, exp. 5348

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación, sentencia de 27 de septiembre de 1974.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación, sentencia de 30 de mayo de 1994

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación, sentencia del 2 de julio de 1987

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación, sentencia del 25 de noviembre de 1992

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación, sentencia del 28 de febrero de 1990

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación, sentencia del 4 de agosto de 1981

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación, sentencia del 6 de mayo de 1998, exp 4972

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial .Tomos CC No. 2439, p, 86.

Otras fuentes

Corte Constitucional sentencia C-197 del 20 de mayo de 1993.

Dow Jones & Company Inc v Gutnick [2002] HCA 56 [25].

Donoghe v Stevenson (1932) AC 562.

DESLINDE CONCEPTUAL ENTRE “DAÑO A LA PERSONA”, “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” Y “DAÑO MORAL”

Carlos Fernández Sessarego

CONTENIDO:

Los supuestos del “daño a la persona”

Propósito y alcances del presente trabajo

Breve referencia a los modelos italiano y peruano de “daño a la persona”

Alcances del concepto “daño a la persona”

Sistematización del “daño a la persona”

El “proyecto de vida”

Protección jurídica de la libertad fenoménica o “proyecto de vida”

El “daño al proyecto de vida” en el derecho vivo

“Daño a la persona” y “daño moral”

Daño al proyecto de vida y daño moral

Significado de las conquistas del derecho contemporáneo en materia de protección de la persona

1. LOS SUPUESTOS DEL “DAÑO A LA PERSONA”

1.1. Un siglo densamente filosófico

Debemos empezar este trabajo sosteniendo que todo lo que en él se desarrolla se sustenta, en última instancia, en la nueva concepción del *ser humano* que surge a partir de la honda, fecunda y angustiada reflexión de los filósofos de la escuela de la filosofía de la existencia que, a través de su lúcido y creativo pensamiento, hicieron del siglo XX uno de los más densamente filosóficos de la humanidad. Nos atreveríamos a decir que, por el número de pensadores de primera línea que en él aparecieron y produjeron así como por los valiosos hallazgos obtenidos, es el más denso de la historia humana.

Somos del parecer que en ningún siglo anterior se pudo apreciar, como ocurrió en la primera mitad del mencionado siglo XX, la presencia de un tan importante grupo de filósofos que, no obstante sus naturales personales puntos de vista, coincidieron en algunas ideas fuerza que, como la libertad, la coexistencialidad o la temporalidad, han contribuido a desvelar, en gran medida, el que sigue aun siendo el misterio relativo a la estructura del ser humano. Nos referimos, entre otros, a Sartre, Marcel, Zubiri, Jaspers, Heidegger, Mounier. Sus aportes han permitido un extraordinario salto de calidad en el pensamiento contemporáneo. Sus ideas, sus hallazgos, han obligado a los estudiosos de las disciplinas que tienen al ser humano como objeto de su atención e interés, y a los científicos en general, a la revisión de los supuestos de sus respectivas disciplinas.

Lo expresado se aprecia en todas las disciplinas del saber humano. Baste para ello revisar los espectaculares cambios ocurridos a partir del siglo XX en la Teología, en la Medicina o en el Derecho, para referirnos a sólo tres de las más importantes disciplinas sobre el ser humano.

1.2. El misterio del ser humano

Nos referimos al misterio del ser humano pues, pese a los aportes de la escuela de la filosofía de la existencia, persiste aún el insondable misterio que él representa. Un misterio que no se logra disipar. Muchas preguntas que hacen de él su tema central siguen sin respuestas generalmente aceptadas. Así, por ejemplo, entre otras interrogantes que se formulan, no podemos olvidar por trilladas, repetidas y a veces cargadas de angustia, aquellas que se refieren al ¿de dónde

procede el *ser humano*, a dónde va?, ¿para qué vino al mundo, aquí, ahora, y no en el siglo II d.C o en el siglo XXV por venir?.

Los pensadores del siglo XX discrepan en cuanto a algunas de las respuestas a las interrogantes antes ensayadas. Para Sartre, por ejemplo, el ser del hombre está en el futuro, siempre inasible, inalcanzable. Mientras que, por otro lado, para Heidegger el ser humano es un “*ser para la muerte*” o, para Jaspers, un “*ser para la íntima trascendencia*”. Zubiri se refiere al ser humano como un “*ser religado en su raíz con la deidad*”. Marcel nos habla de un ser que es “*más que su vida*”. Mounier, por su parte, alude a un ser que es “*movimiento hacia un transpersonal*”. Pero, como está dicho, más allá de estas significativas discrepancias en cuanto al “*destino*” del ser humano -que en última instancia escapan de las lindes de la filosofía para ingresar al campo de las creencias- encontramos plena coincidencia sobre la libertad, en cuanto ser del hombre, sobre la coexistencialidad y la temporalidad. Estos últimos son los firmes pilares sobre los que, en gran medida, se construye el pensamiento contemporáneo en torno al *ser humano*.

El ser humano, como se ha anotado, es aún un misterio sólo parcialmente desvelado. Las mayores y significativas interrogantes no encuentran respuestas y dudamos que algún día ello suceda a plenitud en el tiempo terrenal en que nos ha tocado vivir. El gran misterio es el de saber cómo siendo todos los seres humanos iguales no existan, sin embargo, dos personas idénticas. Cada ser humano -y en esto reside su dignidad de ser libre- es único, singular, no estandarizado, irrepetible. Cada ser humano tiene, desde la fecundación, un código genético diferenciado donde está programado todo lo que él será desde el punto de vista psicosomático, salvo su realización personal a partir del dato de su libertad. Ésta le permite escribir, dentro de los condicionamientos que le son inherentes, una biografía también única sobre la base del cumplimiento, parcial o total, de su personal “*proyecto de vida*”.

Por lo demás, siendo ontológicamente libre, el ser humano es impredecible, lábil, escurridizo, cambiante, dinámico, creativo, estimativo. Ello impide predecir el futuro de cada persona. A lo más podemos aventurar algunos pronósticos, ciertos vaticinios y hasta determinadas predicciones. Tenemos la capacidad hacerlo porque estamos proyectados hacia el futuro por la temporalidad que es inherente al ser humano. Somos historia, hacemos historia, vivimos en la historia.

La compleja estructura existencial del ser humano y todo lo anteriormente expuesto induce a que Jaspers afirme, con convicción, que es más lo que el ser

humano conoce del mundo, de las cosas, que lo que sabe sobre sí mismo, sobre la estructura de su ser.¹ Mounier, por su parte, al compartir la misma inquietud ante el misterio que representa el ser humano, pese al avance producido en la primera mitad del siglo XX, considera, metafóricamente, que “*mil fotografías combinadas no conforman un hombre que camina, que piensa y que quiere*”.² Marcel, en la misma línea de pensamiento, sostiene “*que no puedo saber exactamente lo que soy y lo que seré*”.³

1.3 Una nueva y revolucionaria concepción del ser humano

La nueva y revolucionaria concepción del ser humano, que se concreta en la primera mitad del siglo XX, permite superar el hecho, secularmente aceptado y transmitido de generación en generación, de que éste no se reduce, en tanto ser existente, a constituirse tan sólo como un animal “*racional*”. La “*razón*” no nos da cuenta, ella sola, del *ser* del hombre. Afirmar que su estructura no se agota únicamente en ser “*una unidad psicosomática*” - al igual que el chimpancé - significa sostener que se trata de un **ser libertad**, simultáneamente coexistencial y temporal. Lo decimos en el pórtico de este ensayo porque tenemos plena conciencia de que lo que, en última instancia, protege el “*derecho*” - con mayúscula o sin ella - es la **libertad**, a fin de que cada ser humano, en tanto tal, pueda cumplir con su personal “*proyecto de vida*” dentro de la sociedad, dentro del bien común. Por ello el derecho es libertario.

El “*redescubrimiento*” de la calidad ontológica de **ser libertad** del hombre ha generado, como se apreciará más adelante, una nueva visión del derecho, una revisión de sus supuestos así como, a partir de ellos, de toda la institucionalidad jurídica. El cambio es radical, aunque no lo percibamos a plenitud porque estamos inmersos dentro del proceso. Carecemos de la necesaria perspectiva temporal para llegar a ciertas certidumbres racionales. Ello se logrará cuando lo que estamos viviendo se convierta en pasado y lo asuma la historia.

Los seres humanos hemos creado y tratamos constantemente de mantener y perfeccionar dentro de la dinámica propia de la realidad, desde tiempos remotos y como una ineludible exigencia existencial, un conjunto de normas jurídicas mediante cuyo cumplimiento obligatorio se pretende establecer que las relaciones humanas en sociedad sean valiosas - justas, seguras, solidarias - a fin de crear los espacios, escenarios o situaciones colectivas para que cada ser humano pueda

1 JASPERS, Karl. *La fe filosófica*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1968, pág. 54.

2 MOUNIER, Emmanuel. *El personalismo*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1962, pág. 6.

3 MARCEL, Gabriel. *El misterio del ser*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1953, pág. 299.

cumplir con el propio destino personal, con su “*proyecto de vida*”, sin dañar ni ser dañado por los “*otros*”.⁴ Es, así, el creador, protagonista y destinatario del derecho. De ahí que el derecho sea una exigencia existencial.

1.4 La nueva concepción tridimensional del derecho

La nueva concepción del ser humano ha traído necesariamente consigo, como no podía ser de otra manera, una nueva visión del derecho. En primer término, ya no es el derecho que ha sido creado para proteger a un “*animal racional*” sino a un ser que es mucho más que eso: a un ser libertad. De otro lado, el derecho ya no es más considerado exclusivamente como un conjunto de normas - formas vacías por naturaleza -, ni tampoco un plexo de valores ni puramente vida humana social, como se sostenía desde diversas vertientes de la jusfilosofía. El derecho no es ni se reduce a ninguno de estos tres objetos pero, al mismo tiempo, no puede faltar ninguno de ellos cuando nos referimos al concepto unitario de “*derecho*”.

El derecho resulta ser la interacción de vida humana social o conductas humanas intersubjetivas, valores y normas jurídicas. Se trata de una dinámica interacción y no de una simple yuxtaposición de vida humana social, valores y normas jurídicas, colocado uno al lado del otro. Se llega a la unidad del concepto “*derecho*” mediante la interacción de esos tres objetos. De ahí que podamos sostener a la altura de nuestro tiempo que quedaron atrás, por insuficientes y fragmentarias, las visiones unidimensionales de lo jurídico, las mismas que han sido superadas mediante una teoría tridimensional del derecho. Mediante esta teoría contamos con una visión completa, global y unitaria del derecho.⁵

Es dable preguntarse cómo es posible tal interacción así como interrogarse como es que de la interacción de tres objetos resulte un concepto unitario como el de “*derecho*”. La interacción encuentra su raíz en el hecho de que el ser humano, en cuanto libre, coexistencial y temporal, es el único ser capaz de vivenciar valores así como, a través del pensamiento, crear normas jurídicas. Es así que el ser humano, en comunidad, vivencia axiológicamente las conductas humanas interpersonales o intersubjetivas para, luego de tal valoración, objetivar a través de normas jurídicas dichas conductas humanas. Las normas jurídicas prescriben las conductas que, por justas, resultan permitidas y lícitas así como aquéllas que, por injustas, son prohibidas y, por lo tanto, se consideran ilícitas. Lo justo y lo

4 Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho y persona*, cuarta edición, Grijley, Lima, 2001.

5 Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho como libertad*, segunda edición, Universidad de Lima, Lima, 1994.

injusto conforman el derecho. Por ello, la llamada “*antijuridicidad*” no es una categoría jurídica. Es una inadecuada manera de referirse a la justicia o injusticia de determinadas conductas humanas intersubjetivas.⁶ Es así, por ejemplo, que el delito no es “*antijurídico*” sino exquisitamente jurídico bajo el signo de lo injusto, lo prohibido y lo ilícito.

Los supuestos antes enunciados se concentran en la mágica fórmula del denominado “*axioma fundamental del derecho*”, mediante el cual se precisa que lo que protege el derecho es la **libertad** a fin de que cada ser humano pueda realizar su personal “*proyecto de vida*”. Según este axioma, en principio, toda conducta humana intersubjetiva está permitida - pues el *prius* es la libertad - salvo que con ella se afecte la moral o buenas costumbres, el orden público o se dañe a otros. Es decir, que lo no permitido, lo prohibido, es la excepción. Se entiende, siempre, que la libertad de cada cual se ejercita dentro del bien común que, por ser el bien de todos, es al mismo tiempo el bien de cada uno. Por ello, reiteramos, que el derecho es libertario. Tiende a que el ser humano, en cuanto ontológicamente libre, se realice como tal, es decir, pueda cumplir su “*proyecto de vida*” con el menor número de obstáculos posibles.

1.5 De los nuevos supuestos a la revisión de la institucionalidad jurídica

Las nuevas concepciones sobre el ser humano y sobre el derecho obligan a los juristas a la revisión de los supuestos de su disciplina y, consiguientemente, la de la institucionalidad jurídica en general. Observamos, así, como algunas clasificaciones tradicionales o ciertas instituciones han sido replanteadas a la luz de los nuevos principios humanistas-personalistas que sustentan dichas nuevas concepciones. Es el caso, entre otros, de la clasificación fundamental del derecho en público y privado.

Dicha clasificación fundamental del derecho, luego de un proceso de revisión efectuado varias décadas atrás,⁷ ha dejado su carácter cerrado - es decir, auténticamente clasificatorio - para convertirse tan sólo en un indicador didáctico en el que apreciamos como en algunas ramas del derecho resultan preponderantes los intereses públicos y sociales, con la relativa presencia de los privados, mientras que en otras dominan los intereses particulares sobre aquellos públicos o

6 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *La “antijuridicidad” como problema*, en la revista “Lumen”, Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE), Año 1, N° 1, Lima, 2000 y en AA.VV. “Obligaciones y contratos en el tercer milenio. Libro Homenaje a Roberto López Cabana”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

7 Cfr., AFTALIÓN Enrique R., GARCÍA OLANO, Fernando y VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*, séptima edición, “La Ley”, Buenos Aires 1964, pág. 499 y ss.

sociales, aunque estos no se hallen del todo ausentes. En síntesis, no existen derechos absolutamente públicos ni absolutamente privados. Ello se deriva del hecho de que el ser humano es coexistencial, creado para convivir en sociedad. El ser humano no está aislado, incomunicado, al margen de los demás, ajeno a lo que sucede en su comunidad y en su Estado. Por ello, lo que lo que afecta al todo, es decir, a la comunidad, afecta también a cada uno de sus miembros. Y viceversa.

En cuanto al replanteo de los supuestos de algunas otras instituciones es del caso señalar, también a título de ejemplo, lo que ha sucedido o viene sucediendo con la subjetividad jurídica, con la capacidad jurídica, con la propiedad, con el abuso del derecho, con la responsabilidad civil, con la autonomía de la voluntad, con la antijuridicidad, con la persona jurídica, con las organizaciones de personas no inscritas, con el acto o negocio jurídico y algunas otras instituciones que ya han procedido a la revisión de sus supuestos.⁸

Es en este contexto de cambios generados por las nuevas concepciones del ser humano y del derecho que se produce, en décadas recientes, una revisión de los supuestos de la responsabilidad civil. De ella se deriva el que los estudiosos de vanguardia dirijan preferentemente su atención, por razones humanas y lógicas, al “daño” y así atender a la víctima del mismo, para después preocuparse por determinar la culpabilidad del agente. Es decir, el eje de la responsabilidad civil es el daño. De ahí que en la actualidad son cada vez más numerosos los autores que prefieren la denominación de *Derecho de Daños* en vez de la tradicional de responsabilidad civil.⁹

Es a la luz de lo anteriormente expuesto que surge, como una consecuencia lógica de las nuevas concepciones a las que nos venimos refiriendo, la figura del “daño a la persona”. Responde, por lo demás, a una inspiración humanista - personalista. Mientras no se tuviera una concepción del ser humano como aquella que nos brinda la escuela de la filosofía de la existencia hubiera sido imposible su revalorización. Al saberse que el ser humano es una “*unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad*” es recién que se percibe que la persona puede ser dañada en cualquier aspecto de la referida unidad psicosomática o en su libertad convertida en actos o conductas intersubjetivas, es decir, en “*proyecto de vida*”, en libertad fenoménica. Se supera, así, la visión patrimonialista del ser humano, se

8 Sobre el tema confrontar del autor de este trabajo *Derecho y persona*, cuarta edición, de pág. 129 a pág. 166.

9 Baste citar dos importantes libros aparecidos en los últimos años bajo el título de “Derecho de Daños”. Nos referimos al dedicado en homenaje a MOSSET ITURRASPE, Jorge, dirigido por TRIGO REPESAR, Félix A. y S. STIGLITZ, Rubén, editado por Editorial La Rocca, Buenos Aires, 1989 y el de Luis Díez-Picazo publicado diez años después, en 1999, editado por Civitas, Madrid.

consigue precisar los alcances del daño “*moral*” y surge la nueva figura del “*daño al proyecto de vida*”, el mismo que ha sido avalado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la de algunos países que han sintonizado los cambios producidos en la cultura jurídica de nuestro tiempo.

Se trata, como se advierte, de un vuelco extraordinario e impresionante en la percepción de lo jurídico, el mismo que ha repercutido en la disciplina jurídica y, en especial, en el Derecho de Daños. ¿Cómo imaginar, años atrás, en que era posible lesionar la libertad en cuanto “*proyecto de vida*”? Bastaría referirse a este hecho para cobrar conciencia de cómo hemos ingresado, casi sin darnos cuenta, a una etapa de transición entre antiguos conceptos y renovadas nociones que obligan a una revisión tanto de los supuestos del derecho como de la institucionalidad jurídica.¹⁰

2. PROPÓSITO Y ALCANCES DEL PRESENTE TRABAJO

2.1 Los límites del presente trabajo

Contrariamente a lo que de común acontece, después de lo expuesto sobre los supuestos del “*daño a la persona*” es que recién nos referimos al propósito de este trabajo y a sus previsibles alcances. Consideramos que sí, previamente, no se exponen dichos supuestos -nuevas concepciones del ser humano y del derecho- no se llegaría a comprender a plenitud la razón del presente artículo.

Pretendemos, dentro de nuestras limitaciones, contribuir a esclarecer –tal como lo venimos intentando desde hace casi tres décadas-, a la altura de nuestro tiempo, los alcances de tres nociones íntimamente conectadas entre sí pero que requieren ser delimitadas en cuanto a sus respectivos contenidos. En primer término, nos ocuparemos de la relación de género a especie existente entre el comprensivo y amplio el “*daño a la persona*” y el específico como trascendente “*daño al proyecto de vida*”. Ambos conceptos son de reciente elaboración en el mundo del derecho. El “*daño a la persona*” encuentra sus orígenes en Italia en la década de los años setenta del siglo pasado -aunque la inspiración proviene de Francia- mientras que la noción de “*daño al proyecto de vida*” fue expuesta públicamente

10 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *La crisis del derecho*, en “Cuadernos de Derecho”, N° 2, órgano del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 1993 y en “Gaceta Jurídica” Tomo VIII, W.G. Editores, Lima, agosto de 1994; *El daño en un período de transición entre dos épocas*, en “Revista Jurídica del Perú”, Año XLVI, N° 1, Trujillo, enero-marzo de 1994; *El derecho en el fin del siglo XX. Un nuevo modo de hacer derecho*, en la revista “Scribas”, Año II, N° 4, Arequipa, 1998.

por primera vez a mitad de la década de los años 80 del siglo XX en un Congreso Internacional reunido en la ciudad de Lima.

En segundo término, nos referiremos también a los alcances del comúnmente denominado “*daño moral*” que, como bien se sabe, es una institución jurídica de antigua data, así como a su relación con las nociones de “*daño a la persona*” y de “*daño al proyecto de vida*”, respectivamente. Estimamos que este esclarecimiento es de suma importancia para sistematizar todo lo concerniente al “*daño a la persona*”.

Para enfrentar la tarea antes enunciada hemos tenido presente los importantes desarrollos logrados en tiempos recientes en torno al genérico y comprensivo concepto de “*daño a la persona*” o “*daño subjetivo*”, tanto de parte de la doctrina como de la jurisprudencia comparada, así como de la actual codificación civil latinoamericana.¹¹ Dentro de este amplio concepto de “*daño a la persona*” hemos desarrollado en los últimos años las notas distintivas y los alcances del “*daño al proyecto de vida*” o daño a la libertad fenoménica, así como también hemos efectuado continuas referencias a la verdadera naturaleza del mal llamado daño “*moral*” que no es otro, dentro de la óptica contemporánea, que una perturbación psicológica de carácter no patológico, generalmente transitoria.

No hemos perdido de vista, en función de la particular situación legislativa italiana, los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales del denominado “*daño a la salud*”, del “*daño biológico*” y del novedoso, pero innecesario, “*daño existencial*”. Este último aparece en el universo jurídico en los primeros años de la década de los años noventa del siglo XX, el mismo que se ha convertido, en la actualidad, en un tema que suscita enorme interés y no escaso debate en el mundo jurídico italiano.

En síntesis, y reiterando lo antes dicho, es nuestro propósito, por su relevancia sistemática y conceptual, destacar una vez más, desde nuestra personal perspectiva, la nítida distinción entre la genérica noción de “*daño a la persona*” y el específico concepto de “*daño moral*”, así como poner de manifiesto la relación de ambos conceptos con la novísima noción de “*daño al proyecto de vida*” y su vinculación con el “*daño psíquico*”. Consideramos que, tratándose de una materia novedosa y en constante evolución, como es la referente al “*daño a la persona*” en su más amplia acepción, es imprescindible deslindar y delinear permanentemente en estos años de elaboración y desarrollo de tales nociones, los alcances y las

11 Perú. Nos referimos al Código Civil Peruano de 1984 el cual, en su artículo 1985°, incorpora el deber de indemnizar, sin limitación alguna, el “daño a la persona”, así como del inciso b) del artículo 1600 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998 en actual estudio por el Congreso de la República Argentina.

relaciones existentes entre lo anteriormente mencionados conceptos. Estimamos, por ello, que en concordancia con los avances de la disciplina del “*derecho de daños*”, tales nociones, en la actualidad y según nuestro criterio, deben ser sometidas a un redimensionamiento conceptual para evitar confusiones, imprecisiones o innecesarias superposiciones ante los desarrollos alcanzados por la más avanzada doctrina y por la más lúcida jurisprudencia de los días que corren.

Pero, de manera preferente, centramos nuestra atención y ensayamos algunas nuevas reflexiones sobre un tema que atrajo nuestro interés desde fines de la década de los años setenta, como es el por nosotros denominado “*daño al proyecto de vida*”, el que constituye un importante componente del genérico “*daño a la persona*”. Como el concepto de “*daño al proyecto de vida*” implica nada menos que una grave limitación al ejercicio de la libertad -en qué consiste el ser humano- nos hemos visto obligados a una previa aproximación a la fascinante y decisiva disciplina de la Antropología Filosófica, la que nos suministra el correspondiente sustento teórico en el desarrollo de nuestro quehacer.

2.2 La fundamentación filosófica del trabajo

Recurrir a la Antropología Filosófica en busca de un imprescindible fundamentación de nuestras reflexiones no supone, por cierto, llevar a cabo una pura especulación sin fines prácticos.¹² Por el contrario, efectuamos esta aproximación en cuanto somos de la opinión que, si no poseemos algunos previos y genéricos planteamientos en el marco de esta básica disciplina, podría no resultar fácil para los iniciados en la materia de este trabajo aprehender, en su profunda dimensión, la noción de “*daño al proyecto de vida*”. Si no acudiéramos a la Antropología Filosófica con el propósito de poner en evidencia ciertos principios rectores que sirven de necesario e ineludible sustento a nuestra exposición, no sería improbable el que se pudiera pensar que el “*daño al proyecto de vida*” podría ser tan sólo una mera abstracción, un engañoso juego conceptual, una simple ilusión, algo irreal, en suma. O, en el mejor de los casos, podríase recusar el concepto de “*daño al proyecto de vida*”, que integra la genérica noción de “*daño a la persona*”, para intentar reducirlo a los precisos alcances del “*daño moral*” o del “*daño psíquico*”. Urge, por consiguiente, pretender alcanzar un esclarecimiento de los alcances conceptual de tales nociones así como intentar una necesaria sistematización de todo lo referente al amplio campo jurídico que abarca el genérico y comprensivo “*daño a la persona*”.

12 Sobre el tema confrontar del autor de este trabajo el libro *Derecho y persona*, cuarta edición, de pág. 25 a pág. 34.

2.3 La doctrina y la jurisprudencia producida en los últimos años torno a los temas tratados en el presente trabajo

No es esta la oportunidad para enumerar los importantes trabajos publicados en estos últimos años no sólo en algunos países europeos¹³ sino también en ciertos países latinoamericanos, principalmente en la Argentina, sobre el “*daño a la persona*” y el “*daño moral*”. No obstante, reconforta observar como en nuestros días, a nivel jurídico, se ha revalorizado al ser humano y, por ende, se han fortalecido y afinado sus técnicas de tutela cuando las consecuencias del daño son de carácter no patrimonial o estrictamente personal. Es decir, no traducibles en dinero de modo directo e inmediato.

Este fenómeno fue advertido en 1992 por Clovis V. do Couto e Silva, ilustre civilista brasileño recientemente desaparecido. Al reconocer el aporte del Código Civil Peruano de 1984 y de la doctrina pertinente, tanto argentina como peruana sobre el derecho de daños expresó, refiriéndose a la pluralidad y calidad de los trabajos aparecidos en los últimos tiempos, que ellos conforman “*un micro sistema avanzado, a la altura de los mejores del mundo jurídico en similar estadio de evolución jurídica*”. Y advirtió que en muchos de dichos trabajos se recoge el nuevo concepto de “*daño a la persona*” en sustitución de el de daño “*moral*”.

Ello, agregó, permite apreciar, “*con alborozo y satisfacción profundas*”, que “*constituye la mejor prueba de la acogida favorable que el Código peruano tuvo, al incorporar la nueva categoría*”.¹⁴ El eminente jurista brasileño aludía a la inclusión del “*daño a la persona*”, sin limitación alguna, en el artículo 1985 del Código Civil Peruano de 1984, hecho que ha merecido numerosos comentarios en la última década.

Para el esclarecimiento de la temática bajo análisis consideramos que es ilustrativo tener en cuenta la nueva sistematización de los daños que propusimos en 1993,¹⁵ a fin de diferenciar los daños según la *naturaleza* del objeto dañado,

13 Entre los libros recientemente publicados podemos señalar la importante cuarta edición del libro colectivo *La valutazione del danno alla salute*, al cuidado de BARGAGNA, Marino y BUSNELLI, Francesco D., editado por Cedam, Padova, 2001.

14 Las expresiones de Clovis V. do Couto e Silva están recogidas en el trabajo de MOSSET ITURRASPE, Jorge, titulado *El daño a la persona en el Código civil peruano*, presentado al Congreso Internacional conmemorando los diez primeros años de vigencia de dicho Código civil, reunido en Lima en septiembre de 1994, publicado en el volumen “Los diez años del Código civil peruano: balance y perspectiva”, T.I, Lima, Universidad de Lima, 1995, pág. 213.

15 El intento de efectuar una sistematización de los daños a fin de lograr precisiones en cuanto a la comprensión del concepto “daño a la persona” aparece en el trabajo del autor *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona* publicado en “Estudios en honor de Pedro J. Frías”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1994, T.II, pág. 1087 y ss. También ha sido publicado en “Cuadernos de

de una parte y, de la otra, de acuerdo a las diversas *consecuencias* derivadas de la lesión inferida al objeto dañado. Estimamos que esta sistematización, a la que hemos hecho referencia en trabajos anteriores, contribuye, a nuestro entender, en gran medida a distinguir los alcances y las implicancias entre los conceptos de “daño a la persona”, “daño moral”, “daño psíquico” y “daño al proyecto de vida”. Ello se pondrá de manifiesto en el curso de este trabajo.

3. BREVE REFERENCIA A LOS MODELOS ITALIANO Y PERUANO DE “DAÑO A LA PERSONA”

3.1 El modelo italiano de “daño a la persona”

Aunque no es propósito del presente trabajo consideramos oportuno precisar lo de común y lo de diferente que muestran, en contraste, los modelos italiano y peruano del “daño a la persona”.¹⁶

En la doctrina y la jurisprudencia italianas, donde el concepto de “daño a la persona” empieza a germinar a mediados de la década de los años setenta del siglo XX pero cuya evolución y desarrollo no cesa hasta los días que corren, bajo la noción de “daño a la persona” se comprenden, en primer término y como primera categoría de daños, todos los daños que inciden o lesionan la estructura psicosomática del ser humano. Estos daños se denominan indistintamente ya sea como “daño a la salud” o “daño biológico” al imperio de las restricciones que emanan del ordenamiento jurídico italiano, que data de los años cuarenta del siglo pasado, y del mandamiento de la Corte Constitucional italiana mediante sentencia N° 184 del año 1986. La denominación de “daño biológico” aparece tanto en la doctrina y la jurisprudencia genovesa así como en el texto de la sentencia de la Corte Constitucional N° 184 de 1986. El término de “daño a la salud” se acuña por la escuela de Pisa.

Al lado de los daños psicosomáticos se consideran, como una autónoma segunda categoría de daños, el para nosotros mal llamado “daño moral” en sentido estricto, es decir, en tanto perturbaciones psíquicas emocionales no patológicas, dolor, sufrimiento. Dentro del modelo italiano estos daños “morales” se designan

Derecho”, No. 3, Universidad de Lima, Lima, 1993, pág. 28 y ss. y en “Ponencias I, Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial”, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994, pág. 23 y ss.

16 Sobre el modelo italiano puede verse del autor de este artículo el trabajo titulado *El daño a la persona en el Código Civil Peruano*, que se halla en el “Libro Homenaje a José León Barandiarán”, Editorial Cultural Cuzco, Lima 1985. También el artículo del autor *El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y en el Código civil italiano de 1942*, en el volumen “El Código Civil Peruano y el sistema jurídico latinoamericano”, Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1986.

también como “*daños no patrimoniales*”. A ellos se refiere el artículo 2059 del Código civil italiano de 1942.

Recientemente, entre los años de 1991 y 1994, surge una tercera categoría de daños bajo la voz de “*daño existencial*”. Su propósito es incorporar dentro de esta tercera categoría de daños todos los daños a la persona que, no siendo estrictamente daños “*morales*”, originen consecuencias no patrimoniales. Esta categoría ha merecido el respaldo de un sector de la doctrina¹⁷ y ha sido incorporada a la jurisprudencia italiana en nuestros días.

En síntesis, el modelo italiano considera tres tipos de daño a la persona: el daño biológico, el daño moral y el daño existencial.

El modelo italiano, para nosotros asistemático, se origina en que, cuando aparece en el escenario jurídico italiano la figura del “*daño a la persona*”, se encuentran problemas, aparentemente insalvables, para fundamentar legalmente la reparación de las consecuencias no patrimoniales de esta nueva categoría de daños al ser humano. En efecto, el artículo 2059 del Código civil italiano de 1942, establece que “*el daño no patrimonial debe resarcirse sólo en los casos determinados por la ley*”. Y, según lo dispuesto en la ley, es decir, en el artículo 185 del Código Penal italiano, sólo los daños “*morales*” ocasionados a raíz de un delito merecen ser indemnizados. Es decir, todos los demás daños a la persona de carácter no patrimonial no eran dignos de ser reparados.

Pero, en contraste con la absurda y restrictiva disposición del artículo 2059 en referencia, el numeral 2043 del Código civil italiano prescribe, genéricamente, que quien comete un daño injusto, por dolo o culpa, está obligado a repararlo. Este contraste dio origen a todo un largo período de explicables incertidumbres tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. A pesar de la restricción contenida en el mencionado artículo 2059 del mencionado cuerpo legal se consideró por un sector de la doctrina como justo y apropiado no dejar de indemnizar los múltiples daños a la persona de carácter no patrimonial que no fueran, en sentido estricto, un daño “*moral*”. Esta inquietud motivó que las escuelas genovesa y pisaná, en la década de los años setenta del siglo XX, buscaran un fundamento legal adecuado para el efecto de proceder a la indemnización del “*daño a la persona*” de

17 Al respecto puede verse: ZIVIZ, Patrizia, *La tutela risarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale*, Giuffrè, Milano, 1999; al cuidado de Cendon, Paolo y Ziviz, Patrizia, *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2000; Cassano, Giuseppe, *La giurisprudenza del danno esistenziale*, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 2002; Ponzanelli, Giulio, *Critica del danno esistenziale*, Cedam, Padova, 2003.

consecuencias no patrimoniales. Fue así que se creó por la escuela pisana la figura del “*daño a la salud*”, que no es otra cosa que el daño a la persona que incide en su estructura psicosomática, para tratar de fundamentar el daño a la persona en el artículo 32 de la Constitución italiana de 1947 que tutela, precisamente, la salud.

No obstante la propuesta doctrinaria antes referida, dos Tribunales italianos acudieron a la Corte Constitucional para que se declarase la inconstitucionalidad del específico y restrictivo artículo 2059 pues colisionaba con lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución italiana que protege la salud, entendida ésta en su amplia acepción de bienestar personal. La Corte Constitucional, mediante sentencia N° 184 de 1986, en vez de declarar, como hubiera sido lo lógico, la inconstitucionalidad del mencionado artículo 2059 del Código civil italiano, dispuso que el “*daño a la persona*” de carácter psicosomático, bajo la denominación de “*daño biológico*,” debía repararse según lo dispuesto en el mencionado artículo constitucional. Mientras tanto, también dispuso que cuando el artículo 2059 se refería al “*daño no patrimonial*” debía entenderse que sólo aludía al tradicional daño “moral”, como dolor o sufrimiento con exclusión, por lo tanto, de cualquier otro daño a la persona de consecuencias no patrimoniales.

En síntesis, hasta el comienzo de la década de los años 90 del siglo XX existían en Italia, a raíz de lo resuelto por la Corte Constitucional en 1986, dos categorías de daños: el “*daño biológico*”, que cubría los daños psicosomáticos que generasen consecuencias no patrimoniales cuya indemnización se sustenta en el artículo 32 de la Constitución, y el “*daño moral*”, en tanto dolor o sufrimiento, que se regulaba por el restrictivo artículo 2059° del Código civil antes mencionado. Es a partir de la década de los años setenta que la escuela que tiene como su centro la Universidad de Trieste elabora una tercera categoría de “*daño a la persona*”, la misma que designa como “*daño no existencial*”. Su definido propósito es cubrir todos los daños que, en su opinión, generando consecuencias de orden no patrimonial no se encontraban comprendidos dentro de los estrictos alcances del “*daño moral*” como *pretium doloris*.

El precedentemente señalado modelo italiano de “*daño a la persona*” es el que está vigente en el inicio del nuevo milenio. Sus problemas y limitaciones derivan, en general, de la preexistente legislación italiana. Los codificadores no habían previsto, en los años cuarenta del siglo XX, que las consecuencias de los daños causados a la persona podían tener, además de consecuencias patrimoniales -daño emergente, lucro cesante- serias consecuencias de carácter no patrimonial aparte del inapropiado, estrecho y tradicional concepto de daño “*moral*”.

Los problemas referidos en torno a la sustentación legal del “*daño a la persona*” en el modelo italiano, después de años de indiferencia de parte de los legisladores, ha variado en años recientes. Es así que en el Parlamento italiano existen, al menos, cuatro proyectos de leyes sobre la materia. En alguno de ellos se propone la modificación del Código civil italiano a fin de sistematizar tan trajinada materia jurídica. Nos referimos al proyecto de ley N° 6817 del 1° de marzo del 2000 que pretende introducir el Título IX-bis bajo el nombre de “*daños no patrimoniales*”. Esta denominación, que atiende preferentemente a las consecuencias del daño y no a la naturaleza del objeto dañado, no nos parece apropiada. El orden debería ser el inverso, es decir, tratar en primer lugar el tema referido a la estructura ontológica del ente dañado -desde que de esta determinación surgen criterios y técnicas diferentes para la fijación de las correspondientes indemnizaciones- y, luego, referirse al asunto derivado relativo a las consecuencias, sean ellas patrimoniales o no patrimoniales.

Suponemos que esos proyectos, al parecer elaborados antes de la aparición del “*daño existencial*”, deben estar congelados pues en ellos sólo se regulaba el “*daño biológico*”, que incide en la estructura psicosomática de la persona, y el “*daño moral*” en sentido estricto, es decir, referido al dolor o sufrimiento (*pretium doloris*).

3.2 Comentarios en torno al modelo italiano de “daño a la persona”

Tenemos tres observaciones -que desarrollaremos próximamente en otro trabajo- en cuanto al modelo italiano de “*daño a la persona*” antes referido. Ellas surgen si comparamos este modelo con aquel que hemos asumido en nuestros trabajos relativos al tema.

La primera de tales observaciones se refiere al hecho que la sistemática del modelo italiano, a nuestro parecer, no guarda concordancia con la realidad estructural del ser humano. La segunda se contrae al mal llamado daño “moral”, el mismo que, a nuestro entender, no constituye una categoría autónoma del “*daño a la persona*”. La tercera observación se refiere, desde nuestra perspectiva, a la inutilidad del denominado “*daño existencial*” que otra cosa no es que un “*daño psicosomático*”.

3.2.1 Sobre las categorías de “daño a la persona” en los modelos italiano y peruano

Cabe señalar que, como se apreciará más adelante, que nuestra sistemática del “*daño a la persona*” difiere del modelo italiano. En nuestra opinión, el “*daño a la persona*” incorpora o engloba dos definidas categorías de daños. Ellas se sus-

tentan en la realidad si tenemos en cuenta la estructura ontológica del ente susceptible de ser dañado, es decir, del *ser humano*. Si el ser humano es, como se ha apuntado, una “*unidad psicosomática constituida y sustenta en su libertad*” sólo cabe dañar algún aspecto de esa unidad psicosomática o la libertad constitutiva del ser humano. De ahí que existan dos categorías de daños. La primera categoría es la referida al daño psicosomático, mientras que la segunda se contrae al “*daño al proyecto de vida*” o a la libertad fenoménica. No hay, en nuestro criterio, otro aspecto de la persona susceptible de ser dañada.

La primera categoría o “*daño psicosomático*” comprende todas o cualquiera de las lesiones inferidas tanto al soma, o cuerpo en sentido estricto, como a la psique. En cuanto ambos aspectos del ser humano constituyen una inescindible unidad, los daños somáticos repercuten, necesariamente y en alguna medida, en la psique, y los daños psíquicos, a su vez, tienen incidencias somáticas. Los daños a la estructura psicosomática de la persona generan, indistintamente, consecuencias tanto patrimoniales como no patrimoniales. Ello depende del hecho que tales consecuencias puedan o no ser valorizadas en forma inmediata y directa en dinero.

Lo importante y rescatable de lo anteriormente manifestado es saber que **todos** los daños psicosomáticos, sin excepción, caen, lógica y necesariamente, en esta categoría. Así, son daños psicosomáticos desde una leve perturbación psicológica, como un dolor o un sufrimiento, hasta la pérdida de discernimiento; desde una pequeña lesión somática hasta aquella de graves consecuencias como son las que originan la amputación de algún miembro, por ejemplo. En esta categoría de daños psicosomáticos se incluye, comprensiblemente, el mal llamado daño “*moral*” desde que éste constituye un daño emocional que causa perturbaciones psíquicas, generalmente transitorias, no patológicas, como dolores o sufrimientos. Cabe hacer la salvedad que es posible que, en algunos casos, una perturbación psíquica se pueda convertir en una patología psíquica.

Como se ha señalado en precedencia, la segunda categoría de “*daño a la persona*” es, para nosotros, aquel daño que afecta su propio ser, es decir, la libertad. Ciertamente que la libertad ontológica sólo se pierde con ocasión de la muerte de la persona. La libertad a la que nos referimos en este caso es a aquella que se extrovierte o se vuelca al exterior. Se trata, en su origen, de decisiones libres que se concretan, por obra tanto de las potencialidades y energías de la persona como por la contribución de los “*otros*”, en actos o conductas intersubjetivas, todas ellas encaminadas a la realización de un cierto personal “*proyecto de vida*”. Es así que se pueden causar serias lesiones a esta libertad fenoménica, al “*proyecto de vida*”, que

genera consecuencias que van desde el retardo o menoscabo del proyecto de vida hasta su frustración total. Ello puede acarrear, en un caso límite, la pérdida del sentido de la vida de la persona. Se trata, por consiguiente, de graves consecuencias en el orden no patrimonial aparte de aquellas de carácter patrimonial.

Como se aprecia de lo anteriormente expresado la sistemática por nosotros adoptada, que considera dos definidas categorías de “*daño a la persona*” apoyadas en la realidad estructural del ser humano, difiere del modelo italiano que, a la fecha, muestra tres diferentes categorías como son el “*daño biológico*”, el “*daño moral*” y el “*daño existencial*”. Desde nuestra perspectiva esta triple clasificación del “*daño a la persona*” no guarda concordancia con los dos aspectos de la estructura ontológica del ser humano a lo que hemos hecho referencia.

3.2.2 El mal llamado daño “moral” no es una categoría autónoma del “daño a la persona”

La segunda observación que se nos ocurre se deriva de lo antes expresado: que el mal llamado daño “*moral*” no es una instancia autónoma o diferente del “*daño a la persona*” sino que se trata de la lesión a uno de los aspectos psíquicos no patológicos de la misma, de carácter emocional. De ahí que, a la altura de nuestro tiempo, carece de significado seguir refiriéndose obstinadamente a un supuesto daño “*moral*”. Lo que se daña son los *principios morales* de una persona. Este específico daño al bagaje moral causa, en la persona que lo sufre, perturbaciones psíquicas de distinta magnitud e intensidad, generalmente no patológicas. En síntesis, a propósito de un agravio a los principios morales lo que se daña, por las perturbaciones que origina, es la esfera psíquica del sujeto. De ahí que el mal llamado daño “*moral*” -que es exquisitamente jurídico- se incorpora como un específico aspecto del más amplio espectro del genérico “*daño a la persona*” en la categoría del “*daño psicossomático*”, preponderantemente de carácter psíquico.

Una afrenta o agravio a los “*valores morales*” de una persona lo que lesiona, en última instancia, es su psiquismo, el mismo que sufre alteraciones o perturbaciones de distinta intensidad. Un daño al honor, a la identidad o a la intimidad, por ejemplo, repercuten en la psique del sujeto causando perturbaciones diversas. Lo mismo ocurre frente a la pérdida de un ser querido. De ella también se derivan consecuencias emocionales, psíquicas, generalmente transitorias, no patológicas como se ha señalado.

3.2.3 La inutilidad de la categoría referida al “daño existencial”

La tercera observación que proponemos versa sobre la inutilidad de la reciente creación por la doctrina italiana, y acogida por la jurisprudencia, del llamado “*daño existencial*”. Este daño pretende cubrir todas las lesiones que acarrearán consecuencias no patrimoniales que no se encuadran dentro del estricto, histórico y tradicional concepto de “*daño moral*”. Al respecto advertimos que todos estos daños de consecuencias no patrimoniales se encuentran incluidos dentro del amplio concepto de “*daño psicosomático*” que, como se ha referido, conforma una de las dos categorías que, desde nuestro punto de vista, integran el “*daño a la persona*”. Por lo expuesto, no encontramos razón alguna para pretender la creación de una categoría autónoma de daños bajo la ambigua denominación de “*daño existencial*”. En efecto, los “*daños existenciales*”, no estrictamente considerados como daños “*morales*” en el lenguaje tradicional, son daños psicosomáticos, de carácter predominantemente psíquico. Nos preguntamos, ¿qué otro aspecto de la persona se podría lesionar aparte del “*daño al proyecto de vida*”?

Ponzanelli, uno de los escasos críticos de este nuevo “*daño existencial*” coincide con nuestra posición cuando sostiene que “*el derecho italiano de la responsabilidad civil puede tranquilamente prescindir del daño existencial*”.¹⁸ Opina que las exigencias que motivaron la creación del “*daño existencial*” pueden “*ser bien satisfechas “trabajando” a nivel de técnica interpretativa, sobre las categorías más tradicionales, “es decir, sobre aquello que con autoridad ha sido definido como el sistema bipolar del resarcimiento del daño a la persona”*”. Como lo hemos señalado, el sistema bipolar italiano del “*daño a la persona*” comprende el “*daño moral*”, en sentido estricto, y el “*daño psicosomático*” o “*daño biológico*” que, en una correcta interpretación -como lo reclama Ponzanelli- abarca todos los daños predominantemente somáticos o preponderantemente psíquicos, sin excepción.

3.3 El modelo peruano de “daño a la persona”

El modelo de “*daño a la persona*”, que hemos dado llamar peruano por tener origen en nuestro país, como se ha señalado tiene, en concordancia con lo que se puede dañar de la estructura del *ser humano*, sólo dos categorías que responden a dicha estructura ontológica: a).- el daño psicosomático (daño al *soma* y daño a la *psique*, con recíprocas repercusiones) y b).- el daño a la libertad fenoménica o “*proyecto de vida*”. Estas dos categorías comprenden, por consiguiente, **todos** los

18 PONZANELLI, Giulio. *Critica del danno esistenziale*, Cedam, Padova, 2003, pág. 2

daños que se puede causar al ser humano entendido como una “*unidad psicósomática constituida y sustentada en su libertad*”. Este modelo, que encuentra sus raíces en trabajos publicados que se remontan al año de 1985, fue propuesto en el Perú y de aquí se extendió al resto del subcontinente latinoamericano.¹⁹

La nueva sistematización del “*daño a la persona*”, que se enunciara en 1985, consta en nuestro trabajo de 1993 titulado *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, el que se publicara tanto en el Perú como en la República Argentina²⁰ en la década de los años ochenta.

El modelo que hemos dado en llamar peruano de “*daño a la persona*”, por la razón antes referida, se inspira en el modelo italiano pero, como se aprecia, al no tropezar con los problemas legislativos que, en su caso, encontró el modelo italiano por obra del artículo 2059 de su Código civil, ha tenido libertad, sobre la base de un más afinado conocimiento de la estructura del ser humano, de elaborar un modelo que no se sujeta al molde italiano. El modelo peruano se sustenta en aquello que realmente se puede dañar tratándose de la estructura ontológica del ser humano. Es, por ello, que considera tan sólo dos categorías de “*daño a la persona*”. La primera, como está dicho, es la que incide en la estructura psicósomática del ser humano y, la segunda, la que lesiona la libertad fenoménica, es decir, el “*proyecto de vida*”, que es la presencia de la libertad ontológica -en qué consiste cada ser humano- en el mundo exterior, en el que se encuentran instaladas las relaciones de conductas humanas intersubjetivas. Esta libertad fenoménica, que supone la concreción ontológica a través de actos o conductas intersubjetivas del ser humano, está dirigida, en última instancia, a la realización del personal “*proyecto de vida*”. Es decir, de aquello que la persona decidió *ser y hacer* en su vida para otorgarle un sentido valioso. No podemos olvidar que la vida es una ininterrumpida sucesión de quehaceres -que responden a decisiones de la libertad que somos- mediante los cuales se despliega el temporal “*proyecto de vida*”.

No obstante lo expresado, el modelo peruano también tropezó con una legislación preexistente sobre el derecho de daños en la que sólo se indemnizaban los

19 Así lo reconoce MOSSET ITURRASPE, Jorge, quien escribe en 1992 que la idea del daño a la persona fue “defendida en el Perú” y que de “allí se extendió a toda América”. Así consta en su trabajo titulado *El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad*, publicado en el N° 1 de la Revista de Derecho Privado y Comunitario”, editado por Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992, pág. 22-23.

20 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Hacia una nueva sistematización del “daño a la persona*, en “Cuadernos de Derecho”, N° 3, órgano del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Universidad de Lima, Lima, 1993; en “Gaceta Jurídica”, 79-B, Lima, junio del 2000; en “Ponencias la I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial”, Universidad de San Marcos, Lima, 1994 y en “Estudios en honor de Pedro J. Frías”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba (Arg.), 1994.

daños materiales -daño emergente, lucro cesante- y el mal llamado daño “moral” que, histórica y tradicionalmente, se ha identificado con el dolor, con el sufrimiento (*pretium doloris*). Como se ha señalado insistentemente en las tres últimas décadas, el “daño moral” no es una categoría autónoma del “daño a la persona” como sí lo son el “daño psicosomático” y el “daño al proyecto de vida”. El daño “moral” es tan sólo, como se ha señalado, un aspecto del daño psíquico en cuanto perturbación psicológica no patológica, dolor, sufrimiento, indignación, rabia, temor, entre otras manifestaciones emocionales.

Lamentablemente, no fue posible, dentro del proceso de elaboración del Código Civil Peruano de 1984, eliminar de su texto el “daño moral” como categoría autónoma del “daño a la persona”. Así aparece de los artículos 1984 y 1985 del Código civil vigente, así como de todos los demás artículos donde encontramos esta voz. Esperamos que el próximo Código Civil que se elabore, o mediante una ley de enmiendas, se pueda proceder a esta eliminación. En todo caso, habrá que esperar que esta concepción contemporánea del daño “moral”, avalada por la ciencia y consagrada por la realidad de la vida, logre calar en la mayoría de los juristas que se ocupan de la materia.

El no haber podido eliminar del Código civil de 1984 la voz de “daño moral” nos presenta el problema que en el artículo 1985 de este cuerpo legal se haga simultánea referencia al concepto amplio, genérico y comprensivo de “daño a la persona” y al de un daño específico, como es el llamado “daño moral”. No fue posible, en el momento en que elaboró el mencionado Código civil, que se comprendiera, por la novedad del nuevo tratamiento, el concepto científico de daño “moral”, es decir y como se ha remarcado, como daño emocional, de carácter psíquico no patológico. Dentro de esta concepción, y también como se ha subrayado, el llamado “daño moral” se incorpora, dentro de una adecuada sistemática, dentro del genérico “daño a la persona” como un específico daño “psicosomático”.

4. ALCANCES DEL CONCEPTO “DAÑO A LA PERSONA”

4.1 Las precursoras reflexiones sobre el “daño a la persona” o daño subjetivo

En las últimas décadas se ha incrementado notablemente la literatura sobre el ser humano en cuanto sujeto de derecho y, más precisamente, sobre el denomi-

nado “*daño a la persona*”. Este marcado interés delata la indudable influencia del personalismo o humanismo en el pensamiento jurídico. Este interés tiene su origen en las formulaciones o propuestas de la filosofía de la existencia durante la primera mitad del siglo XX. El tema nos sedujo desde que en Italia, a finales de la década de los años setenta del siglo pasado, llegó a nuestras manos la literatura precursora y la jurisprudencia de vanguardia sobre el “*daño a la persona*”. Este personal interés nos motivó e indujo a estudiar la nueva figura y a seguir de cerca su evolución en los primeros años de su trabajosa elaboración doctrinaria y jurisprudencial.²¹ Producto de este estudio así como del profundo convencimiento de la trascendencia del “*daño a la persona*” permitió el que, después de intensos y prolongados debates en el seno de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil de 1984, se introdujera en el artículo 1985 del mencionado cuerpo legal, el deber de indemnizar las consecuencias, tanto patrimoniales como no patrimoniales, del “*daño a la persona*”, considerado en sí mismo, al lado del daño emergente, del lucro cesante y del daño moral en sentido estricto (*pretium doloris*).

El tema del “*daño a la persona*” fue tratado, públicamente y por primera vez en nuestro país en 1984, en el mismo año en el que se promulgaba, un 24 de julio, el Código Civil Peruano. Fue así que le dedicamos al asunto del “*daño a la persona*” un extenso ensayo que apareció en el “*Libro Homenaje a José León Barandiarán*” bajo el título de *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*.²² En este precursor ensayo de 1985 se esbozaban en nuestro medio las nociones de “*daño a la persona*”, de “*daño al proyecto de vida*” y de “*daño moral*”. Se opinaba, al mismo tiempo y como una intuición central que ha dominado toda nuestra producción jurídica posterior, que “*el más grave daño que se puede causar a la persona es aquel que repercute de modo radical en su proyecto de vida, es decir, aquel acto que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a una personal vocación*”.²³

Aquella fue la primera oportunidad en que se hizo referencia escrita a esta radical modalidad de “*daño al proyecto de vida*”, idea que había madurado a través del tiempo, a partir de una más honda reflexión sobre la estructura ontológica del ser humano, artífice y protagonista del Derecho. Esta reflexión se apoyaba en

21 Si bien la idea del “daño a la persona” aparece en Francia, corresponde a la jurisprudencia, sobre todo de los Tribunales de Génova y Pisa, y a la doctrina italianas el rápido desarrollo que ha experimentado a partir de los años setenta del siglo XX.

22 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El daño a la persona en el Código civil de 1984*, en “Libro Homenaje a José León Barandiarán”, Edit. Cuzco, Lima, 1985, pág. 163 y ss. y en el libro del autor de este trabajo titulado *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima, 1990, pág. 261 y ss.

23 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El daño a la persona en el Código civil de 1984*. Ob. Cit. Pág. 297-298.

los hallazgos de la filosofía de la existencia y en la nueva concepción de *ser humano* que ella aporta como una extraordinaria contribución a la cultura en general y para el conocimiento del hombre en particular. Sin este sustento filosófico el surgimiento del “*daño al proyecto de vida*” así como la visión tridimensional del derecho no hubieran sido posibles.

La inquietud antes referida nos movió también a presentar una ponencia comparando los nacientes modelos italiano y peruano de “*daño a la persona*”, incluyendo nuevas reflexiones sobre el asunto. El hecho se produjo con ocasión del Congreso Internacional “*El Código Civil Peruano y el sistema jurídico latinoamericano*”, que organizara en 1985 el Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Lima.²⁴ Desde aquel entonces la idea encontró su propio camino. Por nuestra parte, hemos continuado en lo posible, muy atentos, estudiando y enriqueciéndonos con la valiosa y cada vez más numerosa producción sobre este capital asunto, lo que nos ha incentivado a dedicarle nuestro máximo interés.

Nos reconforta advertir como el “*daño a la persona*”, en todas sus complejas y ricas modalidades, ha logrado ocupar en la actualidad la preferente atención de los más lúcidos juristas que han hecho suya la concepción humanista sobre el derecho. Su apertura a las nuevas ideas debidamente sustentadas y su frescura intelectual les ha permitido asumir prontamente el positivo aporte de lo que significa la nueva concepción del ser humano, así como los desarrollos de él derivados, como son tanto el genérico “*daño a la persona*” como el específico “*daño al proyecto de vida*” o daño a la libertad fenoménica.

Es conveniente aclarar que el llamado daño a la persona incluye también los perjuicios que se puedan causar al concebido o persona por nacer. Fue esta la atendible razón por la que Carlos Cárdenas Quiroz propusiera que el daño a la persona debería denominarse “*daño subjetivo*”, a fin de que no cupiera duda alguna que también se incluía dentro del referido concepto al *nasciturus*.²⁵ No obstante compartir a plenitud los propósitos antes enunciados, continuaremos utilizando, al menos por el momento, la expresión “*daño a la persona*” como equivalente de “*daño subjetivo*”. Ello constituye un oportuno tributo a una denominación que ha merecido la consagración de la doctrina y la jurisprudencia jurídicas para designar a una reciente concepción en trance de consolidarse. De otro lado, la adopción de tal denominación responde a la necesidad de evitar mayores confusiones en

24 *Ibidem*. Págs. 251 y ss.

25 CÁRDENAS QUIROZ, Carlos. *Apuntes sobre el denominado daño a la persona*, en “Revista de Derecho y Ciencias Políticas”, Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos, vol. 4, años 187-1989, Lima, 1989.

un asunto que, por lo general, no termina aún de aclararse totalmente a nivel de la doctrina, donde se sigue superponiéndose o confundiéndose indebidamente, por ejemplo, el genérico de “daño a la persona” con el específico de “*daño moral*”.

4.2 Protección preventiva, unitaria e integral de la persona

Aunque no es nuestro propósito referirnos en esta oportunidad a las modalidades de protección de la persona frente a los daños que se le pueden inferir,²⁶ no es posible dejar de aludir, aunque fuere esquemáticamente, al hecho que la tutela de la persona, aparte de ser preventiva, unitaria e integral -como corresponde a su naturaleza-, no sólo se reduce a los aspectos de la vida humana tutelados específicamente por los derechos subjetivos perfectos, alojados en las normas del ordenamiento jurídico positivo, sino que también incluye los intereses existenciales aún no recogidos por dicho ordenamiento. Es decir, lo que designamos, siguiendo una idea feliz de Alpa, como derechos subjetivos imperfectos.

Es, por ello, que el ser humano está protegido por cláusulas generales o abiertas o en blanco que incluyen, precisamente, aquellos intereses existenciales o derechos subjetivos imperfectos que no están expresamente tutelados a través de una norma del ordenamiento jurídico. A este respecto podemos citar, a título de ejemplo, el artículo 3 de la Constitución Política del Perú de 1993 que prescribe que los intereses existenciales o derechos subjetivos de la persona son materia de protección jurídica si ellos se “*fundan en la dignidad del hombre*”, sin que sea necesario, por ello, que se hallen expresamente tutelados por norma alguna del ordenamiento jurídico positivo, incluyendo la propia Constitución.²⁷

De otro lado, el inciso 1) del artículo 200 de la Constitución peruana de 1993 reconoce la acción del *habeas corpus*, la misma que procede ante “*el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos*”. El inciso 2) del referido artículo constitucional acoge la acción de amparo que procede “*contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución*”. Esta acción “*no procede contra normas legales o resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular*”.

26 El tema ha sido tratado en el libro del autor *Protección jurídica de la persona*, Universidad de Lima, Lima, 1992, capítulo IV.

27 Perú. El siguiente es el texto del art. 3 de la Constitución peruana de 1993: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

El artículo 5 del Código Civil Peruano de 1984 concuerda con la amplitud de la cláusula general de protección del ser humano²⁸ cuando señala que no sólo se protegen los derechos fundamentales a la vida, la libertad, la integridad psicossomática o el honor, sino todos los derechos “*inherentes a la persona humana*”.²⁹

4.3 Alcances conceptuales del “daño a la persona”

El “*daño a la persona*”, como su expresivo nombre lo delata, comprende todo daño que se puede causar a la persona, al ente *ser humano*. Es decir, en esta genérica noción se incorporan todos los daños anteriormente no contemplados por el derecho, el que se limitaba a resarcir, con una visión individualista-patrimonialista, tan sólo los daños causados al patrimonio, a las cosas, como es el caso del “*daño emergente*” y del “*lucro cesante*”. De vez en cuando se reparaba también lo que se dio en llamar “daño moral”, es decir, la turbación psíquica de la persona ocasionada por el dolor, por el sufrimiento y otros sentimientos. La historia de la institución de la “*responsabilidad civil*” comprueba este aserto.

Hemos utilizado el adverbio de cantidad “*todos*” para remarcar que no existe ningún daño al ser humano que no sea un “*daño a la persona*”, con prescindencia de su origen, de los aspectos de la persona que compromete o afecta y de las consecuencias de todo orden que produce. Se trata, por consiguiente, de un concepto genérico, amplio, comprensivo. No existe, por lo tanto, lugar a confusión u duda alguna en cuanto a la extensión y alcances del amplio concepto de “*daño a la persona*”.

El concepto “*daño a la persona*” es, por lo expuesto de una claridad impar, fácilmente comprensible por cualquier principiante o estudioso del derecho. Es el daño a la persona que conoce, al “*sujeto de derecho*”, contrapuesto, naturalmente, al daño a los objetos conocidos por la persona, es decir, a las cosas del mundo, al patrimonio. Todos los daños al ser humano (*persona* para el derecho) se comprenden bajo este rubro, más allá de la etiqueta provisional, tradicional y transitoria con la que puedan ser conocidos por diversos sectores de la doctrina o de la

28 Perú. El texto del art. 5 del Código Civil Peruano de 1984 es el siguiente: “El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás derechos inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6”.

29 Sobre la protección a la persona puede consultarse del autor el trabajo *Protección preventiva, unitaria e integral de la persona*, en la revista “Advocatus”, nueva época, segunda entrega, Lima, 1998 y “Revista Jurídica del Perú”, Año LII, N° 33, Trujillo, abril del 2002.

jurisprudencia de diversos países. La tendencia de las últimas décadas ha sido la de hacer confluir en el genérico concepto de “*daño a la persona*” todos aquellos daños al ser humano que fueron apareciendo por obra tanto de la doctrina como de la jurisprudencia comparada.

Llámesele como se quiera todo daño al ser humano es, sencillamente, un “*daño a la persona*”. Por razones de orden, es decir, sistemáticas, todos los daños al ser humano deberían agruparse bajo esta natural y comprensiva denominación de “*daño a la persona*”. Ello facilitaría la comprensión de la figura, unificaría la doctrina y la jurisprudencia, permitiría una mejor comunicación entre diversos sectores de la doctrina. Todos estos argumentos, y otros que no es el caso referir en esta ocasión, permiten sostener que ha llegado la hora de pretender un consenso en esta materia, más allá, decíamos, de la etiqueta con la que se le conozca. Debemos reconocer, por consiguiente, que el “*danno biologico*”, el “*danno alla salute*”, el “*dommage corporel*”, el “*daño moral*”, el “*danno esistenziale*”, el “*dommage physiologique*”, “*daño inmaterial*”, “*daño extraeconómico*”, “*daño no patrimonial*”, o las más específicas de “*daño a la vida de relación*”, “*daño estético*”, “*daño a la vida de relación sexual*”, entre otras en boga en Italia, Francia y España, son solamente diversas denominaciones para designar daños específicos comprendidos todos ellos en el genérico y comprensivo “*daño a la persona*”. Estas denominaciones han nacido de las circunstancias o tiempos en que se acuñó el término, o han sido motivadas por la imaginación de los autores o por precisos requerimientos de adaptación a un determinado ordenamiento jurídico positivo en busca de un fundamento legal, entre otras razones.

Un signo positivo en esta aspiración sistemática por encauzar todas las etiquetas referidas a diversos daños a la persona dentro del genérico concepto de “*daño a la persona*” se ha dado, en cierta medida, en Italia. En efecto, es en este país donde existen actualmente algunos proyectos de ley en el Congreso bajo la genérica denominación de “*daño a la persona*”. Nos referimos, entre ellos, al proyecto de ley N° 4093 que, bajo la denominación de “*Nueva disciplina del daño a la persona*”, fue presentado al Senado por iniciativa del Ministro de Gracia y Justicia concertadamente con los Ministros del Tesoro, de la Industria y del Trabajo. Este proyecto de ley fue asumido como texto de base para la discusión por la Comisión de Justicia del Senado italiano en la sesión del 29 de febrero del 2000, fecha en la que se inició su discusión.³⁰

30 Referido por BUSNELLI, Francesco D., en el artículo *Il danno alla salute: un'esperienza italiana: un modello per l'Europa?*, en AA.VV. “La valutazione del danno alla salute”, Cedam, Padova, 2001, pág. 5.

En 1985, en el año de inicio en el Perú del tratamiento del tema que nos ocupa, definimos el “*daño a la persona*” como “*un atentado directo a la persona en sí misma*”. Nuestra visión, en aquel entonces, se limitaba a los daños al ser humano, ya fuesen a su unidad psicosomática o a su “*proyecto de vida*” que, por su propia naturaleza, no son cuantificables en dinero “*en tanto lesionan un interés espiritual psicológico o moral*”.³¹ Es decir, no obstante comprender bajo la noción de “*daño a la persona*” todos los daños que se pueden causar al ser humano en cualquier aspecto de su estructura existencial, excluíamos del concepto en referencia las consecuencias de aquellos daños que si se podían cuantificar en dinero. En otros términos, no considerábamos dentro de dicha noción las consecuencias de carácter patrimonial que, generalmente, se dan simultáneamente con las consecuencias de orden extrapatrimonial. Esta misma reductiva posición en cuanto a las consecuencias del “*daño a la persona*” aparece también en nuestro libro de 1985 *Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código civil*.³²

Este planteamiento limitativo inicial en cuanto a las consecuencias reparables del “*daño a la persona*” fue prontamente abandonado por nosotros al involucrar dentro de tales consecuencias no sólo aquellas de carácter no patrimonial sino todas aquellas consecuencias, sin exclusión alguna, que resultasen de un daño que lesionase tanto la unidad psicosomática de la persona o la realización de su “*proyecto de vida*”, tuviesen o no connotaciones patrimoniales. Es decir, se comprendía en la indemnización tanto el resarcimiento de las consecuencias de orden patrimonial como la reparación de las de orden no patrimonial o extrapatrimonial.³³

En resumen podemos sostener que “*daño a la persona*” es cualquier daño que lesione al *ser humano* ya sea en uno o varios aspectos de su unidad psicosomática o en su “*proyecto de vida*” o libertad fenoménica, sin exclusión. Se trata, como se aprecia, de una noción amplia, genérica, comprensiva.

31 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El daño a la persona en el Código Civil Peruano*. Ob. Cit. Pág. 201-202 y en *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Ob. Cit. pág. 201.

32 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil*, editorial Studium, primera edición, Lima, 1985, pág. 67.

33 Desde nuestro punto de vista el concepto genérico de indemnización comprende dos categorías según el tipo de consecuencias derivadas del evento dañino. La indemnización que tiene connotación de carácter patrimonial le denominamos “resarcimiento”. Mientras que aquellas carentes de dicha connotación, es decir, la no patrimoniales o extrapatrimoniales, la designamos como “reparación”. Ver FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El daño a la persona en el Código Civil Peruano*, en AA.VV. “Libro Homenaje a José León Barandiarán”, pág. 206, nota 50 y en *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, pág. 302, nota 50.

5. SISTEMATIZACIÓN DEL “DAÑO A LA PERSONA”

Es imprescindible, para una comprensión de los alcances conceptuales del “*daño a la persona*” proceder a su sistematización. A través de este proceso se logrará, en concordancia con la estructura existencial del ser humano, ordenar todos los tipos de daños que se le pueden causar. La sistematización en referencia permitirá determinar los criterios y técnicas que deben emplearse para resarcir o reparar las consecuencias de cada uno de los diversos daños a la persona. Al mismo tiempo, mediante la sistematización se facilitará la elaboración de una pulcra y completa sentencia que cubra todas las consecuencias de los diversos daños a la persona de una manera coherente, precisando las consideraciones para la fijación del monto de la liquidación de cada una de dichas diferentes consecuencias de daños causados a la persona de manera independiente. Esta modalidad es garantía de que el juez ha evaluado cada uno de los eventos dañosos y ha reparado debidamente en sus consecuencias. Recién, si ello ocurre, estaremos seguros que el juez ha comprendido los diversos aspectos del ser humano que pueden ser materia de lesión y que no ha dejado de lado ninguno de ellos para la debida reparación de sus consecuencias.

Consideramos indispensable proceder en primer término a proponer una clasificación del daño, en general para luego, dentro de ella, ubicar el “*daño a la persona*” y cada uno de los tipos de daños comprendidos en esta genérica noción. Esta sistematización nos mostrará el panorama completo y los alcances de dicho daño y nos permitirá aprehender como, dentro del mismo, se cubren todos y cada uno de los posibles daños a la persona sin excepción. Esta sistematización sólo es posible luego de conocer, a la altura de nuestro tiempo, la estructura ontológica del ser humano a la que hemos hecho referencia en páginas anteriores.

5.1 La clasificación del “daño” en función de la naturaleza del ente lesionado

En un trabajo publicado en 1993 expresábamos que debíamos ensayar una nueva sistematización del daño a la persona.³⁴ En aquella oportunidad sosteníamos que, a nuestro parecer, la primaria clasificación del daño debería atender a

34 Ver FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, Ob. Cit. pág. 1087 y ss. Este trabajo también se publicó en “Cuadernos e Derecho”, 3, Universidad de Lima, 1993, pág. 28 y ss. y en ponencias. Primer Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial”, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994, pág. 23 y ss.

la *naturaleza del ente dañado*, ya que los criterios, las técnicas y la metodología de protección y de reparación jurídica del ente variaban según su calidad ontológica.

Con esta finalidad proponíamos que *“la primera distinción que habría que hacer respecto al daño, dada su importancia teórica y práctica, es la que se sustenta en la calidad ontológica del ente afectado por dicho daño”*. Es decir, que debía privilegiarse la calidad del ente dañado frente a las *“consecuencias”* producidas a raíz del daño.³⁵ Por lo expuesto, éramos del parecer que, primordialmente, debería atenderse a si el ente dañado es una cosa u objeto cualquiera del mundo exterior al *“sujeto de derecho”* o, si, por el contrario, el ente dañado es, nada menos, que el ser humano, *“persona”* para el derecho.

No se puede discutir la fundamental diferencia ontológica que existe entre el ser humano, que es libertad, coexistencialidad y temporalidad y sensibiliza valores, y las cosas del mundo exterior que, contrariamente, carecen de libertad, no vivencian valores y son acabadas, terminadas, macizas. Esta tajante diferencia marca el diverso criterio y el tratamiento técnico-jurídico que merece cada una de estas tan disímiles calidades de entes en el trance de indemnizar las consecuencias de un evento dañino. Ello, con mayor razón, debe manifestarse cuando se trata de apreciar la magnitud del daño, considerado en sí mismo, y sus consecuencias, ya sean éstas patrimoniales o no patrimoniales.

Como es fácil percibir, la posición antes sustentada se inspira en una concepción personalista o humanista del derecho, que coloca al ser humano, y no al patrimonio, como eje y centro de la disciplina jurídica. Razón que ha llevado, a ciertos autores, a concentrar su preferente atención en torno a la víctima del daño ante la humana necesidad de que ella no quede sin reparación. Esta actitud supone que al derecho le interesa prioritariamente atender a la víctima frente a la indagación destinada a determinar el grado o intensidad de la culpa del agente del daño que, en algunos casos, como señala Mosset Iturraspe, pareciera ponerse del lado del agente del daño con el propósito de diluir la debida indemnización.

En virtud de lo expuesto, apreciábamos en nuestro trabajo de 1993 que existen dos tipos básicos de daños si se tiene en cuenta, como se ha dicho, la naturaleza misma del ente que ha sufrido sus consecuencias. Así, y tal como se ha señalado, es posible hacer una primera y amplia distinción que atiende a la calidad ontológica de los entes pasibles de ser dañados. En este sentido, como se ha

35 *Ibidem*. Pág. 32.

mencionado, encontramos, de un lado, a los seres humanos, sujetos de derecho y, del otro, a las cosas u objetos del mundo, de los cuales se valen instrumentalmente las personas para realizarse. De ahí que podamos referirnos al daño subjetivo o “*daño a la persona*”, que es el que agravia o afecta a los seres humanos considerados en sí mismos, y al daño objetivo, que es el que incide sobre los objetos que integran el patrimonio de las personas. El primero de dichos daños, por lo tanto, se refiere al *ser* humano, considerado en sí mismo, y el segundo de ellos atiende al “*haber*” del sujeto de derecho. Esta constituye, desde nuestra óptica, la primera y básica clasificación de los daños.

A nadie escapa, por lo demás, que la diversidad ontológica entre el ser humano y las cosas que integran su haber o patrimonio, se refleja en las especiales y distintas características que asume la indemnización por las consecuencias derivadas del daño que afecta específicamente a cada una de tales calidades de entes. No se puede, “*con un criterio economicista y materialista, dejar de reconocer el diverso rol que cumple la indemnización en el caso que se destruya una cosa que cuando se agravia al ser humano mismo, creador, eje y centro del Derecho*”.³⁶

No obstante lo anteriormente expresado en relación con la distinta calidad ontológica que existe entre el ser humano y las cosas del mundo exterior, hubo en la experiencia jurídica un momento histórico en el que empezó a indemnizarse los daños a la persona. Los jueces, por no tener clara la diferencia ontológica antes indicada, al reparar las consecuencias no patrimoniales de los daños a la persona aplicaban los criterios y las técnicas que conocían. O sea, aquellas que venían aplicando desde siempre para resarcir las consecuencias de los daños con connotación económica. Por ello, para tal efecto, tomaban en consideración el hecho de si la víctima si la víctima producía o no riqueza. Sólo se reparaban las consecuencias de los daños no patrimoniales en el caso del *homo faber*, es decir, del productor de riqueza. Los otros, los no productores de riqueza, quedaban marginados.

5.2 Clasificación básica del “daño a la persona”: “daño psicosomático” y “daño a la libertad”

El genérico y comprensivo daño subjetivo o “*daño a la persona*”, como se ha señalado, es aquel cuyos efectos o consecuencias recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, es decir, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad propia de la estructura del ser huma-

36 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. Cit. Pág. 33.

no, los daños pueden afectar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o “*maneras de ser*”.

Si tenemos en cuenta que el ser humano es “*una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad*”³⁷ los daños que se le causen pueden incidir en alguna de dichas dos vertientes de su estructura existencial. De un lado, el daño puede lesionar algún aspecto de la unidad psicosomática (soma o psique) o puede afectar a la libertad fenoménica, o ejercicio mismo de la libertad, es decir y en otros términos, al “*proyecto de vida*”.

De ahí que, cuando nos referimos al “*daño a la persona*”, cabe distinguir, para los efectos que atañen a la modalidad de la reparación, el “*daño psicosomático*” del “*daño a la libertad*”. Al mencionar la *libertad* hay que diferenciar, siempre para los mismos efectos, aquel daño radical que pone fin a la libertad ontológica, y ello ocurre sólo con la muerte de la persona, del daño a la libertad fenoménica o libertad extrovertida o libertad fenoménica. Esta última instancia de la libertad se constituye por la conversión de la decisión libre de la persona en actos o conductas humanas intersubjetivas. Todos estos actos, que son la concreción en la realidad mundanal de los múltiples y constantes proyectos en que consiste la libertad ontológica, concurren, consciente o inconscientemente, a un sólo y único proyecto que es el personal “*proyecto de vida*”. Es decir, aquel que sintetiza lo que la persona ha decidido *ser* y *hacer* en su vida, con su vida. Es este proyecto el que otorga “*sentido*” a la vida, el que le brinda su “*razón de ser*”. Es el proyecto por el cual vale la pena vivir. De ahí que se le designe como “*proyecto de vida*”.

5.3 El “daño psicosomático”: el “daño biológico” y el “daño a la salud” o “daño al bienestar”.

En cuanto el ser humano es una unidad psicosomática, los daños que se le causen pueden incidir ya sea en su cuerpo, en sentido estricto, o en su psique o afectar su propia libertad. El daño psicosomático puede recaer directamente en el cuerpo o soma del sujeto o en la psique, bajo el entendido que, en cualquier caso, el daño a una de tales expresiones de la persona repercute, en alguna medida, en la otra. Ello sobre la base de la inescindible unidad psicosomática.

³⁷ Esta descripción encuentra su fuente de inspiración en la concepción de KIERKEGAARD, Sören, formulada en su libro *El concepto de la angustia*, publicado en 1844, donde refiriéndose al ser humano expresa que “es una síntesis de alma y cuerpo, constituida y sustentada por el espíritu” (*El concepto de la angustia*, Espasa-Calpe, Buenos Aires, segunda edición, 1943, pág. 89)

El daño psicosomático, a su vez, puede desglosarse, para fines puramente descriptivos o didácticos o para orientar mejor la debida reparación de las consecuencias del perjuicio, en daño “biológico” y “daño a la salud” o “daño al bienestar”. En realidad, metafóricamente hablando, se trata de dos caras de una misma moneda. El “daño biológico” representa la vertiente estática -la lesión en sí misma- y el “daño a la salud” o “daño al bienestar” la vertiente dinámica del genérico daño psicosomático. Es decir, este último tipo de daño produce un trastorno, de diferente magnitud, en la vida ordinaria, cotidiana y normal, de la persona afectada por el daño. Es lo que un sector de la reciente doctrina y jurisprudencia italiana señalan bajo la denominación de “daño existencial”.

5.3.1 El “daño biológico” o la lesión en sí misma

El “daño biológico” se identifica con la lesión, considerada en sí misma, causada en relación con algún aspecto de la mencionada unidad psicosomática de la persona víctima del daño. En el daño denominado “biológico” se compromete, en alguna medida, la integridad psicosomática del sujeto, de modo directo e inmediato, causándole heridas de todo tipo, lesiones varias, fracturas, perturbaciones psíquicas de diversa índole y magnitud.

Las consecuencias de una acción dañina contra el cuerpo o soma (“daño somático”, en sentido estricto) son, generalmente, visibles y elocuentes al margen, claro está, del preciso diagnóstico médico-legal que se complementa con un pronóstico de las mismas. Perder la mano, por ejemplo, es un “daño biológico”, una lesión en sí misma, que debe ser valorizada por el juez independientemente de las consecuencias que esta pérdida pueda ocasionar en la existencia ordinaria o cotidiana de la persona. No tiene el mismo significado y valor la pérdida de una mano para un pianista o un tenista o un cirujano que la mutilación de la misma en el caso de otras personas. Por ello, el juez debe evaluar casuísticamente los casos de daños “biológicos” causados a la persona teniendo en consideración las actividades propias de la víctima, su profesión, su proyecto de vida y otras circunstancias afines.

En cambio, las consecuencias de una lesión psicosomática que incide preponderantemente en la psique (“daño psíquico”, en sentido estricto) resulta, como es obvio, menos elocuente y visible y, probablemente, más difícil de diagnosticar. En ciertos casos, una leve perturbación psíquica puede pasar inadvertida para cualquier persona que no sea un médico especialista en la materia. La lesión que afecta la psique, en cualquiera de sus manifestaciones, puede tener dos fuentes. La primera, es el resultado de una previa agresión somática con notorias conse-

cuencias psíquicas. La segunda puede presentarse inicialmente desvinculada de dicha agresión somática, no obstante las conexiones existentes en virtud de la unidad psicosomática en que consiste la naturaleza del ser humano. Es el caso, por ejemplo, de todo tipo, grado, intensidad y circunstancias de una tortura enderezada directamente al psiquismo de la persona.³⁸

5.3.2 El “daño psíquico”

El “daño psíquico” se configura por “la alteración o modificación patológica del aparato psíquico como consecuencia de un trauma que desborda toda posibilidad de elaboración verbal o simbólica”.³⁹ Es decir, el daño psíquico supone una modificación o alteración de la personalidad que se “expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos...”.⁴⁰ El “daño a la persona” que compromete preferentemente la esfera síquica del sujeto puede incidir, primaria y notoriamente, en alguna de las manifestaciones en que teóricamente solemos descomponerla, como son el aspecto afectivo, el volitivo y el intelectual. Precisamente, cuando la incidencia del daño se presenta fundamentalmente en la esfera afectiva o sentimental solemos aludir al daño “moral” en su restringido sentido tradicional de “dolor de afición”. Se trata, en este caso, de un daño psíquico no patológico. El daño “moral”, en cuanto dolor o sufrimiento, no es una enfermedad psíquica sino tan sólo un daño emocional o perturbación psíquica. No es frecuente que una perturbación psíquica de esta naturaleza pueda convertirse en una patología.

El daño psicosomático, por lo tanto, puede incidir ya sea sobre el soma o cuerpo, en sentido estricto, o sobre la psique. En el primer caso se le suele también denominar también como “daño físico”, mientras que, en el segundo caso, se alude al “daño psíquico” o “daño psicológico”. En cualquier caso, una lesión somática repercute de diferente manera en el psiquismo según sea el sujeto de que se trate y, viceversa, un daño psíquico suele tener, en cierta medida, una manifestación somática.

La lesión en sí misma que constituye, como se ha señalado, el “daño biológico”, debe ser apreciada por sus particulares características por un médico legista -o un perito médico en ciertos casos- el que ha de formular un diagnóstico y un

38 Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Daño psíquico*, en la revista “Scribas”, INDEJ, Arequipa, 1998 y en “Normas Legales”, Tomo 287, Trujillo, abril del 2000; Daray, Hernán, *Daño psicológico*, Astrea, Buenos Aires, 1995 y Milmaiene, José, *El daño psíquico*, en AA.VV., “Los nuevos daños”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

39 MILMAIENE, José E. *El daño psíquico*, pág. 70.

40 *Ibidem.* pág. 74.

pronóstico de la lesión, determinando su magnitud y peculiaridades. Este requisito es ineludible para que el médico pueda evaluar la magnitud del daño y sus consecuencias a fin de valorizar y liquidar el daño causado.

5.3.3 El “daño a la salud” o “daño al bienestar”

El “*daño a la salud*” o “*daño al bienestar*”, en cambio, alude a las inevitables y automáticas repercusiones que produce cualquiera lesión psicosomática en el bienestar de la persona, en sus intereses existenciales, con prescindencia de su magnitud e intensidad. El “*daño a la salud*” es de tal amplitud que compromete el estado de bienestar integral de la persona. De ahí que, coincidiendo con Bargagna, podemos sostener que abarca, por consiguiente, las normales y ordinarias actividades del sujeto, ya sean ellas, entre otras, laborales, domésticas, sexuales, recreativas, sentimentales, de relación social, deportivas, entre otras.⁴¹ Una lesión producida en la esfera psicosomática repercute generalmente, en cierto grado, en la vida normal y ordinaria de la persona, modifica algunas de sus costumbres y hábitos, conlleva inhibiciones, carencias, molestias, limitaciones de todo tipo. Podemos resumir lo dicho en el sentido que el transcurrir existencial de la persona no será el mismo que antes de producirse un “*daño biológico*”. Este daño afecta, por consiguiente, intereses existenciales de la persona.

El desencadenamiento de un daño inferido a alguna manifestación de la esfera psicosomática repercute de inmediato, automáticamente y en alguna medida, en la salud del sujeto, afectándola en diverso grado e intensidad según los casos. Reiteramos que, siguiendo la orientación de la Organización Mundial de la Salud, entendemos que con el concepto “*salud*” se alude a la más amplia noción de “*bienestar*” integral del sujeto. De ser así, en algún momento deberíamos también adecuar el lenguaje jurídico a esta nueva realidad, si es que ella es admitida por un sector mayoritario de la doctrina. En este sentido, debería sustituirse, cuando el respectivo ordenamiento jurídico positivo lo permita, la expresión “*daño a la salud*” por la de “*daño al bienestar*” del sujeto. O, por el contrario, precisar conceptualmente que la salud, en sentido estricto, es un importante componente del genérico bienestar integral del sujeto.⁴² En otros términos, que poseer salud no es únicamente no estar enfermo.

41 BARGAGNA, Marino. *Rilievi critici de spunti ricostruttivi* en “La valutazione del danno alla salute”, primera edición, Cedam, Padova, 1986, pág. 170

42 Perú. La Constitución peruana de 1993 incluye al bienestar entre los derechos fundamentales en el inciso 1 del artículo 2, mientras que en el artículo 7 se proclama el derecho a la salud.

Dentro de la orientación anteriormente señalada, la Constitución peruana de 1993, en el inciso 1) de su artículo 2 ha incorporado el bienestar como un derecho de la persona que merece tutela. El genérico término “*bienestar*” al que se refiere la Constitución de 1993 se entiende en el sentido que la persona debe contar con lo mínimo indispensable para una vida decorosa. Es desde esta fecha que preferimos referirnos al “*daño a la salud*” como “*daño al bienestar*”, con lo cual encontramos un fundamento constitucional a este tipo de daño al ser humano.

El “*daño al bienestar*”, a estar por lo precedentemente expresado, compromete, por lo tanto, el entero “*modo de ser*” de la persona. Las consecuencias del mismo, por decirlo de alguna manera, constituyen carencias, un déficit de diversa magnitud e intensidad en el bienestar integral del ser humano.

De lo expuesto se concluye que el “*daño biológico*”, en cuanto vertiente estática del daño psicosomático, como el “*daño al bienestar*”, que representa la dimensión dinámica de dicho daño, constituyen sólo dos aspectos de una misma realidad en cuanto el ser humano es una inescindible unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad. De lo dicho se desprende, por consiguiente, que ambos tipos de daño sólo pueden ser teóricamente diferenciados para el efecto de su debida evaluación y ulterior reparación.

5.4 La clasificación del “daño a la persona” en función de sus consecuencias

Al lado de la clasificación del daño en función de la naturaleza del ente afectado, a la cual nos hemos referido en los párrafos precedentes, cabe formular una segunda distinción en virtud de las consecuencias derivadas de cada uno de tales daños. Son, pues, dos situaciones distintas, que no cabe confundir si pretendemos clarificar nuestra visión sobre el contenido y alcances del “*daño a la persona*”. En síntesis, la primera, se sustenta en la naturaleza misma del ente dañado -y es de fundamental importancia para la reparación del daño- y la segunda se contrae a las consecuencias mismas del daño producido a cualquiera de los entes afectados.

Es del caso señalar que en el tema relativo a las consecuencias que origina el “*daño a la persona*”, el intento de equiparar la noción genérica y comprensiva de “daño a la persona” con el concepto de “*daño no patrimonial*”. El “*daño a la persona*” comprende, como se ha apuntado en su lugar, tanto el daño-evento, es decir, la lesión en sí misma, y el daño-consecuencia, es decir, los efectos derivados del evento dañino. Estos son dos aspectos del unitario concepto de “*daño*” por lo

que no cabe separarlos. Si no hay evento dañino no hay daño y, así mismo, si no aparecen consecuencias no se puede tampoco aludir a la existencia de un daño.

Aparte de lo anteriormente expuesto, no llegamos a entender la preferencia de los juristas por la expresión “*patrimonio*” sobre la de “*persona*”. Consideramos que no siempre el “*daño a la persona*”, como se ha señalado, tiene consecuencias no patrimoniales. Por el contrario, generalmente, a las consecuencias de carácter no patrimonial se suman otras de naturaleza patrimonial. Es decir que, desde nuestro punto de vista, no cabe equiparar el concepto de “*daño a la persona*” con el de “*daño no patrimonial*”. Ello, siempre dentro de nuestra óptica, supondría mezclar dos niveles conceptuales diversos como son, de un lado, el referido a la naturaleza del ente dañado y, del otro, al de las consecuencias que generan dichos daños, ya sea a la persona o al patrimonio, o a ambos.

En atención a las consecuencias derivadas del daño se pueden distinguir dos categorías. De un lado, encontramos aquellas que la mayoría de autores designan como consecuencias “*no patrimoniales*” o “*extrapatrimoniales*” -y que nosotros desde una óptica antropológica, preferimos aludir a ellas como “*personales*”- mientras que, del otro, se hallan las consecuencias conocidas como “*patrimoniales*” –que nosotros, así mismo y por idéntica razón, optamos por nominarlas como “*no personales*” o “*extra personales*”.⁴³ Las primeras, como es sabido, son aquellas que se pueden valorar en dinero mientras que, en las segundas, ello es imposible de modo directo e inmediato. El problema, en este último caso, es el de imaginar fórmulas equitativas y prácticas para indemnizar por las consecuencias no patrimoniales derivadas de daños al ser humano. Sería injusto que estas consecuencias queden sin reparación, mientras que cualquier daño que genera consecuencias patrimoniales sí es resarcible.

Si consideramos el “*daño a la persona*” en toda su latitud conceptual, advertimos que puede generar consecuencias tanto personales - o no patrimoniales como no personales -o patrimoniales- o, como ocurre frecuentemente, puede originar, de modo simultáneo, ambos tipos de consecuencias. Así, por ejemplo, a raíz de un accidente de automotor, se plantea la hipótesis que la persona del conductor de uno de los vehículos sufre graves lesiones que requieren su hospitalización ya que, como consecuencia de las mismas, pierde los dos brazos. La pregunta que surge frente a este caso es, en primera instancia, si se ha producido o no un “*daño a la persona*” y, de ser así, en segunda instancia, si de este daño genera tan sólo

43 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. Cit. Pág. 36.

una consecuencia personal o no patrimonial o si también, y al mismo tiempo, se deriva del mismo una consecuencia de orden no personal o patrimonial. El sentido que conlleve la respuesta nos permitirá apreciar si es correcto -como propone un sector de la doctrina y en especial el profesor Jorge Gamarra- identificar, sin más, “*daño a la persona*”, que atiende a la naturaleza del ente dañado, con daño no patrimonial (o personal) que se refiere a sólo una de las dos consecuencias que puede producir el daño a la persona.

En el caso propuesto no cabe duda que, en el caso propuesto consistente en la pérdida de las dos extremidades superiores, se han producido daños a un ente que es una persona humana. Como no se trata de una mera cosa del mundo exterior, que sería la otra única posible alternativa, no podemos dudar que estamos frente a un daño a un ente que no es otro que la persona humana. De este modo quedaría respondida la primera cuestión que hemos planteado: se trata de un “*daño a la persona*”.

Luego de haber precisado la calidad ontológica del ente dañado -en este caso la persona humana- es menester, en segundo término, apreciar qué tipo o tipos de consecuencias se derivan de los daños de que ha sido víctima la persona. En la hipótesis que se ha planteado advertimos, de inmediato, que la víctima presenta lesiones múltiples, heridas, fracturas, contusiones. Es decir, diversas lesiones. Si apreciamos tan sólo y en sí mismas las lesiones que se han producido estaríamos frente a lo que hemos denominado como “*daño biológico*”. Este daño es susceptible de ser diagnosticado por un médico legista quien determinará su magnitud y sus efectos. Estas lesiones deben ser materia de una justa reparación utilizándose para ello, cuando existen, los baremos o tablas de infortunios o, en su defecto, el principio de equidad, o ambos criterios.

Pero, a su vez, dichas lesiones psicosomáticas -daño biológico- causan un deterioro en la salud de la víctima, alteran en alguna medida su bienestar integral. Este efecto debe ser apreciado y reparado por el juez sobre la base del informe médico-legal, empleando para el efecto el criterio de equidad luego de observar y calibrar las consecuencias generadas por las lesiones recibidas en el transcurrir existencial de la persona, en qué medida y modo afectan su vida ordinaria, normal, cotidiana, sus hábitos, costumbres, maneras de ser. En otros términos y en síntesis, que ha cambiado negativamente en su vida.

“*Daño biológico*”, o sea la lesión considerada en sí misma, y “*daño a la salud*” o “*daño al bienestar*”, que es la repercusión del primero en el bienestar integral de la persona, deben ser considerados deben ser considerados independientemente

para el efecto de fijar la correspondiente reparación de las consecuencias generadas, no obstante que la apreciación por el juez de cada uno de dichos daños obedece, como se ha señalado, a distintos criterios.

Ambos daños -el “*daño biológico*” y el “*daño a la salud*” o “*daño al bienestar*”- generan consecuencias que no son apreciables, directa e inmediatamente, en términos dinerarios. No generan, por consiguiente, consecuencias de carácter patrimonial o extra personal sino, más bien, se trata de consecuencias de orden personal o no patrimonial. Son daños ciertos y efectivos que, en ningún caso, su reparación puede soslayarse de parte del juez. Felizmente, los criterios puramente patrimonialistas van siendo desplazados en el mundo actual al lugar que, sin desconocerlos, jerárquicamente les corresponde, es decir, subordinados a la privilegiada protección jurídica que merece el ser humano considerado en sí mismo.

Cada vez se comprende con mayor claridad, pese al embate de los materialistas de toda laya y de los absolutamente pragmáticos, que el ser humano es un fin en sí mismo y que el patrimonio es un instrumento indispensable a su servicio.⁴⁴

La cada vez mayor difusión y comprensión de los principios humanistas o personalistas, como se ha señalado en precedencia, ha provocado una revisión o replanteo de la institucionalidad jurídica. De ello hay innumerables pruebas en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación contemporánea. Esta nueva actitud llegó, como no podía ser de otra manera, al campo de la responsabilidad civil. Es por ello que, de hacer girar el problema en torno al agresor y a su consiguiente responsabilidad, se centró la atención de los juristas en torno a la justa reparación de los daños sufridos por el ser humano. De ahí que pueda sostenerse que la visión moderna sobre el derecho de daños responde principalmente a principios humanistas y solidarios. Se protege a la persona por el único y fundamental argumento de su propia dignidad. Es decir, por lo que ella realmente es y representa en el mundo.

No es este el lugar para reproponer un debate que, a nuestro entender, ha sido actualmente superado. Sin embargo, ello no impide formular algunas precisiones al respecto. Nos referimos, en concreto, al argumento central que giraba en torno a la cuestión de si se debía o no reparar un daño a la persona que, no obstante ser cierto y efectivo, no podía ser apreciado en dinero de modo directo e inmediato. De acuerdo con una visión materialista de la vida -de cualquier sig-

44 El daño a un objeto puede producir, igualmente, al lado de un daño no personal o patrimonial un daño personal o extrapatrimonial. Para ilustra el caso podemos recurrir al difundido ejemplo por el cual un tercero pierde la única fotografía de un ser muy querido, la misma que tenía para su propietario un enorme valor afectivo o sentimental mientras que carecía de un valor no personal o patrimonial.

no o ideología- dominante en el derecho hasta no hace mucho, sólo era posible reparar las consecuencias del daño que tenían un “*precio*” en el mercado, que se podían traducir en dinero. De conformidad con esta estrecha concepción, dentro de la cual la vida humana y los derechos fundamentales de la persona carecían de un “*precio*”, resultaba imposible fijar una indemnización como consecuencia de un daño de carácter no patrimonial. Es decir, prevalecía un criterio economicista, dentro del cual se trataba con absoluto desdén -o desprecio- lo que significaba el ser humano en sí mismo, desconociéndose el auténtico valor de la vida humana.

Como argumento para negar tal indemnización se sostenía, hasta no hace mucho tiempo por un sector mayoritario de la doctrina, que la reparación de las consecuencias de los daños a la persona que carecía de efectos patrimoniales, significaba una forma de “*materializar*” la vida humana. Con este pretextuoso y falaz argumento se dejaba sin reparar los daños cometidos contra la persona, considerada en sí misma, desconociéndose su intrínseco valor, su inherente dignidad. Contrariamente, por cierto, dentro de esta mentalidad procedía siempre el resarcimiento de los daños que generaban consecuencias patrimoniales. Es decir, se privilegiaba a los entes del mundo exterior, a las cosas, en detrimento del ser humano, centro y eje del derecho. Es decir, nada menos que al creador, protagonista y destinatario del derecho.

268 Felizmente, el criterio materialista que campeaba en la responsabilidad civil cuando se trataba de reparar un daño a la persona, va quedando atrás. Son cada día menos numerosos los juristas que mantienen esta antihumana actitud. En la Argentina, para citar un caso emblemático, existe una importante corriente de pensamiento de carácter personalista que ha logrado hacer prevalecer un criterio humanista en esta específica área de la responsabilidad civil. Así, hace ya varias décadas, el maestro Orgaz expresó con contundente convicción que “*resarcir los daños morales, aunque sea de modo pecuniario -a falta de otro mejor- no es materializar los intereses morales, sino, al contrario, espiritualizar el derecho, en cuanto éste no se limita a la protección de los bienes económicos y rodea también de seguridad aquellos otros bienes no económicos, que son inseparables de la persona humana*”.⁴⁵ Con la expresión “*daños morales*” Orgaz hacía referencia, extendiendo el contenido del concepto, a todos los daños a la persona de consecuencias no patrimoniales. Como es obvio, cuando Orgaz escribía este párrafo aún no había aparecido en el mundo jurídico

45 ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible*, Lerner, Córdoba, 2a. edición, 1980, pág. 186.

el genérico concepto de “*daño a la persona*” por lo cual el maestro argentino utiliza la consagrada expresión de “*daño moral*”.

En el “*II Congreso Internacional de Daños*”, reunido en Buenos Aires en 1991, se declaró al respecto que “*el enfoque meramente patrimonialista del daño se encuentra en trance de quedar divorciado de las pautas el Derecho en nuestros días*”. De donde se concluía que debíase jerarquizar “*la esfera biológica, espiritual y social del hombre, sin dejar de tener en cuenta que los bienes materiales son necesarios para preservar su dignidad*”. En esta misma ocasión se estableció, siempre por unanimidad, que “*la reparación del daño a la persona debe ser plenamente adecuada a la magnitud de lo que ésta (la persona) representa, descartando las indemnizaciones meramente simbólicas*”.

Además del “*daño biológico*” y del “*daño a la salud*” o “*daño al bienestar*”, a los que nos hemos referido en precedencia, hay un daño que frecuentemente se ignora o se olvida por quienes no logran aún descubrir o concebir la calidad ontológica del ser humano como ser libre y temporal, que se propone fines, los mismos que están contenidos en su “*proyecto de vida*”.

La pérdida de los dos brazos de parte de una persona, en el caso del ejemplo propuesto en su lugar, podría traer como consecuencia, además de aquellas derivadas del “*daño psicosomático*”, la frustración de su “*proyecto de vida*”, expresado a través de su actividad cotidiana, situación en la cual se privaría de sentido la existencia misma de la víctima. Esta es, sin duda, una consecuencia personal o no patrimonial en tanto carece de significación dineraria, directa e inmediata, lo que no quiere decir, obviamente, que se niegue a la víctima una justa satisfacción por el enorme daño que se le ha ocasionado.

Pero, en el caso del ejemplo antes citado, que es el de la víctima de un accidente automovilístico, se aprecia que al lado de las consecuencias no patrimoniales o personales que genera el elocuente daño a la persona, antes mencionadas, se presentan simultáneamente consecuencias exquisitamente patrimoniales o no personales que deben ser también debidamente indemnizadas. Nos referimos al reembolso, entre otros, de los gastos de hospitalización, los honorarios médicos, la adquisición de medicinas, los que pueden considerarse integrantes del denominado daño emergente. Al mismo tiempo, y siempre en el campo de las consecuencias patrimoniales o extra personales, debe indagarse si, como consecuencia del daño, el sujeto se halla imposibilitado de realizar su actividad laboral habitual o si a raíz de las lesiones sufridas se ve privado de obtener los ingresos que le

corresponden o deja de percibir rentas, ganancias o riqueza, en general, pues en esta hipótesis, como es sabido, debe resarcirse el llamado lucro cesante.

De lo expuesto en precedencia se percibe que el “*daño a la persona*” ha producido, al mismo tiempo, consecuencias de carácter patrimonial o extra personal y consecuencias de orden personal o no patrimonial. De ahí que el daño a la persona no puede ser caracterizado a partir sólo de las consecuencias que genera sino en razón de la calidad ontológica del ente dañado.⁴⁶

Después del somero análisis efectuado, y por las razones que de él fluyen, somos de la opinión que no es correcto asimilar, sin más, la noción de “*daño a la persona*”, que se centra en la peculiar calidad ontológica del ente dañado, con la de daño patrimonial (o no personal) que incide en la categorías de consecuencias económicas (daño emergente, lucro cesante) generadas por el daño. Estimamos, por consiguiente, que debe diferenciarse teóricamente, para estos efectos, la naturaleza del ente dañado de las consecuencias del mismo.

Si nuestras reflexiones no están erradas, deberíamos concluir afirmando la autonomía del concepto de “*daño a la persona*” en función de la calidad ontológica del objeto dañado y no tratar de ligarlo a una determinada categoría de las consecuencias que pueden derivarse de él las que, como hemos apreciado, pueden tener un carácter extra personal o patrimonial o ser de orden no patrimonial o personal. De ahí que no compartamos la propuesta de quienes equiparan el concepto de “*daño a la persona*” (o como lo prefiere un sector de la doctrina, de “daño moral” en sentido amplio) con la noción de “*daño no patrimonial*”. No siempre el daño a la persona tiene tan sólo consecuencias no patrimoniales o personales sino que, con frecuencia, ellas asumen un carácter extra personal o patrimonial. No son las consecuencias del daño, por consiguiente, las que tipifican el “*daño a la persona*”. Se debe atender para ello, primariamente, a la naturaleza del ente dañado para, luego, determinar las consecuencias, de cualquier índole, que genere el daño a fin de precisar el mejor y más adecuado modo de repararlas.

6. EL “PROYECTO DE VIDA”

En páginas anteriores hemos precisado que, desde nuestra perspectiva, fundada sobre la realidad existencial del ente “*persona humana*”, en cuanto “*unidad psicosomática constituida y sustentada en la libertad*”, el “*daño a la persona*” incide en uno o más aspectos o funciones de la unidad psicosomática o, en su caso, en la

46 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. Cit. Pág. 36.

libertad fenoménica o “*proyecto de vida*”. Las siguientes páginas se dedicarán a una somera presentación del “*daño al proyecto de vida*” que, en los últimos años, ha recibido la consagración, aún incipiente, de la jurisprudencia comparada y más bien definitiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Nos referimos, por consiguiente, a una figura jurídica que ha ingresado al derecho vivo luego de haberse demostrado la utilidad de la misma para una integral reparación del “*daño a la persona*”.

6.1 Los supuestos del “proyecto de vida”

Hemos adherido a la posición de la filosofía de la existencia que considera que la libertad constituye el ser mismo del hombre. Esta libertad es lo que lo diferencia, radicalmente, de los demás seres de la naturaleza y le otorga dignidad. Se trata de una potencialidad actuante que nos permite decidir, elegir, entre muchas oportunidades o posibilidades de vida eso que, precisamente, llamamos “*proyecto de vida*”, “*proyecto vital*” o “*proyecto existencial*”. El ser humano, además de libre es, estructuralmente, coexistencial y temporal. De ahí que sea histórico, estimativo, creativo, proyectivo, dinámico, lábil, impredecible, misterioso. Carecería de sentido referirse a un ser libre que no fuera, simultáneamente, un ser coexistencial y temporal.

6.2 Libertad y “proyecto de vida”

La libertad, como señala Zubiri, es “*la situación ontológica de quien existe desde el ser*”.⁴⁷ La existencia humana misma es libertad. Libertad, como apunta el filósofo hispano, “*significa liberarse de las cosas, y gracias a esta liberación podemos estar vueltos a ellas y entenderlas o modificarlas. Libertad significa entonces liberación, existencia libertada*”.⁴⁸

Sartre afirma que “*la libertad no es un ser: es el ser del hombre*”. Sólo el ser humano es libre. El hombre es por entero libre o no es. El ser humano “*es una libertad que elige, pero no elegimos ser libres: nosotros estamos condenados a la libertad*”.⁴⁹

Marcel, por su parte, ratifica lo expresado por Sartre cuando sostiene, en síntesis más que expresiva, que “*en última instancia decir soy libre es decir soy yo*”.⁵⁰ La

47 ZUBIRI, Xavier. *Naturaleza, Historia, Dios*, Editorial Poblet, Buenos Aires, 1948, pág. 343.

48 *Ibidem*. Pág. 389.

49 SARTRE, Jean Paul. *El ser y la nada*, Tercer Tomo, Editorial Ibero-Americana. Buenos Aires, 1949, pág. 84.

50 MARCEL, Gabriel. *El misterio del ser*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1953, pág. 296.

libertad, por todo lo anteriormente expuesto, no es un atributo, un añadido, un agregado, un predicado del ser humano. Es, simplemente, su ser.

El “*proyecto de vida*” es un ingrediente de la propia constitución ontológica del ser humano. Surge como una exigencia, precisamente, en tanto el ser humano es libre, coexistencial y temporal. Como apunta Sartre, el “*proyecto libre es fundamental, pues es mi ser*”.⁵¹ El “*proyecto de vida*” encuentra necesariamente su origen en una decisión libre, la misma que tiende a su realización en el futuro, ya sea éste mediato o inmediato. Por ello, sólo el ente ser humano es capaz de formular proyectos. Es más, no podría existir sin proyectar. La libertad es, de suyo, un proyecto. Ser es proyectar. El “*proyecto de vida*” representa lo que el ser humano ha decidido *ser y hacer* en su vida o, mejor aún, lo que hace para ser. Todas las potencialidades y energías del ser humano actúan para ser posible su realización, para lograr su concreción en la vida. Si el “*proyecto de vida*” se cumple total o parcialmente el ser humano se considera “*realizado*”, es decir, que ha cumplido con su personal destino, que su vida ha tenido un sentido valioso.

Proyectar la vida es decidir lo que se pretende *ser y hacer* en el transcurso existencial de la persona. Es libre, apunta Jaspers, “*sólo quien puede decidirse*”.⁵² El proyecto es la expresión de la suprema decisión del ser libre.

6.3 Libertad y voluntad

Es oportuno señalar que si bien el ser humano es “*una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad*”, se suele confundir, frecuentemente, la libertad, que es el ser mismo del hombre, con la unidad psicosomática en la que ella está implantada o con un particular aspecto o función de la misma. Esta confusión es más notoria tratándose de la voluntad, que es una de las vertientes psíquicas, sin percatarse que ésta se halla, como la unidad psicosomática en su conjunto, al servicio del “yo”, del ser mismo, de su decisión libre. La envoltura psicosomática es un medio o instrumento del cual se vale la libertad para su realización como proyecto.

Sartre ha descrito certeramente la relación entre la “*libertad*” y la “*voluntad*”. Al referirse a la primera apunta que “*el planteamiento de mis fines últimos es lo que caracteriza a mi ser y lo que se identifica con la aparición original de la libertad que es mía*”. Es así que la libertad resulta ser el fundamento de los fines que el ser huma-

51 SARTRE. Ob. Cit. Pág. 76.

52 JASPERS, Karl, *Origen y meta de la historia*, Revista de Occidente, Madrid, 1950, pág. 169.

no decide realizar “*sea por la voluntad, sea por esfuerzos pasionales*”. Sartre señala que “*las voliciones son, por el contrario, como las pasiones, ciertas actitudes subjetivas por las cuales tratamos de alcanzar los fines propuestos por la libertad originaria*”. La libertad es, así, “*un fundamento rigurosamente contemporáneo de la voluntad. (...) que se manifiesta a su manera*”.⁵³

La voluntad, según Sartre, “*se presenta como decisión reflexionada con relación a ciertos fines*”. Pero, afirma a continuación, que esos fines no los crea la voluntad. Esta sólo “*decreta que la persecución de esos fines sea reflexiva y deliberada*”.⁵⁴ La libertad originaria, como lo apunta el propio filósofo francés, no se debe comprender como una libertad “*anterior al acto voluntario o pasional, sino un fundamento rigurosamente contemporáneo de la voluntad o de la pasión, y que éstas se manifiestan cada una a su manera*”.⁵⁵

Como conclusión de lo anteriormente expuesto puede sostenerse que la voluntad no es autónoma sino que encuentra su necesario fundamento en la libertad originaria.⁵⁶

Es del caso señalar que la ejecución del proyecto es simultánea con la decisión que lo origina. Libertad y voluntad, por ello, se dan contemporáneamente no obstante que la libertad es previa a la voluntad o a cualquier otra potencialidad o energía psicosomática a través de la cual o de las cuales se realice el proyecto de vida o cualquiera de los proyectos que confluyen en el “*proyecto de vida*”.

6.4. Coexistencialidad y “proyecto de vida”

Como expresa Zubiri, “*existir es existir con*”. Existir es existir *con* cosas, con otros, con nosotros mismos. Este *con*, señala Zubiri, “*pertenece al ser mismo del hombre: no es un añadido suyo*”.⁵⁷

Como se ha expresado, la coexistencialidad es uno de los supuestos existenciales del “*proyecto de vida*”. Si bien el proyecto es una decisión libre, sólo se puede realizar con la contribución de los demás seres en el seno de la sociedad. El “*proyecto de vida*” se formula y decide para su realización en sociedad, en com-

53 SARTRE, Jean Paul, *El ser y la nada*, T. III, pág. 25.

54 *Ibidem*. Pág. 24.

55 *Ibidem*. Pág. 25.

56 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. Cit.

57 ZUBIRI, Xavier. Ob. Cit. Pág. 373.

pañía de los “*otros*”. La consistencia coexistencial del ser humano hace posible su realización comunitaria. Sin lo “*otros*” no se podría proyectar.

Por ser la existencia simultáneamente coexistencia, el “*proyecto de vida*” ha de cumplirse necesariamente “*con*” los demás seres humanos, valiéndose de las cosas. Esta particular situación posibilita que el proyecto se cumpla, total o parcialmente, o que simplemente se frustre.

6.5 Temporalidad y “proyecto de vida”

6.5.1 La vida humana como sucesión de quehaceres en el tiempo

La temporalidad que somos permite el despliegue del proyecto de vida dentro del tiempo existencial, del tiempo de cada ser humano. Por ello, libertad, coexistencialidad y temporalidad hacen posible la formulación, decisión y realización del “*proyecto de vida*”.

En cuanto el ser humano es libertad en el tiempo, o temporalización de la libertad, la vida humana es una sucesión de quehaceres, un constante dinamismo, un tener que decidir lo que se va a ser. Se vive para *ser*. Como seres libres y temporales, los seres humanos están condenados a proyectar. La vida es un constante proyectar. Algunos de nuestros proyectos se cumplen mientras que otros, en cambio, se frustran o se realizan parcialmente. O, simplemente, se retardan. Todas o cualquiera de estas hipótesis puede irrogar graves daños en el discurrir existencial de la persona.

Todos los seres humanos, en cuanto libres, generamos proyectos de vida. Si bien proyectamos permanentemente aquello que vamos a hacer en el instante siguiente, todos estos proyectos se encaminan a la realización del único y determinante “*proyecto de vida*” en el que se juega nuestro destino como seres humanos. La vida se ha haciendo al ritmo de la decisión de proyectos para ser realizados en un futuro inmediato. Nos proponemos realizarnos, vivir de determinada manera en nuestra dimensión coexistencial, con los “*otros*”, en nuestro despliegue temporal, haciendo aquello que se nutre de nuestra íntima y recóndita vocación personal. Los seres humanos han sido creados para realizarse como seres libres, como personas. Es decir, para otorgar un sentido a sus vidas mediante la realización de un personal “*proyecto de vida*”.

El proyecto, como está dicho, es *libertad* en la *temporalidad* del ser humano. Si éste no fuera un ser libre y temporal, carecería de sentido referirse al “*Proyecto*

de Vida". Pero, al mismo tiempo, por ser libre y temporal el ser humano debe, necesariamente, proyectarse. Se vive proyectando, se proyecta viviendo la vida temporal de la libertad. Es imposible para el ser humano, en cuanto ser libre y temporal, dejar de proyectar. Esta es la importancia del "proyecto" para nuestras vidas. Ello, también, nos permite fácilmente comprender la gravedad de las consecuencias de los daños que se le pueden causar al "proyecto de vida" y que han generar frustraciones o menoscabos que, a menudo, acarrearán vacíos existenciales difíciles o imposibles de colmar. La total frustración del "proyecto de vida" acarrea la pérdida del sentido de la existencia, la razón de ser del vivir.

6.5.2 La temporalidad del ser humano

Le debemos a Martín Heidegger el que en *El ser y el tiempo* haya presentado al ser humano como un ser temporal.⁵⁸ Para el filósofo alemán el tiempo es lo que permite a que cada uno (el "ser ahí") comprenda e interprete, en general, lo que se mienta como "ser". El análisis de la historicidad del "ser-ahí" trata de mostrar, según Heidegger, que este ente no es temporal por estar "dentro de la historia", sino que, a la inversa, sólo existe y puede existir históricamente "por ser temporal en el fondo de su ser".⁵⁹ El tiempo se constituye, de este modo y según expresión de Heidegger, en "el genuino horizonte de toda comprensión e interpretación del ser". En otros términos, el tiempo es el horizonte adecuado para el recto planteo del ser. O, como señala Ceñal, "el tiempo hecho existencia, es la raíz de todo saber y de toda ciencia".⁶⁰

Sartre coincide con dichas apreciaciones cuando sostiene que el ser humano "es un existente cuya existencia individual y única se temporaliza como libertad".⁶¹ La libertad se despliega en el tiempo, por lo que podemos referirnos a la existencia como el tiempo de nuestra libertad y, a la vida, como la vida de nuestra libertad. Zubiri, por su parte, apunta que "el tiempo no es pura sucesión sino un ingrediente de la constitución misma del espíritu", del espíritu que es libertad.⁶²

El ser humano es tiempo. Su existir se constituye como un proceso temporal, abierto, donde el pasado condiciona el presente y, desde éste, se proyecta el futuro. El futuro está, por ende, dado en el presente en forma de proyecto. Si

58 Antes, lo habían hecho, entre otros, Plotino y San Agustín.

59 HEIDEGGER, Martín. *El ser y el tiempo*, Fondo de Cultura Económica, Traducción de José Gaos, México, 1951, pág. 433.

60 CEÑAL, Ramón. en *La filosofía de Martín Heidegger* de A. de Waehrens, nota preliminar, pág. XVI.

61 SARTRE, Jean Paul. Ob. Cit. Pág. 18.

62 ZUBIRI, Xavier. Ob. Cit. Pág. 334.

el ser humano es temporal es, también y por consiguiente, un ser histórico. La libertad en el tiempo, la vida temporal de la libertad, hacen posible que cada ser humano se proyecte, se realice, despliegue su personalidad, tenga una biografía y una identidad.

Se suele decir, en frase de corte materialista, que *“el tiempo es oro”*. Esta expresión, sin embargo, entraña un profundo error en lo que concierne a la percepción del ser humano así como en cuanto a las jerarquías axiológicas prevalecientes en el mundo en que vivimos. Y es que no hay nada más importante para el ser humano que el tiempo de la libertad. Por ello, lo correcto sería afirmar, por el contrario, que *“el oro es tiempo”*.

Si el ser humano es tiempo, su ser está por hacerse a partir del don de la vida. El ser humano no es una cosa, hecha, terminada, maciza, sino que, por el contrario, es lábil y fluido, desplegado en el tiempo, haciéndose permanentemente con los *“otros”* y con las *“cosas”* del mundo. La existencia es un continuo e ininterrumpido hacerse a sí mismo dentro de la temporalidad. Por ello, Jaspers puede afirmar que *“el ser sólo se nos abre en el tiempo”*.⁶³

6.5.2.1 El pasado posibilitando el presente

El ser humano, para realizarse en el tiempo en tanto ser libre, proyecta su vida. La vida resulta, así, un proceso continuado de haceres según sucesivos proyectos que confluyen, directa o indirectamente, en el único y personal *“proyecto de vida”*. El proyecto se formula y ejecuta en la temporalidad. En el presente decidimos lo que proyectamos ser en el instante inmediato, en el futuro, condicionados por el pasado.

Para proyectarnos al futuro contamos con el pasado que, como apunta Zubiri, sobrevive *“bajo la forma de estar posibilitando el presente”*.⁶⁴ Somos el pasado, *“porque somos el conjunto de posibilidades de ser que nos otorgó al pasar de la realidad a la no realidad”*.⁶⁵ El filósofo hispano desarrolla su pensamiento al expresar que *“en cuanto realidad, el pasado se pierde inexorablemente”*. Pero, sin embargo, no *“se reduce a la nada”*. El pasado *“se desrealiza, y el precipitado de este fenómeno es la posibilidad que nos otorga”*. Por ello, puede afirmar que *“el pasado se conserva y se pierde”*.⁶⁶ Nuestras experiencias, nuestras pretéritas vivencias, posibilitan nuestra decisión de ser.

63 JASPERS, Karl. *La fe filosófica*, pág. 129.

64 ZUBIRI, Xavier. Ob. Cit. Pág. 347.

65 Ibídem. Pág. 350.

66 Ibídem. Pág. 346 y 347.

6.5.2.2 El pasado posibilitando el futuro

Pero, así como el pasado está dado en el presente, el futuro también lo está, porque siendo lo que aún no es, sus posibilidades están ya dadas en el presente. Para Zubiri, “*sólo es futuro aquello que aún no es, pero para cuya realidad están ya actualmente dadas en un presente todas sus posibilidades*”.⁶⁷

Sartre es radical al considerar lo que es el futuro. Ello, en la medida que, para él, el ser del hombre está en el futuro. El “*ser para sí*”, según el filósofo galo, está fuera del hombre en cuanto se manifiesta en el futuro a través del proyecto. El ser del hombre es hacer proyectos. Y, hacer proyectos, es poner el ser en el futuro. Es esta, para Sartre, la decisiva trascendencia existencial del *proyecto*.

Si el pasado está dado y sobrevive en el presente posibilitando el futuro, el presente, como apunta Zubiri, “*no es simplemente lo que el hombre hace sino lo que puede hacer*”.⁶⁸ El “*proyecto de vida*”, si bien apunta al futuro y se despliega en el tiempo, se decide en el presente, al cual condiciona el pasado. Como apunta Jaspers, “*consciente de su libertad, el hombre quiere llegar a ser lo que puede y quiere ser*”.⁶⁹

6.6.- Proyecto, decisión, valoración

Para proyectar se debe decidir. La libertad se manifiesta como una decisión. Decidir supone elegir un determinado proyecto dentro de las oportunidades u opciones que se le ofrecen al ser humano en un determinado tiempo histórico. Elegir un determinado proyecto supone descartar, al mismo tiempo, otros proyectos alternativos dentro del inmenso abanico de oportunidades que se le presentan al ser humano en un momento dado de su historia personal. Si no existieran oportunidades no tendría sentido la libertad. Decidir es, por ello, escoger o elegir entre diversas oportunidades, opciones o posibilidades aquella que nos resulta valiosa para formular “*el proyecto de vida*”, es decir, lo que se decide ser en el futuro.

Para elegir un determinado proyecto de vida, se requiere preferir “*éste*” sobre “*aquél*” o “*aquellos*”. Se decide por lo que tiene valor para una cierta persona. Toda decisión libre significa, por ello, una previa valoración. Decidir es valorar para optar por éste u otro proyecto alternativo. De ahí que el ser humano es estimativo, en cuanto tiene la potencialidad, inherente a su ser, de vivenciar valores. La vida es, así, una sucesión de valoraciones. El estimar, el valorar, es una

67 Ibídem. Pág. 348.

68 ZUBIRI, Xavier. Ob. Cit.. Pág. 338.

69 JASPERS, Karl. Ob. Cit. Pág. 60.

irrenunciable instancia de la vida humana. El ser humano es, como está dicho, un ser estimativo, lo que le viene de su condición de ser libre.

Para decidir sobre un cierto “*proyecto de vida*”, que responda a nuestra recóndita y raigal vocación personal, debemos valorar, es decir, precisar aquello que para nosotros resulta valioso realizar en la vida, aquello que le va a otorgar un sentido a nuestra cotidiano existir. El proyecto supone trazar anticipadamente nuestro destino, un modo cierto de llenar nuestra vida, de realizarnos. El vivenciamiento de valores le otorga sentido y, por ende, trascendencia al vivir. El proyecto de vida no es concebible sin un vivenciamiento axiológico de parte del sujeto.

Una vez que, por ser libres y tener la capacidad de valorar, decidimos o elegimos un determinado proyecto de vida, tratamos por todos los medios o instrumentos a nuestro alcance de cumplirlo, de concretarlo, de ejecutarlo durante el curso de nuestra vida, salvo que, en algún momento de nuestro existir, cambie o modifiquemos, en alguna medida, el proyecto existencial. Al mencionar “*medios*” nos referimos, en general, a todo aquello de que se vale nuestro ser para realizarse, para convertir en acciones o conductas el proyecto existencial. Entre estos instrumentos contamos con nuestro cuerpo o soma, nuestra psique, los “*otros*”, las cosas del mundo. Todo ello, en una u otra medida o manera, contribuye ya sea a la realización exitosa del proyecto de vida o a su fracaso, a su destrucción, a su frustración. La vida, bien lo sabemos por experiencia, está llena de gratificantes realizaciones pero, también, de traumáticas frustraciones.

La libertad, en sí misma, se juega entera en la decisión del proyecto. Su actuación, en cambio, significa su expresión fenoménica, cuya realización o frustración depende de las posibilidades de cada cual, condicionadas por los medios o instrumentos con que cuenta para conseguir este fin.

El verdadero lugar de los valores, como apunta Mounier en acertada metáfora, es el “*corazón vivo del hombre*”. Los valores se revelan al ser humano en las profundidades de la libertad, madurando con el acto que los elige. El ser humano es, como está dicho, un ser estimativo, es decir, un ser estructuralmente dotado para vivenciar, para sensibilizar valores. El ser humano no podría vivir sin los valores, con los que otorga un *sentido* a su existir. Como lo dice el propio Mounier, “*las personas sin los valores no existirían plenamente, pero los valores no existen para nosotros sino por el fiat veritas tua que les dicen las personas*”.⁷⁰

70 MOUNIER, Emmanuel. Ob. Cit. Pág. 42.

El ser humano para proyectar, como está dicho, vivencia valores. Ello le permite escoger entre una infinidad de oportunidades u opciones aquella que decide ser en el futuro. Puede privilegiar el valor de la virtud o del bien, el de la justicia, el de la belleza, el de la utilidad, el de la solidaridad, el del amor o cualquiera otro dentro de la inmensa gama bipolar que constituye lo que se conoce como “*la jerarquía valorativa*”. La preeminencia que adquiera alguno de tales valores en la vida del ser humano le otorga a ésta un sentido, le proporciona un rumbo, signa su entero existir. Los valores, por ello, se dan “*en*” y “*para*” la vida humana.

El proyecto se decide, se elige libremente en el horizonte del tiempo. En la instancia inescudable del ser cualquier proyecto es posible. El ser humano decide valiéndose de su libertad, de su imaginación, de su vocación estimativa y de los estímulos que le ofrece su “*circunstancia*”, en expresión cara a Ortega y Gasset. Es decir, del mundo en el cual está instalado.

Cada ser humano debería, en el instante de proyectar, tener conciencia de sus reales posibilidades, tanto de aquellas que le ofrece su mundo psicosomático como de las que se hallan situadas en el mundo exterior. La conciencia de tales posibilidades es de suma importancia para los fines de la realización o de la frustración del “*proyecto de vida*”. El hombre debería elegir proyectos viables, capaces de ser cumplidos en función de sus propias potencialidades y de las oportunidades que le ofrece su “*circunstancia*”.

Por la valoración, a través del proyecto, el ser humano se propone fines, los que se realizan utilizando instrumentalmente nuestra envoltura psicosomática y los elementos que nos facilita el mundo exterior. Los fines, en palabras de Sartre, “*son la proyección temporalizante de nuestra libertad*”. La libertad crea, escoge los fines, “*y, por su elección misma, les confiere una existencia trascendente como límite externo de sus proyectos*”.⁷¹

El ser humano, para realizar un proyecto de vida al par que su posibilidad de vivenciar valores, cuenta con sus propias potencialidades y energías psicosomáticas, con los otros y con las cosas del mundo. Todo ello le ofrece un vasto horizonte de posibilidades. Para realizar un “*proyecto de vida*” se vale, desde su yo, de su cuerpo y de su psique, de los “*otros*”, de las cosas, condicionado por su pasado. Todo ello le sirve como estímulos y como posibilidades para proyectar su vida.

71 SARTRE, Jean Paul. Ob. Cit. Pág. 24.

6.7 La realización del “proyecto de vida”

La realización o concreción en la realidad de la vida del “*proyecto de vida*” del ser humano está condicionada ya sea por las posibilidades, oportunidades u opciones que le ofrece su particular situación como por las resistencias que le ofrecen tanto su mundo interior, su propia unidad psicosomática, como por aquellas del mundo exterior. No sólo el cuerpo o la psique pueden frustrar, menoscabar o retardar el proyecto de vida sino también los obstáculos que le ofrecen las cosas y, por cierto, la acción de los demás seres humanos en el seno de la sociedad.

No se puede asegurar que la decisión libre se cumpla, que el “*proyecto de vida*” se cumpla a plenitud o se realice parcialmente, se retarde o se frustre. El que el ser humano sea libre y pueda, por consiguiente, decidir, valorar y proyectar no significa necesariamente que, en el ejercicio de la libertad, en la fenomenalización de esa decisión libre, el proyecto se realice, se concrete, se convierta en actos de conducta. La libertad ontológica no significa obtener éxito, lograr el cumplimiento del “*proyecto de vida*”. La capacidad de proyectar del ser libertad está más allá de sus concretas realizaciones.

Como bien lo señala Kierkegaard, la libertad “*no es alcanzar esto y aquello en el mundo, de llegar a ser rey o emperador y a vocero de la actualidad, sino la libertad de tener en sí mismo la conciencia de que, es hoy libertad*”.⁷² La libertad que somos es, pues, independiente de la realización o no del proyecto. Los proyectos se cumplen, total o parcialmente, o se frustran. La realización o la frustración de un proyecto, como está dicho, no afecta la libertad en cuanto ser del hombre. Como Sartre lo precisa, “*ser libre no significa obtener lo que se quiere sino determinarse a querer (en sentido amplio de elegir)*”. De ahí que se pueda concluir afirmando, coherentemente, “*que el éxito no interesa en ningún modo a la libertad*”.⁷³ Es decir, a la libertad que cada uno es. A la libertad ontológica.

La decisión de llevar adelante un determinado proyecto de vida es libremente adoptada, pero su cumplimiento depende de las oportunidades u obstáculos provenientes del mundo, tanto interior como exterior, del ser humano que, por ser libre, decide por sí mismo.

72 KIERKEGAARD, Sören. Ob. Cit. Pág. 118.

73 SARTRE, Jean Paul. Ob. Cit. Pág. 82.

6.8 El proyecto y los proyectos

Cabe distinguir entre el “*proyecto de vida*”, en singular, y los “*proyectos de vida*”, en plural. Si bien el hombre en tanto ser libertad vive proyectándose es dable distinguir entre los múltiples proyectos que el ser humano diseña en su vida, al menos uno de entre ellos que tiene la característica de su fundamentalidad para la existencia, que es radical, que compromete todo su ser, que es aquel en el que se juega su destino y el que otorga sentido a su vida. Nos referimos, en este caso, al “*proyecto de vida*” que es, por lo demás, el que nos interesa y al cual venimos refiriéndonos en el presente trabajo. Obviamente, es posible que al lado de este único proyecto de vida pueda existir otro que también adquiere para el ser humano una especial trascendencia. Pero, el “*proyecto de vida*” es siempre único, singular, aunque pueda tener alternativas.

Es de advertir, por lo demás, que los proyectos que tienen que ver con la actividad cotidiana del sujeto, son repeticiones de alguno que en cierto momento fue original. Responden, por ello, a la habitualidad, por lo que el sujeto, muchas veces, no tiene conciencia de su libre decisión.

El ser humano vive proyectándose constantemente, pero todos y cada uno de estos múltiples proyectos que se suceden en su cotidiano existir, directa o indirectamente, confluyen en el único y singular “*proyecto de vida*”. Todos los proyectos tienen una dirección, poseen un sentido que es el de confluir en el proyecto de vida. Todos los proyectos están cohesionados y enlazados coherentemente entre sí pues tienen una sola finalidad como es la contribuir a la realización del singular proyecto de vida. El ser humano, al lado del mencionado “*proyecto de vida*”, como se ha dicho, está constantemente elaborando una pluralidad de proyectos sobre su cotidiano existir. Como anota Zubiri, “*el más elemental de los actos específicamente humanos interpone, entre las cosas y nuestras acciones un proyecto*”.⁷⁴ Estos, no comprometen el destino mismo del ser humano ni el sentido de su vida. Ellos carecen de la trascendencia del singular “*proyecto de vida*” en cuanto, de frustrarse, no afectan el núcleo existencial del sujeto. En estas situaciones no se producen, por consiguiente, los devastadores efectos del daño al singular “*proyecto de vida*”, los que sí truncan, de raíz en casos límite, el periplo vital del sujeto. Sus consecuencias signan para siempre la vida de la persona. En cambio, los daños que pueden producir frustraciones ante proyectos que no comprometen el núcleo existencial del sujeto, pueden traducirse en consecuencias psíquicas de diversa medida y magnitud.

74 ZUBIRI, Xavier. Ob. Cit. Pág. 342.

6.9 Daño al proyecto de vida y daño psíquico

No debe confundirse el daño al proyecto de vida, que lesiona la libertad fenoménica, del daño psíquico que incide en uno de los aspectos de la unidad psicosomática de la persona.⁷⁵

Existen autores que no llegan a distinguir, sin embargo, entre la lesión psicosomática, en sí misma, y aquella que, por su magnitud, puede originar en última instancia, un daño al proyecto de vida. Es el caso de Milmaiene quien, a pesar de la exactitud de su descripción de las consecuencias que acarrea el daño al proyecto de vida no logra identificarlo como tal y más bien lo confunde con el “*daño psíquico*”. En efecto, el autor considera que en el daño psíquico existe una lesión que, en sus propias palabras, afecta “*el núcleo existencial*” mismo del sujeto. Es decir, se trataría de un daño de tal magnitud que compromete no sólo la estructura psicosomática de la persona sino, como lo indica el propio autor, incide sobre el núcleo existencial. Pero, es del caso señalar, que el “*daño al proyecto de vida*” no acarrea una simple alteración o modificación patológica cualquiera del aparato psíquico. El “*daño al proyecto de vida*” es aquella lesión que trastoca el sentido existencial de la persona, que compromete su propio ser. En otros términos, lo que nosotros denominamos como “*daño al proyecto de vida*”, resulta ser para Milmaiene tan sólo un daño psíquico de “*la mayor importancia*” o “*un serio daño psíquico*”.⁷⁶

El autor no parece haber percibido la diferencia de grado que existe entre el “*daño psíquico*”, cualquiera sea su magnitud y que es siempre el antecedente del “*daño al proyecto de vida*”, de este último. Las consecuencias que cada uno de tales daños generan en la vida del sujeto, tal como se advierte, son distintas. En un caso, como se ha subrayado, se produce tan sólo una alteración o modificación patológica del aparato psíquico, mientras que en el “*daño al proyecto de vida*” se puede llegar a truncar, de raíz, el sentido valioso de la vida.

En síntesis, no podemos confundir un daño a la estructura psicosomática del sujeto, que origina consecuencias biológicas -lesiones de todo tipo- y efectos en su bienestar integral, con el daño a la libertad fenoménica misma del sujeto, el que se traduce en la frustración de su “*proyecto de vida*”.

75 Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. Cit.

76 MILMAIENE, José E. *El daño psíquico*, en “Los nuevos daños”, pág.70.

6.10 El “daño al proyecto de vida” como un daño futuro y cierto

El daño al proyecto de vida, como está dicho, incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión. Como lo hemos reiterado, es un daño de tal magnitud que afecta, por tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia.

Es, por ello, un daño continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir en tanto compromete, de modo radical, su peculiar y única “*manera de ser*”. No es una incapacidad, cualquiera, ni transitoria ni permanente, sino se trata de un daño cuyas consecuencias inciden sobre algo aún más importante para el sujeto como son sus propios fines vitales, los que le otorgan razón y sentido a su vida. El daño al proyecto de vida es un daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus consecuencias acompañan al sujeto, como está dicho, durante su transcurrir vital. Como anota De Cupis, el daño futuro es “*aquel que si bien hasta entonces no ha nacido, es cierto que aparece en el futuro*”.⁷⁷ En este mismo sentido Zannoni considera que daño futuro “*es aquel que todavía no ha existido, pero que ciertamente ha de existir, luego de la sentencia*”.⁷⁸ Más allá de estas puntuales apreciaciones el “*daño al proyecto de vida*” se produce a partir del hecho de un evento dañoso que incide en la libertad fenoménica de la persona.

El daño futuro suele presentarse bajo dos modalidades. En una primera hipótesis se advierten consecuencias dañosas de un evento que ya ocurrió -es, decir, de un daño actual-, que no ha dejado de ponerse de manifiesto, de evidenciarse. De conformidad con el curso de los acontecimientos estas consecuencias se prolongarán en el tiempo, pudiendo aun agravarse. Se trata de un daño continuado o sucesivo. En el segundo caso, el daño futuro no se presenta como la prolongación de un daño actual, sino que las consecuencias se han de evidenciar después de la sentencia judicial. El “*daño al proyecto de vida*” se alinea en la primera de estas dos categorías.

En ambas situaciones se trata de un daño futuro-cierto que debe ser reparado en tanto que su materialización sea verosímil, “*que brinde una seguridad fundada en la razonable probabilidad objetiva de concretarse el perjuicio*”.⁷⁹ El “*daño al proyecto de*

77 DE CUPIS, Adriano. *El daño*, Bosch, Barcelona, 1975, pág. 320 y 324.

78 ZANNONI, Eduardo, *Responsabilidad por daños*, Astrea, Buenos Aires, 1982, pág. 43.

79 STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel, *Seguro contra la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pág. 233.

vida” es objetivo, susceptible de ser apreciado por cualquiera que se adentra en la vida de una cierta persona y observa las consecuencias de tal daño.

El “*daño al proyecto de vida*” no implica certeza, en sentido estricto. Pero, no cabe duda que por su importancia existencial, es previsible que, una vez producido, sus consecuencias se prolonguen en el tiempo según las circunstancias del caso y la experiencia de vida. Es obvio que la vida de un ser humano afectado en su libertad, en su núcleo existencial, no será la misma en el futuro. Corresponderá al juez, con fina sensibilidad, con una recreación valiosa del caso, percibir la existencia y magnitud del daño al proyecto de vida.

La frustración del proyecto de vida puede generar consecuencias devastadoras en tanto incide en el sentido mismo de la vida del ser humano, en aquello que lo hace vivir a plenitud, que colma sus sueños, sus aspiraciones, que es el correlato de ese llamado interior en que consiste la vocación personal. Cada ser humano vive “*según*” y “*para*” su proyecto existencial. Trata de realizarse, de concretarlo, de convertirlo en una “*manera de vivir*”, en su cardinal modo de existir.

Es esta la trascendencia, aun indebidamente valorada, que acarrea el daño al proyecto de vida. Sólo en tiempos recientes, por acción del personalismo, se ha logrado conocer mejor y, por ende, revalorizar al ser humano. Por ello, es que también sólo en estos tiempos sea posible empezar a comprender el tremendo significado que para la persona adquiere el daño al proyecto de vida. Seguir ignorándolo significaría desconocer, o aparentar desconocer, la compleja realidad del ser humano, en cuanto ser libre y temporal, a la que hemos aludido en precedenza y, por consiguiente, representaría una actitud tendente a empuqueñecer el “*valor de la vida humana*”.

6.11 Consecuencias del “daño al proyecto de vida”

Las consecuencias del “*daño al proyecto de vida*” pueden manifestarse, al menos, bajo tres modalidades según la intensidad y magnitud del evento dañoso. En la primera situación las consecuencias del daño se concretan en la frustración parcial el cumplimiento del proyecto, es decir, se produce un evidente menoscabo. En otra hipótesis las consecuencias se manifiestan en un retardo en la realización del proyecto. En un tercer escenario, la magnitud e intensidad del daño origina una frustración total del proyecto.

Es posible, en ciertos casos, que el evento dañoso ocasione, simultáneamente, el menoscabo y el retardo del proyecto de vida.

Las consecuencias de un daño de gran intensidad y magnitud al único y singular proyecto de vida se puede traducir, en casos límite, en un colapso psicossomático de tal magnitud para el sujeto -para cierto sujeto- que afecte su libertad fenoménica, que lo frustre totalmente. El impacto psicossomático debe ser de una envergadura tal que el sujeto experimente un “vacío existencial”. En esta situación, el ser humano se enfrenta a la nada al perderse el rumbo axiológico de su vida. En estos casos, recogiendo una expresión que Milmaiene atribuye al “daño psíquico” pero que se puede aplicar al “daño al proyecto de vida”, “el desconsuelo invade a un hombre que pierde la fuente de gratificación y el campo de despliegue de su apuesta vital”. Como anota el autor el impacto psicossomático es tan fuerte que ataca “el núcleo existencial del sujeto, sin el cual nada tiene sentido”.⁸⁰ El vacío existencial es el resultado de la pérdida de sentido que sufre la existencia humana como consecuencia de un daño a su proyecto de vida.

El “daño al proyecto de vida”, que bloquea la libertad fenoménica, es el resultado de un previo daño psicossomático, ya que no es posible dañar “directamente” aquello de lo que se tiene “experiencia” pero que carece de “ubicación” en tanto se trata del ser mismo del hombre. Si el colapso es de una magnitud tal que sume al sujeto en un estado de pérdida de consciencia, que metafóricamente se suele describir y conocer como “vegetativo”, es decir, de imposibilidad de comunicación, si bien no se aniquila la libertad en sí misma -lo que sólo sería posible con la muerte- se está, de hecho, anulando su capacidad de decisión. Si el daño, en cambio, es de un grado inferior en lo que se refiere a sus consecuencias, si bien no se anula la capacidad de decisión, se infiere al sujeto un daño que incide decisivamente en su posibilidad de “realizar” una decisión libre, de actuar un proyecto de vida. En este sentido, el daño al proyecto de vida compromete, seria y profundamente, la libertad del sujeto a ser “él mismo” y no “otro”, afectándolo en aquello que hemos denominado su identidad dinámica, es decir, el despliegue de su personalidad.⁸¹

El “daño al proyecto de vida”, que tiene como causa u origen un daño psicossomático, bloquea “el logro de ansias metas u objetivos vitales, relacionados con fuertes ideales...”. Lo que importa, en este caso, es la aparición de “un hecho traumático en situación, relacionado con los valores, las metas y los ideales de un sujeto particular”.⁸²

80 MILMAIENE, José E. Ob. Cit. Pág. 71. Es conveniente aclarar, sin embargo, que el autor no distingue el daño al proyecto de vida, a pesar que lo describe con acierto, del daño psíquico al cual hace específica referencia.

81 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. Cit. Pág. 113 y ss.

82 MILMAIENE José E. Ob. Cit. Pág. 70 y 71.

Es decir, un daño que incide en el ámbito axiológico, que tiene como consecuencia una pérdida del sentido de la vida. En síntesis, se trata de lo que designamos como un daño al “*proyecto de vida*”.

Para explicar cómo es posible causar un “*daño al proyecto de vida*” solemos utilizar un ejemplo que hemos utilizado en otra oportunidad. Se trata del caso de un pianista por vocación, profesional, entregado por entero a su arte, cuya vida adquiere sentido vivenciando intensamente valores estéticos, cuya concreción se aprecia a través de la ejecución musical. El ser pianista le otorga sentido a su vida en tanto es lo que decidió hacer para ser. Este pianista, a raíz de un accidente automovilístico, pierde algunos dedos de ambas manos.

Cualquier observador podrá comprobar que se ha producido un daño a un ser humano. Advierte también que este daño infringido a un ser humano tiene múltiples consecuencias, unas no patrimoniales y otras patrimoniales. Se trata, sin duda, de un grave infortunio. Por lo expuesto, podemos afirmar, sin ningún titubeo, que nos encontramos frente a un “*daño a la persona*”. El pianista no es una “*cosa*”. Su peculiar naturaleza es la de un ser humano “*pianista*”.

Si analizamos los daños producidos en el caso del ejemplo propuesto encontramos, en primer lugar, que al pianista se le ha causado un evidente daño emergente que hay que indemnizar. La víctima ha sido internada en un centro hospitalario. Se debe, por consiguiente, cubrir los gastos derivados de su internamiento, los honorarios médicos, el costo de las medicinas empleadas, entre otras consecuencias. Pero, también, debe atenderse el lucro cesante, ya que el pianista acredita documentalmente que tenía pendientes de ejecutar cinco conciertos, lo que supone una significativa suma de dinero que dejaría ciertamente de percibir. Estas serían algunas de las consecuencias patrimoniales del daño a la persona, fáciles de comprobar e indemnizar.

Pero, simultáneamente, el “*daño a la persona*” ha generado consecuencias no patrimoniales como es el caso del “*daño biológico*”, consistente en las lesiones causadas a la víctima del daño, consideradas en sí mismas y que han de ser valorizadas por los médicos legistas a la luz de los baremos o tablas de infortunios, si los hubiere, o atendiendo a la equidad, inspirada en la jurisprudencia si la hubiere. Se trata tanto de lesiones físicas como de alteraciones psíquicas. Al lado de este daño biológico, de carácter psicosomático, se ha producido como consecuencia del mismo un inevitable daño que compromete, en algún grado, el bienestar integral del sujeto, el mismo que deber también ser apreciado equitativamente

por el juez a la luz de los informes de los médicos legistas y de un estudio de las circunstancias del caso.

Pero, además de los daños no patrimoniales antes referidos, es decir del “*daño biológico*” y del “*daño al bienestar*”, se ha inferido a la víctima un daño radical, que incide en el destino y sentido mismo de su vida. Se ha frustrado su proyecto de vida, que consistía, única y exclusivamente, en “*ser*” pianista. El ser pianista otorgaba razón a su vida, sentido a su existencia, lo identificaba en la vida social a tal punto que cuando la gente lo ubicaba en un lugar público señalaba que se trataba de “*un pianista*”.

No se puede reducir conceptualmente el “*daño al proyecto de vida*” a un daño a la estructura psicosomática del sujeto. Es obvio que para que exista un daño que incida en la libertad fenoménica es necesario que se produzca, necesariamente, un previo “*daño biológico*” y un “*daño al bienestar*”. Es decir, tenemos que hallarnos frente a lesiones o heridas producidas en el soma o cuerpo así como en el psiquismo. Pero cuando aparece el “*daño al proyecto de vida*”, trasciende el daño psicosomático para comprometer, como se ha expresado, el sentido mismo de la vida del sujeto. En el caso propuesto, el “*daño biológico*” está dado por la lesión consistente en la pérdida de algunos dedos de la mano. Pero, en el caso del pianista, esta lesión y aquellas de carácter psíquico, comprometen su futuro, le sustrae el sentido a su existencia, lo afecta en su núcleo existencial. Es decir, por efecto del daño a su proyecto de vida el pianista dejará de ser de ser lo que decidió ser y realizó durante un tramo de su vida antes de producirse el daño: “*un pianista*”.

La pérdida de los dedos de la mano de un pianista o de un cirujano, la pérdida de las piernas de un deportista o de un vendedor ambulante, o la irreversible desfiguración del rostro de un artista o de una modelo, no acarrea tan sólo un daño psicosomático. El daño reviste, en estos casos, una significación más profunda, una trascendental importancia. Como apunta Milmaiene, en estos casos “*se anula todo proyecto de futuro*”, por lo que “*nada de lo que se le propone como compensación puede restituir la autoestima herida*”, debida a la “*pérdida de placer vital que genera el impedimento laboral, artístico o profesional*”.⁸³ No podemos olvidar que el trabajo, en cualquiera de sus múltiples manifestaciones, no sólo es el modo como el ser humano se inserta en la comunidad y presta un servicio, sino que, además, el trabajo libremente escogido supone su realización existencial.

83 MILMAIENE José E. Ob. Cit. Pág.71

¿Qué hará el pianista con su vida una vez que ella perdió su sentido? ¿Logrará superar tan enorme frustración? ¿Tendrá la fuerza suficiente, la necesaria y no común reserva moral, para encontrar un nuevo sentido, una nueva razón para continuar viviendo? ¿Sucumbirá ante el devastador daño o, por el contrario, se sobrepondrá a su catástrofe personal? ¿Será capaz de llenar su vacío existencial, que es la mayor consecuencia de la frustración de su proyecto personal? Estas son algunas de las múltiples interrogantes que pueden formularse al contemplar el abatimiento existencial de un ser humano que se enfrenta la frustración de su proyecto de vida generado por un daño a su persona. De una frustración que es de tal magnitud que le sustrae, nada menos, que el sentido valioso de su vida, que lo sume en un vacío existencial.

Milmaiene se pregunta, con razón, frente al grave infortunio que significa el “*daño al proyecto de vida*” generado por la pérdida de los dedos de la mano para un cirujano o para un artista, sobre cuál puede ser el destino de un actor que no puede seguir actuando, o la de un cirujano que no puede continuar operando, cuando cada uno de ellos había encontrado en su práctica profesional un sentido para vivir, haciendo de ella una causa.⁸⁴ Se trata de situaciones en las cuales, a partir de un daño psicosomático, el daño es más profundo, lo sobrepuja, desde que ataca el núcleo existencial del ser humano, por lo que ya no se puede seguir refiriéndose a la presencia de un daño psíquico sino que, por su devastadora magnitud, por el colapso existencial que significa, debemos admitir que nos hallamos ante un daño al “*proyecto de vida*”.

La frustración del proyecto de vida puede adquirir considerable magnitud, mientras que la reserva moral y humana del sujeto víctima del daño puede ser, por contraste, deficitaria, endeble, pobre. De ser así, la pérdida de los valores que daban sentido a su vida puede ocasionar, como se ha apuntado, un vacío existencial, de tales proporciones, que resulta imposible o difícil de llenar. Frente a este vacío existencial, enfrentado a la nada, el sujeto puede optar, en un caso límite, por el suicidio. Se trata de un drama existencial que no podemos soslayar si conocemos la estructura del ser humano.

En otras circunstancias, la víctima del “*daño al proyecto de vida*” puede buscar la manera de evadirse de una realidad que ya no le es propicia, en la que no ha estado acostumbrado a convivir, en la que ha perdido, en gran medida, su propia identidad, en la que ya no puede seguir vivenciando los valores que respondían

84 MILMAIENE José E. Ob. Cit. Pág. 71.

a su personal vocación. Esta necesidad de evasión podría conducir a la persona a refugiarse en alguna grave adicción, como serían las drogas o el alcohol. Ello significa el derrumbe de su personalidad, su degradación como persona.

La frustración del proyecto de vida es siempre proporcional al interés e intensidad con que cada sujeto asume una determinada posición existencial. Así, como acota Milmaiene, *“para algunos todo lo que afecta el plano laboral puede ser determinante, así como para otros sólo cuentan los fracasos económicos, o bien para terceros lo esencial es la preservación de la integridad del plano afectivo”*.⁸⁵ En otros términos, el proyecto de vida tiene como sustento una opción valiosa para quien lo formula.

En la mejor de las hipótesis, las consecuencias del *“daño al proyecto de vida”* lograrán sobrellevarse de algún modo si el sujeto tiene otros valores, de parecida o igual importancia, cuyo vivenciamiento le otorguen a su vida un nuevo sentido. Sobre la base de estos valores la persona, de alguna manera, intentaría sustituir el proyecto de vida que parecía haber perdido. Aunque esta situación es poco probable en la mayoría de los casos en los cuales el proyecto de vida se vive con intensidad y pasión, podría darse el caso de un ser humano que logre forjar y realizar un proyecto alternativo. Nos imaginamos el caso de una persona de extraordinaria fortaleza moral, de probado coraje, de un impresionante deseo de vivir, de una honda vocación solidaria que, por estas calidades, podría tal vez encontrar en el servicio al prójimo la posibilidad de superar su trauma existencial y hallar un nuevo sentido y razón para vivir.

No puede descartarse el que existan situaciones en las que se atenúan y hasta casi pueden no presentarse consecuencias de magnitud en lo que concierne a un *“daño al proyecto de vida”*. Nos referimos a casos en los cuales las personas carecen de un proyecto de vida suficientemente definido, bien delineado, vigoroso. Es decir, un proyecto que no emerge de decisiones firmes, de profundas convicciones personales, de intensas vocaciones. Se trataría, en esta hipótesis, de un sujeto desorientado, inseguro, que no posee un proyecto marcado por una connotación personal, de perfiles poco nítidos, donde no se advierten con claridad los valores que el sujeto ha decidido vivenciar y que, de hecho, vivencia.

En el caso mencionado en el párrafo anterior estamos frente a un sujeto que no vivencia, con intensidad y convicción, casi con pasión, un determinado proyecto de vida. Ello no significa, en última instancia, que el sujeto carezca en absoluto de un proyecto de vida, ya que ello no sería posible dada su naturaleza

85 MILMAIENE, José E. Ob. Cit., Pág. 71

de ser libre y temporal. Se trataría de personas vocacionalmente desorientadas, que no perciben con nitidez sus propios fines por lo que no se han propuesto un definido proyecto de vida. El proyecto puede aparecer incierto, cambiante, carente de fuerza vital. Es evidente que en estas particulares circunstancias, que generalmente son fácilmente perceptibles por el juez y, con mayor razón, por los expertos, las consecuencias derivadas del “*daño al proyecto de vida*” son irrelevantes o de escasa magnitud.

Podemos asistir a otra situación en la que el sujeto tiene un proyecto de vida, libremente elegido, pero que no ha sido capaz o no ha podido realizarlo. El proyecto existe, pero no se ha cumplido. Quedó a nivel de una libre decisión. En esta hipótesis no podríamos referirnos válidamente a la presencia de un “*daño al proyecto de vida*” en la medida que él no es visible, en tanto no se ha convertido en actividades cotidianas del sujeto, en actos o conductas a través de los cuales se perciba la realización de un determinado proyecto de vida. Sin embargo, cabe argumentar que esta persona puede intentar, nuevamente, llevar adelante su proyecto de vida, por lo que el daño producido no trunca definitivamente cualquier expectativa de futura realización personal. Es decir, que si bien no existe un proyecto en plena realización, nos hallamos ante una incumplida libre decisión personal, pero abierta al futuro. No es imposible que cambiando las circunstancias que impidieron la realización del proyecto, la persona podría intentar hacerlo efectivo, realizarlo.

Es dable plantear un hecho que frecuentemente no resulta suficientemente claro. Nos referimos al caso de las incapacidades permanentes de carácter somático, las mismas que no siempre y necesariamente traen como consecuencia la frustración del proyecto de vida, sino sólo acarrear ostensibles y perjudiciales limitaciones en relación con otras actividades que no corresponden o no afectan el núcleo de su proyecto de vida. Podría ser el caso de un pianista que pierde alguna parte o función de su cuerpo, lo que no le impide continuar con su proyecto existencial no obstante causarle serias y graves limitaciones en la realización normal de su vida.

Somos conscientes de las dificultades por las que podría atravesar el juez para determinar la magnitud de un “*daño al proyecto de vida*” de la persona, de cada persona en particular, así como aquellas que se presentan en el momento de fijar una adecuada reparación. Esta situación constituye un problema imposible de resolver con exactitud matemática, la misma que se agrava dadas tanto las características propias de cada ser humano como la trascendencia que para

él comporta su proyecto de vida. Sin embargo, la indudable existencia de estas evidentes dificultades no pueden conducir a soslayar o a ignorar la importancia y las graves repercusiones que genera el “*daño al proyecto de vida*” y a negar, por consiguiente, su reparación.

Conscientes del valor de la vida humana y de su connatural dignidad estimamos que, cuando sea posible y evidente, se repare de modo equitativo, de acuerdo a las circunstancias y frente al caso concreto, las consecuencias del “*daño al proyecto de vida*”. Las naturales dificultades que se presentan para su reparación no son un motivo que impida la formulación del diagnóstico de la existencia de un “*daño al proyecto de vida*” y el de un pronóstico de los efectos o consecuencias que la frustración, menoscabo o retardo del mismo han de causar a la víctima del daño. Somos de opinión que los obstáculos que pueden surgir cuando se pretende precisar los alcances y consecuencias de dicho daño en la vida de un determinado ser humano, no pueden justificar, en ningún caso, que la víctima no reciba la equitativa reparación por las consecuencias realmente sufridas. Ello, en última instancia, depende de la sensibilidad y preparación del juez para captar, con la finura de análisis que se requiere, este específico daño y sus consecuencias en cada uno de los casos que sean sometidos a su conocimiento.

En síntesis, para la apreciación del daño y sus consecuencias tanto en el caso del “*daño al proyecto de vida*” como también del daño psíquico, “*las generalizaciones o universalizaciones no tienen cabida, dado que un hecho que puede resultar catastrófico para una persona, no tiene ningún valor para otra y viceversa*”.⁸⁶ Esta situación corrobora la particular dignidad del ser humano, que se sustenta en que cada uno, por ser libre, tiene una propia identidad, lo que hace que sobre la base de igualdad del género humano, cada persona esté dotada de una especial personalidad, de una particular sensibilidad para vivenciar valores. El ser humano es único, singular, irrepetible, no estandarizado, impredecible, dinámico, histórico. Todas estas connotaciones obligan al juez, dejando de lado las técnicas para la apreciación y cuantificación de los daños patrimoniales, tratar cada caso de “*daño al proyecto de vida*” como “*el caso*” y no como “*un caso más*”. Esta característica del ser humano complica la apreciación y las consecuencias del “*daño al proyecto de vida*”.

El juez, dada la imposibilidad de valorar en dinero, en forma directa e inmediata, las consecuencias derivadas de un “*daño al proyecto de vida*” no tiene otro camino, para no dejar injustamente sin alguna reparación tales consecuencias, que acudir a un criterio de equidad. El magistrado tiene que asumir la situación

86 MILMAIENE, José E. Ob. Cit. pág. 71.

personal de la víctima y vivenciar lo que para ella significa la pérdida de su proyecto de vida. El juez, al otorgar dicha reparación, debe tener presente el cuadro de las diversas indemnizaciones concedidas por las consecuencias de otros daños sufridos por la persona, a fin de lograr que la suma señalada para reparar específicamente el “daño al proyecto de vida” guarde la debida proporción con aquellas fijadas para las otras situaciones, teniendo para ello en cuenta la gravedad de las lesiones o consecuencias sufridas tratándose de cada daño padecido por la víctima.

En cualquier caso, los jueces deben ser muy cuidadoso al analizar las situaciones de “daño al proyecto de vida” que se sometan a su conocimiento y estar muy atentos del caso concreto para evitar excesos injustificados en la fijación de los montos de las reparaciones. Los jueces deben alejarse de los extremos nocivos como son, de un lado, dejar sin reparación a la víctima de un claro y ostensible “daño al proyecto de vida” y, del otro, otorgar montos excesivos alejados de la realidad y de las circunstancias propias de cada caso.

6.12 ¿Existe un “daño al proyecto de vida”?

Después de todo lo brevemente expuesto cabe preguntarse, una vez más, si es verdad que existe un “proyecto de vida” y que, por consiguiente, es susceptible de ser dañado por lo que sus consecuencias deben ser reparadas de algún modo. Por nuestra parte, desde antiguo, estamos convencidos de ello porque, fundamentalmente, tenemos experiencia de nuestra propia libertad y de nuestra temporalidad, del vivenciamiento valores y, por ende, de la formulación de proyectos. Es decir, somos conscientes, de acuerdo con nuestra inclinación vocacional, de lo que hemos elegido como proyecto a realizar en la vida para otorgarle a ésta un sentido, para dignificarla, para encontrar una razón al vivir. Lo que no es poco, si apreciamos en todo su valor y significación el precioso don de la vida.

Ciertamente, no es suficiente que, desde hace veinte años, estemos plenamente convencidos de la existencia del proyecto de vida. Lo importante es lograr el reconocimiento comunitario del hecho, de que exista conciencia que ha cambiado la concepción sobre la estructura ontológica del ser humano, que nos encontramos ante un ser que es libertad y, simultáneamente, es coexistencial y temporal. Este reconocimiento permitirá, sin duda, comprender que ser libre significa proyectar. Por ello, hemos insistido en que se asuma esta nueva concepción del ser humano, que es la que realmente lo dignifica, al superar la antigua imagen de que el hombre era, solamente, un “animal racional”.

Para lograr la efectiva realización de nuestro proyecto de vida se requiere contar con oportunidades, posibilidades así como empeño, perseverancia, energía, constancia, coraje. De esto somos conscientes, porque son muchos y muy variados los obstáculos que debemos vencer o ante los cuales habremos de sucumbir en la persecución de este propósito. Por eso, como lo recalca Mounier, es del caso recordar que la vida es una guerra civil consigo mismo. La realización del proyecto es una conquista. Es el resultado de una lucha permanente y cotidiana contra los condicionamientos que agobian a la persona. Como expresa Mounier, “*hay en mi libertad un peso múltiple, el que viene de mí mismo, de mi ser particular que la limita, y el que le llega del mundo, de las necesidades que la constriñen y de los valores que la urgen*”.⁸⁷ Como señala el propio Mounier “*la libertad se gana contra los determinismos naturales, se conquista sobre ellos, pero con ellos*”.⁸⁸

Somos generalmente conscientes de nuestras realizaciones, de su ocasional o coyuntural plenitud o de sus frecuentes limitaciones. Pero también se hacen patentes nuestras frustraciones, nuestros fracasos. Tratamos, a menudo, de indagar por los condicionamientos, endógenos o exógenos, que han gravitado en nuestros éxitos y, con mayor razón, por aquellos que determinaron nuestras frustraciones, menoscabos o retardos en la realización del proyecto de vida.

Después de lo hasta aquí expresado es lícito preguntarse si será posible causar un daño de tal magnitud que frustre nada menos que el radical proyecto de vida de la persona. El mayor conocimiento que en la actualidad se tiene de lo que significa el ser humano, de lo que constituye su estructura, así como de lo que surge de la experiencia del puro vivir, hace posible una respuesta afirmativa. De ello estamos plenamente convencidos y deseáramos, por consiguiente, contribuir con estas modestas y embrionarias reflexiones a fin de que quienes aún no comparten estas experiencias nos acompañen, en algún momento, en la tarea de precisar los alcances y la importancia de una protección plena e integral del ser humano en todo lo que él significa y representa. Sobre todo, qué duda cabe, en la protección de su libertad fenoménica, de su proyecto de vida.

Si partimos de la concepción del ser humano como “*unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad*” resulta clara la diferencia existente entre el genérico y comprensivo concepto de “*daño a la persona*” y el específico “*daño al proyecto de vida*”. Vale la pena recordar a este propósito, y como se ha señalado en su lugar, que el genérico y comprensivo “*daño a la persona*” reconoce dos categorías de da-

87 MOUNIER, Emmanuel. Ob. Cit. Pág. 36.

88 *Ibidem*. Pág. 36.

ños si nos atenemos a la estructura del ser humano, es decir, a lo que realmente se le puede dañar. De una parte se puede lesionar algún o algunos aspectos de nuestra unidad psicosomática, por lo nos hallamos frente a un “*daño psicosomático*” (somático y psíquico). Este daño, a su vez, comprende el “daño biológico” o la lesión en sí misma, y el “*daño al bienestar*” que, como consecuencia de aquel, afecta la vida ordinaria de la persona. En esta categoría están comprendidos todos los daños que se le puede inferir al ser humano, excepto el que específicamente incide en su libertad. De otro lado, tenemos el “*daño al proyecto de vida*” o daño a la libertad fenoménica del ser humano.

El recuento de las diversas categorías del “*daño a la persona*” nos permite apreciar como el “*daño al proyecto de vida*” es un daño específico, que afecta la libertad convertida en actos o conductas que, en la realidad, componen la realización de dicho proyecto. Se trata, como se ha advertido, de la libertad fenoménica, aquella que aparece en el mundo como realización de una decisión libre de la persona en tanto ser libertad.

7.- PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA LIBERTAD FENOMÉNICA O “PROYECTO DE VIDA”

En el artículo 1549 del nonato Proyecto de Reforma del Código civil argentino, formulado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo mediante Decreto 468/92,⁸⁹ se prescribía que “*la violación del deber de no dañar*” genera la obligación de reparar el daño causado conforme a las disposiciones del Código. Constituye, a nuestro entender, un acierto legislativo recordar que todo ser humano no sólo posee derechos, como supone el individualismo exacerbado, sino que tiene, aparte de una infinitud de deberes que derivan de cada uno de sus específicos derechos subjetivos, un deber genérico consistente en “*no dañar*”. Bastaría este simple enunciado para que, a partir de él, los jueces tutelaran cualquier tipo de daños que pudiera sufrir el sujeto en su persona o en sus bienes o en los de la comunidad. El deber de no dañar, por lo demás, da cuenta de la dimensión coexistencial o intersubjetiva del derecho.

El principio de *non laedere* cubre, por consiguiente al ser humano entendido como una unidad existencial y lo protege, de modo preventivo, unitario e integral. No es necesario mencionar o inventariar o hacer un catálogo de todos los

89 Este proyecto fue desestimado. Se publicó por la Editorial Astrea, Buenos Aires 1993.

múltiples derechos e intereses del ser humano que merecen específica tutela jurídica. Como sostienen algunos autores existe un sólo y comprensivo derecho de la persona, el mismo que se sustenta en su propia dignidad de ser libre, coexistencial y temporal, así como en el consiguiente deber de los demás de respetar esta peculiar condición. Todo lo que relaciona con la dignidad de la persona merece protección jurídica, exista o no en el derecho positivo norma jurídica expresa que la sustente. La dignidad es la fuente y fundamento de la protección integral de los intereses y derechos del ser humano.

El artículo 4 de la Constitución Política peruana de 1979 y el 3 de la Constitución de 1993 confirman lo expresado en precedencia cuando enuncian que la *“enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se funden en la dignidad del hombre....”*. Este artículo, que actúa como cláusula abierta o en blanco permite la creatividad de los jueces frente a cualquier nuevo interés existencial digno de protección jurídica que aún no cuenta con una norma expresa que lo tutele. Es en aplicación de esta cláusula abierta o en blanco que en algunos países, como es el caso de Italia, los jueces protegen los intereses existenciales a la intimidad o a la identidad sin que en la Constitución ni en el Código civil se encuentren normas jurídicas expresas de tutela de tales intereses existenciales.

La protección preventiva, unitaria e integral de la persona humana va adquiriendo paulatina importancia en nuestros días, ya que se tiende a variar los tradicionales alcances del *“derecho subjetivo”* a fin de sustraerle toda connotación absolutista. Ello ha dado lugar, atendiendo a la realidad del sujeto como un ente libre pero al mismo tiempo coexistencial, que todo derecho supone un correlativo deber y que, a su vez, todo deber conlleva un derecho. Es decir, se ha logrado superar el concepto tradicional de derecho subjetivo sustituyéndolo por el de *“situación jurídica subjetiva”*, el mismo que denota esta nueva noción de amplios alcances.⁹⁰ La *“situación jurídica subjetiva”* da cuenta de la realidad coexistencial del Derecho.

Pero, además y como es lógico, las modernas Constituciones y ciertos códigos civiles incluyen normas que protegen la libertad del ser humano o su *“libre desarrollo”* o el *“libre desenvolvimiento de su personalidad”*.

90 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del derecho*, primera edición, Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 54 y ss. Y segunda edición, Grijley, Lima, pág. 60 y ss.

La Constitución Política del Perú de 1993 prescribe en el inciso 1 de su artículo 2 que toda persona tiene derecho a “*su libre desarrollo*”. Es decir, se tutela la actuación fenoménica de la libertad, cuya máxima expresión, qué duda cabe, es el singular “proyecto de vida”. Este derecho encuentra también su amparo en el Código civil de 1984, en el cual el artículo 5 tutela expresamente “*la libertad*” del ser humano. Es decir, la libertad que sustenta su actuación proyectiva.

El artículo 1 de la Constitución peruana de 1979 tenía una fórmula sintética muy expresiva en lo que significa la protección de la persona. En este numeral se enuncia que la persona es “*el fin supremo de la sociedad y del Estado*”.

El juez peruano no tiene ninguna dificultad para proteger el “*proyecto de vida*”. El artículo 1985° del Código civil de 1984 obliga a la reparación del “*daño a la persona*”, al lado del daño emergente y del lucro cesante. Como se ha expresado en su lugar, el “*daño al proyecto de vida*” es un aspecto específico del genérico y comprensivo concepto de “*daño a la persona*”.

De otro lado, se debe también tener presente que el artículo 200 de la Constitución peruana de 1993 contiene las acciones de habeas corpus y amparo.

Por su parte, el artículo 2 de la Constitución italiana de 1947 protege “*los derechos inviolables del hombre*”, mientras que la Constitución española de 1978 es más explícita cuando, en su artículo 10, considera que “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”.

El artículo 5 de la Constitución colombiana de 1991 establece que “*el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona*” y, en su artículo 16, prescribe que “*todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico*”.

Como se desprende de los casos emblemáticos antes citados, los ordenamientos jurídicos protegen genéricamente los derechos inviolables del hombre, inherentes a su propio ser o, expresamente, tutelan la libertad o su libre desarrollo o el libre desenvolvimiento de la personalidad. Es decir, bajo diversas fórmulas, se protege la libertad, en sí misma, y su actuación o expresión fenoménica, cuyo exponente es el **proyecto de vida**.

El Proyecto de Código Civil argentino de 1998, en revisión por el Congreso, prescribe específicamente en el inciso b) de su artículo 1600 la indemnización

del “*daño al proyecto de vida*”. La incorporación del “*daño al proyecto de vida*” en el Proyecto en mención es un hecho significativo en la evolución de la legislación contemporánea sobre el derecho de daños.

8. EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” EN EL DERECHO VIVO

8.1 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En los casi diez años de elaboración del nuevo concepto de “*daño a la libertad*” en su expresión fenoménica o “*proyecto de vida*” en proceso de realización, este daño ha sido incorporado al derecho vivo tanto a nivel de la jurisprudencia supranacional como de la jurisprudencia comparada.

Entre 1998 y el 2001 son tres, al menos, las sentencias de reparación de daños en las que la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica hace referencia, analiza y repara el “*daño al proyecto de vida*”. En ellas, la Corte considera la reparación del “daño al proyecto de vida” al lado del tradicional resarcimiento de los denominados “*daños materiales*” - como es el caso del lucro cesante y del daño emergente - y de la indemnización del llamado “*daño moral*”.

Las sentencias de reparación de daños, sustentadas en precedentes fallos dictados sobre el fondo de los respectivos asuntos y a las que se hace mención en el párrafo anterior, son las del 27 de noviembre de 1998, recaída en el caso “*María Elena Loayza Tamayo*” con el Estado Peruano, la de “*Los Niños de la Calle*” con el Estado de Guatemala, de fecha 26 de mayo del 2001 y la sentencia “*Cantoral Benavides*”, con el Estado peruano, fechada tres de diciembre del 2001.

8.2 La sentencia en el caso “María Elena Loayza Tamayo”

La sentencia de reparación de daños dictada por la Corte Interamericana en el caso “*María Elena Loayza Tamayo*” con el “*Estado del Perú*” constituye un fallo histórico en materia de reparación de daños causados al ser humano. En este primer pronunciamiento la Corte analiza, profunda y extensamente y presta especial atención al radical daño al “*proyecto de vida*”. En él se expresa por el Tribunal que “*conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis de parte de la doctrina y de la jurisprudencia recientes*”. Es decir, se reconoce por la Corte los primeros aportes que desarrollan la temática del daño a la libertad fenoménica, es decir, al proyecto de vida.

No obstante el detenido y serio examen efectuado por la Corte sobre el “*daño al proyecto de vida*” así como del hecho de declarar que María Elena Loayza había sido víctima del mismo, consideramos que, erróneamente, la sentencia se abstiene de fijar una reparación satisfactiva de dicho ostensible daño alegando, para ello, carecer de precedentes en la materia. Esta inexplicable omisión de la Corte Interamericana, en cuanto a fijar una suma de dinero a título de reparación del “*daño al proyecto de vida*” se salva, sin embargo y tal como se apreciará, en las dos siguientes sentencias a las que se ha hecho mención.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 27 de septiembre de 1998, en cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia dictada sobre el fondo del asunto por la propia Corte, con fecha 27 de septiembre de 1997, tal como se ha señalado, dictó sentencia de reparación de daños en el caso “*María Elena Loayza Tamayo*”, quien había sido absuelta del delito de traición a la patria (terrorismo agravado) por la justicia militar peruana para luego, inexplicablemente, ser procesada por la justicia común sobre los mismos hechos bajo el cargo de terrorismo.

La Corte consideró que se habían violado las garantías judiciales recogidas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es decir, concretamente, en lo concerniente al principio *non bis in idem*. En efecto, el parágrafo 8.4 de la citada Convención dispone textualmente que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

En la sentencia de reparaciones, la Corte ordenó que el Estado peruano “*ponga en libertad a María Elena Loayza Tamayo dentro de un plazo razonable*”. Así mismo, dispuso el pago de parte del Estado peruano de una “*justa indemnización a la víctima y a sus familiares y a resarcirles los gastos en que hayan incurrido*”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la mencionada sentencia de reparaciones, reconoce expresamente la existencia del “*proyecto de vida*”. Lo muestra, con acierto, como la dimensión fenoménica de la libertad ontológica en que consiste el ser humano. Como lo señalan los propios magistrados, con este fallo se contribuye, de manera notoria, a “*reorientar y enriquecer la jurisprudencia internacional en materia de reparaciones con el enfoque y el aporte propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”.⁹¹ Esta sentencia significa, en efecto, un gi-

91 Así se refiere en el párrafo 12 del voto razonado de los jueces de la Corte A.A. CANÇADO TRINIDADE y A. ABREU BURELLI.

gantesco paso adelante en lo atinente a la protección integral del ser humano en cuanto estructura unitaria psicosomática sustentada en su libertad.

La referida sentencia contribuye a la más amplia difusión - a nivel de la doctrina y de la jurisprudencia comparada - del especial significado que posee el “*proyecto de vida*” en tanto constituir la más importante expresión de la libertad en su tramo objetivo.

En la mencionada sentencia, luego del análisis en términos generales de los alcances conceptuales de la noción referente al “*proyecto de vida*”, la Corte sostiene que las consecuencias de dicho daño pueden ser, en alguna medida, su frustración, su retardo o su menoscabo. Es así que, con referencia al caso concreto sometido a su jurisdicción, la Corte reconoce, precisamente, “la existencia de un grave daño al “*proyecto de vida*”⁹² de María Elena Loayza Tamayo derivado de la violación de sus derechos humanos”.

Para la Corte, el “daño al proyecto de vida” de María Elena Loayza Tamayo atentó contra su desarrollo personal por factores que, siéndole ajenos, le son a ella “*impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses*”.⁹³

La Corte comprobó que en el caso de la víctima es “*evidente que los hechos violatorios en su contra impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y profesional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida, obligándola a interrumpir sus estudios y trasladarse al extranjero, lejos del medio en que se había desenvuelto, en condiciones de soledad, penuria económica y severo quebranto físico y psicológico*”.

El Tribunal concluye pronunciándose en el sentido que el “*conjunto de circunstancias directamente atribuibles a los hechos violatorios que ha examinado esta Corte, han alterado en forma grave y probablemente irreparable la vida de la señora Loayza Tamayo, e impedido que ésta alcance las metas de carácter personal, familiar y profesional que razonablemente pudo fijarse*”.⁹⁴ Es decir, se reconoce un serio menoscabo del proyecto de vida de María Elena Loayza.

92 El subrayado es nuestro.

93 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de septiembre de 1998. Parágrafo 150 de la sentencia.

94 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ob. Cit. Parágrafo 152 de la sentencia.

De lo manifestado por la Corte se aprecia que, si bien el daño sufrido por la actora no frustró de manera radical su proyecto de vida, si alteró “*en forma grave y tal vez irreparable*” dicho proyecto, habiéndole impedido alcanzar las metas u objetivos que se había propuesto. Es decir, en otras palabras, el daño le causó a la víctima un grave menoscabo en la concreción existencial de su “*proyecto de vida*”.

8.3 Consideraciones sobre el “daño al proyecto de vida” en el caso “María Elena Loayza”

En el pronunciamiento de la Corte antes referido, el proyecto de vida “se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone”. Se trata de un abanico de opciones que el ser humano encuentra en lo que Ortega y Gasset refirió como la “*circunstancia*”, en la que se halla situado el ser humano. La persona, en cuanto ser libre decide y elige, entre una multitud de posibilidades existenciales, aquella opción que, según propia valoración axiológica, le ha de permitir, como señala el fallo bajo comentario, “*conducir su vida y alcanzar el destino que se propone*”.⁹⁵

La Corte, al expresar en su sentencia lo anteriormente glosado, quiere significar que dicha valoración axiológica, que le permite a la persona elaborar su “*proyecto de vida*”, le otorga un sentido a su decurso existencial, una razón de ser. Es decir, la Corte estima que en el “*proyecto de vida*” está en juego nada menos que el futuro del ser humano, lo que libremente ha decidido “*ser y hacer de su vida*”.

En relación a las opciones o posibilidades existenciales que el ser humano tiene ante sí, la Corte estima que ellas son “*la garantía de la libertad*”. La libertad supone decidir, elegir, previa una valoración, dentro de un conjunto de opciones existenciales, aquella que determinará su futuro, que signará su vida. Por ello, no puede concebirse que una persona sea verdaderamente libre, es decir, capaz de decidir y preferir, “*si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación*”.⁹⁶ La opción que el hombre elige trasunta lo que “*decide ser*” en el futuro. Dichas opciones constituyen, por ende, el ingrediente de su “*proyecto de vida*”.

La Corte, en la sentencia que comentamos, atribuye “*un alto valor existencial*” a las opciones que le permitirán al ser humano elegir su proyecto de vida. Precisamente, el ser humano, en cuanto libre y temporal, decide realizar su vida según

95 Ibídem. Parágrafo 148

96 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ob. Cit. Parágrafo 148 de la sentencia.

determinada opción, lo que significa que “*esa*” opción, es decir, la elegida, tiene para él un prioritario valor existencial. En su discurrir existencial la persona tratará de realizarse según la opción que libremente escogió entre una multiplicidad de opciones. De ahí que el derecho proteja la “*realización*” plena de la libre decisión del ser humano, la misma que se concreta en su “*proyecto de vida*”. El derecho, al proteger el “*proyecto de vida*”, tutela la más significativa manifestación objetiva o fenoménica de la libertad del ser humano.

Se protege jurídicamente la realización del “*proyecto de vida*” porque en él está en juego, como se ha dicho, el destino mismo de cada ser humano. El mayor daño que se puede causar a la persona, por consiguiente, es la frustración, menoscabo o retardo en la realización del personal “*proyecto de vida*”. Es por ello que la sentencia de la Corte, con acierto y sensibilidad, expresa que su “cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de la Corte”.⁹⁷ En efecto, la frustración o menoscabo del “*proyecto de vida*” supone, como señala la Corte, una reducción de la libertad fenoménica, de aquella que se concreta o realiza en el “*proyecto de vida*”. Es, por ello, un atentado contra su plenitud y, por consiguiente, la pérdida del rumbo axiológico que otorgaba sentido a la vida de quien padeció las consecuencias del daño.

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, la sentencia considera que “es razonable afirmar que los hechos violatorios de los derechos humanos impiden u obstruyen en forma sustancial el desarrollo del individuo”. Es decir, el daño al proyecto de vida, “*entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal en forma irreparable o muy difícilmente reparable*”.⁹⁸

En el fallo que comentamos se reconoce que los hechos que originan un daño al proyecto de vida “*cambian drásticamente el curso de la vida,⁹⁹ imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlas a cabo con probabilidades de éxito*”.¹⁰⁰

En la sentencia bajo comentario, como se ha puesto de manifiesto, se asimila también al concepto de daño al proyecto de vida “*la pérdida o el grave menoscabo de*

97 Ibídem. Parágrafo 148

98 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ob. Cit. Parágrafo 150 del pronunciamiento de la Corte.

99 Ibídem. Parágrafo 149.

100 Ibídem. Parágrafo 149

oportunidades de desarrollo personal en forma irreparable o muy difícilmente reparable". Es decir, que un "daño al proyecto de vida" no sólo implica la frustración del mismo sino también cualquier menoscabo, restricción o limitación que pueda sufrir y que, de alguna manera, frustren parcialmente o retarden su realización temporal.

En la lúcida y precursora sentencia que comentamos se estima que, en lo que concierne al daño al proyecto de vida, *"no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable - no meramente posible - dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos"*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tiempos recientes y al menos a través de tres sentencias dictadas entre los años 1998 y 2001, se ha referido al tema del "daño moral" en contraposición con el "daño al proyecto de vida". En la sentencia de reparaciones del caso "María Elena Loayza Tamayo" que data de 1998,¹⁰¹ la Corte en referencia no llega aún a precisar el hecho de que el daño moral, en cuanto perturbación psicológica no patológica, está incorporada al "daño a la persona" de carácter psicosomático. Es decir, que no constituye una categoría autónoma del mencionado "daño a la persona".

Al respecto, en relación con la citada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, encontramos un voto parcialmente disidente del magistrado Roux Rengifo quien hace dos pertinentes observaciones en relación con los alcances del "daño al proyecto de vida". En este sentido y en primer término, anota que no toda modificación de las condiciones de existencia merece ser indemnizada. Manifiesta que para que ello ocurra *"debe tratarse de un cambio de mucha entidad, que trastoque a fondo, por ejemplo, el marco afectivo y espiritual en que se desenvuelve la vida de la familia, o trunquen una evolución profesional que ha consumido grandes esfuerzos y empeños"*. De otro lado, apunta que al considerarse el "daño al proyecto de vida" deben evitarse *"ciertos extremos, como creer que la víctima permanecerá atrapada para siempre en la inmovilidad y la desesperanza, o darle aval a una suerte de tragedia eterna"*. De ahí que, a su parecer, los jueces deben tener en cuenta esta cuestión en el momento de fijar, *"en equidad, el monto de la respectiva indemnización"*.

Resultan pertinentes, en nuestro concepto, las observaciones formuladas en precedencia, a las cuales nos hemos referido en trabajos anteriores sobre la mate-

101 En los puntos 6.2 y 6.3 hacemos una breve referencia a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de "María Elena Loayza Tamayo".

ria. El “*daño al proyecto de vida*”, como muchas veces lo hemos puesto en evidencia, es un daño radical y profundo que se causa a la persona y que genera como grave consecuencia el que se frustre aquello que constituye el eje central y decisivo sobre el que gira la entera existencia de la persona. Se trunca, nada menos y como lo hemos expresado, el destino de la persona, con lo que se le hace perder el sentido de su existencia.

Para precisar las consecuencias del “*daño al proyecto de vida*” hay que distinguir entre el daño radical, que lo frustra por completo o casi totalmente, de aquellos otros daños que, sin llegar a truncar o cancelar dicho proyecto, generan su significativa limitación, menoscabo, restricción o retardo en cuanto a su normal desarrollo. La pérdida de opciones u oportunidades existenciales traen como consecuencia un menoscabo en la realización integral del mismo.

Como ejemplo de la primera hipótesis podemos referirnos al caso ya sea de un afamado pianista o de un destacado cirujano, ambos dedicados, plena y vocacionalmente, a lo que consideran una valiosa realización personal que otorga pleno sentido a su vida. Si cualquiera de ellos perdiese la mano en un accidente es indudable que, en esta situación, se ha producido una total frustración de su “*proyecto de vida*”, de su más íntima vocación o llamado existencial ya que no podrán ser más “*un pianista*” o “*un cirujano*”. Se ha creado en ellos un vacío existencial.

En cuanto a la segunda hipótesis, podemos citar el caso de María Elena Loayza Tamayo en el cual la víctima no ha sufrido la frustración completa de su “*proyecto de vida*”, no obstante lo cual son evidentes los graves menoscabos que han limitado y retardado significativamente su realización integral. En esta situación es muy probable que, sobre la base de las consecuencias del daño padecido, no podrá nunca más realizar plenamente su proyecto de vida tal como libremente lo decidió en su momento.

De otro lado, no está dicho que siempre y necesariamente la persona que ha sufrido un daño en lo que atañe a su “*proyecto de vida*” no pueda otorgarle a ésta un nuevo sentido. Ello, si bien es posible, resulta, sin embargo, altamente improbable si nos atenemos a la hondura y radicalidad de las consecuencias de un daño de esta magnitud. Toca al juez, atendiendo a las circunstancias del caso y a las calidades personales y edad de la víctima, determinar la magnitud y las consecuencias que, en cada caso, pueda ocasionar el “*daño al proyecto de vida*” así como fijar la equitativa reparación que corresponda.

8.4 Reflexiones sobre el caso “Cantoral Benavides”

*Luis Alberto Cantoral Benavides, como lo comprobó la Corte, fue sometido a “condiciones de reclusión hostiles y restrictivas; fue torturado y sometido a diversos tratos crueles, inhumanos y degradantes y esto le produjo intensos dolores corporales y sufrimientos emocionales”. Además, la Corte determinó que las actuaciones que se siguieron en su contra no cumplieron con los requisitos del debido proceso. En efecto, su detención fue arbitraria, fue presentado a la prensa en traje infamante, se advirtió falta de garantías y protección judiciales.*¹⁰²

Por los hechos antes señalados y otros que sería extenso relatar, la Corte consideró que ellos “ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides”. Es así que, “los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular, por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional”. Todo esto, concluye la Corte, “ha representado un serio menoscabo para su proyecto de vida”.¹⁰³

En el caso bajo comentario, la Corte, a diferencia de lo acontecido en el caso “María Elena Loayza Tamayo”, establece un conjunto de compensaciones por lo que considera como “un menoscabo” al “proyecto de vida” de Luis Alberto Cantoral.¹⁰⁴

Entre tales compensaciones por las consecuencias del “daño al proyecto de vida” la Corte establece que una medida de reparación satisfactiva es la sentencia *per se*, cuya parte resolutive ha de publicarse en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por una única vez.¹⁰⁵

La Corte considera, sin embargo, que la vía más idónea para restablecer el proyecto de vida de Cantoral Benavides consiste en que el Estado le proporcione una beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija. Así mismo, el Estado debe cubrir los gastos de manutención durante el tiempo en que duren tales estudios en un centro “de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado”.¹⁰⁶

102 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ob. Cit. Punto 59 de la sentencia.

103 *Ibídem*. Punto 60.

104 *Ibídem*. Punto 63.

105 *Ibídem*. Punto 79.

106 *Ibídem*. Punto 80.

Finalmente, la Corte ordena que el Estado peruano realice un desagravio público en reconocimiento de su responsabilidad en este caso y a fin de evitar que hechos como los del caso se vuelvan a repetir.¹⁰⁷

9. “DAÑO A LA PERSONA” Y “DAÑO MORAL”

En el presente párrafo trataremos de deslindar los alcances conceptuales del genérico y comprensivo “*daño a la persona*” en relación con el mal llamado “*daño moral*” que, en realidad, es exquisitamente “*jurídico*”. No entendemos el por qué un daño moral se constituya en contenido del derecho positivo. Todo agravio moral significa una perturbación preponderantemente psíquica con naturales reflejos somáticos.

Se nos ocurre que designar como “*moral*” un daño que afecta preponderantemente la esfera psíquica no patológica de la persona es un rezago de la tradición impuesta por la doctrina francesa decimonónica que aplicaba, sin mayor sentido crítico, el calificativo de “*moral*” a instituciones eminentemente “*jurídicas*”. Es, entre otros probables casos, la designación que se hacía antaño de la “*persona jurídica*”, la misma que, dentro de dicha tradición, se le conocía como “*persona moral*”. Felizmente esta designación ha sido superada. Tenemos la esperanza que, en el futuro, suceda lo mismo tratándose del famoso daño “*moral*”.

9.1 Deslinde conceptual entre el “daño a la persona” y el “daño moral”

Es importante remarcar, tal como lo hemos venido sosteniendo por cerca de tres décadas y como también ocurre en la obra de algunos connotados autores, el distingo existente entre la tradicional expresión de “*daño moral*” y la contemporánea de “*daño a la persona*”. De su simple enunciado, aplicando una lógica más que elemental, se deduce que el “*daño moral*” (*pretium doloris*) no es otra cosa que una modalidad del genérico “*daño a la persona*” y, por consiguiente, es una especie de un concepto comprensivo, es decir, de una más amplia noción que lo engloba y subsume. Y esta genérica y comprensiva noción, obviamente, es la de “*daño a la persona*”. Como bien lo denota el concepto, todo daño a la persona es simplemente eso: un “*daño a la persona*”. Y el denominado “*daño moral*” es un daño a la persona y no a ninguna otra cosa u objeto del mundo. ¿Es o no es un “*daño a la persona*”? Si lo es, ubiquémoslo dentro de la unidad psicosomática a

107 Ibídem. Punto 81.

fin de determinar a qué aspecto de la misma afecta lo que se entiende por daño “moral”, es decir, dolor, sufrimiento, perturbación psicológica necesariamente no patológica.

Lo “moral”, quien lo duda, es el conjunto de principios que posee toda persona. No constituyen un específico aspecto de su estructura psicosomática. Lo que ocurre es que cuando se agravian estos principios se lesiona la estructura psíquica de la persona. Se siente una determinada perturbación psicológica, malestar, rabia, indignación, incomodidad. Es decir, se trata de expresiones de carácter psicológico. Lo que se ha dañado es, pues, la estructura psíquica del ser humano a raíz de un agravio a sus principios morales. En otros términos, se han lesionado los **sentimientos** de la persona. ¿Y que son los sentimientos? Pues, hasta donde alcanzan nuestros conocimientos, ellos constituyen aspecto del psiquismo humano junto a lo intelectual y lo volitivo. A este aspecto de la unidad psicosomática no se le conoce como “moral”. La Moral tiene que ver con el mundo de la subjetividad, mientras que el Derecho sólo surge a partir de una interferencia de conductas humanas. Se trata del mundo de la intersubjetividad.

En 1985 sosteníamos que *“la restringida acepción de daño moral... no coincide, por cierto, con el concepto de daño a la persona que hemos esbozado. El daño a la persona tiene alcances muchos más amplios y profundos que un sentimiento, un dolor o sufrimiento”* Agregábamos que el daño a la persona “significa el agravio o lesión a un derecho, a un bien o un interés de la persona en cuanto tal, *“comprendiéndose dentro de él “hasta la frustración del proyecto existencial de la persona humana”*. Todo ello, decíamos, *“es más complejo que el sufrimiento o el dolor”*.¹⁰⁸

Hoy, más que nunca, al encontrarse en juego dos conceptos, que para algunos autores podrían tener la misma significación -situación que contradecimos pero que se presenta en la literatura jurídica-, tenemos el convencimiento de la necesidad de que cada autor, que trate o roce este tema, debería esclarecer su posición y sus fundamentos en torno a los alcances y relación que dentro de su personal concepción otorga a los conceptos de *“daño a la persona”* y de *“daño moral”*. Es un deber de claridad y de respeto que se tiene con el lector.

La tradicional concepción del daño “moral” se centra en el daño ocasionado al ámbito afectivo o sentimental de la persona, lo que trae como consecuencia, sufrimiento, dolor, perturbación psíquica, desequilibrio emocional. Desde nues-

108 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El daño a la persona en el Código Civil Peruano de 1984*. Ob. Cit. Pág. 261 y ss.

tra perspectiva -que se sustenta en una concepción del ser humano en cuanto unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad – el daño “*moral*” es un daño a determinado “*aspecto*” de la persona, al igual que una multiplicidad de otros daños lesionan otros tantos aspectos del complejo y, a la vez, unitario ser humano. Se trata, en este específico caso, de la lesión a una modalidad del género “*daño a la persona*”. Por esta razón somos de la opinión que debe incluirse la restringida noción de “*daño moral*” dentro de aquella otra, genérica y comprensiva, de “*daño a la persona*” en cuanto lesiona un aspecto preponderantemente psíquico de ésta. Y es que el “*daño moral*” no es otra cosa, como está dicho, que un daño específico que compromete básicamente la esfera afectiva o sentimental de la persona, ocasionándole una perturbación, un dolor, un sufrimiento que carece de un sustento patológico. No tiene sentido, por lo tanto y en nuestro concepto, seguir otorgando autonomía jurídica a una voz que se encuentra conceptualmente subsumida dentro de otra que es genérica y comprensiva.

Los argumentos que pretenden justificar la autonomía del “*daño moral*” se basan, fundamentalmente, en la fuerza de la tradición. Por lo general, quienes emplean este argumento no encuentran la necesidad de adoptar otro concepto diferente y apropiado frente a nuevos daños al ser humano y, más bien, consideran que lo adecuado es ampliar las fronteras de un concepto en uso para incluir dentro de él otros daños al ser humano que se despliegan en el mundo de lo “*jurídico*” y no en el de lo “*moral*”. Frente a este razonar estimamos que no siempre la tradición debe mantenerse a cualquier costo.

No es un mito. La tradición por la tradición misma no debe obstaculizar o entrapar el avance de la ciencia. No podemos vivir encadenados al pasado cuando existen sólidos argumentos para, con la humildad que caracteriza a los científicos, cambiar ahí donde se justifica y es necesario.

Otro argumento al cual se recurre con el mismo propósito es el que la jurisprudencia ha asumido los nuevos daños a la persona dentro del concepto que tradicionalmente manejan y que no es otro que el de “*daño moral*”. No nos parece un argumento razonable, pues en estos casos se debe tratar de inducir a los jueces a estudiar en profundidad el tema para que luego puedan adoptar una fundada decisión. Ocurre que en muchos países, entre los que se encuentra el Perú, la doctrina hasta hoy elaborada y la jurisprudencia existente no ha llegado a ser conocida por la inmensa mayoría de los magistrados por lo que éstos no tienen a

la mano otro concepto que el de “*daño moral*” para, sin más análisis, incluir dentro del mismo todos los nuevos daños a la persona que van apareciendo en el escenario jurídico y que, por cierto, no tienen nada que ver con lo “*moral*”.

La ciencia progresa, nos proporciona nuevas informaciones, inéditas revelaciones. Los juristas debemos estar atentos a estos mensajes de los tiempos, que provienen de la incontrolable realidad de la vida. No podemos seguir aferrados a viejos esquemas, que la vida se encarga de superar o de transformar. El “*descubrimiento*” del concepto de “*daño a la persona*” no obedece a un capricho, a un afán de novedad, a una vana pretensión académica. Responde, simplemente, a la realidad y se genera, como se ha puesto de manifiesto, cuando los juristas contamos con una mayor información sobre la estructura y comportamiento del ser humano a partir de los hallazgos y de los aportes de la filosofía de la existencia. Es decir, se trata de un histórico salto de calidad en materia de protección del ser humano que algunos o muchos no quieren o no llegan a comprender.

El concentrar todos los daños a la persona en la genérica voz de “*daño a la persona*” permite su adecuada sistematización. Ello favorece su comprensión y permite una mejor percepción de la naturaleza de cada uno de los daños que se pueden causar a la persona, lo que redundará en un afinamiento de los criterios y las técnicas para su adecuada reparación.

Cuando se llega a conocer que el ser humano no es sólo y únicamente, como pretendía Boecio en el siglo VI de nuestra era, un ser “*racional*”, sino también, y fundamentalmente, un ser libre, temporal y coexistencial, no es posible seguir utilizando viejos criterios, conceptos y técnicas para referirnos a la reparación integral del “*daño a la persona*”. Es a raíz de esta nueva visión del ser humano que los juristas nos vemos obligados, con honesta humildad científica, a revisar y actualizar nuestras convicciones, alejados de toda soberbia o vanidad, a la luz de las nuevas percepciones sobre el creador, protagonista y destinatario del derecho que no es otro que el ser humano.

Milmaiene sostiene una singular posición en lo atinente al distingo que cabe formular, por ejemplo, entre daño moral y daño psíquico. Sostiene que el daño moral supone “*un síntoma o de cualquier otra alteración psicopatológica*”. Es decir, que el daño moral no acarrea consecuencias psicopatológicas sino sentimentales o emocionales. De ahí que, en opinión del autor, “*el daño moral configura una*

categoría ajena a los métodos y posibilidades de la psicología, debiéndosele inscribir en el amplio campo de una teoría de los valores".¹⁰⁹

Debemos recordar que antes que los juristas advirtieran con claridad los genéricos alcances del daño a la persona -es decir, al considerar al ser humano en su inescindible unidad- algunos jueces, en las últimas décadas, se mostraban proclives a reparar dispersas y específicas lesiones al ser humano, otorgándole autonomía a una inconexa diversidad de daños referidos a determinados y concretos aspectos de la persona. Nos referimos a la multiplicidad de denominaciones o de etiquetas, que inicialmente a nivel jurisprudencial y luego doctrinario, reclamaban autonomía conceptual para cada una de ellas, sin percibir la unidad en que consiste el ser humano. Así, se aludía, entre otras, a las voces de daño a la vida de relación, de daño estético, de daño psíquico, de daño sexual, de daño por muerte del concubino. No se tomaba conciencia de la esencial conexión existente entre ellas ni el consiguiente fundamento común, que no es otro que el ser humano en sí mismo, como inescindible unidad.

Es del caso advertir que el continuar otorgando autonomía conceptual al daño "*moral*" supondría y, a la vez, justificaría, el brindarle igual rango a cada uno de los múltiples daños que, en número cada vez mayor, lesionan específicos aspectos o fragmentos del ser humano. Por el contrario, dada la unidad del ser humano, todos los daños que se le ocasionen deberían sistemáticamente incorporarse, para el efecto de su reparación, dentro de la genérica noción de "*daño a la persona*". Así lo exige la naturaleza misma del ser humano y el único y común fundamento que los conecta esencialmente, como es el ser humano en sí mismo.

9.2 La opinión de Mosset Iturraspe

Un sector de la doctrina, al comprender los fundamentos expuestos en precedencia, ha incorporado sistemáticamente todas aquellas voces y cualquier otra que signifique lesión a un determinado aspecto de la unidad psicosomática en que consiste la persona, dentro de la genérica y expresiva voz de "*daño a la persona*". Si esto es así, nos preguntamos ¿qué razón habría para que un daño a la esfera afectiva o sentimental del ser humano, que genera dolor o sufrimiento, no se incorpore para un tratamiento sistemático, como cualquiera de aquellas otras voces, a la genérica noción de daño a la persona? ¿Por qué insistir en una inexistente autonomía desmentida por la realidad misma del ser humano? Tal

¹⁰⁹ MILMAIENE, José. Ob. Cit. Pág. 75.

vez parte de la respuesta a estas interrogantes la tenga Jorge Mosset Iturraspe, a cuyo lúcido pensamiento dedicamos los siguientes párrafos.

Debemos señalar, con satisfacción, que la posición que sustentamos la compartimos, hasta el momento, con ilustres juristas de otras latitudes como es el caso, entre otros, del citado profesor Jorge Mosset Iturraspe. El maestro argentino, en un reciente Congreso Internacional sobre *“Los diez años del Código Civil Peruano: balance y perspectiva”*, organizado por la Universidad de Lima en septiembre de 1994, sostuvo, en una brillante ponencia, que desde hace algunos años se bregaba en la Argentina por incluir el restringido concepto de *“daño moral”* dentro del de *“daño a la persona”*.¹¹⁰

Mosset Iturraspe expresa, al referirse al aporte del Código Civil Peruano de 1984 que significa el haber incorporado en su artículo 1985, sin limitaciones, el genérico concepto de *“daño a la persona”*, Mosset Iturraspe, que *“la sanción del Código civil del Perú de 1984, en su artículo 1985, al separar el daño a la persona del daño moral, logró un resultado sorprendente; permitió que el velo que oscurecía nuestra visión cayera; que los prejuicios o preconceptos que nos ataban a una calificación decimonónica fueran dejados de lado; posibilitó el paso del conceptualismo al realismo, en una materia tan humana y sensibilizada”*.¹¹¹

Consideramos de gran importancia e interés el deslinde que formula Mosset Iturraspe entre conceptualismo y realidad. Y es que muchos de los juristas, bajo la secular influencia de una visión formalista del derecho, nos hemos habituado a *“construir”* instituciones, olvidándonos, cada cierto tiempo, de confrontarlas con la realidad de la vida a la cual se refieren en tanto simples estructuras conceptuales. A los juristas nos cuesta trabajo dejar de lado, cuando ello es indispensable, las formas para acercarnos a la vida, a la fuente misma del derecho. Al referirnos a esta cuestión cruza por nuestra mente, en este instante, una frase de Husserl que nos marcó desde jóvenes y que es algo así como un *“grito de guerra”* contra todo exacerbado conceptualismo alejado de la realidad. Husserl, el padre de la fenomenología, al tratar de descubrir, de develar el *ser* mismo (*noumeno*), nos proponía poner entre paréntesis todo aquello que perturbaba nuestra visión, que nos desviaba de la recta y directa vía epistemológica para acceder al *ser* mismo. De ahí su drástico consejo, que suena a mandato, fue: *“a las cosas mismas”*.

110 MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El daño a la persona en el Código Civil Peruano* en “Los diez años del Código civil”, Universidad de Lima, Lima, Tomo primero, págs. 211 y ss.

111 *Ibíd.* Pág. 213.

Es decir, proclamó la necesidad de librarnos de la maraña conceptual, que a menudo nos ata, constriñe y confunde, para enfrentar la realidad tal como se nos ofrece. Por ello, a la manera de Husserl, podríamos postular, tratándose del derecho, este *ukase*: “*a la experiencia misma*”. Este mandato, en el caso que nos ocupa, equivaldría a despojarnos, como quiere Mosset Iturraspe, de preconcepciones, de prejuicios, y más bien observar la realidad, tal como se nos presenta, para confirmar si nuestra antigua “*construcción*” conceptual sigue adecuándose al mundo que vivimos o, por el contrario, debemos hacer reajustes o remodelaciones o, simplemente, reconstrucciones conceptuales a la luz de la experiencia.

En su citada ponencia Mosset Iturraspe, al considerar que la noción de “*daño moral*” integra la más amplia de “*daño a la persona*”, establecía con precisión los alcances conceptuales del denominado daño “*moral*”. En este sentido sostuvo que “*la reparación del dolor es ahora un capítulo, pero no toda la materia. Con dolor o sin él, se debe respetar la intimidad, la vida de relación, los proyectos, la salud, entendida de una manera plena e integral*”. Y añadía, sintetizando su pensamiento, que “*el centro de la cuestión no es más el dolor, es el hombre, la persona humana, su dignidad, sus virtudes, sus apetencias*”.¹¹²

Mosset Iturraspe sostenía, en el mencionado Congreso Internacional de septiembre de 1985, que algunos autores se resisten a eliminar de los códigos civiles la específica categoría de daño “*moral*” por razones vinculadas “*con su prestigio, con su abolengo, con su tradición jurídica*”. Distanciándose de esta posición, el maestro argentino sostuvo en aquella ocasión que “*hay que dejar de lado la categoría del daño moral, hay que omitirla de los códigos para sustituirla por la de daño a la persona*”. Y ello, expresaba, porque “*el daño moral, en primer lugar, es absolutamente impreciso desde sus orígenes, desde su denominación, desde su comprensión*”. Al preguntarse por lo que significaba el “*daño moral*” apuntaba, con realismo, que este no era otra cosa que un simple daño “*jurídico*”, un daño a la vida de relación que otro me causa. Sostenía, con total lucidez, que el denominado daño moral “*no es un problema de mi eticidad resentida, de mi moral que me reprochan. ¡No es moral, es jurídico! ¡Y se llama moral!*”.¹¹³

¿No son acaso ciertas las atinadas observaciones de Mosset Iturraspe sobre el daño “*moral*”? Estimamos que ellas son esclarecedoras y si admitiéramos, como sería el caso, sus fundadas convicciones empezariamos a dejar de lado, al referir-

112 MOSSET ITURRASPE, Jorge. Ob. Cit. Pág. 213.

113 MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Más allá del daño moral: el daño a la persona*, en “Los diez años del Código Civil Peruano”, Tomo II, pág. 406 y 407.

nos al tratamiento jurídico del daño a la persona, la voz “*moral*” que confunde y enturbia el pulcro enfoque jurídico de la cuestión. Nos preguntamos, ¿qué razón existe para no realizar una operación inversa a la que efectúa un sector de la doctrina que es la de pretender subsumir lo genérico en lo específico, que otra cosa no significa la de reducir todos los múltiples daños a la persona a la específica voz de daño “*moral*” ?¿Lo lógico y sistemático no sería acaso, por el contrario, incorporar todos los daños al ser humano, incluyendo el mal llamado “*moral*”, a la genérica voz de “*daño a la persona*” o daño subjetivo?

En conclusión, compartimos el pensamiento de Mosset Iturraspe cuando sostiene que la expresión daño moral “*es una antigualla, el daño moral es un resabio de otros tiempos que ha permanecido por nuestras debilidades, por nuestras torpezas, por nuestro aferrarnos a las tradiciones jurídicas*”.¹¹⁴ Obviamente, en este caso, el maestro argentino se refiere a aquellas tradiciones -como la que comentamos- que han perdido vigencia pues han surgido nuevas formas o modalidades de conductas humanas intersubjetivas diversas, sustitutorias o de signo contrario.

9.3 El “daño moral” en la reciente doctrina jurídica europea

En relación de lo hasta aquí manifestado en cuanto al contenido conceptual y ubicación sistemática del “*daño moral*”, es importante señalar que recientemente, entre el 8 y el 9 de junio del 2000, se celebró en Treviri un Congreso Internacional, con la participación de destacados representantes de un conjunto de interesados en el análisis del tema relativo al “*daño a la persona*”, como los representantes de las víctimas de daños a la persona, de los consumidores, de los médicos legales, de los abogados, de los profesores de derecho, de los magistrados. En esta calificada reunión internacional se aprobaron diversas e importantes “*Recomendaciones*” dirigidas a la Comisión, al Parlamento y al Consejo europeos en torno al tema que nos ocupa. El profesor Busnelli, en la relación introductiva, da cuenta de los resultados a que llegó sobre la temática del “*daño a la persona*” un grupo de investigación compuesto por juristas europeos provenientes de diversas universidades como las de París Pantehon II (Prof. Viney), Estocolmo, Pisa, Bruselas, Montesquieu Burdeos, Coimbra, Norwich.

En la mencionada relación, el profesor Busnelli precisa que la ciencia médico legal -cuyo sustento es indispensable para configurar el “*daño a la persona*” y mostrar el significado y alcances del “*daño moral*”- se halla en grado de trazar

114 *Ibíd.* Pág. 408.

una línea divisoria entre una “*patología psíquica comprobada (por médicos legales) de una simple perturbación psíquica*”. De este modo, los especialistas europeos al nivel del año 2000 distinguen, con claridad que no admite duda, el tradicional y mal llamado “*daño moral*”, que es una simple perturbación psicológica de una patología o enfermedad psicológica, todo lo que debe ser comprobado por peritos médicos.¹¹⁵

Todo lo anteriormente expuesto nos lleva a la conclusión que el mal llamado daño “*moral*” es sólo un daño emocional, una **perturbación psíquica no patológica**, que normalmente se traduce en dolor o sufrimiento. No llega a ser, por consiguiente, una patología o enfermedad psíquica, dentro de los diversos grados que de este mal se conocen en la actualidad. Una perturbación psicológica, por lo general, es transitoria. No son muchos los casos en que dicha perturbación se convierte en patológica.

9.4 “Daño a la persona” y “daño moral” en el Código Civil Peruano de 1984

Mosset Iturraspe reprocha, con acierto y en su momento, que se hubiera incluido en el art. 1985 del Código Civil Peruano de 1984 la expresión de “*daño moral*” simultáneamente y al lado de aquella genérica de “*daño a la persona*”. Expresa, además, expresó, que observaba con preocupación que en la reforma en marcha de dicho Código, al cumplirse su primer decenio de vigencia, no se advirtiera interés para que se enmendara ese error.

La respuesta a la justificada observación de Jorge Mosset Iturraspe la debemos encontrar en lo que se llama “*la historia interna*” del Código civil de 1984, es decir, aquella que no aparece recogida por ningún historiador, que no está escrita ni ha sido revelada. En efecto, como lo narráramos en una nota a pie de página de nuestra ponencia “*El daño a la persona en el Código Civil Peruano*”, presentada en el Congreso Internacional reunido en Lima en agosto de 1985, el lograr que los codificadores del 84 aceptaran introducir en aquellos ya lejanos años la novísima voz de “*daño a la persona*” fue el resultado de permanentes discusiones y replanteos, ya que en el Proyecto prácticamente concluido por la Comisión Revisora no aparece la incorporación al Código civil del “*daño a la persona*”. El “*daño a la*

115 La relación introductiva del Prof. BUSNELLI se encuentra como apéndice b) N° 2 del libro “La valoración del daño a la salud”, cuarta edición, Cedam, Padova, 2001, pág. 775.

persona” había quedado aparentemente excluido del articulado del Código del 84.¹¹⁶ Sin embargo, la historia cambió pocos días antes de la promulgación de este cuerpo legal.

En efecto, ocurrió un hecho imprevisto hasta aquel momento. Este consistió en que se presentó una ocasión inesperada y propicia para insistir una vez más, discretamente, en la inclusión del tema del *“daño a la persona”* dentro del texto del Proyecto. Ello aconteció pocos días antes de la promulgación del Código, fijada para el 24 de julio de 1984 con oportunidad de la reunión conclusiva de coordinación de la Comisión Revisora que se celebró, con fecha 3 del mismo mes, en el Despacho del Ministro de Justicia de aquel entonces, profesor Max Arias Schreiber. En esta reunión de coordinación del Ministro con los integrantes de la Comisión Revisora, tuvo por finalidad la de dar los últimos retoques al ya aprobado Proyecto de Código y en revisar algunos temas que habían suscitado arduos debates. A esta reunión fuimos invitados por el Ministro junto con algunos otros pocos miembros de la Comisión Reformadora.

Fue en aquella reunión del 3 de julio de 1984 -es decir, 21 días antes de la promulgación del Código- que se logró introducir en el artículo 1985 del Proyecto el *“daño a la persona”* al lado del daño emergente, del lucro cesante y del daño moral que ya aparecían en este numeral. No se pudo lograr lo más que era el conseguir eliminar del texto de este artículo, por repetitiva, la voz *“daño moral”*. Era inconveniente insistir en este sentido, ya que se corría el riesgo de reabrir un debate que podría haber concluido con la confirmación del acuerdo adoptado en precedencia por la Comisión Revisora. Es decir, la no inclusión del *“daño a la persona”* dentro del texto del artículo 1985. Preferimos, ante esta eventualidad y con sentido común, obtener lo bueno en lugar de lo óptimo. El tema queda así abierto al futuro. El caso no está cerrado como se ha podido comprobar por todo lo consignado en precedencia.

En nota que figura en la ponencia antes referida, redactada en 1985, explicábamos la razón por la que se mantuvo la voz *“daño moral”* en el citado artículo 1985^o, situación que aparecía como una contradicción con nuestros antiguos postulados sobre el tema. En dicha nota decíamos textualmente que *“si bien el 3 de julio de 1984 se obtuvo que la Comisión Revisora incorporara el daño a la persona en el artículo 1985 del Código Civil Peruano, ubicado dentro de la responsabilidad civil extracontractual, no se pudo conseguir la eliminación del concepto de daño moral - den-*

116 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. Cit. Pág. 254

tro de su restringida acepción de afrenta al sentimiento- en tanto constituye un aspecto específico del daño a la persona que, indudablemente trasciende lo que es puramente su vertiente sentimental”. Es decir, dejábamos claramente sentada nuestra posición al respecto.

La incorporación del “daño a la persona” cuando el Código se hallaba en vísperas de ser promulgado no permitió, como hubiera sido deseable, que se pudiera otorgar un tratamiento sistemático al “daño a la persona” dentro del articulado del Código Civil. Esta fue la razón por la cual los textos de los artículos 1984 y 1322” no pudieran ser oportunamente enmendados y concordados con el artículo 1985 en referencia. Es por ello que en el artículo 1984 se alude y se desarrolla exclusivamente la materia concerniente al “daño moral” en vez de centrarse, como debería ser, sobre el genérico “daño a la persona”. En este mismo sentido, el artículo 1322, ubicado dentro de la responsabilidad civil contractual, se refiere también y solamente al “daño moral”, prescindiéndose de la voz “daño a la persona”. No obstante, el autor y ponente de dicho numeral del Libro de las Obligaciones, tal como se desprende de la correspondiente Exposición de Motivos, le otorga a la voz “daño moral” los mismos genéricos alcances que el “daño a la persona”.¹¹⁷

En resumen, constituyó un inesperado pero feliz logro incluir la voz “daño a la persona” en el artículo 1985 del Código civil de 1984 pocos días antes de su promulgación y cuando el trabajo de la Comisión Revisora había prácticamente concluido. Esta incorporación, como lo hemos expresado en precedencia, hubiera corrido serio peligro de no concretarse, dados los antecedentes expuestos, si se hubiera reabierto un nuevo debate en el cual, en mérito a la novedad de la figura, no se habría acordado, muy probablemente, tal inclusión. El costo de dicha incorporación fue el de no insistir en replantear la discusión con la finalidad de obtener, como lo pretendíamos, la eliminación de la voz “daño moral” tanto del artículo 1985 como de los artículos 1984 y 1322 del mencionado Código Civil.

117 En la “Exposición de Motivos y Comentarios” al Código Civil Peruano de 1984 (Lima, 1988, T.V.) al comentarse el art. 1322° en lo que concierne al daño moral se expresa textualmente en la página 449 lo siguiente: “Daño moral es el daño no patrimonial, es inferido a los derechos de la personalidad o a valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica”. Como se advierte de la lectura de este comentario, el ponente del Libro de las Obligaciones del Código de 1984 se inclinó por una interpretación amplia del concepto de daño moral a fin de incluir dentro de sus alcances no sólo al daño a la esfera afectiva del sujeto sino, en general, a los daños inferidos a la persona en cualquiera de sus múltiples aspectos.

La incorporación en el artículo 1985° del Código Civil Peruano de la obligación de reparar el daño a la persona, sin limitación de ninguna especie, a diferencia de los pocos otros códigos que la incluyen con graves restricciones, constituye una novedad en la codificación civil comparada, tal como se ha puesto de manifiesto por los comentaristas de dicho cuerpo legal.¹¹⁸

Como se ha expresado, hubiera sido deseable excluir la voz “*daño moral*” no sólo del texto del artículo 1985 del Código sino que también habría sido oportuno sustituir coherente y sistemáticamente dicha expresión por la de “*daño a la persona*” en el artículo 1322°, así como reformular el artículo 1984 dedicado a la regulación del “*daño moral*” a fin de sustituirlo por el “*daño a la persona*”. Ello, como decimos, no fue posible en aquella oportunidad. Esperamos que en un futuro, después de una necesaria sedimentación de las ideas y como una demostración de apertura mental frente a las nuevas realidades, se acceda a corregir los yerros que observa Mosset Iturraspe -que compartimos- y que se escuche su razonada y autorizada recomendación en el sentido de no mantener tales errores en la próxima reforma del Código Civil Peruano.

9.5 Sentido restringido y amplio del “daño moral”

Existe una importante y extendida tendencia doctrinaria que ha encontrado una peculiar solución para superar el problema que venimos tratando. Ella consiste en distinguir, para tal efecto, dos conceptos diferentes de “*daño moral*” como son el que denominan restringido o restrictivo y el que llaman genérico. Dentro de este planteamiento, el significado otorgado al “*daño moral*” en sentido restringido equivaldría a su tradicional contenido que no es otro que la formulación, esquemática y simplista, de dolor, sufrimiento, perturbación psíquica no patológica. Es del caso advertir, por lo demás, que en esta hipótesis, como es sabido, la designación de “*daño moral*” no toma en cuenta el aspecto del ser humano que se lesiona -que es su esfera afectiva o sentimental- sino que se hace referencia a la consecuencia del daño que es, precisamente, dolor o sufrimiento.

No podemos perder de vista que el ser humano puede padecer dolor, sufrimiento o determinada perturbación psíquica no patológica como resultado de otro tipo de lesiones a otros aspectos de la multifacética personalidad humana que no es, precisamente, aquella esfera afectiva o sentimental. Así, se puede

118 Entre ellos ver MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El valor de la vida humana*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, 3a. edición, pág. 327 y ss. y “El daño fundado en la dimensión del hombre”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, No. 1, 1992, pág., 22 y ss.

padecer una perturbación psíquica no patológica o sufrir sentir, indignación, desequilibrio emocional, dolor, por una agresión física o verbal, por un atentado contra la verdad personal o contra el honor y en tantos otros casos que sería largo enumerar. Por ello, como señalaremos más adelante, deberíamos tener presente, a propósito del daño, una doble clasificación que contribuye a aclarar la temática que venimos abordando, por la cual se distinguen los daños en función del ente afectado de las consecuencias que ellos generan.

Recordamos que existe, de conformidad con la realidad del mundo, una primaria clasificación del daño según sea el tipo de ente afectado. En este sentido podemos referirnos a un daño subjetivo, que lesiona al ser humano en sí mismo, y un daño objetivo, que se centra en las cosas del mundo, en el patrimonio del ser humano. Pero, al lado de esta primaria distinción, cabe situar aquella otra que se refiere al daño ya no en función del ente dañado sino en razón de las consecuencias que de él se derivan, ya sea tratándose tanto de la lesión al ser humano mismo como a las cosas que posee.

Como está dicho, la primera de tales distinciones tiene en consideración la naturaleza misma del ente dañado y, la segunda, toma en cuenta las consecuencias que produce el daño en cada uno de los entes que pueden ser afectados, es decir, tanto el ser humano como su patrimonio. Consecuencias que son peculiares, que se diferencian, precisamente, sobre la base de la diversidad ontológica que existe entre los bienes lesionados por el daño.

Aunque daño y consecuencia conforman un proceso inescindible, cabe distinguir uno de la otra para el efecto de aplicar, en cada caso, criterios adecuados y una correcta técnica jurídica tanto para la protección del objeto como para la reparación del daño. Lo dicho sustenta nuestra afirmación precedente en el sentido que dolor y sufrimiento son “*consecuencias*” de la lesión a un determinado aspecto de la persona. A los juristas decimonónicos se les ocurrió llamar “*moral*” al dolor o sufrimiento derivado de la lesión a una particular esfera del ser humano como es la afectiva o sentimental. Ellos también determinaron, sin mayor fundamento, que la persona colectiva o jurídica se designase como persona “*moral*”. En este último caso y tal como se ha apuntado, se ha logrado superar la tradición ya que son escasos los autores que siguen designando a la persona “*jurídica*” como persona “*moral*”. ¿Acaso se descubrió tardíamente que, no obstante la vinculación existente, que lo moral y lo jurídico pertenecían a dos distintas esferas del ser humano, subjetiva la una e intersubjetiva la otra?

Es importante tener en consideración la naturaleza del ente dañado ya que, como se ha expresado, de ello depende el criterio, la técnica, el tipo o modalidad de protección jurídica que debe otorgársele a un determinado ente así como la manera adecuada de indemnizar el daño sufrido. Alguna vez, en el aula, ante los alumnos, solemos decir que las técnicas de protección de una piedra son distintas de aquellas que se debe brindar a una copa de cristal, a un perro o al ser humano. Así como cada ente exige una determinada vía de conocimiento para acceder a él, así también cada ente exige un criterio y una técnica de protección adecuada a su calidad ontológica y, llegado el caso, una peculiar modalidad de reparación del daño que se le hubiere ocasionado.

Por lo anteriormente expuesto, somos del parecer que ha contribuido a una falta de precisión en cuanto a distinguir con pulcritud conceptual el “*daño moral*” del “*daño a la persona*”, el no haber considerado que no cabe confundir el “*ente dañado*” de las “consecuencias” derivadas de su correspondiente lesión. Es diverso el hecho que el daño incida sobre el ente denominado “*persona*” del tipo o modalidad de las consecuencias que puedan generar los múltiples y específicos daños a dicho ente. Una de dichas consecuencias es el dolor o sufrimiento que originan ciertos tipos de daño. Entre estos cabe señalar el dolor o sufrimiento que se deriva de una lesión a la esfera afectiva o sentimental del ser humano, el que tradicionalmente se ha identificado con la expresión “*moral*”. Desde nuestro punto de vista, contrariamente a lo que generalmente acontece cuando se trata de indemnizar un daño, no partimos de las “consecuencias” del daño sino de la naturaleza del ente dañado. Y, si se trata del ser humano, interesa precisar, primariamente, que aspecto o aspectos son los que han sido lesionados. Luego de ello se determinan las específicas consecuencias de la lesión. No podemos, por consiguiente, partir genéricamente de un “*dolor*” o “*sufrimiento*” para caracterizar el daño sufrido, ya que el dolor tiene diversos orígenes y grados de intensidad, los que no se limitan tan sólo a los que se generan por una lesión a la esfera afectiva o sentimental del sujeto.

Un sector de la doctrina al tomar conciencia que al lado de la lesión a la esfera afectiva o sentimental de la persona se presentaban muchas otras lesiones al ser humano, no encontró mejor fórmula que, en vez de adoptar una nueva genérica denominación que las comprendiera -como sería el caso de la expresión “*daño a la persona*”- prefiriera, sustentándose en nuestro concepto en una mal entendida tradición, incluirlas, sin más, dentro del hasta ese momento restringido y específico concepto de “*daño moral*”. De este modo, sin haberse aún visualizado el

“daño a la persona”, sin mayor esfuerzo, se decidió por dicho sector de la doctrina que esta restrictiva expresión -con la que hasta ese momento se distinguía un caso concreto de daño- cubriera una multiplicidad de hipótesis de daños que no se identificaban, precisamente, con el contenido conceptual de su precisa y tradicional noción. Es decir, se produjo lo que podríamos llamar, apelando a una metáfora económica, una “hiperinflación” conceptual de la tradicional noción de “daño moral”. Se convirtió, así, en lo que en el lenguaje corriente solemos designar como “un cajón de sastre”, es decir, aquel espacio donde se yuxtaponen una infinidad de objetos heterogéneos.

Es así que bajo el concepto de “daño moral” se crearon dos diversas situaciones jurídicas -una restringida y otra amplia- dando lugar a frecuentes e innecesarias confusiones. Al respecto nos preguntamos, ¿así como los economistas aplican “reajustes” para combatir la hiperinflación, no podríamos los juristas adoptar las medidas oportunas para rectificar un error terminológico y conceptual en la medida que no encuentra su correlato en la realidad? Es decir, un innecesario error que origina confusiones y dificultades que los juristas podrían superar fácilmente si no persistieran en utilizar la expresión “moral”, a la manera de los juristas franceses del siglo XIX, para designar una institución exquisitamente “jurídica” y de una mucha más amplia comprensión conceptual.

Así, entre otros autores, Jorge Gamarra, en una obra que data de 1994, reconoce este hecho al expresar que la definición tradicional y restringida de “daño moral” resultaba “incompleta”. Para subsanar esta deficiencia, el prestigioso profesor uruguayo postula, como solución, que el concepto de “daño moral” abarca, en realidad, un sector mayor de daños, por lo que esta noción coincide enteramente con la esfera del daño no patrimonial. Por lo tanto, es más adecuado hablar de daño no patrimonial.¹¹⁹ Reconoce explícitamente, de este modo, que existe una opción sobre dos nociones distintas de daño moral (restringida la una y amplia la otra).

El mencionado autor, siguiendo a Vaz Ferreira, es de la opinión que el dolor no es esencial al “daño moral” por lo que “desaparece la única nota que justificaría distinguir al daño moral dentro del daño no patrimonial, y la base para crear dos especies diversas dentro del daño no patrimonial”.¹²⁰ Según el profesor Gamarra son figuras que responden a una misma definición, es decir, que carecen de efectos patrimo-

119 GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, pág.15.

120 *Ibíd.* Pág. 15.

niales y tienen la misma regulación. Prefiere, por consiguiente, la denominación de daño no patrimonial para englobar en ella las dos figuras del daño moral, la restringida y la amplia.

Frente a las afirmaciones de Jorge Gamarra es dable formular algunas observaciones. En primer lugar, habría que inquirir sobre cuál sería la razón por la que se debe seguir utilizando la tradicional expresión de “*daño moral*” para referirse al daño a la persona, que Gamarra y otros autores equiparan al daño no patrimonial, situación que, de hecho, causa confusión sobre todo entre los iniciados en la disciplina jurídica.

La segunda observación se refiere a que, en el supuesto negado de admitir tal equiparación entre “*daño moral*” y “*daño no patrimonial*”, cabe preguntarse por cuál sería la razón para designar como “*no patrimonial*” -privilegiando así al patrimonio sobre el ser humano- a lo que es, simple y llanamente, un daño a la persona en toda la extensión del concepto. Nos parece que ambas son dos seculares tradiciones que ha llegado la hora de cuestionar a la luz de los hallazgos de la Antropología Filosófica.

No advertimos el motivo, aparte del probable culto a una tradición mal entendida o a la ley del mínimo esfuerzo, para seguir denominando como “*moral*” un daño de indudable naturaleza y consecuencias jurídicas. Al compartir las precisiones de Jorge Mosset Iturraspe no comprendemos por qué debemos seguir rindiendo tributo a una tradición que el tiempo ha desdibujado, que ha sido desmentida por la realidad. No entendemos, por consiguiente, por qué se continúa denominando “*moral*” a lo “*jurídico*”. Si la gran mayoría de los autores y de los cuerpos legales han sido capaces de abandonar, por no ser descriptiva de su objeto, la tradicional expresión de persona “*moral*” y sustituirla por la de persona “*jurídica*” -que en verdad es colectiva-, no vemos la razón para que en un caso similar, como es el del daño “*moral*”, no se produzca idéntico cambio. ¿Por qué, asimilar a la expresión “*moral*”, que tradicionalmente se ha empleado para significar dolor o sufrimiento derivado de una lesión a la esfera afectiva, los múltiples y diversos daños que se producen en agravio de la persona, lesionando su cuerpo, su psique o su proyecto de vida? ¿Nos preguntamos, así mismo, qué tiene que ver todo esto, que es estrictamente “*jurídico*”, con lo “*moral*”? Parecería que, como en otros tiempos que son ya historia, seguimos confundiendo empecinadamente lo “*moral*”, que se enraíza en la pura subjetividad, con lo jurídico que aparece a partir de la intersubjetividad.

Cuando escribimos estas líneas emergen en nuestra memoria dos nombres ilustres que son orgullo del pensamiento jurídico latinoamericano. Nos referimos a Teixeira de Freitas y Vélez Sarsfield. Admiramos, a más de un siglo y medio de distancia en el tiempo, su lucidez, su coraje intelectual para enfrentar, en la segunda mitad del siglo XIX, el tradicional pensamiento dominante sobre el tratamiento jurídico del concebido, al que se le consideraba, por todos los códigos civiles del mundo, en aquel entonces y hasta ahora, como una simple ficción. Es decir, un ente que carecía de significación actual para el derecho y que, cuando se suponía que debería ser lo que es, dejaba de serlo por cuanto ya era un nacido, una persona natural. Por ello, resumiendo esta peculiar situación en que el derecho había sumido al concebido, decíamos que éste, según la teoría de la ficción o del engaño, “*es lo que no es y que, cuando es, ya no es*”. Es decir, que mientras era concebido había que esperar que naciera para considerarlo como un concebido sujeto de derecho, pero que en el instante del nacimiento ya no era concebido sino una persona natural, por lo que siempre era una nada para el derecho.

Según la hasta ahora dominante teoría de la ficción, se ignoraba que el concebido era realmente un ser humano, que debería ser una realidad para el derecho, un sujeto. Como es sabido, se le consideraba como una ficción, “*algo*” que debería esperar nacer para recién adquirir la categoría jurídica de sujeto de derecho. Pero, como es evidente, cuando el concebido nacía ya no era tal, pues nos hallamos en este instante existencial ante una persona natural.

Tanto Teixeira de Freitas, a mitad del siglo XIX, como Vélez Sarsfield en 1869, intuyeron la realidad del concebido como ser humano y, con valentía que nos enorgullece como latinoamericanos tributarios de su pensamiento, lo consideraron y lo denominaron como “*persona por nacer*”, desafiando, de este modo, una consagrada, férrea y unánime tradición. Su convicción, que superaba las “*construcciones*” conceptuales y que más bien se inspiraban en la observación de la realidad y las voces de la ciencia, fue ignorada o silenciada por cerca de siglo y medio hasta que llegó el Código Civil Peruano de 1984.

10. “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” Y “DAÑO MORAL”

Por todo lo expuesto, estimamos que no es posible confundir el llamado “*daño moral*” que, como lo hemos expresado incide sobre la esfera afectiva del sujeto en tanto perturbación psíquica no patológica (*pretium doloris*), del trascendente “daño al proyecto de vida” que afecta el sentido mismo de la existencia, tal como lo hemos intentado describir en precedencia. La distinción es doble. De un lado,

se debe considerar algo que es fundamental como es el aspecto del ente *ser humano* que se afecta.

Es decir, si el evento dañino compromete la unidad psicosomática en cualquiera de sus múltiples aspectos o, en cambio, afecta la libertad en cuanto “*proyecto de vida*” en marcha.¹²¹

En el caso del “*daño moral*” el evento dañino incide sobre la unidad psicosomática, más precisamente sobre la esfera afectiva de la persona, mientras que en el “*daño al proyecto de vida*” se atenta contra la libertad convertida en acto o conducta, es decir, se lesiona la libertad fenoménica.

De otro lado, también cabe señalar que ambas modalidades de “*daño a la persona*” se distinguen a partir de sus consecuencias. Las consecuencias del “*daño moral*”, que hieren los sentimientos y los afectos de la persona, por hondos que puedan ser, no suelen acompañar al sujeto, al menos con la intensidad inicial, durante su transcurrir vital. La tendencia general es que dichas consecuencias, los dolores o sufrimientos, las perturbaciones psíquicas no patológicas, cualquiera sea su origen, suelen disiparse, disminuir, transformarse o atenuarse con el pasar del tiempo. Así, un profundo y explicable dolor experimentado por la muerte de un ser querido es muy intenso en un primer momento pero, poco a poco, va diluyéndose, transformándose en otros sentimientos y afectos. Muchas veces el dolor inicial se convierte, con el transcurso del tiempo, en un sentimiento duradero de orgullo por la calidad humana del que ya no nos acompaña en la ruta de la vida, o en uno de gratitud para con el ser querido que dejó de existir por lo mucho que de él recibimos mientras estuvo con nosotros. Más que con dolor, muchas veces evocamos con ternura, nostalgia y afecto la memoria de quien nos abandonó. Con frecuencia, el sufrimiento que experimentamos en el pasado se transforma en una remembranza de sus cualidades personales y, al considerarlo como un paradigma, tratamos de seguir su ejemplo.

En cambio, en el supuesto del “*daño al proyecto de vida*” la situación es diferente. Se trata de un daño cuyas consecuencias, que comprometen la existencia misma del sujeto, suelen perdurar. Ellas difícilmente logran ser superadas con el transcurso del tiempo. El daño causado es de tal magnitud que frecuentemente acompañan a la persona por toda la vida, por lo que compromete su futuro. La víctima ha perdido, en gran medida, su propia identidad. Dejó de ser lo que libremente se propuso ser. Dejó de realizarse a plenitud. Es, pues, imposible con-

121 Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. Cit.

fundir las consecuencias, a menudo devastadoras, del “*daño al proyecto de vida*”, con aquellas otras, de naturaleza afectiva, que son constitutivas del “*daño moral*”.

11. SIGNIFICADO DE LAS CONQUISTAS DEL DERECHO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA PERSONA

Al concluir esta propuesta, este manojito de reflexiones y sugerencias que fluyen de la observación de la vida misma y de nuestra experiencia existencial, desearíamos reafirmar, una vez más, que todo ello ha sido posible a partir de los hallazgos y aportes del personalismo jurídico que, en tiempos recientes, ha reivindicado para el derecho el valor de la vida humana. De igual manera, quisiéramos recordar, con Busnelli, que la laboriosa y controvertida elaboración de una noción comprensiva del daño a la persona, que incluye los matices que hemos señalado y que resultan de la compleja y rica estructura psicosomática del ser humano, tiene un profundo significado en la medida que representa una triple conquista del derecho contemporáneo.¹²²

La primera de ellas, de enorme trascendencia, es el que tanto la doctrina como la jurisprudencia comparadas han abandonado en tiempos recientes el criterio que tenía exclusivamente en consideración el aspecto económico de la vida humana para los efectos de la reparación del “*daño a la persona*”. Esta miope actitud había arrastrado al derecho a un tratamiento decididamente materialista de la vida humana. Haber superado esta posición resulta ser una evidente conquista lograda en las últimas décadas del siglo XX. Se ha dejado atrás la concepción *del homo faber*, del hombre productor de renta, en el sentido que era el único que merecía ser indemnizado por el derecho para sustituirla por otra en la que el ser humano, cualquier ser humano, al tener pareja dignidad, merece, por consiguiente, la plena protección del derecho. Así, los concebidos, los infantes, los ancianos, los jubilados, los ancianos, los permanentemente incapacitados, los religiosos, los desocupados, las amas de casa, han logrado ser considerados “*sujetos de derecho*” para los efectos de ser acreedores de indemnización en el caso de haber sufrido un daño a pesar de no producir riqueza.

No podrá seguir considerándose en el futuro que existen seres humanos de primera categoría, privilegiados sólo por producir riqueza, con menoscabo de

122 BUSNELLI, Francesco D. *Considerazioni conclusive sulla Prima Giornata* en “Giornate di studio sul danno alla salute”, Cedam, Padova, 1990, pág. 325 y ss.

aquellos otros, tenidos como de segunda categoría, por el simple hecho que, por circunstancias generalmente ajenas a su voluntad, no cumplían este específico rol social. No es posible que, bajo un estrecho criterio economicista, se marginase y se les desamparase. Según esta óptica materialista no cabía reparar los daños que se causasen a estos sujetos de derecho, tenidos como verdaderos parias del derecho.

Una segunda conquista, al decir del propio Busnelli, es aquella de haber logrado diseñar una noción de “*daño a la persona*”, lo suficientemente amplia, que pueda cubrir una infinidad de posibles daños y obtener su casi general reconocimiento jurisprudencial y doctrinario, lo que no ha sido nada fácil si se tiene en cuenta la evolución conceptual del “*daño a la persona*” y la ausencia de claridad para comprender que el “daño moral” no es una categoría autónoma y paralela a la del “*daño a la persona*” sino un aspecto de esta última genérica noción.

Esta última conquista ha llegado a plasmarse en un concepto autónomo, amplio, genérico y comprensivo de “*daño a la persona*” que aparece en el artículo 1985 del Código Civil Peruano de 1984, donde se acoge el deber de reparar el “*daño a la persona*” sin limitación alguna.

Una tercera conquista es la de haber comprometido en el estudio y diseño del “*daño a la persona*” y de su consiguiente reparación no sólo a juristas sino a médicos legistas, economistas, psicólogos, aseguradores, expertos en cálculos actuariales, entre otros. Es decir, el análisis del “*daño a la persona*” ha convocado a equipos interdisciplinarios, lo que permite un mejor, más amplio y fino tratamiento del tema que nos preocupa.

Según nuestro personal criterio existen, aparte de las tres conquistas del derecho contemporáneo en cuanto al “*daño a la persona*” subrayadas por Busnelli, otras dos conquistas que cabe mencionar por su importancia. Nos referimos al inicio de un proceso tendiente a incorporar el “*daño moral*”, en cuanto lesión psíquica no patológica, dentro del amplio y comprensivo concepto de “*daño a la persona*”. Estimamos que sobran argumentos para ello y que, para el efecto, bastaría conocer la estructura ontológica del *ser humano* y observar que aspectos de él han sido lesionados para comprender lo antes afirmado. Estamos convencidos que con el transcurso del tiempo y la necesaria sedimentación de las ideas, se logrará, no sin esfuerzos, desterrar del léxico jurídico el supuestamente autónomo concepto de daño “*moral*” para su incorporación dentro de la genérica noción de “*daño a la persona*”.

Una última conquista, que se sustenta en un aporte del derecho latinoamericano, consiste en haberse puesto de manifiesto, en la mitad de la década de los años ochenta del siglo pasado, la posibilidad de causársele a la persona un daño que puede ser devastador en cuanto a hacerle perder el sentido de su propia vida, a incidir en su destino personal, en su plena realización. Ello sólo fue dable a raíz del aporte de la filosofía de la existencia que evidenció que el ser humano era un **ser libertad**. Este “*redescubrimiento*” permitió, precisamente y como se ha referido en precedencia, que se reflexionase sobre la posibilidad, cierta y futura, de dañar la realización del “*proyecto de vida*” de la persona en cuanto libertad fenoménica. La gravedad de este daño, que puede menoscabar, retardar o frustrar la realización del “*proyecto de vida*” puede llegar a la situación límite de crear en la persona un vacío existencial.

No está dicha, aún, la última palabra en lo que concierne al “*daño a la persona*” y, en especial, en lo que atañe al novísimo “*daño al proyecto de vida*”. De otro lado, no se ha esclarecido aún para un sector de la doctrina, de modo definitivo, los linderos conceptuales entre el genérico “*daño a la persona*” y el específico “*daño moral*”. Para ello, como es comprensible y lo avala la historia y la experiencia personal, se requiere todavía de un periodo de sedimentación de las ideas expuestas, de su debida evaluación, de su plena comprensión y general aceptación. Ello ha de ocurrir dentro del proceso de evolución de la disciplina jurídica.

Todo lo expuesto nos permite comprobar que todavía nos hallamos inmersos en un proceso de afinamiento y profundización constantes de dichas nociones, sobre todo en lo que se refiere a la debida valorización y liquidación del “*daño a la persona*” en cualquiera de sus aspectos. Demostrativo de este proceso es, sin duda, el importante desarrollo que se observa, en cuanto al “*daño a la persona*”, en los más recientes pronunciamientos judiciales así como los numerosos Congresos Internacionales que se ocupan del tema y la cada vez más abundante literatura jurídica que enriquece nuestro conocimiento de la materia.

Se ha logrado, así, un relativo avance como es el de sensibilizar a los hombres de derecho en torno a la gravitación jurídica del “*daño a la persona*” y, en especial, del “*daño al proyecto de vida*”, así como sobre la exigencia en cuanto a su justa reparación. Resta, sin embargo y tal como se ha señalado, que un todavía significativo sector de la doctrina logre compenetrarse con estos nuevos planteamientos de inspiración humanista. Estamos convencidos que ello sucederá en los próximos años como natural producto de la sedimentación de las ideas propuestas por el

personalismo jurídico. En esta dirección, no obstante los múltiples tropiezos que se advierten, se mueve la historia: hacia la humanización del derecho positivo.

LA INTERVENCIÓN DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

Gilberto Martínez Rave

A raíz de la sentencia proferida el 16 de diciembre de 1998 por la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en el proceso radicado bajo el número 10.589, con ponencia del magistrados Carlos Augusto Gálvez Argote se han presentado dificultades en conocer qué papel deben jugar las compañías de seguros en el trámite de los procesos penales en los cuales se juzgan delitos por personas que han adquirido los seguros de responsabilidad civil. Los delitos más frecuentes que cometen los asegurados son los de homicidio y lesiones personales culposas consecuencia de los accidentes de tránsito y los cometidos por profesionales de la medicina en los cuales los conductores y profesionales y los terceros civilmente responsables, como los propietarios del vehículo o las empresas de transporte, y los profesionales y las I.P.S. o E.P.S., han adquirido pólizas que cubren el riesgo de responsabilidad civil o más popularmente conocido como seguro de daños a terceros.

Debe quedar claramente establecido que la responsabilidad penal no es asegurable en cambio la responsabilidad civil proveniente del delito sí, como sucede en los accidentes con vehículos automotores en los cuales se puede exigir la responsabilidad civil de los autores o de los terceros o garantes de los procesados, entre ellos las compañías de seguros que expiden las pólizas por responsabilidad civil contractual a favor de los pasajeros o extracontractual a favor de los peatones. En igual forma se puede exigir responsabilidad civil al profesional de la medicina y vincular como terceros civilmente responsable a las I.P.S. o E.P.S., a la cual se encuentra vinculado en el momento de su intervención.

Mencionaremos las situaciones que se presentan en esos procesos y la intervención o participación de las aseguradoras como son la conciliación y el llamamiento en garantía. Veamos independientemente cada una de ellas.

CONCILIACIÓN. Un mecanismo del derecho privado que se ha llevado al procedimiento penal en busca de soluciones rápidas y prácticas a los numerosos problemas que se presentan cuando ocurre un accidente de tránsito y resultan

afectadas personas que mueren o son lesionadas o cuando el profesional de la medicina origina algunas dificultades en su intervención. La conciliación establecida por el art. 41 del C.P.P., se autoriza como mecanismo para buscar una cifra o valor que permita poner fin a las acciones penales o civiles que se adelanten en el proceso penal cuando se trata de delitos querellables, que también admiten desistimiento o cuando se trata de delitos oficiosos que admiten la indemnización integral que consagra el art. 42 del mismo estatuto, como son el homicidio y las lesiones personales culposas no agravadas, delitos contra el patrimonio económico sin violencia, lesiones personales con secuelas transitorias y delitos contra los derechos de autor que permiten su terminación por pago de la indemnización integral. Ningún otro delito admite el mecanismo de la conciliación. La norma mencionada establece: *“En los delitos que admiten desistimiento, en los de delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas, cuando no concurren algunas de las circunstancias de agravación punitiva, consagradas en los artículos 110 y 121 del C.P., en las lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, en los delitos contra los derechos de autor y en los delitos contra el patrimonio económico, la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare íntegramente el daño ocasionado”*. La extinción de la acción a que se refiere el presente artículo no podrá proferirse en otro proceso, respecto de las personas en cuyo favor se haya proferido resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento por este motivo dentro de los cinco años anteriores. Para el efecto la Fiscalía General de la Nación llevará un registro de las decisiones que se hayan proferido por aplicación de este artículo. La reparación integral se efectuará con base en el avalúo que de los perjuicios haga un perito, a menos que exista acuerdo sobre el mismo o el perjudicado manifieste expresamente haber sido indemnizado.

La figura jurídica de la indemnización integral ha sido seriamente cuestionada por autorizar que con el pago de la indemnización termine la acción penal y la acción civil consecuencia del delito y que permite eludir y evitar las consecuencias penales que se deben imponer normalmente a quienes tienen la capacidad económica para atender al pago de la reparación de los daños y perjuicios. Otros la defienden porque los problemas originados en los accidentes de tránsito y en la intervención de los profesionales de la salud son muy frecuentes y es necesario establecer un mecanismo que permita solucionarlos rápidamente y así la víctima recibir una compensación, aunque sea pequeña de los daños ocasionados, como sucede en los homicidios y las lesiones personales culposas que no se ocasionan intencional o dolosamente sino que son consecuencia de una imprudencia, una

negligencia o una impericia y deben tener un tratamiento más benigno, no solo en cuanto a la pena que debe imponérsele, que es más leve que el homicidio intencional, sino en el trámite del proceso en el cual se consagran beneficios especiales como la libertad provisional mientras se adelanta el proceso, la condena de ejecución condicional en caso de sentencia condenatoria, la prisión domiciliaria, etc. Por eso los más beneficiados son los conductores en accidentes de tránsito y los profesionales de la salud, los cuales, generalmente, ocasionan daños culpablemente, esto es sin intención.

Y es allí donde deben actuar las compañías aseguradoras para participar en los mecanismos establecidos para lograr llegar a un arreglo en el monto de la indemnización y poner fin a las acciones penales y civiles que de esa conducta pueden generarse. Debe precisarse que el pago de la indemnización integral no es un mecanismo para poner fin a la acción penal de todos los delitos. Es solo para aquellos que se mencionan en el art. 42 del C.P.P., pero para nada más, no está consagrada para utilizarse en todos los delitos sino para los que en forma expresa consagra el art. 42 del Código de Procedimiento Penal ya transcrito. Por ser un beneficio excepcional no puede aplicarse a delitos diferentes a los allí expresamente contemplados ni por analogía ni por interpretación favorable. Están excluidos de este beneficio los conductores o profesionales de la medicina que ocasionan daños estando bajo los efectos del licor o cualquiera otra sustancia o estupefaciente como la cocaína, la marihuana, el bazuco, la heroína, etc., siempre y cuando sean determinantes en el accidente o en la intervención. Los dictámenes médico – legales o de los expertos ayudan a conocer si la conducta se realizó bajo la influencia de sustancias que modifican en el estado anímico del conductor o profesional de la salud protagonista del accidente o de su intervención y por eso se hace necesario que los especialistas en esas actividades lo indiquen y señalen en forma precisa en sus experticios. Tampoco pueden favorecerse de ese beneficio los conductores o profesionales de la medicina que una vez presentado el accidente abandonan el lugar, huyen dejando a las víctimas abandonadas a su suerte. Se pretende que el conductor preste colaboración a las víctimas del accidente y el médico a su paciente para hacer menos dañinas las consecuencias del daño. No son de recibo las disculpas o explicaciones del abandono del lugar por temor a venganzas, represalias o por la necesidad de acudir a otros lugares, al hospital o disculpas parecidas. Se pretende que el conductor y el profesional de la medicina, una vez ocurrido el accidente o la intervención, ayuden y colaboren con sus víctimas trasladándolas a los centros asistenciales o establecimientos de salud para facilitarles su mejoría o recuperación de las consecuencias sufridas.

Se puede concluir que un porcentaje alto de conductores protagonistas de accidentes de tránsito y los profesionales de la salud, que estén en condiciones anímicas adecuadas para actuar, es decir que no estén bajo el influjo de la bebida embriagante o de droga que produzca dependencia física o síquica y que no abandona sin justa causa el lugar de los hechos sino que permanece allí ayudando a los perjudicados, pueden beneficiarse de la posibilidad de poner final a las acciones penal y civil que se adelanten en el proceso penal, pagando la indemnización integral, completa, de los daños y perjuicios ocasionados con el accidente o la intervención.

La conciliación se convierte en un mecanismo que permite llegar a una fórmula o arreglo sobre la tasación o valoración de los perjuicios, tanto materiales o patrimoniales en sus manifestaciones de daño emergente y de lucro cesante, como los morales en sus manifestaciones de objetivos o subjetivos e inclusive los que atentan contra la vida de relación. La audiencia de conciliación puede cumplirse dentro o fuera del proceso penal, por solicitud de los intervinientes en el proceso interesados en resolver el problema o por disposición oficiosa del funcionario judicial en las diferentes etapas del proceso, eso es en las diligencias previas, en la instrucción y en el juzgamiento. La conciliación es viable en los delitos querellables, que admiten desistimiento y en los delitos oficiosos que autorizan el pago de la indemnización integral, según los arts. 41 y 42 de la ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal. Últimamente se autoriza la celebración de la audiencia de conciliación en los centros de conciliación autorizados y ante los jueces de paz siempre y cuando dicha conciliación sea conocida por el funcionario penal correspondiente antes de la sentencia de primera instancia. Esto es que si el proceso está en la etapa de las diligencias previas o en la etapa de la instrucción será el fiscal y si es en la etapa de juzgamiento será el juez, quienes efectuarán un control judicial o un control de legalidad. Sin ese control del funcionario judicial, fiscal o juez según el momento correspondiente, el acta de conciliación no adquiere las características de cosa juzgada o de título ejecutivo.

La conciliación, cuando se trata de accidentes de tránsito en los cuales sólo se presentan daños a las cosas, a los bienes (generalmente en las colisiones de dos o más vehículos, en el deterioro de bicicletas o en algunos casos de inmuebles) pueden celebrarse ante las autoridades de tránsito si son de mínima cuantía. Las de menor y mayor cuantía deberán celebrarse ante los jueces civiles correspondientes, tal como lo consagra la ley 769 del 2002 o nuevo Código de Tránsito. Pero cuando se presentan daños a las personas, ya sea la muerte o las lesiones

personales culposas, debe efectuarse ante los fiscales o jueces penales. Si la incapacidad fijada es mayor de sesenta días o queda otra secuela diferente es un delito investigable de oficio. Si la incapacidad es menor de 60 días, como única consecuencia, es querellable y su investigación y juzgamiento no se inicia ni adelanta sino por solicitud del ofendido, esto es petición expresa del querellante legítimo, del lesionado. Si las secuelas son diferentes a la simple incapacidad, se trate de delitos culposos investigables de oficio cuya competencia es de los jueces penales municipales, pero que investigan los fiscales, por querrela son conciliables, siempre y cuando no estén agravadas por las circunstancias contempladas en los arts. 110 y 121 del Código Penal. La audiencia de conciliación se puede realizar ante cualquiera de los funcionarios penales, fiscal o juez, en el momento que el expediente esté en su despacho.

La conciliación es viable en los delitos querellables, que también admiten el desistimiento, y en ciertos delitos oficiosos señalados en el art. 42 del C.P.P., como el homicidio y las lesiones personales culposas sí originan una incapacidad mayor de sesenta días que admiten indemnización integral. El pago de la indemnización puede hacerse por el procesado si es único, por uno de los varios procesados si son más de uno, o por un tercero interesado en el proceso. Y aquí es donde aparece la oportunidad que tienen las compañías de seguros de demostrar la importancia y bondad de los seguros de responsabilidad civil y ayudar y colaborar con sus asegurados. Para obtener esos beneficios las aseguradoras deben participar en la audiencia de conciliación y colaborar a encontrar fórmulas de pago que implica el participar con la suma asegurada, total o parcialmente, y así lograr que su asegurado se beneficie de esa oportunidad que le brinda la ley y evitarle ser sujeto pasivo de las acciones penal y civil que de su conducta pueden originarse. En la audiencia de conciliación, que se celebra por solicitud de alguno de los sujetos procesales o intervinientes o es dispuesta de oficio por el fiscal o el juez, se pretende llegar a un acuerdo sobre el monto de la indemnización integral de los perjuicios ocasionados con el delito y encontrar un valor que se considere indemnización integral. Si la aseguradora, que expidió una póliza para cubrir el riesgo de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual o daños a terceros, debe participar en la solución del problema económico y facilitar así el reconocimiento del beneficio a su asegurado, lo que se convierte en un elemento más de atracción hacia los seguros de responsabilidad civil, tan desprestigiados últimamente por la poca efectividad que tienen. Claro que la indemnización que asume la aseguradora debe respetar el monto máximo acordado en la póliza.

¿Pero cómo puede participar la compañía aseguradora en la audiencia de conciliación sino es protagonista del hecho y sólo es un tercero que tiene obligaciones civiles con el asegurado? La compañía de seguros puede intervenir como tercero civilmente responsable, esto es alguien que no tiene responsabilidad penal pero sí responsabilidad civil en sus consecuencias o es un garante civil del procesado. La norma penal autoriza a participar en la audiencia de conciliación a toda persona que quiera o pueda pagar por el procesado, sin necesidad de aparecer vinculado formalmente sino con la posibilidad de pagar en nombre de aquél. La Corte Constitucional en sentencia C – 0228 del 3 de abril del 2002 declaró la inexecutable del art. 47 del C.P.P., que exigía la resolución de apertura de la instrucción para autorizar la constitución de parte civil. Hoy se pueden constituir en parte civil en las diligencias previas y no es necesario que aparezca formalmente vinculada como tercero civilmente responsable sino acreditar que expidió la respectiva póliza.

Las instituciones jurídicas deben tener un objetivo o finalidad. Por eso compartimos el criterio que permite que a la audiencia de conciliación puedan concurrir las personas que pueden pagar por el procesado, que es su objetivo principal. Nada impide que el funcionario oficiosamente o por solicitud de alguno de los protagonistas del accidente, cite a la compañía de seguros cuando tenga conocimiento, por cualquier medio, que ella expidió una póliza de responsabilidad civil contractual o extracontractual, vigente al momento del accidente y la obligue a que participe en la audiencia de conciliación como lo autoriza el art. 150 del C.P.P., y ayude a encontrar una solución al problema económico surgido del delito. Al fin y al cabo si se declara la responsabilidad penal del asegurado la compañía de seguros deberá pagar hasta el valor acordado del monto de la indemnización ya dentro del proceso penal o ya dentro de un proceso civil indemnizatorio. Por eso su intervención le permite beneficiarse con un arreglo anticipado. En la audiencia de conciliación ganan la víctima, que recibe parte de la compensación, el procesado o asegurado que pone fin a las dos acciones, penal y civil, y la compañía de seguros que puede llegar a un arreglo más favorable.

Pero en nuestras compañías de seguros prima más un sentido de rendimiento económico sobre el de servicios. Muchas de ellas, que no todas afortunadamente, estiman que su papel es o exigir la condena penal para pagar el valor acordado o dejar que el proceso continúe hasta su terminación con todas las molestias, inconvenientes y costos que trae para el asegurado e inclusive para la misma compañía para que el funcionario judicial decida sobre la responsabilidad penal

y civil del asegurado y fije el monto de la indemnización adeudada incluyendo obviamente la indexación de la condena. Al fin y al cabo el valor a pagar, dos, tres o más años después del accidente no superan el máximo acordado en la póliza y por tanto es económicamente recomendable esperar que el funcionario penal investigue y juzgue. Mientras tanto la compañía utiliza el dinero y este le produce el rendimiento necesario para pagar el valor acordado en la póliza y les deja utilidades adicionales. Les importa muy poco las utilidades que deba sufrir el asegurado por ese motivo, cuando bien pueden ayudarlo a resolverlo en forma rápida y oportuna contribuyendo a la conciliación y liberando al asegurado del resto del trámite procesal. Inclusive en este caso se están cometiendo situaciones materia de análisis de los Tribunales éticos de la profesión de abogado si cuando el asegurado otorga poder para que lo asista un apoderado designado por la compañía aseguradora que no lo deja conciliar lo que se convierte en una incompatibilidad de intereses pues defiende más los intereses de la aseguradora que de la de su poderdante. En la práctica defiende los intereses de la compañía y abandona al asegurado que le dio el poder de representación y cuyos intereses debe defender por encima de cualquier otra consideración.

¿Pero cómo debe ser la vinculación y participación de las compañías aseguradoras en esas conciliaciones? Estimamos que para que participen, con todos los derechos y obligaciones de los demás concurrentes no es necesaria una vinculación formal como tercero civilmente responsable. Debe concurrir atendiendo a la citación del funcionario judicial y participar en ella. Puede hacerlo en las diligencias previas, en la etapa de la instrucción o en la etapa de la causa, inclusive en la segunda instancia. La legislación procesal colombiana permite que en el proceso penal puedan intervenir la persona, que sin haber participado en la conducta delictual, es decir sin tener responsabilidad penal tenga responsabilidad civil, y actúe como garante del procesado, causante o asegurado, que deban reconocer la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con el delito. La póliza de responsabilidad civil puede ser tomada por el conductor, por el propietario del vehículo o por la empresa afiliadora en los accidentes de tránsito. En el caso de los profesionales de la salud puede ser tomada por el médico, por la I.P.S. o por la E.P.S., a la cual se encuentra vinculado. Es lo que generalmente sucede en los accidentes de tránsito con los propietarios, administradores o guardadores de los vehículos y con las empresas de transporte a las cuales está afiliado. Aunque ellos no han participado materialmente en la comisión del delito sí deben responder por las consecuencias patrimoniales de su conductor en su condición de propietario, patrono o afiliador del vehículo, que les permite parti-

cipar en la audiencia de conciliación en busca o procura de un arreglo amigable, como garantes de los conductores que deben responder civilmente por los daños y perjuicios que este ocasiones con el vehículo. Igual sucede en el caso de los profesionales de la medicina en donde puede llamarse como terceros civilmente responsables a la I.P.S. o a la E.P.S., a la cual se encuentre afiliado como garantes civiles de la conducta del profesional de la medicina y por lo tanto deben participar en la audiencia de conciliación.

En síntesis consideramos que a las audiencias de conciliación que se celebran en los procesos penales donde se investiguen accidentes de tránsito o la intervención de los profesionales de la salud deben concurrir no solo los conductores o procesados penales sino también las personas o instituciones que como garantes civiles tienen la obligación de atender a la indemnización de los daños y perjuicios causados, como es el caso de los dueños de los automotores, las empresas de transporte a las cuales están afiliados y las compañías de seguros que han expedido pólizas de responsabilidad ya sea contractual o extracontractual. En igual forma deben concurrir en las intervenciones contra los profesionales de la salud, la I.P.S. y la E.P.S., a la cual se encuentre vinculado el médico o profesional de la salud en los procesos por delito de homicidio y lesiones personales culposas.

Si la audiencia de conciliación se realiza antes de la apertura de la investigación, en las diligencias previas, concurrirán los potenciales sujetos procesales en busca de una solución. Esto es que podrán concurrir el procesado, su defensor, los terceros civilmente responsables como el patrono del chofer, el dueño del vehículo, la empresa transportadora y la compañía de seguros que expidió la póliza de responsabilidad civil correspondiente por un lado y por el otro la víctima o los perjudicados, quienes podrán intervenir personalmente aunque nada impide que designen un apoderado para que lo asista en esa diligencia. Insistimos que igual sucede cuando se adelanta un proceso por homicidio o lesiones personales culposas contra un profesional de la salud que está protegido por una póliza de responsabilidad civil contractual o extracontractual, según el caso, donde deban concurrir la I.P.S. o la E.P.S., a la cual está vinculado.

Hemos comentado que actualmente la conciliación podrá realizarse en los centros de conciliación debidamente aprobados o ante los jueces de paz caso en el cual deberá llenarse un requisito posterior y es que el funcionario penal que está conociendo del proceso cumplirá una especie de control de legalidad y por lo tanto el acta de conciliación no tendrá ningún efecto penal si el funcionario penal no aprueba la conciliación antes de la sentencia de primera instancia. Si es

posterior a esa providencia no alcanza para ser un elemento que permita poner fin a las dos acciones, tanto la penal como la civil. La gran diferencia en la conciliación dentro del proceso penal es que pone fin a las dos acciones, tanto la penal como la civil. Mientras en el procedimiento civil solo pone fin a la acción civil.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS. A raíz de la sentencia que se mencionó en la parte inicial de este trabajo se ha cuestionado si es posible o no jurídicamente vincular al proceso penal a las compañías de seguros que han expedido pólizas de responsabilidad civil ya sea contractual, que cubre a los pasajeros, o extracontractual que cubre a los peatones, cuando se presenta un accidente de tránsito.

Respetamos pero no compartimos los criterios expuestos en la sentencia comentada inicialmente y en la cual se llega a la conclusión que no pueden vincularse al proceso penal por llamamiento en garantía a las compañías de seguros y los perjudicados o víctimas, aunque tienen acción directa contra la aseguradora y deberán esperar que termine el proceso penal para poder acudir a la jurisdicción civil a iniciar un proceso independiente del penal para pretender judicialmente su indemnización.

Consideramos un error grave esa conclusión. Cuando el proceso penal colombiano admitió la participación del tercero civilmente responsable en el proceso penal, figura muy cuestionada por la Corte Suprema de Justicia en su sala penal, que en dos ocasiones declaró inexecutable normas que intentaron su vinculación, se pretendió facilitar la terminación anticipada de los procesos para descongestionar la justicia penal. Se consideró que así se da aplicación a la famosa “*economía procesal*” que permite descongestionar los despachos judiciales y que en un solo proceso se decidan varias controversias. Por eso, siguiendo tendencias del derecho internacional, se autorizó a que personas que no habían participado en la comisión del delito pero tenían obligación de pagar la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados con el delito, pudieran ser vinculadas al proceso penal como terceros civilmente responsables para que, como garantes del procesado, respondieran patrimonialmente por los hechos de aquél. Por eso, de acuerdo con los arts. 96 del Código penal o la ley 599 del 2000, y los artículos 46 y 140 del Código de procedimiento penal o la ley 200 del 2000, podrán vincularse al proceso penal para que respondan patrimonial, económicamente y solidariamente, no solo las personas que resulten condenadas penalmente sino aquellas que de acuerdo con la ley sustancia deban responder patrimonialmente como garantes del procesado.

Los garantes que se pueden vincular al proceso penal colombiano, son los que de acuerdo con la ley o con un contrato, que es una ley para las partes según el art. 1602 del C.C., deben responder por otros. No hay duda que las personas que por ley deben responder patrimonialmente por otras (artículos 2347, siguientes y concordantes y el art. 2356 del Código Civil, pueden ser vinculadas como terceros civilmente responsables dentro del proceso penal, tal como expresamente lo señala el art. 140 del Código de Procedimiento Penal.

(El tercero civilmente responsable es quien sin ser autor o partícipe de la comisión de la conducta punible tenga la obligación de indemnizar los perjuicios. No hay duda que el art. 1602 del Código Civil, que es ley para las partes, obliga a respetar los acuerdos y obligaciones contractualmente adquiridas. Por lo tanto no hay duda que el contrato de seguros es un contrato regido por el Código de Comercio, ley sustancial que convierte en garante civil a la aseguradora que expidió la póliza de responsabilidad civil y el perjudicado o víctima tiene acción directa contra la aseguradora que puede ejercer dentro del proceso penal constituyéndose parte civil o ante la jurisdicción ordinaria civil a través de un proceso indemnizatorio.

La falta de regulación expresa de la figura del LLAMAMIENTO EN GARANTÍA en el procedimiento penal que fue un argumento para negar su vinculación desapareció al contemplar el nuevo estatuto procesal, ley 600 del 2000, expresamente ese mecanismo en el proceso penal. El art. 71 del C.P.P. consagra: *“Intervención de otros terceros. Dentro del proceso penal, en ejercicio de la acción civil, podrá proponerse la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía.*

El art. 57. Del Código de Procedimiento Civil establece: *“Llamamiento en garantía. Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores”.* No hay duda que para el llamamiento en garantía, tanto en el proceso penal como en el proceso civil, debe existir una obligación legal o contractual del tercero de indemnizar o reintegrar los dineros adeudados por el procesado. Esto es que la obligación legal de responder por los hechos de un tercero están los que la ley consagra como tales, los conductores o profesionales del derecho y los que por ley o por contrato han adquirido esa obligación. Es por ello que en el procedimiento civil el perjudicado puede demandar directamente a la compañía aseguradora, contra la cual tiene acción directa, sino que puede el per-

judicado asegurado llamarla en garantía para que responda de las obligaciones que contractualmente adquirió. Igual puede hacer hoy el asegurado vinculado al proceso penal. Nada impide que se vincule al asegurador al proceso penal ya sea por el perjudicado a través de una demanda de parte civil o por el procesado en su indagatoria o posteriormente o por lo terceros civilmente responsables ya vinculados, como sería el propietario del vehículo o la empresa a la cual está afiliado. Nada impide su vinculación por el perjudicado o por el procesado o un tercero ya vinculado al proceso.

No existe ninguna razón jurídica valedera para que las compañías de seguros, como garantes del procesado no puedan ser vinculadas al proceso penal como terceros civilmente responsables, al igual como sucede con otras personas naturales o jurídicas, garantes del procesado, por parte de las víctimas o perjudicados y por el procesado asegurado o por un tercero ya vinculado al proceso. Obligar al perjudicado o víctima a acudir a un proceso civil independiente del penal para pretender el pago de la indemnización por la aseguradora, es desconocer de un tajo las ventajas o beneficios que tiene la vinculación de terceros civilmente responsables al proceso penal. Es no entender la finalidad de esta vinculación, es retroceder en el tiempo y es desconocer las tendencias de la Constitución de 1991 de favorecer y facilitar a los perjudicados la indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

Nos dejan perplejos las conclusiones de la providencia, cuando en el numeral 14 de sus consideraciones expresa: *“De ahí que la prestación reparadora que en un momento determinado le pueda ser exigible al asegurador -CUYO INGRESO COMO SUJETO PROCESAL EN EL PROCESO PENAL PARECE NO TENER REPARO DE LEGE FERENDA POR LA DOCTRINA NACIONAL-, no dimana de responsabilidad directa ni indirecta, única posibilidad de aceptar la reclamación indemnizatoria como ejercicio de la acción civil activa o pasiva dentro del proceso penal, pues las obligaciones que surgen del seguro provienen del negocio jurídico en virtud del cual la aseguradora ha asumido la reparación prestando el equivalente pecuniario en las condiciones, límites y modalidades señaladas en las distintas cláusulas del contrato”* y concluye que como responsabilidad del procesado es directa y la del tercero es indirecta, el asegurador no es responsable por que su obligación surge de un contrato y el juez no tiene competencia.

Si la doctrina nacional ha aceptado la vinculación del asegurador como tercero civilmente responsable, como expresamente lo señala la providencia, ¿por qué la Corte Suprema en su sala de Casación Penal, que no coincide con el concepto de la Sala de Casación Civil, la descarta? Acaso el tercero no puede vincularse cuando su obligación es contractual. ¿O qué es lo que exige el art. 57 del C. de P.C. – para

el llamamiento en garantía? ¿Qué sean obligaciones legales o contractuales? ¿Y por qué sí es posible vincular al proceso penal al patrono cuando los daños son cometidos por sus trabajadores en ejercicio de sus funciones si esas relaciones están reguladas por el contrato laboral? ¿Y cómo vincular a la empresa al proceso penal si sus relaciones están reguladas por contrato comercial de afiliación? ¿Y cómo vincular al dueño del vehículo cuyo derecho a la propiedad está reglado por el Código Civil?

Es inexplicable la forma como se complican, enredan, distorsionan, las situaciones legalmente reguladas cuando pretenden favorecer las víctimas o a los perjudicados. Se sigue la tendencia de favorecer el patrimonio del causante y de desfavorecer o perjudicar el patrimonio de la víctima o perjudicado y de allí que cuando normas constitucionales o legales o su interpretación lo favorece aparecen posiciones y tesis encaminadas a desconocerlo.

La manera de vincular al tercero civilmente responsable al proceso penal puede ser diferente, dependiendo del sujeto que lo hace. Si es el perjudicado o víctima lo hace a través de la demanda de constitución de parte civil en la cual podrá vincularlo conjuntamente con el procesado o independientemente pero a través de una demanda de constitución de parte civil contra uno o varias personas que como garantes deban responder patrimonialmente.

El llamamiento en garantía podrá hacerlo el procesado el tercero civilmente responsable vinculado al proceso, el primero en su indagatoria o en diligencias posteriores y el segundo en el momento de su vinculación o posteriormente contra quien, de acuerdo con la ley o con el contrato, deba responderle por la suma impuesta o hacerle el reembolso total o parcial del pago que tuvieron que hacer como resultado de la sentencia. Esta figura, en lo no previsto, se regula por el art. 57 del C.P.C., que es aplicable al proceso penal si como lo dispone el art. 23 del C.P.P. no se oponga a la naturaleza del proceso penal como sucede en este caso que simplemente lo complementan.

De acuerdo con el inciso segundo del art. 141 del C.P.P. el tercero civilmente responsable tiene los mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal y no podrá ser condenado en perjuicios cuando no se haya notificada debidamente de su vinculación o no se le haya permitido controvertir las pruebas en su contra. Por eso su vinculación podrá hacerse dentro de las diligencias previas y la etapa de instrucción hasta antes de cerrar la investigación. De allí que se deban cumplir esos dos requisitos indispensables: a) Notificarle personalmente la pro-

videncia mediante la cual se le vincula al proceso penal y b) Darle oportunidad de controvertir las pruebas en su contra. Es por ello que en el art. 69 del C.P.P. se disponga que debe vincularse antes de que se profiera la providencia que cierra la investigación. Esos dos requisitos (notificación personal de la providencia que lo vincula y oportunidad para controvertir las pruebas en su contra se satisfacen en las dos formas en que indicamos se le vincula al proceso penal ya por el perjudicado o víctima a través de la demanda de parte civil, o por el procesado o tercero civilmente responsable vinculado, con el llamamiento en garantía. Con el nuevo estatuto procesal penal ya no es posible que el funcionario judicial lo vincule oficiosamente. No es aceptable el argumento de quienes sostienen que sólo podrá ser vinculado por el perjudicado o víctima, también puede hacerlo con el llamamiento en garantía el procesado o un tercero vinculado al proceso.

Es bueno mencionar el art. 72 del C.P.P., que autoriza el embargo y secuestro preventivo de los bienes del tercero civilmente responsable sólo a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, esto es que no podrá disponerlos el fiscal sino que sólo pueden ser dispuestos por el juez, o sea cuando el proceso llegue a la etapa de juzgamiento.

Es necesario impulsar la efectividad de las instituciones jurídicas. La vinculación del tercero civilmente responsable al proceso penal lo limita, impide u obstaculiza la defensa que este pueda intentar. Es un artificio el alegar la falta del debido proceso por cuanto el tercero civilmente responsable es un garante que deberá responder por la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el procesado ya en el proceso civil como en el proceso penal. Fijada su responsabilidad y el valor de los perjuicios por el juez penal el garante deberá responder dentro o fuera del proceso penal por los daños y perjuicios que aquel ocasionó. Por lo tanto entregarle la posibilidad para que lo haga el juez penal en el proceso donde declara la responsabilidad penal del autor no solo es un ahorro de tiempo, esfuerzos y desgaste de la administración de justicia sino una muestra de la tendencia constitucional de la efectividad de la protección que el Estado debe a las personas que son víctimas o afectados con los delitos y los hechos dañosos como lo dispone el art. 2° de la Constitución Nacional. La víctima o perjudicado también tiene unos derechos fundamentales que cuando le son desconocidos deben ser indemnizados.

El restablecimiento del derecho a que tienen derecho las víctimas del delito, como lo consagra el art. 250 de la Constitución Nacional que fue modificado en enero del 2000, autoriza a los funcionarios penales a adelantar todas las accio-

nes y diligencias encaminadas a la afectividad de los derechos constitucionales reconocidos lo que permite imponer la obligación de indemnizar al procesado o responsable penal sino también a aquellas personas que como garantes de aquel deben reconocer la indemnización de los daños y perjuicios.

Todo lo anterior nos permite concluir que las compañías de seguros que expiden pólizas de responsabilidad civil o daños a terceros, ya sea contractual o extracontractual, pueden ser vinculadas al proceso penal como terceros civilmente responsables no solo por el perjudicado o víctima en la demanda de parte civil, sino por el procesado en su indagatoria o posteriormente o por los terceros civilmente responsables vinculados en el momento de notificarse o posteriormente de su vinculación. Esta vinculación cuando la póliza cubre la responsabilidad contractual en relación con los pasajeros o extracontractual en el caso de los peatones, pasajeros de otros vehículos, ciclistas, motociclistas, etc., es perfectamente viable y las compañías de seguros no pueden exigir a sus asegurados que no los llamen en garantía porque este es un mecanismo previsto para solucionar esas situaciones. Las compañías de seguros deben concurrir al proceso penal y colaborar en la forma de encontrar una solución al aspecto económico planteado en el proceso y solicitar la audiencia de conciliación para lograr una solución para lograr una solución rápida y adecuada del problema.

Esas conductas de concurrir a la audiencia de conciliación y ser vinculado como llamado en garantía son circunstancias que debidamente explicadas a los asegurados atraerán a los interesados a protegerse de las contingencias de la responsabilidad civil.

Responsabilidad Civil y del Estado

No. 17
Agosto de 2004

- **LA CULPA DEL ARTÍCULO 216 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO**

Luis Alfonso Cuéllar Valencia

- **LA NUEVA LEY FRANCESA DE DERECHO MÉDICO**

Sergio Yepes Restrepo

- **LOS PERJUICIOS ESTÉTICOS Y SU EVALUACIÓN**

Gilberto Martínez Rave

- **DERECHO DE DAÑOS Y RESPONSABILIDAD ILIMITADA EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL**

Pablo Salvador Coderch

- **EXTRACTOS DE JURISPRUDENCIA**

Tribunal Supremo Español

- **ANOTACIONES ACERCA DE LA INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE EN COLOMBIA**

*Julio César Yepes Restrepo,
Mario Andrés Villada Arenas*

- **INTERPRETACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:
ARMA DE DOBLE FILO**

Javier Tamayo Jaramillo



**INSTITUTO ANTIOQUEÑO
DE RESPONSABILIDAD
CIVIL Y DEL ESTADO**

LA CULPA DEL ARTÍCULO 216 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Luis Alfonso Cuéllar Valencia

El artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, una de las normas contenidas en la legislación laboral que no ha sufrido modificación desde su promulgación en 1948 dice:

“Culpa del patrono. Cuando exista culpa suficiente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo”.

Quando se promulgó el Código Sustantivo del Trabajo, este artículo 216 estaba situado en el Capítulo II, que comprendía además la definición de accidente de trabajo, de enfermedad profesional, de la tabla de enfermedades profesionales, de la presunción de enfermedad profesional, las prestaciones asistenciales y económicas, los primeros auxilios, asistencia médica inmediata, contratación de asistencia médica y el derecho de oposición del trabajador, la tabla de valuación de incapacidades permanentes, casos no comprendidos en la tabla, pago de la prestación por muerte y de la ocurrida a causa del accidente dentro de los dos años siguientes. Seguro de vida como prestación por muerte, calificación de incapacidades, estado anterior de la salud, calificación de las incapacidades, salario base para las prestaciones, seguros de vida por riesgos profesionales, aviso al juez sobre la ocurrencia del accidente, aviso que debe dar el accidentado. Revisión de la calificación. Exoneración del pago, límite de capital para efectos.

Las prestaciones sociales establecidas en este Capítulo II, son la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, exámenes complementarios como, consultas a especialistas, prescripciones terapéuticas, fisioterapia, suministro de aparatos de ortopedia y prótesis, el salario hasta por seis meses. En caso de incapacidad permanente parcial una suma de dinero en proporción al daño sufrido, no superior a 23 meses, merma de la incapacidad que se tasa de acuerdo con la tabla de evaluación. En caso de incapacidad permanente total, el derecho a una

suma equivalente a 24 meses de salario. En caso de gran invalidez a 36 meses de salario. En caso de muerte, 24 meses de salario. Está reglado que estas sumas en caso de muerte del trabajador se dan para la cónyuge, hijos menores o inválidos. También está previsto como prestación los primeros auxilios y la asistencia médica.

Este Capítulo II pertenece al Título VIII que establece las prestaciones patronales comunes, que son de modo general las siguientes: las citadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, auxilio monetario por enfermedad no profesional, calzado y overoles, para trabajadores, protección a la maternidad y los descansos, gastos de entierro del trabajador, el derecho al auxilio de cesantía.

Dentro del Título siguiente a éste de las prestaciones comunes está el de las prestaciones especiales.

En el Título IX, se establecen, en el Capítulo II: las prestaciones patronales especiales como la pensión de jubilación (por tiempo de servicio y edad, por laborar en actividades de prevención de tuberculosis, trabajo como radio operador, cables, similares, temperaturas anormales), pensión en caso de muerte, con derecho adquirido o en goce de ella, la posibilidad o autorización de contratar el pago de pensiones con una compañía de pensiones. Capítulo III, auxilio por enfermedad no profesional e invalidez (en caso de invalidez permanente parcial hasta 10 salarios, en caso de invalidez permanente total a una pensión mensual de invalidez equivalente a la mitad del salario promedio mensual hasta por 30 meses, en caso de gran invalidez a una pensión equivalente a la de jubilación o vejez por 30 meses y si tuviera más de 55 años y más de 15 años de servicio la pensión de invalidez se convierte en jubilación de vejez. Tratamiento obligatorio, recuperación o reeducación.

El legislador, antes de relacionar las prestaciones patronales comunes dispuso: artículo 193:

“...Estas prestaciones dejaran de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo de ellas sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto”.

Y en el artículo 259 como regla general de las prestaciones patronales especiales dispuso:

“...Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejaran de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo

correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto”.

Luego de la expedición de este artículo 216, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES asumió de acuerdo con su propio reglamento algunas de las prestaciones patronales tanto comunes como especiales, dejando obviamente de estar a cargo del patrono, dando lugar a que se predicara la transmisión de la obligación por la subrogación del riesgo. Y más tarde se estableció una nueva ley de seguridad social dando lugar a la creación de una serie de entidades de derecho privado que en su conjunto irían a competir con el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, tomando afiliados para los riesgos y accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y para el riesgo de vejez, pensiones de invalidez y servicios de salud de modo general.

Se ha presentado cierta discusión académica, preguntándose si de la indemnización que debe pagar el empleador por cometer culpa suficientemente comprobada en el accidente de trabajo o enfermedad profesional, se debe descontar o no el valor de la pensión de invalidez, que estableció el Seguro Social y ahora las ARP.

En mi opinión, la pensión de invalidez que creó el Seguro Social y hoy las ARP no están dentro de las prestaciones a que hace referencia el título VIII prestaciones patronales comunes.

La indemnización del art. 216 tiene una reglamentación propia, y he considerado que se trata de una sanción punitiva. La pensión de invalidez se causa por afiliación y el pago de unos aportes no se causa por culpa que haya podido cometer el empleador.

El art. 216 nos dice:

“Culpa del patrono. Cuando exista culpa del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de ese accidente o enfermedad”.

Si así fuere régimen de la culpa, sería el de la culpa presunta. Pero todos sabemos que se trata de “culpa suficientemente comprobada del patrono”. No es posible ante el pretexto de interpretar, suprimir calificaciones tan esenciales como “culpa suficientemente comprobada del patrono”. En este aspecto la doctrina y la jurisprudencia son pacíficas en aceptar que se trata de culpa suficientemente

comprobada del patrono tanto en el accidente de trabajo como en la enfermedad profesional que pueda adquirir el trabajador, para que se pueda pretender la indemnización citada.

Por ello el trabajador que pretenda la indemnización ordinaria debe probar la culpa en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo.

Ahora, el artículo 216 establece el derecho a la indemnización por perjuicios, y sólo autoriza descontar el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en dicho capítulo.

Entender que el artículo 216 establece sólo el derecho a la indemnización de perjuicios es borrar de un plumazo la calificación de indemnización **total y ordinaria**, lo que no es de recibo so pretexto de interpretar la norma porque con estas palabras total y ordinaria, se está creando una sanción especial, que tiene la naturaleza de punitiva, por haber cometido culpa suficientemente comprobada.

El trabajador con derecho a pensión de vejez, que no se haya retirado y sea víctima de un accidente de trabajo por culpa suficientemente comprobada, de acuerdo con el art. 216 tiene derecho a reclamar su indemnización total y ordinaria de perjuicios. Y de la misma manera lo tendría el pensionado que va a colocarse con otro empleador, y allí sufre dicho accidente, en las circunstancias dichas. Lo anterior porque la norma no establece que la indemnización sólo es para los trabajadores que no tengan derecho causado a la pensión, o que no aplica para quienes tengan el goce de una pensión. El presupuesto de la norma, de este ángulo, es al momento de ocurrir el accidente se debe tener el estatus de trabajador.

La Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 7 de marzo de 2002, proceso 18515, M.P. Dra. Isaura Vargas Díaz, de manera prolija trata este tema y dijo:

SEGUNDO CARGO

Con el objeto de que se case parcialmente la sentencia impugnada *“en cuanto confirmó la decisión del a – quo de no descontar de las condenas impuestas a las demandadas, el valor de las prestaciones en dinero pagadas por el Seguro Social con causa en el accidente de trabajo de cuya indemnización plena se trata”* (folio 39 cuaderno 4), para que como el Tribunal de Instancia, *“revoque esa decisión del juez de primer grado y*

descuento de la condena impuesta a los demandados (sic) el valor de las prestaciones en dinero que ha reconocido y reconocerá el Seguro” (ibídem), acusa el fallo de interpretar erróneamente los artículos 193 y 216 del Código Sustantivo del Trabajo, violación de la ley “*que condujo a dejar de aplicar, siendo pertinente al caso* (ibídem), los artículos 12 del Decreto 1771 de 1994; 19 del Código Sustantivo del Trabajo y 1649, 1666, 1667, 1668, 1670 y 2341 del Código Civil.

Para su demostración asevera que aun cuando la Corte ha resuelto el punto en discusión en la forma como lo señaló el *ad quem*, tal interpretación que ha dispensado la Corporación de los preceptos enunciados en el cargo no es la adecuada por cuanto el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo en ninguna parte consagra “*que solamente pueden descontarse las prestaciones pagadas por el empleador*” (folio 40, cuaderno 4), y como el Instituto de Seguros Sociales subroga a los empleadores en la condición de deudores de esa prestación lo que se concluye es que debe descontarse de la indemnización lo que reconozca al trabajador o a sus beneficiarios esa entidad.

Para la recurrente, el trabajador o su familia tienen derecho a que se les resarza el daño causado dolosamente por el empleador pero, como lo ha asentado la Sala Civil de la Corte y es principio general de derecho, “*no tienen por qué exigir más de lo que representa su pérdida*” (ibídem), ya que estarían recibiendo un doble beneficio por un mismo perjuicio, tal y como ocurre en este caso, en el que además de percibir la pensión de sobrevivientes recibirán la indemnización plena y ordinaria de perjuicios del aludido artículo 216.

Para rebatir los argumentos esgrimidos en las sentencias de la Corte que no consideran aceptable el referido descuento, sostiene que su legitimación para que aquél se produzca resulta de quedar sujeta a las acciones de cobro de la seguridad social cuando ésta asume prestaciones por el mismo daño a favor del trabajador.

Considera inequitativo la recurrente que al trabajador se le otorguen las prestaciones que la seguridad social contempla, conjuntamente con la indemnización plena y ordinaria que al empleador se le impone, pues, en estos casos, si no resulta “*enriqueciéndose sin causa*” (folio 41 cuaderno 4) a costa del patrimonio de las ARP cuando no obtiene el reembolso de lo por ella pagado a los perjudicados, lo logra a costa del patrimonio del empleador pues éste paga por una parte la indemnización plena y ordinaria, y por otra, reembolsa a la seguridad social lo que se les reconoció.

Considera importante destacar que la ley “no le da a la ARP acción contra su afiliado para reclamarle a él el exceso de la indemnización ni lo (sic) autoriza para descontárselo de los gastos que deba seguirle haciendo” (ibídem).

Asevera que tampoco es cierto que el empleador obtenga provecho de su propia culpa al producirse el descuento por cuanto la seguridad social puede repetir contra él lo pagado a los beneficiarios del trabajador, y esa parte, la que le descuenta de la indemnización, correspondería al exceso que injustamente se le da al trabajador. Además, no hay certeza de que las ARP no repetirán contra el empleador lo que pagaron por el daño, como tampoco se puede imponer que al juicio comparezca la ARP pues su acción de reembolso es independiente de la del trabajador contra su empleador.

Aduce que al sostenerse la tesis de la Corte resulta más ventajoso para los empleadores no afiliar a sus trabajadores para el cubrimiento de los riesgos profesionales, “pues si proceden así, en caso de un accidente atribuible a su culpa solamente tendrán que pagarle al perjudicado la indemnización plena de perjuicios; pero se ganan las cotizaciones y quedan sin deuda con la ARP”. (ibídem).

Por último, afirma que cuando la Corte actúe en sede de instancia debe tener en cuenta el dictamen pericial para aplicar el correspondiente descuento.

La oposición alude a las sentencias de la Corte de 25 de julio de 2002 (Radicación 18.520), en la que se reiteró lo expresado en sentencia de 9 de noviembre de 2000 (radicación 14847), para aseverar que allí se concluyó la improcedencia de descontar de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios el monto de las prestaciones económicas reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como atinadamente lo destaca la réplica, el Tribunal no incurrió en los dislates jurídicos que le endilga la recurrente en el cargo, pues, la conclusión a la que arribó de no ser posible para el empleador descontar de la indemnización plena y ordinaria prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo el valor de las prestaciones en dinero pagadas por la seguridad social corresponde con lo que de manera profusa y reiterada la jurisprudencia ha considerado al respecto.

La anterior tesis, que resuelve los puntos que infructuosamente la recurrente intenta plantear como novedosos, fue recientemente expuesta en sentencia de 25 de julio de 2002 (radicación 18.520), en la que la Corte dijo:

“Entiende la Corporación que cuando la disposición en cita autoriza al patrono a descontar del monto de la indemnización ‘el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo’, se refiere única y exclusivamente a las sumas que él haya pagado con anterioridad al trabajador con ocasión del accidente, pero no las prestaciones que haya reconocido el Instituto de Seguros Sociales por ese motivo, el cual no tiene por qué asumir el riesgo del daño que al trabajador le sobrevenga por causa de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional en cuya causación exista culpa suficientemente comprobada del patrono.

En decisión de 9 de noviembre de 2000, radicación 14.847, señaló la Sala lo siguiente sobre el tema:

“El artículo 216 del CST dice que, cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en el capítulo que la contiene.

“Hasta el año 1993, y en número plural de providencias, la Corte sostuvo que el patrono sí podía descontar del valor de la indemnización ordinaria de perjuicios las prestaciones pagadas por el Seguro Social. Pero la Corte en Sala Plena (integradas las dos Secciones que conformaban la Sala Laboral), decidió, con la sentencia del 12 de noviembre de 1993, que el Seguro Social no había asumido, para entonces, el riesgo del daño que al trabajador le sobreviniera por causa de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional imputable a culpa suficientemente comprobada del patrono.

“Ahora, en este recurso, la sociedad recurrente sostiene que la interpretación del artículo 216 del CST, puesta en relación con el nuevo ordenamiento de la ley 100 de 1993 y con los decretos de la proposición jurídica, debe ser esta: que el empleador culpable del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional sí puede deducir las prestaciones económicas que haya pagado el Seguro Social al trabajador o a sus causahabientes de lo que adeude por su propia responsabilidad ordinaria de perjuicios.

“Se procede a examinar esa argumentación de la recurrente, en este orden: 1. El alcance de la sentencia de la Corte que citó el Tribunal; 2. El alcance de la normatividad que acusó el cargo en casación. 3. La relación de los dos temas

anteriores, en orden a precisar si el Tribunal transgredió o no la ley sustancial; o mejor, para determinar el alcance del artículo 216 del CST.

“La sentencia de la Corte del 8 de Mayo de 1997 que invocó el Tribunal, destacó que los reglamentos del Seguro Social vigentes para la época de los hechos analizados, y concretamente el artículo 83 del acuerdo 155 de 1963, no autorizaron al patrono a descontar de la indemnización ordinaria las sumas que el Seguro Social reconociera al trabajador o a sus derecho habientes, por prestaciones en dinero.

“El artículo 83 del acuerdo 155 de 1963 del Seguro, que fuera aprobado por el decreto 3170 de 1964, y para cuya expedición invocó el Presidente de la República los artículos 9° de la ley 90 de 1946 y 5° del decreto 1695 de 1960, disponía:

‘El otorgamiento de las prestaciones establecidas por el presente reglamento por parte del Instituto exonera al patrono de toda otra indemnización según el Código Sustantivo del Trabajo o según el derecho común por causa del mismo accidente o enfermedad profesional. Pero si el riesgo se hubiere producido por acto intencional o por negligencia o culpa del patrono procederá a demandar el pago de esta indemnización, la que quedará a su favor hasta el monto calculado de las prestaciones que el Instituto acordare por el accidente o enfermedad, debiendo entregar a los beneficiarios el saldo, si lo hubiere.

‘Lo dispuesto en el inciso anterior no es óbice para que la víctima o sus causahabientes instauren las acciones pertinentes de derecho común para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicios, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas por el Instituto de acuerdo con las normas de este reglamento’.

“Pese a la equívoca redacción de la norma transcrita, ella no permitía la tesis de la sociedad recurrente, que desde luego se funda en otro sistema legal. Pero la Corte despejó el equívoco en la sentencia del 8 de mayo de 1997. Es importante recordar, en resumen, las razones que tuvo en cuenta para fundar su tesis: 1) El poder normativo de los reglamentos del Seguro está limitado por su objeto social: es entidad aseguradora de los riesgos originados en la prestación de servicios subordinados; la ley no le dio al Seguro la atribución de determinar las consecuencias de la culpa del patrono en la ocurrencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, pues esas consecuencias corren a cargo exclusivo del empleador culpable. 2) La competencia que le reconoce la ley al Seguro para subrogar al patrono en la asunción de riesgos laborales está dentro del ám-

bito de las prestaciones, de los servicios sociales o de las medidas de seguridad social que deben amparar a sus beneficiarios, como lo prescribe el artículo 7º del decreto ley 433 de 1971; pero el Seguro no está legalmente facultado para regular las indemnizaciones originadas en enfermedades profesionales o accidentes de trabajo que ocurran por la culpa suficientemente comprobada del patrono. El Seguro tampoco está legalmente facultado para aminorar la carga patrimonial del patrono en esa materia, por lo cual, asume toda la responsabilidad ordinaria por mandato del artículo 216 del CST; y, por lo mismo, el Seguro subroga al patrono únicamente en el riesgo que da lugar a la denominada responsabilidad objetiva. 3) Si, por su equívoca redacción, el artículo 83 del Acuerdo 155 de 1963 consagrara el derecho del empleador culpable del accidente para descontar del monto de la indemnización ordinaria lo pagado por el Seguro por prestaciones en dinero, la norma sería inaplicable, al igual que el artículo 1º del decreto 3170 de 1964 que lo aprobó. 4) El Seguro reconoce prestaciones para cuyo cálculo toma en cuenta variables como el salario, los años de servicios, el número de cotizaciones, la edad del trabajador, la vida probable, etc. En cambio, no toma en cuenta los perjuicios realmente producidos, lo cual marca una diferencia entre la indemnización a que se refiere el artículo 216 del CST, que busca reparar la totalidad del daño ocasionado por el patrono culpable, con la actividad aseguradora del Instituto. 5) No es cierto que el trabajador se beneficie doblemente (con la indemnización plena y con las prestaciones económicas del Seguro), puesto que el seguro ha sido tomado por el mismo accidentado, de modo que el patrono no puede restar de la indemnización total y ordinaria de perjuicios lo pagado por el Seguro Social en virtud del cubrimiento de un riesgo que no ha sido asegurado por él.

“Ahora, procede el examen del régimen de la ley 100 de 1993, empezando por su reglamentación, como lo propone el cargo:

“El decreto 1771 de 1994 es reglamentario del 1295 del mismo año (estatuto con alcance legal). Su artículo 12 dispone:

‘Subrogación. La entidad administradora de riesgos profesionales podrá repetir, con sujeción a las normas pertinentes, contra el tercero responsable de la contingencia profesional, hasta por el monto calculado de las prestaciones a cargo de dicha entidad administradora, con sujeción en todo caso al límite de responsabilidad del tercero.

‘Lo dispuesto en el inciso anterior no excluye que la víctima, o sus causahabientes, instauren las acciones pertinentes para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicios, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las prestaciones asumidas por la entidad administradora de riesgos profesionales’.

“Es una redacción similar a la de su antecesor, el 83 del acuerdo 155 de 1963, de manera que por este solo aspecto, si el artículo 12 del decreto 1771 de 1994 fuera puesto en relación con el 216 del CST, no sería útil para dar por sentada la posibilidad de descontar las prestaciones económicas del Seguro Social de la indemnización ordinaria de perjuicios.

Ninguna de las normas cuya acusación plantea el cargo permite concluir en la tesis de la censura.

“En efecto:

“El artículo 139-11 de la ley 100 de 1993 confirió al Presidente de la República precisas facultades extraordinarias pro tempore para “Dictar las normas necesarias para organizar la administración del sistema general de riesgos profesionales como un conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes, que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan. En todo caso, la cotización continuará a cargo de los empleadores”; luego nada indica que en esta atribución de facultades legales, el Presidente de la República pudiera regular las consecuencias de la culpa patronal del artículo 216 del CST.

“El decreto ley 1295 de 1994, según su encabezamiento, determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales. El artículo 13 se limita a señalar quiénes son los afiliados al dicho sistema; el 34 consagra el derecho a las prestaciones; el 49 establece que, en caso de muerte del afiliado o del pensionado por riesgos profesionales, como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y sus reglamentos; pero esa norma nada dice sobre la responsabilidad por culpa patronal en el accidente de trabajo o en la enfermedad profesional. El artículo 50 se limita a fijar el monto de la pensión de sobrevivientes y el 53 a precisar las condiciones de la devolución de saldos y de la indemnización sustitutiva cuando ocurre la muerte del asegurado. El artículo 78 dice que el Instituto de Seguros Sociales continuará administrando los riesgos profesionales de conformidad con

sus reglamentos, lo cual no le da la razón a la sociedad recurrente. Pero sí conviene precisar que la tesis de los opositores sobre esta norma no es acertada, puesto que ella no remite a los reglamentos anteriores de una manera incondicional sino subordinada a lo dispuesto en el decreto 1265 que se estudia, puesto que la norma dice que los reglamentos del Seguro Social ‘... deberán ajustarse a lo dispuesto en este decreto...’. Y el 97 fija la vigencia del sistema general de riesgos profesionales.

“Como ninguna de las normas acusadas, puestas en relación con el artículo 216 del CST, permite concluir que haya variado el sistema legal que informó la jurisprudencia de la Corte, la conclusión es que sigue vigente la interpretación que allí se consignó”.

LA NUEVA LEY FRANCESA DE DERECHO MÉDICO

Sergio Yepes Restrepo¹

CONTENIDO:

- III. El alea terapéutica
- IV. Los derechos de los enfermos
- V. La reparación de daños
- VI. El seguro de responsabilidad civil
- VII. Conclusión

Luego de las críticas y propuestas de reforma al sistema de responsabilidad médica se promulgó en Francia la ley 303 del 4 de marzo de 2002 “relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario” reformada por la ley 1577 del 31 de diciembre del mismo año “relativa a la responsabilidad civil médica”, las cuales se constituyen en un primer paso en el establecimiento de un régimen de indemnización del alea terapéutica.

Los estados filosóficos del derecho de daños RESPONSABILIDAD – SEGURIDAD – SOLIDARIDAD, se orientan en diferentes países a los accidentes médicos luego de haber provocado cambios en otros capítulos de la responsabilidad como los automóviles, la contaminación ambiental y los productos defectuosos.

Pretendemos por ello, analizar la nueva reglamentación que se dictó en Francia con algunas referencias a otros países, partiendo de las propuestas doctrinarias, los proyectos de ley y los antecedentes jurisprudenciales, para luego detenernos en el texto de la normatividad, mencionando además otros temas incluidos en la reforma que consideramos importantes. Dentro de nuestro plan nos referiremos inicialmente al concepto del alea terapéutica, mencionaremos los aspectos

1 Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, Magíster en Derecho y Economía de Seguros de L'Université Catholique de Louvain, Miembro del Instituto Antioqueño del Responsabilidad Civil y del Estado. Director en Colombia de la Asociación Latinoamericana de Gestión de Riesgos en Instituciones de Salud, ALGRIS.

fundamentales de los derechos de los pacientes, el trámite de indemnización de perjuicios y el contrato de seguro de responsabilidad profesional.

Debemos advertir que la ley 303 reformó el Código de Salud Pública francés el cual contiene diversas normas sobre derecho sanitario, seguridad social en salud, ejercicio profesional y reglamentación de instituciones prestadoras de servicios de salud, lo cual significa que no se trata de leyes exclusivas sobre responsabilidad médica sino que contienen aspectos de seguros y responsabilidad civil.

I. EL ALEA TERAPÉUTICA

Desde hace tiempo atrás se viene manejando en responsabilidad médica el término del “alea”, “azar”, “riesgo” o “accidente” terapéuticos, para significar los aspectos adversos que puede presentar un paciente en su salud o integridad corporal a raíz de un acto médico. Esta terminología es distinta a la que se ha utilizado en derecho médico y que comprende términos como daños, lesión, riesgo, complicación o iatrogenia, y difiere igualmente de la significación que en derecho civil se hace al interior de los contratos “aleatorios”, la del “riesgo” en el derecho de seguros.

Doctrinariamente se han formulado varias definiciones del “alea” terapéutica dentro de las cuales conviene destacar aquella que la describe como:

“todo evento consecutivo a un acto, o conjunto de actos de carácter médico o una hospitalización que haya traído sobre el paciente consecuencias dañosas para su salud, excepcionales y anormalmente graves, independientes de la evolución de la afección en causa y del estado anterior conocido y de toda culpa del galeno o el establecimiento de salud”.²

Es importante tener en cuenta que la implementación de la indemnización del “alea terapéutica” propios de los sistemas de indemnización automática (NON FAULT) se encuentra ligado a la reparación de los daños a través de mecanismos administrativos manejados por el Estado. Retomando entonces los estadios del Derecho de daños, la fase de la SOLIDARIDAD cobra esencial interés ya que regula el cubrimiento de cualquier contingencia que afecte la salud de un integrante de una sociedad organizada mediante mecanismos alternos a la RESPONSABILIDAD propia del sistema judicial.

Algunos países como NUEVA ZELANDA, FINLANDIA, DINAMARCA y SUECIA que poseen regímenes muy completos de seguridad social han logrado estable-

² GERMOND, M., L'indemnisation de l'alea thérapeutique par les compagnies d'assurance, in L'indemnisation de l'alea thérapeutique. Ed. Sirey, París, 1995. Pág. 65.

cer sistemas para ayudar a las víctimas de los accidentes que sufren en su vida, incluyendo los accidentes terapéuticos. En FINLANDIA se promulgó la ley “Daño – paciente” que repara los daños corporales que según toda probabilidad ha sido causada al paciente por exámenes, tratamientos, infecciones o accidentes ligados a éstos, en el transporte en ambulancia, o por equipos o instrumentos médicos. Dinamarca posee un mecanismo similar al finlandés, y Suecia que tenía un sistema basado en un seguro para el paciente y otro de medicamentos, promulgó una Ley hace pocos años “relativa a la indemnización de los pacientes” basada en un seguro obligatorio de responsabilidad civil.³ La ley sueca cubre los daños corporales causados por exámenes, actos médicos, tratamientos o medidas similares a condición que el daño hubiera podido ser evitado, realizando de forma diferente el procedimiento por otro accesible, por vicios en el instrumental, por un diagnóstico incorrecto, por infecciones, en el transporte por ambulancia o por la prescripción de medicamentos.

ESTADOS UNIDOS,⁴ INGLATERRA,⁵ FRANCIA Y BÉLGICA han querido efectuar una reforma al sistema de responsabilidad médica siguiendo los ejemplos de los países nórdicos, buscando además solucionar las críticas del sistema de indemnización actual a saber: difícil prueba de la culpa médica, medicina defensiva y alta siniestralidad en los seguros. En Francia, particularmente se han presentado propuestas por la doctrina especializada, proyectos de ley, fallos de la jurisprudencia que conviene reseñar, hasta llegar a la nueva ley francesa de los derechos de los enfermos que como decíamos es un primer paso en la reparación de los accidentes médicos. En Bélgica existe un proyecto muy completo que consagra una indemnización total de todos los accidentes médicos, independientemente de su gravedad y anormalidad, a través de un Fondo Público de reparación, con un sistema de prevención y gestión de riesgos hospitalarios,⁶ suscripción de seguro obligatorio y reparación de daños que tuvimos la oportunidad de analizar⁷ y que sería implantado por el legislador de dicho país.

Es importante tener en cuenta que los principios de la indemnización del alea terapéutica en cualquier sistema son los siguientes: abandono de la exigencia de la prueba de la culpa médica, la implementación de un trámite administrativo de

3 Loi suédoise 1996: 799

4 O'CONNEL J. Strict liability in the United States in memoriam Jean Limpens. Ed. Kluwer, 1987. Pág. 71

5 GOLDRAIN, I. Update on liability law, British Insurance Law Association Journal. 1987. Pág. 20

6 VANSWEEVELT, T. COLLE, P., FAGNART, J.L., FREDERICQ, S, NYS, H. VANWYJK, A. Responsabilité et accidents médicaux, Mys & Breesch, 1996. Págs. 1 – 206.

7 YEPES RESTREPO, Sergio. L'indemnisation de l'alea thérapeutique. Mémoire, 1999. UCL.

conciliación y pago, la gestión y prevención de riesgos, la obligatoriedad en la suscripción del seguro de responsabilidad civil profesional e institucional y un sistema de baremos, que cada país definiría según su legislación interna.

La doctrina médico legal francesa ha expresado su opinión sobre la necesidad de una reforma, comenzando por ANDRÉ TUNC quien expresara desde tiempo atrás que “en materia médica como en materia de accidentes, la responsabilidad por error o inatención, es un mecanismo grosero, que debe hacer lugar al seguro”.⁸ JEAN PENNEAU por su parte en su tesis sobre la reforma a la indemnización señala que “se consideran accidentes médicos, las consecuencias desfavorables de un diagnóstico, un tratamiento o una intervención, cuando el estado del paciente y las circunstancias patológicas no conllevan consecuencias normalmente previsible. La víctima deberá aportar los elementos que le permitan a un Fondo de garantía de asegurar el rol causal de la actividad médica”.⁹ Como puede observarse TUNC se inclina por el sistema de la seguridad y PENNEAU por el de la solidaridad, pero ambos autores abandonan la noción de responsabilidad.

Se presentaron alrededor de 20 proyectos de ley en Francia para introducir una reforma al régimen de responsabilidad sin que ninguno tuviera eco, siendo los más destacables uno que pretendía indemnizar los accidentes terapéuticos sin importar la existencia de culpa médica,¹⁰ otro que promovía la creación de un fondo de garantía¹¹ y un tercero que consagraba el cubrimiento de los daños por el sistema de seguridad social.¹²

Debido a que el legislador no había intervenido la jurisprudencia contencioso administrativa francesa dio un primer paso en la indemnización de los accidentes terapéuticos mediante el fallo GÓMEZ en materia de investigación en el cual se señaló por una Corte Administrativa lo siguiente:

*“considerando que la utilización de una terapéutica nueva crea cuando sus consecuencias no son enteramente conocidas, un riesgo especial para los pacientes de la que son objeto, y si recurso a tal terapéutica no se impone por razones vitales, las complicaciones excepcionales y anormalmente graves que se generan directamente, comprometen incluso en ausencia de culpa la responsabilidad del servicio público hospitalario”.*¹³

8 TUNC, André. IIème congres de morale médicale, 1996, París.

9 PENNEAU, Jean. Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, 1973.

10 28 de junio de 1977.

11 24 de abril de 1990.

12 26 de febrero de 2001.

13 Cour administrative d'Appel de Lyon, 26 de décembre de 1990.

Luego de ello el Consejo de Estado de dicho país profirió la sentencia más importante sobre este punto implantando un régimen de responsabilidad sin culpa a través del fallo BIANCHI según el cual:

*“Si un acto médico, necesario para el diagnóstico o tratamiento de un paciente presenta un riesgo, cuya existencia es conocida pero su realización es excepcional y ninguna razón permite pensar que el paciente está particularmente expuesto, la responsabilidad del servicio público hospitalario surge si la ejecución de dicho acto es la causa directa del daño, sin relación con el estado inicial del paciente como con su evolución previsible y presenta un carácter de extrema gravedad”.*¹⁴

En el caso en mención un paciente había sido sometido a una arteriografía vertebral, la cual consiste en un examen diagnóstico poco invasivo pero que ocasionó una paraplejía, daño que fue considerado desproporcionado por el juez administrativo y sirvió de base para condenar al establecimiento hospitalario.

La doctrina administrativa señaló como características del fallo BIANCHI las siguientes: que el acto médico sea necesario, el riesgo debe ser conocido pero su realización excepcional, el daño debe presentar un carácter de extrema gravedad y procede la indemnización independientemente del estado anterior, lo que normalmente constituía una causal de exoneración o limitación de responsabilidad.¹⁵

A raíz del fallo BIANCHI y de sentencias sucesivas similares del Consejo de Estado francés¹⁶ se presentó una reacción del gremio médico por la agravación del régimen de responsabilidad profesional, y el sector asegurador comenzó a incrementar las primas de las pólizas de responsabilidad civil para los hospitales públicos.

La doctrina por su parte estaba dividida ya que algunos consideraron que el sistema debía también aplicarse por la jurisdicción ordinaria¹⁷ mientras otros se oponían, y en general se esperaba la posición de la máxima autoridad en materia civil, como lo señalaba la doctrina civilista a través de GENEVIEVE VINEY y PATRICE JOURDAIN en los siguientes términos: “podemos esperar que, en este campo, el legislador asumirá sus responsabilidades, pero con el fracaso de numerosas proposiciones de ley presentadas a favor de la instauración de un seguro obliga-

14 Francia. Consejo de Estado Francés, 9 de abril de 1993.

15 DUCLOS, R. Les implications de l'arrêt Bianchi du 9 avril 1992 du Conseil d'Etat pour les hôpitaux publics, *Journal de Médecine Légales Droit Médical*, 1996. Vol. 39. Págs. 564 – 657.

16 Arrêt hôpitaux Joseph Imbert d'Arles Conseil d'Etat, 3 novembre, 1977.

17 BOY Lawrence, JCP. La semaine juridique. N° 10068.

torio o de un fondo de garantía todo lleva a pensar que sólo una fuerte iniciativa de la Corte de Casación sería susceptible de provocar tal reforma”.¹⁸

En un primer intento la justicia ordinaria de acoger la posición del derecho administrativo, la Corte de Apelación de París, en el caso SOUMILLA señaló que “el cirujano tiene una obligación de seguridad que lo obliga a reparar el daño causado a su paciente por un acto quirúrgico necesario al tratamiento, incluso en ausencia de culpa, si cuando el daño no tiene relación con el estado anterior del paciente ni con la evolución previsible de ese estado”.¹⁹

A pesar de que dicho fallo no fue recurrido, si lo fue otro de la Corte de Apelación de Burdeos en el mismo sentido,²⁰ fallo que fue conocido por la Corte de Casación Francesa la cual se pronunció finalmente descartando su aplicación en materia civil de la siguiente manera:

“La reparación de las consecuencias del alea terapéutica no entra en el campo de las obligaciones donde el médico está contractualmente obligado frente a su paciente”.²¹

Existiendo dos posiciones contrarias entre la jurisprudencia administrativa y la civil, y sin que la primera diera tampoco una solución clara al problema de los accidentes terapéuticos, era necesario que el legislador tomara cartas en el asunto y es por ello que se dictó la ley 303 de 4 de marzo de 2002 relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario.

II. LOS DERECHOS DE LOS ENFERMOS

No nos detendremos a profundizar en detalle sobre los aspectos consagrados en la ley y que se refieren a los derechos de los enfermos, sino que mencionaremos solamente algunos que tienen que ver con el tema de responsabilidad y solidaridad, fases filosóficas del derecho de daños.

La ley protege a las personas que nacen con alguna discapacidad señalando que nadie puede prevalecerse de un perjuicio por el solo hecho de su nacimiento, pero que la persona nacida con una discapacidad debido a una culpa médica puede obtener la reparación de su perjuicio cuando el acto negligente ha provocado o agravado la discapacidad o no ha permitido tomar medidas para atenuarla.

18 VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice. L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de Cassation ?, La semaine juridique. N° 4016.

19 Cour d'Appel de Paris. 15 – I – 1999.

20 Cour d'Appel de Bordeaux 4 – 12 – 1998

21 Francia. Corte de Casación Francesa, Sala Civil, 8 de noviembre de 2000.

Con la regulación se busca limitar los efectos de la jurisprudencia que se venía estableciendo en los casos de errores de diagnóstico de médicos o laboratorios, que no permitían conocer anomalías genéticas privando a los padres de la oportunidad de optar por la terminación anticipada del embarazo prevista en la legislación de Francia.²²

La ley, señala igualmente que toda persona discapacitada tiene derecho, cualquiera que sea la causa de su deficiencia, a la solidaridad del conjunto de la colectividad nacional para el cubrimiento de los gastos durante el resto de su vida.

Aunque ya existían principios establecidos por la ley y la jurisprudencia, se consagró de manera detallada el tema del consentimiento informado del paciente, con dos aspectos novedosos que merecen mencionarse. El primero de ellos es la exigencia legal para el profesional y el establecimiento de salud de aportar la prueba que la información ha sido suministrada al interesado, carga que había sido impuesta por la jurisprudencia reciente a los prestadores del servicio de salud.²³ De otro lado, la ley señala que cuando con posterioridad a la realización de las investigaciones, tratamientos o acciones de prevención, sean identificados nuevos riesgos, la persona debe ser informada salvo en caso de imposibilidad de encontrarla, lo cual plantea una obligación de información post – tratamiento.

Un aspecto que puede facilitar la comprensión para el paciente del accidente terapéutico y las acciones judiciales que quiera ejercer es el derecho a la información contemplado por la ley de acuerdo con el cual:

“Toda víctima de un daño imputable a un acto de prevención diagnóstico o cuidados o sus herederos, deben ser informados por el profesional o el establecimiento de salud sobre las circunstancias y las causas del daño”.

Y la ley indica que:

“La información le será suministrada a más tardar dentro de los 15 días siguientes al descubrimiento del daño o su solicitud expresa, durante una consulta durante la cual la persona puede ser asistida por un médico u otra persona de su elección”.

III. LA REPARACIÓN DE DAÑOS

22 La Asamblea Plenaria de la Corte de Casación Francesa señaló en el caso de Perruche el 17 de noviembre de 2000 que *“Si las faltas cometidas por el médico y el laboratorio en la ejecución de sus contratos con la paciente hubieran impedido ejercer su opción de interrumpir su embarazo con el fin de evitar un nacimiento de un bebé discapacitado, este último puede demandar la reparación de su perjuicio de esa incapacidad”.*

23 En el fallo Hédreul la Corte de Casación Francesa indicó el 25 de febrero de 1997 que *“incumbe al médico, quien tiene una particular obligación de información frente a su paciente de probar que la ha ejecutado”.*

El aspecto más importante de la ley 303 de 2002 se relaciona con el régimen de responsabilidad civil médica implantado, en el cual se establece un principio general de responsabilidad civil y otro de solidaridad o indemnización automática.

El principio general de responsabilidad se consagró en los siguientes términos:

“Fuera de los casos donde su responsabilidad se compromete en razón de un defecto de un producto de salud, los profesionales de la salud mencionados en el presente Código, así que todo establecimiento de salud en los cuales se realicen actos individuales de prevención, diagnóstico o cuidados, no son responsables de las consecuencias dañosas de los actos de prevención, diagnóstico y cuidados, en caso de culpa”.

Es importante tener en cuenta que el término de cuidados (traducción de “soins”) se identifica en sentido general con el “acto médico” y no se limita por tanto a los cuidados paramédicos o de vigilancia. Sobre este aspecto, la doctrina ha señalado que “la delimitación excluye todos los actos resultantes de otros aspectos de la actividad hospitalaria tales como la hotelería y los actos no médicos”.²⁴

De otro lado, y tal vez la discusión más importante que se genera en cómo debe entenderse la alusión a la culpa que hace la norma, es decir, si debe ser esta aprobada por el paciente demandante, o si por el contrario se presume, aspecto sobre el cual existen diversas posiciones. En un Congreso realizado con posterioridad a la expedición de la ley 303 del 2002 se basaba en la exigencia de la prueba de la culpa médica de acuerdo con las reglas tradicionales de la responsabilidad civil.²⁵ Por su parte, el tratadista CHRISTOPHER RADE considera que la Ley “no hace referencia a la prueba de esta culpa y no exige sino que una prueba directa sea aportada”.²⁶ Nosotros consideramos que la ley 303 del 2000 mantiene la exigencia de la prueba de la culpa médica a cargo del paciente para los supuestos generales de responsabilidad, dado que existen otros eventos en los cuales el sistema probatorio es diferente como en el caso de infecciones nosocomiales.

24 PORCHY – SIMON, Stéphanie. *L'indemnisation collective des accidents thérapeutiques*, en *Le Nouveau droit des malades, actes de la tournée d'études des éditions du juris classeur*, Group Lexisnexis, París, 2002. Pág. 100.

25 PENNEAU, Jean, *La réforme de l'indemnisation des dommages médicaux et la place de la responsabilité médicale* en *Le Nouveau droit des malades, actes de la tournée d'études des éditions du juris classeur*, Groupe Lexisnexis, París, 2002. Pág. 83.

26 RADE CHRISTOPHE, *La réforme de la responsabilité médicale après la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, Chroniques, Responsabilité civile et assurances, éditions du juris-classeur, mayo de 2002.

En lo que tiene que ver con los eventos de daños que reúnen la característica de anormales y graves, la misma ley determina que no es necesario examinar si hubo culpa o no, y menos probarla, en tales eventos la indemnización es automática. La anterior posición tiene asidero en la exposición de motivos de la ley según la cual “si el presente proyecto permite a las víctimas de accidentes graves sin culpa de ser indemnizadas, importa asentar la responsabilidad en materia médica sobre las bases más clásicas, es decir sobre la noción de culpa”.²⁷

La ley se basa entonces en un sistema de culpa probada, a excepción de los casos de infecciones intra – hospitalarias, investigaciones, sida, post – transfusional y productos de salud, los cuales se inspiran en la reglamentación de responsabilidad por productos defectuosos. Es por ello que en el caso de infecciones intra – hospitalarias la ley dice que “*Los establecimientos, servicios y organismos mencionados son responsables de los daños que resultan de infecciones nosocomiales, salvo si aportan la prueba de una causa extraña*”, aspecto sobre el cual la Jurisprudencia ya se había pronunciado en el mismo sentido tanto en el ámbito civil²⁸ como en el administrativo.²⁹

En cuanto a la indemnización sin culpa, que es el aspecto más importante de la ley 303 del 2002, se consagró el siguiente principio:

“Desde que la responsabilidad de un profesional, de un establecimiento, servicio u organismo mencionado o un productor no esté comprometida, un accidente médico, una afección iatrogénica o una infección nosocomial abren derecho a la reparación de perjuicios al paciente a título de la solidaridad nacional, cuando son directamente imputables a actos de prevención, diagnóstico o cuidados que han ocasionado consecuencias anormales con relación a su estado de salud como de la evolución previsible de este y presentan un carácter de gravedad, fijado por decreto, apreciado con relación a la pérdida de capacidades funcionales y de consecuencias sobre la vida privada y profesional medidas teniendo en cuenta la tasa de incapacidad permanente o la duración de la incapacidad temporal de trabajo”.

Es importante tener en cuenta que posteriormente la ley 1577 de 2002 incluyó además los eventos de fallecimiento en los eventos de infecciones intra – hospitalarias.

27 Exposé des motifs, Loi 303 du 2002, Le Nouveau droit des malades, actes de la tournée d`études des éditions du juris classeur, Groupe Lexisnexis, Paris, 2002.

28 Francia. La Corte de Casación Francesa consagró una obligación de seguridad de resultado en los eventos de infecciones intra – hospitalarias mediante sentencia del 29 de junio de 1999.

29 Francia. El Consejo de Estado Francés aplicó la falla presunta del servicio médico oficial desde el 14 de junio de 1991.

Así las cosas, en aquellos casos en que mediante la prestación de un servicio de salud o de un acto médico se hubiesen presentado daños anormales y graves, el paciente será indemnizado automáticamente por un Fondo denominado Oficina Nacional de Accidentes Médicos financiada por la seguridad social y las compañías aseguradoras de los prestadores de servicios, luego de un trámite que se realiza ante una comisión regional de conciliación creada por la ley.³⁰

El trámite administrativo para la indemnización a la víctima tiene varias etapas entre las cuales se encuentran la solicitud del paciente o causahabientes con indicación de su afiliación a la seguridad social, demás prestaciones recibidas y tipo de proceso judicial iniciado, luego de lo cual se procede a la notificación al médico o a la institución. Igualmente la designación de un perito experto en valoración del daño corporal para proceder a la definición de la competencia de la Comisión si el accidente sobrepasa el porcentaje de incapacidad del 25% fijado por la ley. Posteriormente se hace la designación de peritos de una lista de expertos en accidentes médicos y si el daño presenta el carácter de gravedad exigido por el legislador la comisión rinde un concepto sobre las circunstancias, causa, naturaleza y el monto de los perjuicios, en un plazo máximo de seis meses, para luego enviarse a la Oficina Nacional de Indemnización, pudiendo ser controvertido ante la jurisdicción. Puede además darse traslado a autoridades disciplinarias que investigan el ejercicio profesional médico e incluso subrogarse contra el prestador en los casos de la culpa grave.

Señala la ley igualmente que:

“Cuando la comisión regional de conciliación e indemnización de accidentes médicos, afecciones iatrogénicas o infecciones nosocomiales estima que un daño compromete la responsabilidad de un profesional, establecimiento o fabricante, el asegurador que cubre su responsabilidad dirigirá a la víctima en un plazo de 4 meses siguientes a la recepción del concepto una oferta de indemnización que repare integralmente los perjuicios hasta

30 Francia. La Ley 303 del 2002 señala que *“Una comisión regional de conciliación e indemnización se encargará de facilitar el arreglo amigable de los litigios relativos a los accidentes médicos, afecciones iatrogénicas e infecciones nosocomiales, así como otros litigios entre usuarios y profesionales, establecimientos, servicios de salud o fabricantes de productos de salud”*. *“Las comisiones regionales de conciliación e indemnización de accidentes médicos serán presididas por un magistrado del orden administrativo o judicial, en actividad u honorario”*. *“Serán integradas por representantes de personas enfermas y usuarios del sistema de salud, profesionales y responsables de establecimientos y servicios de salud, de la Oficina Nacional de indemnización de accidentes médicos y de las compañías de seguro”*.

el límite de valor asegurado de los contratos de seguro. El pago debe hacerse en un mes a partir de la aceptación de la oferta”.

Como puede observarse, la reforma implementa la reparación de ciertos daños mediante un procedimiento, que no tiene casi ningún costo para el solicitante y que pretende vincular a las compañías aseguradoras y a la Oficina Nacional de accidentes médicos, “la cual interviene en todo caso en los eventos de ausencia de seguro, exceso en el límite de valor asegurado o ante la objeción al pago por parte del asegurador.

Es importante tener en cuenta que tanto la reforma a la legislación francesa contempla la suscripción de seguros de responsabilidad civil obligatorios tanto para los profesionales de la salud como para las instituciones prestadoras de servicios, lo cual implica un cambio fundamental con respecto al sistema anterior.

IV. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Como habíamos señalado la ley consagró un seguro de responsabilidad civil obligatorio para los profesionales de la salud y las instituciones prestadoras de servicios realizando una innovación en este aspecto, toda vez que hasta ese momento el seguro de responsabilidad profesional era de carácter facultativo.

Según la nueva normatividad *“Los profesionales de la salud independientes, los establecimientos de salud y toda persona jurídica, que realicen actos de prevención, diagnóstico o cuidados, así como los productores de productos médicos, están obligados a suscribir un seguro para cubrir su responsabilidad civil o administrativa frente a terceros”.* La ley agrega que en *“caso de incumplimiento a la obligación de asegurarse, la instancia disciplinaria puede producir sanciones disciplinarias”* e incluso multas y ejercicio ilegal de la profesión.

Con posterioridad a la expedición de la Ley 303 se dictó la ley 1577 del mismo año derogando la exigencia del seguro obligatorio para establecimientos públicos con recursos financieros para asumir los riesgos y reglamentando otros aspectos del seguro obligatorio de responsabilidad civil médica.

Según esta nueva ley *“Constituye siniestro todo daño causado a un tercero que comprometa la responsabilidad del asegurado resultante de un hecho generador que tenga la misma causa técnica, imputable a las actividades cubiertas por el contrato y que dé lugar a una o varias reclamaciones”* y *“Constituye una reclamación toda demanda en reparación amigable o contenciosa formulada por la víctima o causahabientes y dirigida*

al asegurado o a su asegurador”, implantando conceptos de derecho comercial al Código de Salud Pública.

Para evitar los problemas generados por el límite temporal de la cobertura de las pólizas de seguro se señala *“Todo contrato de seguro cubre al asegurado por las consecuencias patrimoniales de los siniestros por los cuales la primera reclamación sea formulada durante la vigencia del contrato, cualquiera sea la fecha de los otros elementos constitutivos del siniestro, siempre que el hecho generador sobrevenga en el cuadro de las actividades del asegurado cubiertas al momento de la primera reclamación”*. Igualmente se expresa *“El contrato de seguro cubre igualmente los siniestros cuya primera reclamación sea formulada durante un término fijado por el contrato, a partir de la fecha de vencimiento o terminación de toda o parte de sus cubrimientos, si los siniestros son imputables a actividades cubiertas en dicha fecha, y resultan de un hecho generador ocurrido durante la vigencia del contrato. Este término no podrá ser inferior a 5 años”*. Finalmente se indica que *“El último contrato concluido, antes de terminar su actividad profesional o su muerte, por un profesional de la salud independiente, cubre igualmente los siniestros por los cuales la primera reclamación sea formulada durante un término fijado en el contrato, a partir de la fecha de terminación de los cubrimientos, siempre que el hecho generador sobrevenga durante la vigencia del contrato o anteriormente a ésta en el cuadro de las actividades del asegurado cubiertas al momento de la primera reclamación. Este término no podrá ser inferior a 10 años”*.

Aunque resulta cuestionable que se consagren principios de derecho de seguros en una Ley de Salud Pública el interés del legislador francés es la codificación de todas las normas de derecho médico en un solo cuerpo normativo, para evitar la dispersión y la contradicción que se genera en las legislaciones de este tipo.

CONCLUSIÓN

La reciente expedición de las leyes de derecho médico en Francia hace necesario aguardar la interpretación jurisprudencial del régimen de responsabilidad establecido tanto en materia civil como en administrativo, en temas como las obligaciones de resultado, de seguridad y la misma falla presunta del derecho administrativo, así como la posición del sector reasegurador frente a la eventual siniestralidad que se genere.

Igualmente deberán dilucidarse aspectos como el ajuste de baremos a los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, la intervención de las compañías asegu-

radoras, la eficacia de la Oficina de accidentes médicos, y las controversias de la víctima con tales entidades.

El interrogante más importante a nuestro juicio es si posteriormente se dará un cambio mayor en la indemnización del alea terapéutica bien sea modificando el porcentaje de incapacidad que consagra la ley, disminuyendo las condiciones para que el daño sea reparable y eventualmente estableciendo como paso final un régimen total de indemnización de los accidentes terapéuticos.

LOS PERJUICIOS ESTÉTICOS Y SU EVALUACIÓN

Gilberto Martínez Rave

La tradicional división de los daños y perjuicios en MATERIALES Y MORALES, que conserva y ratifica la legislación colombiana en el art. 94 de la ley 599 de 2000, vigente Código Penal, no puede constituirse en un obstáculo para atender al desarrollo del derecho moderno que constantemente amplía la categoría de los daños y perjuicios que deben ser indemnizados y que no concuerdan con la interpretación tradicional de los conceptos de materiales y morales. En síntesis en Colombia no se puede reducir la obligación indemnizatoria a la compensación de solo aquellos perjuicios que encajan en los conceptos tradicionales de perjuicios materiales y morales porque existen otros de igual o mayor importancia que deben ser indemnizados como sucede en otros países. Por eso hemos propugnado por que a esos conceptos se les dé una interpretación amplia, más extensiva que la tradicional.

Esa interpretación amplia nos permitiría entender dentro de los perjuicios MATERIALES a todos aquellos que afectan o lesionan el patrimonio económico, pecuniario, de la persona, que en otros países se identifican como PATRIMONIALES o ECONÓMICOS y dentro de los MORALES a todos aquellos que lesionan, modifican o alteran intereses de otra índole, esto es distintos a los económicos, que se denominan en otros países como EXTRAPATRIMONIALES o EXTRA ECONÓMICOS, que incluirían aquellos que lesionan derechos personalísimos o fundamentales, los que lesionan la integridad sicosomática de las personas, su salud, su integridad emocional, su integridad funcional y otros derechos o intereses cuya violación no se considera incluida en el concepto tradicional de daño moral.

En el campo patrimonial o económico, esto es en LOS MATERIALES, que denominaremos PATRIMONIALES o ECONÓMICOS continúan vigentes las dos vertientes o enfoques o manifestaciones que los conforman: a) la que corresponde a una parte activa del perjuicio, es decir lo que afecta directamente el patrimonio porque lo disminuye, rebaja, reduce directamente conocido como DAÑO EMERGENTE, al cual se refieren los arts. 1613 y 1614 del C. Civil, y b) la que corresponde a la falta de ingresos, de productividad, eso es a un enfoque negativo del perjuicio que las normas ya citadas denominan LUCRO CESANTE. En síntesis los perjuicios

MATERIALES, PATRIMONIALES O ECONÓMICOS, lo conforman el DAÑO EMERGENTE como sumas de dinero que salen del bolsillo o patrimonio del perjudicado para atender directamente las consecuencias del daño y el LUCRO CESANTE y que conforman los dineros o beneficios que dejan de ingresar al patrimonio del perjudicado como consecuencia del hecho dañoso.

Es en el campo de los perjuicios MORALES, que denominaremos EXTRAPATRIMONIALES o EXTRAECONÓMICOS donde más importancia adquiere la nueva clasificación porque en ella podemos incluir otros daños y perjuicios que no encajan exactamente en la interpretación tradicional que se le ha dado al concepto perjuicio MORAL.

Por eso internacionalmente se acepta que perjuicios como LOS FISIOLÓGICOS O FUNCIONALES, LOS ESTÉTICOS, LOS QUE ATENTAN CONTRA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES O DE LA PERSONALIDAD, LOS DENOMINADOS CORPORALES O BIOLÓGICOS, ETC., deben ser resarcidos e incluirlos como EXTRAPATRIMONIALES, EXTRAECONÓMICOS o como MORALES, según nuestra clasificación.

LOS PERJUICIOS ESTÉTICOS. Hacen parte de esos que pudiéramos considerar como nuevos, que se refieren al deterioro, modificación, alteración, a la integridad estética de la persona, a la ruptura o modificación de la armonía corporal. Se modifica negativamente la belleza corporal, que ocasiona lástima, rechazo, en quienes se acercan a él. Por eso para algunos tratadistas es el que afea a las personas, el que modifica desfavorablemente la armonía corporal, la estética y la presentación.

El daño o perjuicio estético es autónomo e independiente de los demás, distinto al daño biológico y al daño funcional con los cuales a veces se le confunde. En la actualidad se abre paso en el ámbito internacional el concepto de DAÑO CORPORAL que incluye, como indemnizable, el que se le ocasiona al cuerpo, a la persona, lo que ha permitido que algunos lo denominen DAÑO PERSONAL. El daño corporal puede tener manifestaciones económicas o pecuniarias que conforman los tradicionales DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE pero además puede tener manifestaciones no pecuniarias, que afectan intereses diferentes a los económicos. Mientras en la manifestación económica o pecuniaria se protege al hombre como maquina productiva, como elemento productor de riqueza y por eso se le indemnizan los daños que afecten su patrimonio, que modifican su capacidad de producir pero no se le protege como ser humano, como persona titular de derechos o intereses diferentes a los económicos esto es la dignidad

humana. Es por ello que se ha criticado el código civil napoleónico, que sirvió de fundamento a muchos de los códigos civiles del mundo, pues solo busca la protección del hombre como máquina productiva, como creador de riquezas, pero se olvidó del hombre como persona, como ser humano, con derechos e intereses diferentes a los económicos. Por eso en los códigos civiles fundamentados en el Código Civil Francés, como sucede con el colombiano, no se contemplan como indemnizables solo los perjuicios materiales, cuyas manifestaciones de daño emergente y de lucro cesante aparecen mencionados en los arts. 1613 y 1614 del estatuto civil sustancial colombiano.

Es a partir de mediados del siglo XX cuando se menciona y reconoce la dignidad humana, se reconoce importancia a otras facetas del ser humano, diferentes a las económicas y se busca su protección legal. Comienza a hablarse de los perjuicios morales, de perjuicios personales, de perjuicios a la vida de relación, que afectan otros intereses distintos a los económicos, y que deben ser indemnizados cuando se dañan o deterioran. Y por eso hoy, en muchos países del mundo, especialmente los europeos, se indemnizan los perjuicios emocionales, no solo personales sino los de rebote, los funcionales o fisiológicos que lesionan la integridad funcional, los estéticos que afean a las personas lesionándolas físicamente, los que atentan contra la vida de relación que modifican la vida futura del lesionado, los sexuales que lesionan la capacidad reproductiva o las satisfacciones sexuales, los juveniles que hacen más notorios los daños cuando se ocasionan a jóvenes que les limita el disfrute de esa etapa de la vida, y de los que protegen los derechos o intereses constitucionalmente reconocidos y a los cuales se refiere el art. 2º de la Constitución y cuya indemnización debe garantizar el Estado cuando son violentados o lesionados por otras personas.

Por eso se reconocen en la Unión Europea perjuicios diferentes a los tradicionales de materiales y morales que se concretaron en el lesionamiento económico o emocional de la persona. Otros que afectan, fuera de los intereses emocionales, sentimentales, afectivos a las personas, como los perjuicios fisiológicos, los que atentan contra la vida de relación, los estéticos que afectan la integridad estética y armónica del cuerpo, los que desconocen los derechos fundamentales o constitucionales, etc. Nadie está autorizado para modificar física, emocional o fisiológicamente a otra persona a través de un daño o perjuicio y si lo hacen debe compensar o indemnizar al afectado.

Pretendemos referirnos exclusivamente a los que hoy se conocen como daños o perjuicios estéticos, que en muchos países se indemnizan específicamente y

que en Colombia apenas se mencionan y a veces se indemnizan bajo el concepto de perjuicios morales, que de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia incluye todos los perjuicios diferentes a los económicos.

Todos los colombianos tienen derecho a conservar y mantener una figura corporal, armónica y natural, conservando la belleza que la naturaleza les ha dado. Nadie puede modificar, alterar o vulnerar esa integridad estética y si lo hace debe indemnizarlo o compensarlo.

El deterioro que se causa a la armonía corporal de las personas puede originar consecuencias penales o civiles. En el campo penal la ruptura de la armonía corporal se sanciona como un delito de lesiones personales. Además podrá originar consecuencias civiles y por eso deberá, no solo purgar la pena que le fija el juez penal sino atender al pago de la indemnización integral por el daño ocasionado. La ley 599 del 2000 o vigente Código Penal, dedica su capítulo III del libro segundo a DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL, a las LESIONES PERSONALES y en sus arts. 111 a 121 consagra las respectivas penas, dependiendo de las consecuencias del delito. De esos artículos nos interesan el 113 que reza:

“Deformidad. Si el daño consistiere en deformidad física transitoria, la pena será de prisión de uno a seis años y multa de quince a veinticinco salarios mínimos legales mensuales vigentes.--- Si fuere permanente la pena será de prisión de dos a siete años y multa de veintiséis a treinta y seis salarios mínimos legales mensuales vigentes.---- Si la deformidad afectare el rostro la pena se aumentará hasta en una tercera parte.”

Dedúcese de lo anterior que cuando se deteriora la armonía física de una persona, que el Código Penal la sanciona como deformidad y por ello debe asumirse la responsabilidad penal y la responsabilidad civil correspondiente. Cuando el lesionamiento estético afecta la cara la sanción penal es mayor. Si la lesión estética se da en otra parte del cuerpo genera responsabilidad penal y puede acompañarse de la acción civil correspondiente.

Penalmente es diferente la lesión en la cara y en el resto del cuerpo. Más grave la primera y por lo tanto con mayor pena e indemnización.

Lo primero a resolver es: ¿SON INDEMNIZABLES EN COLOMBIA LOS PERJUICIOS ESTÉTICOS, ya sea que provengan de un delito o de un hecho dañoso? No queda duda pues se trata del lesionamiento a un interés lícito como es el de disfrutar de la armonía corporal dada por la naturaleza. Quien desconozca ese

derecho, sin consentimiento o voluntad del perjudicado, debe indemnizarlo o compensar el daño ocasionado.

Lo segundo es y si son indemnizables como se tasán en Colombia cuando nuestras normas sólo mencionan los perjuicios materiales y morales. Tampoco hay duda que, dentro de una interpretación amplia, extensiva, del concepto perjuicio moral, entendemos todos los extrapatrimoniales, incluyendo los estéticos y cuya tasación se hace en la forma en que dispone el art. 16 de la ley 446 de 1998, al consagrar la indemnización en equidad que se debe utilizar cuando, probado el daño, no existen parámetros objetivos para su tasación.

El incluir el perjuicio estético en los extrapatrimoniales para su indemnización, no autoriza a confundirlos con el perjuicio moral que, según la concepción tradicional, resulta del lesionamiento a la integridad emocional, afectiva, sentimental de las personas. Por eso en el derecho comparado se acepta que el perjuicio estético es autónomo, independiente, no solo de los que se han conocido como morales sino del que se ha denominado funcional que deteriora la funcionalidad de los diferentes órganos y de los denominados a la vida de relación. De allí que en muchos casos se den conjuntamente los estéticos y los morales que deben indemnizarse independientemente, esto es que deberá reconocerse indemnización por unos y otros. Mientras el moral afecta los aspectos emocionales de la persona, el estético lesiona su integridad física, corporal. Por eso en ciertas ocasiones la ruptura de la integridad corporal, física, lesiona también el aspecto emocional, como sucede en los complejos que surgen en las personas que quedan con una cicatriz en la cara o en una parte visible de su cuerpo, que las hace retraídas, aisladas, acomplexadas. Este es innegablemente un perjuicio moral que debe reconocerse independientemente del perjuicio estético, que debe indemnizarse independiente.

Se debe precisar que el daño estético no es solo cuando quedan cicatrices, como es común entenderlo en nuestro medio, pues el daño o perjuicio estético puede darse en forma *estática*, cuando la ruptura de la armonía corporal permanece estable o en forma *dinámica* que se manifiesta cuando vulnera, modifica, los movimientos o actividades normales del cuerpo. El estático se da cuando una cicatriz en la cara o en una parte visible del cuerpo permanece allí indefinidamente y se da cuando la persona pierde un brazo, un ojo, una oreja, una mano, un dedo. En cambio el daño estético dinámico se manifiesta cuando el lesionado muestra una limitación al caminar como consecuencia de la ruptura de la armonía corporal. Esta limitación en el campo penal se sanciona, tal como ya lo indica-

mos, como deformidad que puede ser transitoria o permanente. Por lo tanto el perjuicio estético no son solo cicatrices sino la ruptura, en general, de la armonía del cuerpo en forma estática o dinámica.

Es por lo anterior que el perjuicio o daño estético puede darse conjuntamente con el perjuicio moral e inclusive con el funcional, el fisiológico y el que atenta contra la vida de relación. Esto es que además de violentarse la armonía corporal también se deteriora la armonía funcional. La persona que pierde un ojo no solo queda afectada estéticamente sino también funcionalmente. Quien pierde una oreja no solo queda afectada estéticamente sino que también muchas veces se afecta funcionalmente. Quien pierde una mano no solo se afecta estéticamente sino que también queda limitada en sus funciones aprehensivas. Por lo tanto los tres perjuicios extrapatrimoniales pueden tener el mismo origen, provenir del mismo hecho, pero son diferentes y deben indemnizarse independientemente.

El perjuicio estético es diferente al perjuicio funcional (el Consejo de Estado colombiano confunde el perjuicio fisiológico o funcional con el que afecta la vida de relación de las personas). Se da con frecuencia, que el perjuicio estético se encuentre acompañado de un perjuicio funcional, como sucede en los casos que mencionamos en el párrafo anterior (pérdida de un miembro, una mano, un dedo, de un ojo, etc.) pero no por eso pierden su autonomía e independencia para efectos indemnizatorios.

Es indiscutible que el perjuicio estético, en algunos casos, puede tener consecuencias o repercusiones patrimoniales y económicas. Así sucede con la artista de teatro, el presentador de televisión, las azafatas, las modelos, el agente vendedor, que como consecuencia del daño estético, sufren una merma notoria en sus ingresos, en atención a sus específicas actividades profesionales que exigen una armonía estética evidente. Por eso algunos estiman que se convierten en el lucro cesante de los perjuicios materiales (por ser ingresos dejados de recibir como consecuencia del daño) y otros, con fundamento en una posición del Consejo de Estado colombiano, lo califican como un daño moral objetivado y lo diferencian del lucro cesante por cuanto el motivo que lo origina es el impacto emocional o complejo que le queda por el daño estético y no por limitaciones físicas que modifiquen o lesionen su capacidad laboral o productiva.

EVALUACIÓN DEL PERJUICIO ESTÉTICO. La violación al derecho de la integridad estética de la persona no es fácil de evaluar. Algunos consideran que en su evaluación debe imperar una concepción eminentemente subjetiva del perjudicado,

así como el del médico que los debe establecer y el del juez que debe tasarlos y fijar la obligación de indemnizarlos. Cada uno de ellos incide en el resultado final de su tasación. Es el perjudicado el que se siente afectado en su integridad física, estética, armonía corporal. Luego es el médico legista o el profesional de la medicina que deberá conceptuar sobre la existencia de la lesión estética, sus consecuencias, su vigencia en el tiempo y el mayor o menor impacto en la armonía corporal del perjudicado. Sus conocimientos, sus conceptos profesionales serán de vital importancia, no solo para el establecimiento de las características de los prejuicios sino para su valoración. Por último será el juez el que debe confrontar en realidad los conceptos emitidos por el profesional de la medicina y aplicar el arbitrio judicial para fijar el valor indemnizatorio, teniendo en cuenta, para estos casos, la indemnización en equidad que consagra el art. 16 de la ley 446 de 1998. La indemnización en equidad otorga al funcionario judicial un arbitrio amplio que deberá aplicar teniendo en cuenta factores y circunstancias que influyen en las consecuencias del daño. Mientras en otros países, España concretamente, cuando se trata de accidentes de tránsito aplican unas tablas o baremos que consagra la ley 30 de 1995, en Colombia se deja al arbitrio judicial fijar el monto concreto de la indemnización en equivalentes en pesos colombianos de salarios mínimos legales mensuales vigentes, entre uno y mil. Cuando se trata de un delito, de una conducta delictual, el art. 56 del C. de P. Penal le impone al juez la obligación de condenar en concreto al pago de la correspondiente indemnización de oficio, esto es que sin que exista parte civil o sin que nadie lo solicite, el art. 97 del Código Penal o ley 599 del 2000 que regula la indemnización en equidad pero, para que no se abuse de él, se fija un límite máximo que corresponde a los mil salarios mínimos legales mensuales. Y aunque la norma que consagra ese límite aparece en el Código Penal es aplicable a los demás procedimientos, no solo por lo que dispone el art. 16 de la ley 446 de 1998 que igualó los mecanismos de evaluación de los perjuicios, en las personas o en los bienes, en todos los procedimientos sino también porque es la única norma que en la legislación colombiana regula la indemnización en equidad que es la que debe utilizarse cuando exista prueba suficiente del daño pero no de su monto o quantum.

Por lo anterior estimamos que los perjuicios estéticos se deben indemnizar en Colombia en forma independiente de los perjuicios morales, de los perjuicios funcionales y del lucro cesante cuando se da como consecuencia del mismo y aplicando la indemnización en equidad que autoriza el arbitrio judicial con un límite del valor en pesos colombianos de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Es equivocado considerar que el perjuicio estético sólo se da cuando las perjudicadas son las mujeres. Todo ser humano, sin importar su sexo, tiene derecho a su integridad estética y debe ser indemnizado cuando se le afecte o lesione. Por eso el perjuicio estético puede ser reclamado por hombres o mujeres que resulten afectados en su integridad estética. Otra cosa es que para su valoración en equidad pueda tener en cuenta el juez al tasarlos el lugar del cuerpo afectado, su mayor o menor visibilidad al público, la edad, el sexo masculino o femenino pues es mayor la vanidad de las mujeres que la de los hombres, la profesión que se ejerce que requiera más o menos contacto con el público, etc. Ya sabemos que esta tasación es diferente al perjuicio moral que el daño estético pueda producir, del daño funcional que pueda ocasionar y muy distinto a las repercusiones económicas o patrimoniales que con él se puedan sufrir y que originan el lucro cesante.

El arbitrio del funcionario judicial no es ilimitado. Discrepamos de la tesis del Consejo de Estado que lo considera ilimitado. Es necesario fijar un tope, un límite, para tasar en equidad los perjuicios diferentes a los patrimoniales como los llamados extrapatrimoniales o morales como se ha clasificado anteriormente. Los topes o límites a ese arbitrio se manejan en España como baremos. En Colombia está establecido si interpretamos adecuadamente el art. 97 de la ley 599 del 2000 o vigente Código Penal que, insistimos, en atención a lo dispuesto por el art. 16 de la ley 446 de 1998, podrá aplicarse en todos los procedimientos para tasar la indemnización. Deberá tenerse en cuenta las diferentes circunstancias que rodean el daño para que el juez pueda concretar el número concreto y específico de salarios mínimos legales mensuales que considera deberán pagarse como indemnización. El artículo 97 del C.P. consagra: *“Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.”*

En algunos países las consecuencias estéticas se han clasificado en seis grados o escalas para efectos de evaluar sus consecuencias; 1ª) consecuencias *ligeras*, 2ª) consecuencias *moderadas*, 3ª) consecuencias *medias*, 4ª) consecuencias *importantes*, 5ª) consecuencias *muy importantes* y 6ª) consecuencias *considerables*, que permiten una más aproximada tasación pues unas son más graves que otras. Se utiliza ese mecanismo para aplicar puntajes que la ley previamente ha establecido. En Colombia es posible utilizar esa clasificación pues el art. 97 del C.P. consagra el arbitrio judicial limitado a mil salarios mínimos legales mensuales, como lo autoriza la indemnización en equidad que consagra, con fundamento en el art. 16 de la ley 446 de 1998. Creemos que para su evaluación deberá tener en cuenta, dentro de muchos factores, la clasificación internacional del perjuicio estético.

Cuando el art. 97 utiliza el adverbio *como* está autorizando otros elementos evaluativos, objetivos, entre ellos la gravedad e importancia de la lesión estética.

Se cuestiona por algunos doctrinantes si para efectos de la indemnización del perjuicio estético deberá o no tenerse en cuenta el rango social de la persona. La tendencia democrática de indemnizar el daño, que consagra la Constitución colombiana de 1991, cuando se refiere a los derechos fundamentales, a la vida, a la salud, al cuerpo humano, no autoriza a tener en cuenta esas circunstancias pues se debe garantizar la integridad estética de las personas sin distingos de la clase social a que pertenece. Por lo tanto cualquiera sea el sexo, la raza, la condición social, merece respeto y debe ser indemnizado cuando cualquiera daño o violente la integridad estética.

Por lo anterior consideramos que los perjuicios estéticos deben ser indemnizados en Colombia, independientemente de los perjuicios morales, funcionales o patrimoniales que puedan darse con él daño. La forma de hacerlo es a través de la indemnización en equidad que contempla el art. 16 de la ley 446 de 1998 que permite utilizar el arbitrio judicial hasta los mil salarios mínimos legales mensuales que consagra el art. 97 del Código Penal vigente.

DERECHO DE DAÑOS Y RESPONSABILIDAD ILIMITADA EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Pablo Salvador Coderch

CONTENIDO:

1. El dogma de la responsabilidad limitada de los accionistas
2. Fundamentos de la limitación de responsabilidad
3. *¿Privilegio de los accionistas en perjuicio de los acreedores sociales?*
4. Limitación de responsabilidad, acreedores contractuales y acreedores por responsabilidad extracontractual
5. Seguro de responsabilidad civil de los administradores (D&O Insurance) y cláusulas de indemnidad (Indemnity Clauses)
6. Propuestas doctrinales de responsabilidad no limitada al importe de la inversión comprometida
7. Meyer v. Holley et al.
8. Accionistas de control y actuales reformas legislativas en España
9. Tabla de sentencias y resoluciones
10. Materiales
11. Bibliografía

381

1. El dogma de la responsabilidad limitada de los accionistas^{1*}

Tanto la vigente Ley de Sociedades Anónimas -reproduciendo a su predecesora de 1951-, como la actual Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada –que

1 ^o Por economía del lenguaje, a lo largo de este trabajo utilizaremos el término “accionistas” en el amplio sentido de comprender a todos los socios cuya responsabilidad por las deudas de la compañía se limite a las aportaciones sociales comprometidas.

reduce la anterior noción de la Ley de 1953-, comienzan con una descripción caracterizadora de su objeto:

“En la sociedad anónima (de responsabilidad limitada), el capital, que estará dividido en acciones (participaciones sociales), se integrará por las aportaciones de (todos) los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales” (art. 1 LSA y [art. 1 LSRL).

La definición es una sinécdoque legal, esto es, toma la parte por el todo, pues si bien es cierto que el dogma de la responsabilidad limitada de los accionistas por las deudas sociales tiene fundamentos claros, también lo es que está ceñido por límites bastante más estrictos que los resultantes del texto literal del art. 1 LSA (LSRL) y que los descritos por una mercantilística española unánime desde hace más de medio siglo (GARRIGUES (1947), 720 y ss., (1952), 108 y ss.; GIRÓN (1952), 67 y ss.; RUBIO (1964), 131 y ss., VICENT (1991), 372 y s.; BROSETA (1994), 222 y s.; PAZARES (1999), 485, 557 y ss.; URÍA/MENÉNDEZ/GARCÍA DE ENTERRÍA (1999), 769 y s.; EIZAGUIRRE (2001), 28, 40 y s., 47; SÁNCHEZ CALERO (2002), 292). Fundamentos y límites coinciden en la responsabilidad contractual, pero más allá de ambos se encuentra la responsabilidad extracontractual, un ámbito en el que el dogma ha de ser sujeto al baño de ácido del análisis y de las doctrinas generales del derecho privado.

Los autores del presente trabajo defienden las tesis siguientes:

I. En el derecho español de sociedades, el objeto propio e indiscutido de la regla de la responsabilidad limitada es el de las relaciones jurídicas contractuales, es decir, el de la responsabilidad contractual.

II. En cambio, en sede de responsabilidad extracontractual, son de aplicación los principios generales del derecho de daños y, en particular, las reglas sobre responsabilidad por el hecho de otro o *Respondeat Superior*.

El análisis del derecho de daños, aplicado al derecho de sociedades, muestra con facilidad cómo la regla de la limitación de responsabilidad puede incentivar la asunción de riesgos excesivos por parte de la sociedad: si esta última carece de solvencia suficiente para hacer frente a los costes de los daños que cause a terceros, o si - en tal caso- no ha contratado un seguro suficiente, o si no responden (solidaria o subsidiariamente a la sociedad misma) sus administradores (o si éstos tampoco son suficientemente solventes), entonces parece innegable que la sociedad puede realizar una actividad peligrosa, con riesgo para terceros,

pero sin tener que afrontar necesariamente todos sus costes (judgement-proof defendant: SHAVELL (1986), pp. 45 y ss.). Los autores sostienen que el dogma de la responsabilidad limitada ha de dejar de ser considerado un principio intangible de un derecho general de sociedades de capital – concebido como una entidad autónoma e independiente del resto del derecho privado y dotado de una epistemología y de un método propios – para pasar a ser analizado desde la perspectiva teórica del análisis económico del derecho privado y, en particular, del derecho de daños.

En puridad, el dogma de la responsabilidad limitada no es esencial para el funcionamiento eficiente de una sociedad de capital: lo es ciertamente que los acreedores de la sociedad tengan una prioridad real sobre los activos sociales y, consecuentemente, que éstos estén al reparo de las pretensiones de los acreedores de los socios, pero no el que los acreedores sociales no puedan en ningún caso ni bajo ninguna circunstancia accionar contra el patrimonio de los socios.

De hecho, este dogma se pronuncia en tiempos modernos y aparece en un segundo plano. En efecto, el reconocimiento legal de la responsabilidad limitada de todos los accionistas no se produce hasta el siglo XIX con el *Code de Commerce* francés de 1807, que le dedicó no el primero, sino el quinto, de los preceptos destinados a la regulación de la sociedad anónima (el art. 33: “*Les associés ne sont passibles que de la perte au montant de leur intérêt dans la société*”). Antes y entre nosotros, excepción hecha de algunos precedentes patrios en el siglo XVII (con la limitación de responsabilidad en el asiento de avería y en el Proyecto de Compañías de Comercio de Olivares: HIERRO (1998, 266 y ss.), las Ordenanzas de Bilbao de 1737 (cap. X, N^o XIII) sólo establecían un tipo unitario de compañía, en la que participaban socios gestores con responsabilidad personal e ilimitada y socios no gestores con responsabilidad limitada (“hasta en la cantidad del capital, y ganancias en que fue interesado, y resultaren del total de la Compañía”). Siguiendo el modelo francés, en nuestra codificación mercantil la formulación de la responsabilidad limitada de los accionistas también presenta un carácter secundario. El art. 265.3^o del Código de Comercio de 1829 no se refería a ella al definir la sociedad anónima, y hay que esperar hasta el art. 278 de este Código para leer que “los socios no responden tampoco de las obligaciones de la compañía anónima, sino hasta la cantidad del interés que tengan en ella”. Este discreto protagonismo normativo de la responsabilidad limitada se reiteró en el Código de Comercio de 1885: la definición de la anónima en el art. 122.3^o omitía cualquier referencia a la responsabilidad limitada de los accionistas, que

establecía más adelante el art. 153 (GARRIGUES (1947), 615 y ss.; PETIT (1990, 497 y ss.).

Sin embargo, los autores de este trabajo no preconizan la aplicación de la ley del péndulo al dogma de la limitación de responsabilidad. Antes bien, analizan los fundamentos y límites de la responsabilidad limitada en el derecho de las sociedades de capital, discuten distintas propuestas de política jurídica que han abogado, ya sea por aplicar un estándar de responsabilidad proporcional (*pro rata*) a todos los accionistas, ya sea por hacer responder únicamente a los accionistas que gozan de una posición de control (*controlling shareholders*) y concluyen que, en ausencia de una determinación legal expresa y pese a lo atendible de algunas de las razones aducidas a favor de ambas soluciones: **los principios generales en materia de responsabilidad por el hecho de otro (*Respondeat Superior*) e imputación objetiva delimitan el ámbito de la responsabilidad objetiva de los accionistas por daños causados por la sociedad a terceros.** Específicamente, la responsabilidad de los accionistas exige, además de la simple posibilidad de controlar la gestión social, la imposición de un deber de hacerlo así – es decir, la caracterización legal de una posición de garante – o la asunción efectiva de la condición de principal en una relación superior/dependiente o, dicho en términos de teoría de la agencia, principal/agente y, en todo caso, el respeto a los principios tradicionales de confianza y prohibición de regreso que, en sede de imputación objetiva, permiten la división del trabajo, el desarrollo del conocimiento científico y tecnológico y la consecución de la eficiencia económica.

2. Fundamentos de la limitación de responsabilidad

The Economic Structure of Corporate Law (1991), de Frank H. EASTERBROOK y Daniel R. FISCHER (traducción española de Francisco Marcos (2002)), síntesis de la teoría dominante del análisis económico del derecho de sociedades, importó a la cultura jurídica la concepción económica de las empresas entendidas como haces de contratos (“*nexus of contracts*”: ALCHIAN/DEMSETZ (1972); JENSEN/MECKLING (1976)). En particular, el segundo capítulo del libro, titulado “Responsabilidad Limitada” (*Limited Liability*), que resume un artículo anterior sobre el mismo tema (*Limited Liability and the Corporation*) 52 U. Chi. L. Rev. 89 (1985)), sigue siendo una de las primeras referencias en materia de fundamentos analíticos del dogma de la responsabilidad limitada de los accionistas de una sociedad anónima por deudas sociales. Más también define – aunque con sordina- sus límites, ceñidos a la más estricta responsabilidad contractual. Fuera de ellos, la cuestión debe discutirse

con criterios empíricos y en el marco del derecho privado general: es decir, teniendo en cuenta las aportaciones realizadas desde hace ya casi medio siglo por el análisis económico del derecho de la responsabilidad civil. Junto con las obras citadas de Easterbrook y Fischel, una reciente presentación de la regla de la responsabilidad limitada puede verse en HANSMANN /KRAAKMAN (2000), 423 y ss.

Todos estos autores coinciden en afirmar que **la limitación de responsabilidad se basa en los siguientes cinco grandes fundamentos:**

Primero. Permite a los inversores diversificar sus riesgos, pues reduce los costes de controlar a los administradores de la sociedad. Un inversor que dispone de 100.000 € y los invierte en adquirir paquetes iguales de acciones de 100 sociedades distintas actúa de forma racional desde el punto de vista de la diversificación de sus riesgos. Sin limitación de responsabilidad, no podría desentenderse de controlar la gestión realizada por los administradores de las sociedades en cuestión; en el límite, los costes del control serían infinitos y desistiría por ello de realizar una inversión tan diversificada. Así, si una de las sociedades deviniera insolvente, el inversor arriesgaría su patrimonio personal, por lo que, *ex ante*, su estrategia racional sería concentrar sus riesgos en pocas inversiones fáciles de controlar.

Más el argumento tiene límites claros. Desde siempre, la prohibición de regreso – que permite la división del trabajo y la diversificación de inversiones arriesgadas – limita con el dolo: no hay ninguna buena razón para amparar inversiones conscientemente destinadas a la financiación de actividades ilícitas. Quien, en virtud de su inversión en tal o cual sociedad, goza de una posición de control y la ejerce efectivamente o tiene -por imperativo legal o por aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad por el hecho de otro- el deber de ejercerla no puede desentenderse sin más de una gestión social ilegal o perjudicial para terceros. El argumento, pues, cubre con facilidad las relaciones jurídicas contractuales pero no alcanza, sin más, a las extracontractuales; es decir, a aquéllas que generan externalidades negativas.

Segundo. Permite a los inversores desentenderse de los restantes accionistas, cuya identidad resulta así irrelevante. En ausencia de una regla de limitación de responsabilidad, un accionista tendría un interés obvio en informarse sobre el patrimonio de sus consocios, pues cuanto mayor fuera éste, menor sería la probabilidad de que el accionista en cuestión hubiera de responder por las deudas sociales. En la forma más exacerbada de responsabilidad, que es la solidaridad

pasiva, los costes de controlar a los restantes accionistas serían potencialmente infinitos. Paralelamente, la regla de la limitación permite que los acreedores personales de los socios puedan concentrar su actividad de control en los activos personales de estos últimos.

Sin embargo, y como en el caso anterior, fuera de las relaciones contractuales y en sede de responsabilidad civil, los accionistas que gozan de una posición de control están, cuando menos potencialmente, sujetos a las reglas generales de responsabilidad del principal por los actos cometidos por el agente, cuando hayan asumido efectivamente tal función o tengan el deber de hacerlo así.

Tercero. Permite la formación y el funcionamiento eficiente de un mercado de capitales, pues posibilita que las acciones sean bienes fungibles, promueve su transferencia libre y muy económica e incentiva a los administradores a actuar de manera óptima.

En un artículo publicado en 1980 y luego muy citado, HALPERN, TREBILCOCK y TURNBULL sostuvieron que, sin responsabilidad limitada, la existencia de un mercado de capitales resultaría punto menos que imposible, pues si los inversores hubieran de responder con sus propios recursos, el valor de las acciones no sería el mismo para todos ellos: cuanto mayor fuera la riqueza de un inversor concreto en relación con la de los demás, mayor sería la probabilidad de que el patrimonio del primero fuera objeto de las pretensiones de los acreedores en caso de concurso de la compañía. Y cuanto mayor fuera el riesgo en cuestión, menor sería la propensión del inversor potencial a pagar por las acciones que se le ofrecerían en el mercado. Así, los inversores atribuirían distintos valores a las acciones de la sociedad según quienes fueran sus titulares, pues el dato relevante para fijar el valor de aquéllas sería la composición y cuantía del patrimonio de éstos, y el mercado de capitales no podría funcionar (HALPERN/TREBILCOCK/TURNBULL (1980), 148 y ss.).

En efecto, ningún mercado resultaría viable si el valor de los bienes que se comercian en él no pudiera dissociarse del valor y la composición del resto del patrimonio de los agentes económicos que acuden a aquél. La ruptura de la cadena de imputación de responsabilidad impide el regreso (principio de prohibición del regreso, presupuesto de la división social del trabajo; véase SALVADOR (2002)) y aproxima las acciones al dinero en efectivo: a quien acude a un mercado para adquirir tal o cual bien no se le pregunta de dónde obtuvo su dinero ni a qué usos asignará los recursos que adquiera con él.

Sin embargo, la regulación de muchos mercados establece limitaciones al principio anterior y prevé sanciones en los casos de superación o inobservancia de aquéllas.

Cuarto. Permite, en un desarrollo casi natural de la argumentación anterior, **que la cotización o el precio de las acciones reflejen de forma óptima el valor de la sociedad**, pues bajo una regla de responsabilidad ilimitada, las acciones no serían homogéneas y los accionistas deberían realizar cuantiosas inversiones en averiguaciones sobre la situación real y el futuro de la sociedad para cerciorarse de la corrección del precio de mercado.

Más acaso el argumento prueba demasiado: ciertamente, los inversores que pretenden hacerse con el control o con una participación significativa del capital de una compañía llevan a cabo averiguaciones muy costosas (*due diligence*) antes de cerrar el trato, aunque es cierto que a los restantes inversores debería bastarles con la información que resulta de las cuentas anuales y, en su caso, del informe de gestión y del informe de auditoría, así como del cumplimiento de los restantes deberes de información que gravan a la sociedad y que el mercado incorpora al precio.

Quinto. Permite optimizar decisiones de inversión, pues, abre camino a las inversiones arriesgadas pero con valor actual positivo. En ausencia de limitación de responsabilidad, inversiones muy arriesgadas, pero beneficiosas, no se llevarían a cabo.

Sin embargo, los límites del argumento son claros: éste vale, ciertamente, en cuanto protege inversiones privadamente beneficiosas, pero no alcanza a aquellos supuestos en los cuales la inversión, siendo beneficiosa para quien la lleva a cabo, no lo es socialmente, pues genera indebidamente costes a terceros. Nuevamente estamos ante un buen argumento, que ampara sin dificultad todo el ámbito lícito de la autonomía privada, pero que no alcanza a cubrir, sin más, el territorio de los comportamientos ilícitos ni el de la causación de daños a terceros. Todos los costes y beneficios sociales – y no sólo los privados- deben incluirse en un cálculo racional de las ventajas e inconvenientes de la regla de la limitación de responsabilidad.

3. ¿Privilegio de los accionistas en perjuicio de los acreedores sociales?

La crítica tradicional al dogma de la responsabilidad limitada siempre ha aducido que el beneficio de los accionistas resulta compensado, euro a euro, por el perjuicio que sufren los acreedores, quienes, en definitiva, habrán de pechar con las deudas sociales. Y como, precisamente por ello, los acreedores exigirán un interés superior al que reclamarán los accionistas y lo inverso sucedería bajo el imperio de una regla de responsabilidad ilimitada, el coste del capital sería el mismo en ambos casos (EKELUND/TOLLISON (1980); MEINERS/MOFSKY/TOLLISON (1979)).

Easterbrook y Fischel contra objetaron entonces que la bondad de la crítica dependía de que el riesgo en cuestión hubiera podido ser asumido a idéntico coste por accionistas y acreedores, algo que, en su opinión, no era así: los acreedores suelen tener una ventaja comparativa para controlar a los administradores de la sociedad, tanto si son acreedores institucionales como si son proveedores que trabajan en el sector de mercado concreto en el que opera la sociedad.

Para el caso de las sociedades cotizadas, la amenaza de ofertas de adquisición de acciones hostiles, sostenían Easterbrook y Fischel, incentiva a los gestores de la sociedad a tratar de conseguir cotizaciones altas de las acciones de la sociedad, pues una política demasiado favorable a los acreedores y que no maximizara el valor de la compañía les sujetaría al riesgo de cambio de dueño. Además, como, bajo la regla de la limitación de responsabilidad, los accionistas pierden sus inversiones en primer lugar, tendrán mayor interés que los acreedores en controlar la gestión social. Por último, la regla de la limitación de responsabilidad permite distribuir el riesgo sistemático – aquél que depende exclusivamente del grado de aversión al mismo de cada cual- entre inversores y acreedores, mientras que la regla contraria asignaría todo el riesgo a los primeros. En una línea de argumentación similar, los autores citados afirman que una alternativa a la regla de responsabilidad limitada podría ser el seguro, pero que los costes de transacción que habrían de afrontar los accionistas individuales serían, sin duda alguna, prohibitivos en comparación con los que afronta la sociedad. Los acreedores tendrían, añaden, una ventaja comparativa a la hora de apreciar el riesgo de la operación que abordan. Más, en definitiva, la cuestión es empírica (“Is it better to allow losses to lie where they fall or to try to shift those losses to some other risk bearer? This is an empirical question”, EASTERBROOK/FISCHEL (1991), 46- 49).

La responsabilidad limitada, escriben HANSMANN/KRAAKMAN (2000), 425-426, permite desplazar gran parte de los costes de control de las empresas sobre sus propios acreedores: puesto que éstos saben que sólo dispondrán de los recursos de la sociedad para hacerse pago de sus créditos, se guardarán muy mucho de contratar con una empresa en mala situación o cuya gestión no sea correcta. Por consideraciones derivadas de la posición profesional de los acreedores en la industria de que se trate, cabe suponer que, en muchos casos, estarán mucho mejor posicionados para controlar la marcha de la empresa de lo que lo estaría una miríada de accionistas anónimos.

La contra objeción conforma una tesis formidable, pero no inapelable. Sin necesidad de discutir el grado en que acreedores controlan mejor que accionistas (en función de qué tipo de acreedores, y según qué sociedad: cotizada, abierta o cerrada), se concederá que *ex ante* los acreedores involuntarios no habrán realizado actividad de control alguna y que, en principio, carecen de toda obligación de hacerlo así.

A efectos de este trabajo y en nuestra cultura jurídica, conviene recalcar que la contra objeción tiene límites estructurales claros: la idea, expuesta por la mejor doctrina española, de que “los acreedores pueden normalmente autotutelar-se, exigiendo la constitución de garantías adicionales o incorporando este riesgo al precio del contrato” (URÍA/MENÉNDEZ/GARCÍA DE ENTERRÍA (1999), 770) es oscura. De entrada, porque el contrato no es un medio de autotutela, en cuanto su característica esencial es que genera una pretensión judicialmente exigible al cumplimiento o al cumplimiento por equivalente. Pero, sobre todo, porque la posibilidad real de que el contrato con el acreedor incorpore el precio del riesgo de impago depende de que el contrato mismo exista, algo que no sucederá si los costes de transacción son elevados, es decir, si el supuesto de hecho generador del crédito es la responsabilidad civil. En efecto, no todos los acreedores sociales lo son por contrato; antes bien, muchos derivan su crédito de un supuesto de hecho generador de responsabilidad extracontractual (responsabilidad civil propiamente dicha – por dolo, culpa o responsabilidad objetiva - o responsabilidad civil derivada de delito).

4. Limitación de responsabilidad, acreedores contractuales y acreedores por responsabilidad extracontractual

Resulta así que el dogma de la responsabilidad limitada tiene pleno sentido en el ámbito de la responsabilidad contractual a poco que las asunciones básicas del

modelo sean correctas, algo que la historia de las sociedades de capital parece haber confirmado en la generalidad de los supuestos: la regla ha superado el test del paso del tiempo. Sin embargo, en materia de responsabilidad extracontractual, el dogma carece de credibilidad: la transferencia de riesgos de accionistas a acreedores extracontractuales incentiva comportamientos de riesgo moral, de pura y simple externalización de riesgos, que obligará a jueces y tribunales a compensar ex post a los acreedores por los daños causados. Cuando la compensación resulte imposible por insolvencia de la sociedad, la externalización de riesgos generada por la regla de la limitación será irreversible. Como reconocieron los mismos EASTERBROOK/FISCHEL (1991), 53:

“Si la magnitud de los costes de transacción impide a los afectados por actividades arriesgadas cobrar una prima de riesgo adecuada, (entonces) aumenta la probabilidad de que, bajo una regla de responsabilidad limitada, las empresas aborden proyectos demasiado arriesgados. La empresa captura los beneficios de las actividades en cuestión, pero soporta sólo una parte de sus costes. Éste es un coste real de la responsabilidad limitada, pero su magnitud se ve reducida por los incentivos de las compañías a asegurarse” (énfasis añadido).

Reducida, pero no eliminada: es cierto que muchas sociedades recurrirán al mercado de seguros para minimizar el riesgo de pérdidas (o, incluso, de concurso) asociado a la responsabilidad civil, pero (incluso dejando aparte que el dolo no puede asegurarse y que la diversificación de riesgos - que está en la base de la limitación de responsabilidad y que haría disminuir o que anularía incluso el atractivo del seguro- no es siempre posible), hay casos en los que las sociedades no se asegurarán aunque el contrato de seguro esté al alcance de la mano de sus administradores. Concretamente, cuando las pérdidas probables fueran muy elevadas, la remuneración que la sociedad debería pagar a sus administradores adversos al riesgo (pues habrían realizado inversiones específicas en la sociedad y el capital humano se diversifica muy mal) para compensar el riesgo de concurso podría ser menor que la prima que cobraría la compañía de seguros (ibídem, 53-54).

Además, atraído por las ventajas derivadas de la aplicación de la regla de responsabilidad limitada, un inversor tenderá a preferir el riesgo reducido de un daño muy grave al riesgo elevado de un daño menos grave, aunque en ambos casos los daños probables sean idénticos. Un riesgo de cien millones de euros al 0,0001 de probabilidad equivale a un riesgo de un millón al 0,01, pero ello sólo es así matemáticamente: la regla de la responsabilidad limitada incentiva a abordar

inversiones del primer tipo antes que del segundo. Si los recursos propios de la sociedad no bastan para afrontar la concreción del primer riesgo, los inversores lo preferirán sistemáticamente al segundo: todos los riesgos extraordinariamente graves serán externalizados a cargo de sus víctimas potenciales.

Otros argumentos apuntan a la escasa o nula propensión de las víctimas potenciales de accidentes que causan daños personales graves a asegurarse, comparada con la que tendrían los accionistas (LEEBRON (1991), 1601 y ss.): las personas físicas no suelen asegurarse contra daños personales invalidantes, pues un accidente con semejantes efectos haría caer su función de utilidad hasta tal punto que ni siquiera una indemnización muy elevada podría resituarse a la víctima en la situación en que se encontraba en el instante anterior al accidente mismo. Más resulta discutible que el derecho de daños haya de forzar un seguro que sus beneficiarios nunca contratarían (GÓMEZ (2000)).

Con todo, hasta el razonamiento por el que la sociedad se desincentiva a asegurarse resulta a su vez discutible. Los administradores adversos al riesgo perseguirán que la sociedad les contrate cobertura aseguradora contra el riesgo de tener ellos que responder personalmente por las deudas sociales si la sociedad deviene insolvente. En España así ocurre al aplicar la regla de responsabilidad de los administradores por no haber promovido la disolución ante la concurrencia de pérdida patrimonial grave (art. 262.5 LSA, art. 105.5 LSRL), o si prospera la amenaza de que los administradores tengan que pagar las deudas sociales insatisfechas en el concurso calificado como culpable y resuelto por la vía de la liquidación (art. 172.3 Ley Concursal). Pero es que, además, en el sistema estatal norteamericano de responsabilidad de los administradores hay una pieza característica que permite a los administradores repetir contra la sociedad las cantidades con que aquéllos hayan tenido que pechar al resarcir los daños causados en el desempeño de su cargo. Nos referimos, claro está, a las *indemnity clauses* a las que haremos referencia en el epígrafe siguiente.

5. Seguro de responsabilidad civil de los administradores (D&O Insurance) y cláusulas de indemnidad (Indemnity Clauses).

Las legislaciones estatales de EE.UU., así como las de Puerto Rico e Islas Vírgenes, permiten a las sociedades mercantiles indemnizar a los administradores por las cantidades que éstos hayan sido condenados a pagar por *corporate torts* ante la sociedad, los socios o los terceros e igualmente permiten asegurar a cargo de la sociedad la responsabilidad correspondiente. Se trata de las denominadas

cláusulas de indemnidad o *Indemnity Clauses* y del seguro de responsabilidad de administradores y altos directivos (*Directors and Officers Liability Insurance o D&O Insurance*).

Hoy, en esta materia como en el resto de las que componen el derecho de sociedades, el régimen legal más influyente es el del estado de Delaware (Delaware Code, Title 8 § 145 (2001)) (para una referencia completa de los diferentes regímenes legales, véase KNEPPER/BAILEY (1998), 551-552). Los desarrollos fundamentales más recientes en España y Alemania son RONCERO SÁNCHEZ (2002) y NOTTHOFF (2003).

El Delaware Code, Title 8 § 145 (2001) establece dos regímenes de indemnización de administradores: en primer lugar, un régimen de indemnidad imperativo (*mandatory indemnification*), que establece los supuestos en los que la sociedad viene obligada a indemnizar a sus administradores y altos directivos por los gastos incurridos en procedimientos entablados contra éstos, y otro facultativo (*permissive indemnification*), del que puede disponer la sociedad para indemnizar a sus administradores y otros sujetos en situaciones o por conceptos no previstos en el régimen imperativo.

El régimen imperativo se refiere en exclusiva al reembolso de los gastos de defensa incurridos (con inclusión de los honorarios de los abogados) por el administrador o el alto directivo de forma efectiva y razonable, pero exclusivamente en la medida en la que sus pretensiones hayan prevalecido en el pleito “*on the merits or otherwise*” (§ 145 (c)).

En cuanto al régimen de indemnidad facultativo, hay que distinguir según si la acción haya sido ejercitada por terceros (acción individual de responsabilidad) o por la propia sociedad (acción social de responsabilidad):

- En el caso de la acción individual de responsabilidad, el apartado (a) del § 145 establece que “la sociedad podrá indemnizar a cualquier persona parte en un procedimiento civil, penal, administrativo o de investigación (no entablado por la sociedad o a instancia de ésta) por el hecho de ser administrador, directivo, empleado o agente en la sociedad, o de estar actuando por orden de la sociedad como director, administrador, trabajador o agente en otra sociedad (miembro del grupo, *joint venture*, *trust* o cualquier otra organización económica, como un fondo de inversión), por los gastos (incluso los honorarios profesionales de los aboga-

dos), condenas, multas y cantidades transigidas, en que haya incurrido de forma efectiva y razonable en relación con el procedimiento, si la persona hubiera actuado de buena fe y de tal modo que creyera razonablemente no estar perjudicando los intereses de la sociedad y, en cuanto al procedimiento penal, si no tuviera una causa razonable para creer que su conducta era ilícita”.

- En el caso de la acción social de responsabilidad, el apartado (b) del § 145 establece dos limitaciones significativas para que la sociedad pueda indemnizar al administrador:

1. Si el administrador responde frente a la sociedad, no podrá ser indemnizado salvo que la *Delaware Court of Chancery* u otro tribunal competente decidan que, a pesar de su responsabilidad, es justo y razonable que la sociedad le indemnice los gastos que el tribunal considere apropiados.

2. La sociedad sólo podrá indemnizar los gastos de defensa (expenses), en tanto en cuanto se hayan hecho efectivos, sean razonables y el administrador haya actuado conforme al mismo estándar de conducta previsto en el apartado (a), esto es, buena fe y creencia razonable de no estar perjudicando los intereses de la sociedad.

En ambos casos, la sociedad debe acordar que el administrador ha actuado de acuerdo con el estándar de conducta establecido en los apartados (a) y (b) por 1) la mayoría de los administradores que no eran parte en el procedimiento, 2) por un comité de administradores designado por la mayoría de todos los miembros del consejo de administración, 3) por un consejero legal independiente en un dictamen escrito, o 4) por decisión de los socios (véase § 145 (d)).

Los requisitos legales de actuación de buena fe y en interés social se interpretan como deberes de lealtad y no de cuidado: así, un administrador de buena fe y que creyera en la licitud de su conducta podría ser indemnizado incluso si no hubiera actuado conforme al estándar de una persona prudente (véase, *Smith v. Van Gorkom* (488 A.2d 858 (Del. 1985)): varios administradores fueron condenados por negligencia grave, más al no haberse probado mala fe en su conducta ni una violación del deber de lealtad, fueron finalmente indemnizados).

El Delaware Code, Title 8 § 145 (2001) permite a la sociedad anticipar los gastos incurridos por el administrador, pero éste deberá reembolsarlos si finalmente se resuelve que no tenía derecho a ser indemnizado (apartado (e)); y contratar un

seguro de responsabilidad de D&O para cubrir la posible responsabilidad de sus administradores y directivos, con independencia de si la sociedad puede indemnizarlos finalmente (apartado (g)).

El Delaware Code, Title 8 § 145 (2001) constituye el principal fundamento normativo de las *Indemnity Clauses*, pero no es el único. En efecto, su apartado (f) permite que los estatutos sociales, acuerdos de los accionistas o de los *disinterested directors* y otros instrumentos (entre ellos, la escritura de constitución y el contrato entre sociedad y administrador) reconozcan a los administradores el derecho a repetir contra la sociedad por los recursos empleados en su defensa. No obstante, leyes estatales y federales limitan estas fuentes de indemnización, especialmente en aquéllos ámbitos en los que existe un interés de protección de inversores o consumidores.

Con anterioridad a la promulgación en 1943 del régimen de las *Indemnity Clauses* en el estado de Delaware y a otros regímenes legales, para el alcance del derecho de repetición en el caso en que un administrador de una sociedad fuera condenado en un pleito, debía observarse, en primer lugar, el contenido de los estatutos sociales y, en su caso, el del contrato entre el administrador y la sociedad. En ausencia de previsión en unos u otro, el *Common Law* no resolvía la cuestión: los tribunales estaban divididos y muchos consideraban que la sociedad ni siquiera podía sufragar los gastos de defensa en favor de los administradores sociales (véanse, *Figge v. Bergenthal* (130 Wis. 594. 110 N.W. 798 (1907)), en el que la *Supreme Court de Wisconsin* resolvió que la sociedad podía indemnizar a un administrador por sus gastos de defensa; *Griess v. Lang* (175 N.E. 222 (Ohio Ct. App. 1931)), en el que la *Court of Appeals de Ohio*, después de que los administradores ganaran en un litigio entablado por un grupo de accionistas, resolvió que no procedía sufragar los gastos de defensa de aquéllos, puesto que no había habido acuerdo de la junta general ni la sociedad había obtenido beneficio alguno; y *New York Dock Co. v. McCollom* (173 Misc. 106, 16 N.Y.S.2d 844 (1939)), en el que la *Court of Appeals de New York* resolvió que no procedía reembolsar las costas procesales derivadas de la defensa del administrador salvo que la sociedad o sus socios obtuvieran un beneficio con la victoria de aquél en el pleito).

A partir de los años 40 del siglo pasado, los tribunales asumieron que la protección de los administradores frente a su posible responsabilidad personal constituía un ingrediente clave en la gestión empresarial y de ahí que muy pronto la línea jurisprudencial, hasta entonces mayoritaria, fuera modificada (véanse, entre otros, *Solimine v. Hollander*, 19 A.2d 344, 348 (N.J. Ch. 1941) y *In re Dissolution*

of *E.C. Warner Co.*, 45 N.W.2d 388, 391-93 (Minn. 1950)) y se permitiera a las sociedades reembolsar los gastos incurridos por sus administradores. Más, a pesar del cambio, al no existir una seguridad jurídica plena, los administradores y sus sociedades presionaron a las cámaras legislativas de los distintos estados para que aprobaran una legislación protectora de sus intereses. El primer precedente legal fue la *Indemnification Statute*, aprobada en 1941 en New York, una clara respuesta a la línea de decisión adoptada en el caso antes citado de *New York Dock Co. v. McCollom* (173 Misc. 106, 16 N.Y.S.2d 844 (1939)).

El objetivo principal de esta nueva legislación era otorgar confianza a los administradores de que, en caso de un pleito contra la sociedad, su posible responsabilidad personal estaría cubierta por esta última. Con los años, estas leyes irían estableciendo otros supuestos de indemnidad cada vez más complejos: gastos incurridos en juicios penales, controversias transigidas y otros.

La estructura de todas estas leyes es similar y ha sido claramente influida por el Delaware Code, Title 8 § 145 (2001), pues establecen:

- Supuestos obligatorios de indemnidad (*mandatory indemnification*) de los administradores. El caso más frecuente es el del pago de las costas judiciales cuando el administrador es absuelto en el pleito entablado contra él.
- Supuestos opcionales de indemnidad (*permissive indemnification*). Así, permiten que la escritura de constitución, los estatutos sociales, las decisiones de la Junta o el contrato entre administrador y sociedad dispongan otras facultades de repetición si concurren ciertos requisitos.

Por lo general, estas leyes permiten a las sociedades indemnizar los costes en los que han incurrido los administradores en procedimientos “civiles, penales, administrativas o de investigación” iniciados contra ellos, aunque se excluye el derecho a indemnización cuando medien ciertas conductas (ilícito penal, apropiación ilícita de beneficios a cargo de la sociedad o de sus socios, mala fe y conducta deshonesto o desaprobada socialmente). Del mismo modo, las pólizas de seguro de responsabilidad de los administradores y altos directivos (*Directors and Officers Liability Insurance o D&O Insurance*) excluyen de su cobertura las “multas, sanciones y reclamaciones derivadas de delito”.

En la actualidad, la doctrina estadounidense no pone en duda la validez de las *Indemnity Clauses* y, únicamente, analiza fuentes alternativas de financiación,

así como los límites a la contratación de seguros y mejoras en el funcionamiento del sistema. Desde esta última perspectiva, se ha criticado la ausencia de un requisito legal de transparencia que obligue a los administradores de la sociedad a informar a los accionistas y terceros de los pagos realizados por la sociedad en cumplimiento de sus compromisos, en prevención de una hipotética dilapidación de activos sociales (*waste of corporate assets*) (véanse, por todos, SOLOMON *et al* (1994), 176; y en España, muy documentadamente, RONCERO SÁNCHEZ (2002), 141).

También se han planteado ante los tribunales litigios sobre la validez de las *Indemnity Clauses*. Uno de los casos más relevantes es *Waltuch v. Conticommodity Services Inc.* 88 F.3d 87 (2d Cir. 1996), en el que la *United State Court of Appeals for the Second Circuit* examinó la obligación de la sociedad de reembolsar a su administrador los gastos de defensa jurídica en dos procedimientos entablados contra él por fraude y manipulación del mercado y definió los límites de las sociedades para proceder a indemnizar a sus administradores de conformidad con el Delaware Code, Title 8 § 145.

En el derecho español, esta materia no ha sido objeto de una regulación específica, aunque, recientemente, ha sido analizada de forma detallada por RONCERO SÁNCHEZ (2002), 142 y ss., quien ha sentado las bases de las distintas soluciones interpretativas dado nuestro marco legal.

Una obligación de la sociedad de indemnizar a sus administradores puede encontrar su fundamento en la regulación histórica del mandato y, en concreto, en el art. 1729 C.C., sobre el que se basaría el deber de reembolsar al mandatario (administrador) los gastos de defensa en los que incurriera y, el de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados en cumplimiento del mandato; en nuestro caso, la indemnización de las cuantías a que hubiera sido condenado por actuaciones en ejercicio de sus funciones. En este sentido, es necesario:

a) Para el reembolso de las costas en las que ha incurrido el administrador, que el pleito en que éstas se generaron no traiga causa de una actuación del administrador contraria a sus deberes frente a la sociedad, y que la cuantía de los gastos sea razonable y adecuada (“necesaria”) (RONCERO SÁNCHEZ (2002), 149-150).

b) Para el pago de las cantidades a que el mismo administrador haya sido condenado a pagar por responsabilidad civil, que su conducta no constituyera una infracción de sus deberes para con la sociedad (véase art. 1729 C.C.: “sin culpa ni imprudencia”). Para RONCERO SÁNCHEZ (2002), 151, esta obligación se

reduce al absurdo, pues como “el deber general de administrar diligentemente una sociedad anónima comprende o exige el cumplimiento de la ley (cfr. arts. 127 y 133 LSA), puede concluirse que los casos en los cuales entrará en juego dicha obligación serán ciertamente escasos”.

Esta obligación genérica de reembolso es independiente del sistema de retribución de los administradores. Por lo tanto, cuando la sociedad abonara gastos de defensa superiores a los necesarios o si el administrador hubiera actuado infringiendo sus deberes frente a la sociedad, ello constituiría una retribución que podría ser contraria a la establecida legal o estatutariamente (RONCERO SÁNCHEZ (2002), 147-148).

A continuación, debe examinarse si la sociedad puede comprometerse a reembolsar los gastos procesales y a indemnizar las condenas de los administradores por conductas infractoras de su deber de actuación diligente frente a la sociedad. Para los casos de responsabilidad interna o social, la mayor parte de la doctrina mercantilista afirma la invalidez de los pactos que limiten o exoneren la responsabilidad de los administradores dado el carácter de orden público que — se postula — es característica esencial del art. 133 LSA. El régimen de las relaciones interorgánicas de la sociedad formaría parte de su estructura necesaria y resultaría inmodificable (véase RONCERO SÁNCHEZ (2002), 153-154, n. 72). Como mínimo, sería nula la renuncia anticipada al ejercicio de la acción social, pero no lo sería la renuncia o asunción, en ambos casos ex post, de las consecuencias económicas de la declaración de responsabilidad del administrador (véase art. 134.2 LSA). En los casos de responsabilidad externa, el pacto ex ante sería más fácilmente asumible según los casos.

Respecto a la ausencia de carácter de orden público del art. 134.1 LSA, véase STS, 1ª, 11.4.2003 (Art. 3269).

Sin embargo, frente a lo anterior, permanece la objeción, según la cual, en derecho de obligaciones ciertamente no cabe excluir la responsabilidad por dolo pero sí la resultante de culpa o negligencia (arts. 1102, 1103 y 1256 C.C.). Por otro lado, es pacífico que cabe asegurar la responsabilidad civil por negligencia (y así lo reconoce en otro capítulo de su documentada obra, RONCERO SÁNCHEZ (2002), 237 y ss., quien acaba por admitir que todos los supuestos de responsabilidad no dolosa son susceptibles de ser asegurados mediante un seguro de responsabilidad civil: arts. 133-135, e incluso, art. 262.5 LSA).

6. Propuestas doctrinales de responsabilidad no limitada al importe de la inversión comprometida

En los epígrafes anteriores hemos visto que la categoría del contrato permite aferrar los límites de la regla de limitación de responsabilidad, pero que el derecho de daños pone de manifiesto sus carencias. Lo anterior no implica que, fuera del contrato, la responsabilidad ilimitada haya de ser la pauta universalmente aplicable ni, mucho menos que, en los casos en que su aplicación fuera de recibo, hubiera de revestir la forma tradicionalmente más estricta de la responsabilidad solidaria. En varios trabajos de referencia contemporáneos a la obra citada de Easterbrook y Fischel (HALPERN/TREBILCOCK/TURNBULL (1980), BLUMBERG (1986), HANSMANN/KRAAKMAN (1991), LEEBRON (1991), DENT (1991)), así como en otros más recientes (HANSMANN/KRAAKMAN (2000), MENDELSON (2002) y BOYD/INGBERMAN (2003)), sus autores, con divergencias de nota, apuntan a unas reglas de responsabilidad construidas en torno a algunas de las características que a continuación se exponen.

Esta responsabilidad sería:

1. O bien a cargo de los accionistas con posición de control en la sociedad (en alguna de las propuestas) o –más estrictamente - a cargo de quienes hubieran incurrido en el supuesto de hecho de la responsabilidad por hecho de otro.
2. O bien proporcional al grado de participación (*pro rata*), no solidaria (en otra de las propuestas).
3. Y en ambos casos, subsidiaria a la aplicación de los mecanismos ordinarios y alternativos de responsabilidad (responsabilidad limitada al capital social, seguros de responsabilidad civil).
4. Y siempre por dolo o infracción de leyes imperativas que tipifiquen ilícitos extracontractuales societarios.
5. Y con respecto a supuestos de hecho de responsabilidad acaecidos durante el tiempo en que los presuntos responsables detentaban la posición de control efectivo o, en algunas propuestas, también si la detentaban en el momento de presentación de la demanda o de la firmeza de la sentencia.

Ad 1) La responsabilidad del accionista debería en todo caso reflejar los límites de la responsabilidad por el hecho de otro (véanse SALVADOR et alii (2002) y SALVADOR/GÓMEZ (2002)): una persona, el principal, responde por los daños causados por otra, el dependiente o agente, si media entre ambos una relación tal que el primero está legitimado para controlar los actos del segundo y si el daño se ha causado en el curso y desarrollo de la actividad encomendada por el principal al agente o con ocasión de ella.

Por ello una regla de responsabilidad ilimitada presupondría, de entrada, la posición de control en el accionista, condición necesaria para poder hablar de principal y agente. Quienes así lo han propuesto de manera más específica (LEEBRON (1991), 1621 y ss.; MENDELSON (2002), 1247 y ss.) señalan que el comportamiento de riesgo moral que incentiva la regla de la responsabilidad limitada es distinto según el tipo de accionista de que se trate: el accionista con posición de control tiene mayor propensión a impulsar inversiones excesivamente arriesgadas (es decir, aquéllas que comportan riesgos cuya estimación es más elevada que los fondos propios de la compañía) que el accionista individual o minoritario, ya que este último, por hipótesis, carece de influencia decisoria en la marcha de la sociedad. Además, la probable aversión al riesgo de los gestores de la sociedad (quienes, obsérvese bien, no pueden diversificar su capital humano en varias empresas de distintos niveles de riesgo) contrarrestará la propensión de cualquier accionista a asumir riesgos excesivos. Adicionalmente, un accionista con posición de control podrá adoptar una política de distribución de dividendos en el tiempo tal que los costes de la actividad arriesgada afloren después del reparto de beneficios o reservas de libre disposición. Por último, como el accionista con posición de control obtiene de la sociedad ventajas específicas (la titularidad del 51% de las acciones le da casi el 100% del poder de decidir la marcha de los asuntos sociales y el accionista puede aprovecharse de las sinergias que se producen entre la sociedad de que se trata y otras inversiones, etc.), su inclinación a dirigir la compañía hacia la realización de actividades de riesgo será naturalmente mayor (véase *in extensu* MENDELSON (2002), 1247 y ss.).

De nuevo, hay que insistir que en el caso de los grupos, la simple inversión de la regla de la limitación y la consiguiente admisión indiscriminada de la responsabilidad ilimitada sería un error. Por ejemplo, para un empresario titular de dos empresas dedicadas a actividades heterogéneas (como la energía y la hostelería), hay buenas razones por las cuales puede resultar preferible que estructure de forma independiente el desarrollo de cada una de ellas mediante dos compañías

que dependan de una holding, en lugar de recurrir a una sola compañía con dos áreas o ramas de actividad: los acreedores contractuales potenciales de cada una de las compañías jurídicamente independientes pueden calibrar los riesgos de mejor manera que si ambas actividades fueran desarrolladas por una sola sociedad (ejemplo tomado de HANSMANN/KRAAKMAN (2000) donde se desarrolla una discusión más detallada). Sin embargo, las ventajas de la especialización en el control pueden conseguirse con una regla de responsabilidad subsidiaria de la sociedad dominante del grupo: hay soluciones menos drásticas que la limitación de responsabilidad. Puede bastar con la concesión de prioridad a los acreedores de cada sociedad sobre los recursos de ésta. Lo realmente esencial es que los acreedores de los socios no puedan dirigirse primariamente contra los bienes sociales (*affirmative asset partitioning*, HANSMANN/KRAAKMAN (2000), 401-402 y 408-409).

Mas, a pesar de todo lo anterior, en opinión de los autores de este trabajo, no basta la mera posición de control si éste no se ejerce efectivamente o la ley no impone el deber de hacerlo así. Es más: de hecho, la discusión anterior parte del presupuesto del ejercicio efectivo de la función de control, pues sus argumentos hablan de decisiones sobre inversiones más arriesgadas, sobre políticas de distribución de dividendos, sobre ventajas adicionales derivadas del control efectivo, etc. Tal y como hemos detallado en otra sede (SALVADOR et alii (2002) y SALVADOR/GÓMEZ (2002)), las reglas generales sobre responsabilidad por el hecho de otro o *Respondeat Superior* se aplican típicamente en situaciones en las cuales una parte, el principal, controla la actividad de otra, agente, y se beneficia de los resultados de aquélla: la regla incentiva al principal a seleccionar y controlar adecuadamente a su agente.

Por supuesto, las circunstancias mencionadas no concurren si el accionista ni siquiera goza de posición de control. Los principios generales de confianza (en virtud del cual, cada inversor puede asumir que los administradores de la sociedad asumirán pautas de comportamiento legalmente adecuadas y, por tanto, suficientemente precavidas) y de prohibición del regreso (conforme al cual, no cabe retroceder en el curso causal más allá de la interposición de la conducta dolosa o negligente –insuficientemente precavida – de quienes, como administradores de la sociedad estaban en posición de garante) son de aplicación al caso (véase SALVADOR (2002)).

Algunos autores, como MENDELSON, remiten a la jurisprudencia la dilucidación del concepto de control, pero resulta más que opinable que éste sea un

criterio viable desde el punto de vista del derecho vigente: control potencial no equivale a deber de ejercerlo.

Ad 2) Otros autores (como LEEBRON (1991), 1577 y ss. y, en particular, HANSMANN/KRAAKMANN (1991), 1891 y ss.) han propuesto, en cambio, aplicar una regla de responsabilidad parciaria, esto es, proporcional al grado de participación en el capital social (responsabilidad pro rata, en la terminología de los autores mencionados). Rechazan, pues, una regla de responsabilidad solidaria, ya que esta última –señalan- incrementaría ex ante de forma excesiva los costes de la inversión, en cuanto obligaría a los inversores potenciales a averiguar el grado de solvencia de los restantes inversores, algo inviable en muchos casos. Esta objeción pierde peso si la regla básica no es la solidaridad, sino la responsabilidad parciaria establecida en proporción a la participación del accionista de quien se trate.

Ad 3) En todo caso, la responsabilidad debería ser subsidiaria a la de la sociedad y, eventualmente, a la de sus administradores. Sin embargo, si ni siquiera la existencia de una posición de control basta para justificar en el derecho vigente la responsabilidad de los accionistas que la detenten, con mayor razón habrá que rechazar la propuesta de responsabilidad subsidiaria y parciaria.

Ad 4) La responsabilidad debería anudarse exclusivamente a los supuestos de dolo o infracción de disposiciones legales que tipifiquen ilícitos extracontractuales societarios (*corporate torts*). El ejemplo más citado es el del discutido alcance de la responsabilidad por el coste de la descontaminación medioambiental en los casos a los que se refiere la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* de 1980 o CERCLA (véase SCHIPANI (2001)).

Al respecto, conviene resaltar que la responsabilidad civil debería precisarse para evitar fenómenos de sobre prevención de daños, que, de existir, conllevaría la desincentivación de actividades socialmente beneficiosas. Piénsese por un momento en el ejemplo más bien socorrido de la responsabilidad medioambiental: si su régimen jurídico se delimita en función de la estimación de los daños irrogados, no habrá problema de sobre prevención, y los potenciales causantes de daños ajustarán su comportamiento a niveles razonables de precaución; pero si se establece una obligación de reparar los daños, es decir, de restituir las cosas a su estado anterior al accidente medioambiental que generó la responsabilidad y si los costes de la reposición superaran la valoración de los daños, entonces habrá sobre prevención y actividades socialmente eficientes no se llevarán a cabo.

Parecidamente, si los inversores son neutrales al riesgo de que se trate y éste no resulte asegurable (DENT (1991), 169-171).

Ad 5) Por último, el quinto requisito resulta también de delimitación difícil, pues el accionariado de la sociedad está sujeto a la posibilidad de cambios en el tiempo. HANSMANN/KRAAKMAN (1991), 11, discutieron varias posibilidades según se considerara relevante el momento de la causación del daño (o de la infracción), el de la sentencia judicial, el de la presentación de la demanda o –como finalmente propusieron- el más temprano de cualquiera de los siguientes: (i) el momento de la presentación de la demanda, (ii) la fecha en que los administradores conocieron que la reclamación se iba a presentar con un grado razonable de probabilidad o (iii) el momento de disolución de la sociedad sin sucesor contractual, y calificaron a esta regla como una basada en la información (*information – based rule*). Las razones de la exclusión de los dos primeros criterios son claras: en muchos casos, la causación del daño se prolonga en el tiempo, por lo que el primer criterio no sería fácilmente aplicable y plantea muchos problemas de seguridad jurídica y de posibilidad de evadir su aplicación. El segundo criterio despeja los problemas de incertidumbre, pero incrementa claramente las posibilidades de evasión. Y el último parece claramente arbitrario, pues depende, entre otras cosas, de la existencia de posibles compradores.

402

Sin embargo, la *information – based rule* propuesta por los autores citados pone al descubierto los puntos más débiles de la regla de la responsabilidad ilimitada: de hecho, cualquier criterio basado en la información disponible apela a la responsabilidad de los administradores o, como mucho, a la de los accionistas con posición de control que, o bien, están presentes ellos mismos en el órgano de administración, o bien, lo está uno de sus agentes. Obsérvese que esta matización obliga a considerar que el accionista con capacidad real de influir en la marcha de la sociedad, y que decide no hacerlo así, debería responder por el abandono de una posición de garante, tesis que a su vez asume la imposición de un deber de administrar o, al menos, de controlar a los administradores, a cargo de quien goza de la correspondiente posición de control.

Una sentencia reciente del Tribunal Supremo Federal de los EE.UU. acaba de revalidar las líneas generales de la tesis sostenida en este trabajo, como se expone a continuación.

7. Meyer v. Holley et al.

En *Meyer v. Holley et al.*, un caso resuelto el pasado 22 de enero de 2003 (537 U.S. - (2003)), una *U.S. Supreme Court* unánime resolvió que el accionista único de una sociedad unipersonal no responde por los actos generadores de responsabilidad civil realizados por órganos o empleados de la sociedad si aquél no había asumido la posición de principal y no eran aplicables las reglas generales de responsabilidad por el hecho de otro, es decir, de responsabilidad del principal por los hechos de su agente. La **cuestión planteada**, escribe el magistrado ponente Stephen G. Breyer es “**si la ley impone responsabilidad personal y objetiva a un administrador o propietario (léase, accionista único) de una sociedad dedicada a la intermediación inmobiliaria por la actividad ilegal de uno de los empleados o agentes de la sociedad**”. Y la respuesta es negativa: como regla general, el ordenamiento impone responsabilidad vicaria a la sociedad, pero no a sus administradores o propietarios.

La *Fair Housing Act* prohíbe la discriminación racial en la venta o arrendamiento de viviendas (42 U.S.C. §§ 3604(b), 3605(a)). Los recurrentes, Emma Mary Ellen Holley y David Holley, eran una pareja interracial que habían tratado de comprar una casa en Twenty-Nine Palms, California, que Triad Inc., una sociedad dedicada a la agencia de la propiedad inmobiliaria, ofrecía en venta, pero Grove Crank, uno de los empleados de Triad Inc., frustró la operación por causas – alegaban los actores- raciales. Tras haber demandado a Triad Inc. y a Crank ante un tribunal federal, los Holley demandaron independientemente al recurrido, David Meyer, presidente y accionista único de Triad Inc. y agente colegiado de la propiedad inmobiliaria. El tribunal de distrito acumuló ambas demandas, pero rechazó la reclamación presentada contra Meyer, pues consideró que la Ley presuntamente infringida no imponía responsabilidad vicaria personal al administrador de la sociedad por los actos de sus empleados, sino sólo a aquélla. En apelación, el tribunal del 9º circuito federal dio lugar al recurso de los demandantes (258 F. 3d 1127 (2001)) y sostuvo que la Ley imponía responsabilidad objetiva a Meyer más allá de los principios tradicionalmente admitidos en materia de *Respondeat Superior* y de responsabilidad del principal por los actos de sus agentes o dependientes.

En particular, señaló el Tribunal de Apelación:

“Meyer, en su condición de propietario único de Triad Inc., tenía la posibilidad de controlar los actos de esta última. Meyer, en su condición de presidente de Triad Inc., dirigió, controló o tenía el derecho de dirigir o controlar la conducta

del empleado de la sociedad. E incluso si Meyer no participó ni autorizó la conducta discriminatoria, tales control o capacidad de control bastan para considerarle responsable personalmente” (“*that ‘control’ or ‘authority to control’ is ‘enough ... to hold Meyer personally liable’*”).

Meyer recurrió ante el Tribunal Supremo Federal, que aceptó revisar el caso. En su sentencia, el tribunal partió del hecho indiscutido de que la *Fair Housing Act* establece que quienes discriminen por causas raciales responderán civilmente por ello. Igualmente, cuando una ley atribuye a alguien una pretensión de responsabilidad civil, los principios generales del derecho de daños se aplican al caso, salvo que la misma ley diga otra cosa. Por lo tanto, las reglas generales de responsabilidad vicaria eran también aplicables en esta ocasión.

Sin embargo: “En ausencia de circunstancias especiales, deberá considerarse a la sociedad -pero no a su dueño o administrador- principal o empleador y, por lo tanto, vicariamente responsable por los ilícitos extracontractuales cometidos por sus empleados o agentes (véase FLETCHER, *Cyclopedia of the Law of Private Corporations*, 3A, §1137, pp. 300-301 (rev. ed. 1991-1994); y 10, §4877 (rev. ed. 1997-2001)). Para afirmar una relación de principal/agente el §1 del *Restatement [(Second) of Agency]* requiere no sólo el control (o el derecho a dirigir o controlar), sino además ‘el consentimiento que una persona manifiesta a otra y en virtud del cual ésta actuará por cuenta de aquélla y consentirá en hacerlo así’”.

Añade el magistrado ponente Breyer que la Ley deja muy claro que cabe interponer una reclamación contra quien goza de una posición de dirección o control en relación con las conductas discriminatorias si quien las realiza actuó en su condición de empleado o agente de la persona que dirigía o controlaba y aquél habría actuado en el ejercicio de su cargo o con ocasión de él, pero que, pudiendo haberlo hecho, la *Fair Housing Act* no estableció un estándar más estricto de responsabilidad absoluta basada en el simple derecho de dirigir o controlar (“*it disclaimed any ‘intent to impose absolute liability’ on the basis of the mere right ‘to direct or control’*”). Nada en la Ley en cuestión permite suponer que rigen criterios más estrictos que los generalmente impuestos por el derecho común como, por ejemplo, uno según el cual alguien habría de responder por los actos de un contratista independiente: en defecto de apoyo textual, no cabe hacer responder a quienes no ostentan la condición de principal con respecto al comportamiento ilegal del empleado.

Además, aunque el Tribunal Supremo admitió que la lucha contra la discriminación racial es:

“Una prioridad social primordial (“*overriding social priority*”), [...] tal caracterización no implica una regla en virtud de la cual todo sujeto con facultades de control en la sociedad (“*corporate supervisor*”) pueda responder personalmente y sin culpa por la conducta ilícita de cualquier empleado bajo su supervisión. Antes bien, es un asunto complejo (“*a complex matter*”) decidir quién de entre dos inocentes deba sufrir [las consecuencias del daño]. Nosotros creemos que, normalmente, los tribunales resolverán esta cuestión de acuerdo con los principios tradicionales de la responsabilidad vicaria... salvo que el Congreso establezca lo contrario”.

“El derecho a controlar es por sí mismo insuficiente, de acuerdo con los principios tradicionales de la agencia, para establecer una relación principal/agente o empleador/empleado”.

Permanecen abiertas las posibilidades, advierte finalmente el Tribunal Supremo, de que se aplique al caso la doctrina del levantamiento del velo, cuestión no debatida en el recurso.

8. Accionistas de control y actuales reformas legislativas en España

8.1 Inexistencia de un deber específico de los accionistas de controlar la actuación de los administradores

Nuestro derecho de sociedades de capital encomienda desde antiguo a los accionistas, constituidos en junta general, la censura de la gestión social [art. 50 LSA1951; art. 95 LSA, art. 44.1.a) LSRL]. El ejercicio de esta función no se limita a la junta que debe celebrarse “dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para *censurar la gestión social*, aprobar en su caso, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado” (la llamada junta general ordinaria en la sociedad anónima: art. 95 LSA; art. 45.2 LSRL), sino que –como ha señalado nuestra mejor doctrina (URÍA (1952), 513; URÍA/MENÉNDEZ/MUÑOZ (1992), 68)- la censura de la gestión social es una competencia permanente de la junta general. Precisamente por ello, los socios que sean titulares de, al menos, el 5% del capital social siempre pueden solicitar que se convoque la junta (con carácter extraordinario, en la terminología de la anónima) para deliberar y decidir sobre la censura de la gestión social (arts. 100.2, 101.2 LSA, art. 45.3 LSRL). Y también por esta razón la junta general puede acordar en cualquier momento la separación

de los administradores aunque ello no conste en el orden del día (art. 131 LSA, art. 68.1 LSRL), y decidir el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores aunque ello tampoco luzca en el orden del día (art. 134.1 LSA, aplicable a la limitada ex art. 69.1 LSRL).

A partir de ahí, han de resolverse dos cuestiones. El problema reside en determinar si esta competencia sobre la censura de la gestión social es sólo una facultad de la junta, o si es también un deber (permanente) para este órgano social (o, al menos, para aquellos socios que, en todo momento, pueden pedir que se convoque la junta). Lo que no ofrece dudas es que, al menos para la junta que debe reunirse en los seis primeros meses de cada ejercicio (de nuevo, art. 95 LSA; art. 45.2 LSRL), la censura de la gestión social es un deber legal, y así en esta junta es punto de obligado cumplimiento deliberar y decidir sobre este particular.

La segunda cuestión no se hace esperar. Este deber ¿se impone sólo a la junta como órgano, o es extensible también a los accionistas (o a cierto grupo de ellos: señaladamente, los accionistas de control)? El tenor de la ley no ofrece dudas: el deber se impone con carácter orgánico a la junta general de socios. Por ello, la norma no permite deducir un deber genérico de los socios (ni siquiera de los socios con participación significativa) de controlar la actuación de los administradores. A este respecto, la ley se limita a formular, en sentido negativo (por la ineficacia exonerativa de la responsabilidad de los administradores), las consecuencias del ejercicio de este deber de control impuesto a la junta: el acuerdo de ésta por el que se aprueba, al censurarla, la gestión social de los administradores en modo alguno sirve para exonerarles de responsabilidad: “En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general” (art. 133.3 LSA, aplicable a la sociedad limitada por la genérica remisión del art. 69.1 LSRL). Ni con la aprobación en bloque de la gestión social anual puede la junta descargar de responsabilidad a los administradores, ni la aprobación de las cuentas anuales (en las que se incluye, claro está, el informe de gestión) impide el ejercicio de la acción social de responsabilidad o supone renunciar a la acción acordada o ejercitada (art. 134.3 LSA) (por todos, POLO (1992), 309, 341 ss.).

8.2 Responsabilidad limitada de los accionistas y derecho de daños

El dogma de la responsabilidad limitada del accionista implica que su responsabilidad sólo alcanza a las aportaciones comprometidas: esto es, al importe de las acciones suscritas (cuyo valor nominal tendrá que desembolsar en una

cuarta parte, al menos, en el momento de la suscripción: art. 12 LSA; y deberá aportar los dividendos pasivos en el plazo fijado al respecto en los estatutos o decidido por los administradores: art. 42 LSA), o de las participaciones asumidas (de íntegro desembolso: art. 4 LSRL), así como a la prima de emisión de acciones o de asunción de participaciones (que habrá de satisfacerse íntegramente en el momento de la suscripción: art. 47.3 LSA).

Al margen de estas aportaciones de capital, los estatutos pueden imponer a todos o a algunos socios la obligación de realizar prestaciones accesorias consistentes en aportaciones financieras (aportaciones suplementarias a las de capital), aunque tales cláusulas estatutarias habrán de cumplir con los rigurosos requisitos establecidos por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de **24 de junio de 1998** (cuya tesis crítica con razón FERNÁNDEZ DEL POZO (1999), 185 ss.) y de **7 de marzo del 2000**. En particular, esta doctrina registral exige que la prestación accesoria ha de resultar de la propia norma estatutaria (por lo que no cabe dejar al arbitrio de la junta determinar su exigibilidad) y su contenido debe ser suficientemente concreto en el aspecto cuantitativo (no es suficiente fijar un máximo) y en el temporal (no es posible su duración indefinida).

Con todo, la regla de la limitación de responsabilidad del accionista por las deudas sociales se desvanece en determinados casos. Unas veces esto ocurre por la vía del contrato: así, cuando el acreedor con suficiente poder de negociación impone al accionista que preste garantías en cumplimiento de la deuda social o la asuma personalmente. En alguna ocasión, la excepción a aquella regla procede de la ley: el ejemplo típico es la norma del art. 129 LSRL (aplicable a la sociedad anónima por la general remisión del art. 311 LSA) que, en el caso de que transcurran seis meses desde que la sociedad adquiera el carácter unipersonal (unipersonalidad sobrevenida) sin que esta circunstancia se haya inscrito en el registro mercantil, impone al socio único la responsabilidad personal, ilimitada y solidaria de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. Otras veces, es la jurisprudencia quien extiende al accionista la responsabilidad por las deudas sociales, particularmente en los casos de infracapitalización material de la sociedad (esto es, cuando los recursos propios resultan insuficientes e inadecuados al riesgo empresarial asumido).

En relación con esta última excepción ha de subrayarse que su fundamento reside en el derecho de daños. No han faltado ocasiones, sin embargo, en que se ha afirmado que la limitación de responsabilidad del accionista se justifica

por la creación o dotación de un fondo de responsabilidad adecuado: así, paradigmáticamente, la resolución de la **Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de junio de 1990**. A pesar de ello, se sostiene con razón que la responsabilidad por infracapitalización sólo es admisible, excepcionalmente, por infringir los deberes de información precontractuales o los deberes de protección extracontractuales conectados con la producción de riesgos extraordinarios (entre nosotros, PAZARES (1999), pág. 558 ss., donde realiza una atinada revisión de la simplista aplicación jurisprudencial del expediente del levantamiento del velo, con el análisis de los supuestos de infracapitalización, confusión de patrimonios, confusión de esferas y dirección externa; asimismo, EIZAGUIRRE (2001), pág. 96 ss.).

Abundando en lo anterior, la apoyatura de esta extensión de responsabilidad al accionista por la infracapitalización de la sociedad suele reconducirse al principio general del art. 1902 C.C. Y también en esta hipótesis la responsabilidad personal de los socios ha de ceñirse a aquéllos que tengan influencia decisiva en la sociedad (VICENT (2002), 428).

Esta misma norma y sólo ésta, el art. 1902 C.C., ha servido para que la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en **sentencia de 17 de junio del 2000**, confirmara la responsabilidad de los accionistas por el daño causado a ciertos acreedores sociales (concretamente a los trabajadores), a raíz de una solicitud de quiebra voluntaria, acompañada de un balance con deudas simuladas. El caso era el siguiente: a las tres semanas de fallecer el administrador único de la sociedad, la junta general (integrada por la viuda e hijos de aquél) acordó unánimemente solicitar la declaración de quiebra voluntaria de la sociedad; a resultas de la declaración de quiebra, la empresa cesó inmediatamente en su actividad, con el cierre de sus instalaciones y la resolución de los contratos de trabajo con más de cuarenta trabajadores. El balance que se acompañaba a la solicitud incluía deudas inexistentes (entre otras, algunas en favor del administrador fallecido y su viuda), que provocaban la situación de insuficiencia patrimonial alegada. También resultó ser falsa la existencia de apremios de Hacienda Pública, aducida en la memoria. No se acreditó, siquiera mínimamente, el sobreseimiento general en los pagos. En la graduación de créditos, apenas había créditos comerciales, y ninguno de entidades de crédito. La quiebra fue declarada fraudulenta. Y el volumen más importante de las deudas eran laborales y de carácter postconcurso: las derivadas de la extinción de las relaciones laborales como consecuencia de la declaración de quiebra. En atención a todos estos hechos, el Tribunal Supremo afirma

la conducta antijurídica y culpable de los accionistas demandados, por aportar un balance deliberadamente inexacto en la solicitud de declaración de quiebra voluntaria. Con ella sólo perseguían obtener la extinción de los contratos laborales, y los accionistas debieron prever el daño sufrido por los trabajadores, puesto que la sociedad no podía satisfacer las cuantiosas indemnizaciones legalmente procedentes, en cuanto no fuesen asumidas por el Fondo de Garantía Salarial. Los accionistas fueron condenados a pagar tales indemnizaciones, deduciendo el importe que pudieran obtener los trabajadores en el pago concursal.

Y también en un caso de responsabilidad extracontractual, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 4 de junio del 2002, ha condenado solidariamente a la sociedad dominante de un grupo periodístico a pagar una indemnización por daños morales. Los hechos ocurrieron así: en una revista (en cuya mancheta aparecía la leyenda “Es una publicación del Grupo Z.”) se publicó un reportaje que contenía frases gravemente atentatorias contra el honor de una señora (en concreto, se afirmaba que había sido novia de un narcotraficante, que estaba relacionada con el tráfico de estupefacientes y que era adicta a las drogas) y se utilizaba ilegítimamente su imagen (al publicarse unas fotografías de la demandante que habían sido obtenidas mediante engaño, supuestamente para una finalidad distinta). La afectada demandó a los autores del reportaje, a la sociedad editora, y a la sociedad dominante del grupo, solicitando un texto de rectificación y una indemnización de 180.000 € por los daños morales causados. La demanda fue estimada en primera instancia (aunque la indemnización se rebajó a 60.000 €) y confirmada en apelación. Aplicando el art. 22 de la Ley 14/1966, de 18-III, de Prensa e Imprenta, el Tribunal Supremo mantiene la condena solidaria a los autores del reportaje, al editor y a la sociedad dominante del grupo. En relación con esta última afirma: “aun cuando en condiciones normales ha de respetarse la independencia jurídica de las entidades que integran los grupos, pese a la unidad de dirección económica que a éstos caracteriza, no puede adoptarse la misma solución cuando se producen actuaciones susceptibles de causar perjuicios injustificados ya sea a los trabajadores de las empresas vinculadas, ya a sus acreedores, ya –como aquí sucede– a personas que nada tienen que ver con las mismas”. Por ende, ante un acto ilícito no punible, ha de responder también la sociedad dominante del grupo al que pertenece la filial editora de la revista, controlada por aquélla. Y concluye: en el ámbito del art. 22 de la Ley de Prensa e Imprenta han de considerarse comprendidos los supuestos en que una empresa controle a otras que editen publicaciones periódicas.

9. Tabla de sentencias y resoluciones

| <i>Sentencias de jurisdicciones de los EE.UU.</i> | | | | |
|---|-----------------|--|--|--|
| Caso | Año | Órgano judicial | Referencia | |
| Meyer v. Holley | 2003 | U.S. Supreme Court | 537 U.S. ____ (2003) | |
| Waltuch v. Conticommodity Services Inc. | 1996 | United State Court of Appeals for the Second Circuit | 88 F.3d 87 (2d Cir. 1996) | |
| Figge v. Bergenthal | 1907 | Wisconsin Supreme Court | 130 Wis. 594, 110 N.W. 798 (1907) | |
| Griesse v. Lang | 1931 | Ohio Court of Appeals | 175 N.E. 222 (Ohio Ct. App. 1931) | |
| New York Dock Co. v. McCollom | 1939 | New York Court of Appeals | 173 Misc. 106, 16 N.Y.S.2d 844 (1939) | |
| Solimine v. Hollander | 1941 | New Jersey Supreme Court | 19 A.2d 344, 348 (N.J. Ch. 1941) | |
| Smith v. Van Gorkom | 1985 | Delaware Supreme Court | 488 A.2d 858 (Del. 1985) | |
| Sentencias del Tribunal Supremo Español. | | | | |
| Sala y fecha | Art. | Magistrado Ponente | Asunto | |
| STS, 1a, 17.6.2000 | 5289 | Pedro Gonzalez Poveda | Accionistas de José Barceló Alemán S.A. | |
| STS, 1a, 30.6.2001 | 6632 | José de Asís Garrote | Apoderados de Suministros Chacineros de Cataluña. S.A. | |
| STS, 1a, 4.6.2002 | EDJ 2000/1972 5 | Antonio Romero Lorenzo | Dra. Luz contra Ediciones P.S.A. Grupo Z.S.A. y otros. | |
| STS, 1a, 16.7.2002 | 8710 | José Almagro Nosete | Administradores de Manuplast S.A. | |
| STS, 1a, 25.11.2002 | 10276 | Román García Varela | Administrador de Aplicaciones Informáticas Delta SL. | |
| STS, 1a, 11.4.2003 | 3269 | Antonio Gullón Ballesteros | Administrador de Cataratas S.A. | |

| | | | | |
|---|-------------|--------------------------|--|--|
| Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso – Administrativo | | | | |
| Sección y fecha | Nº recurso. | Magistrado Ponente | Asunto | |
| SAN, 6a, 2.7.1996 | 6/1957793 | Pascual Lamberto Serrano | José Campo Puig Domeneq y Macoe S.A. contra Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 23 – IX - 1993 | |
| SAN, 6a, 25.3.1998 | 548/94 | Mercedes Pedraz Calvo | Banco de Inversión S.A. contra Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 – III - 1994 | |

10. Materiales

INFORME ALDAMA (2003), *Informe de la Comisión especial para el fomento de la transparencia, seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas*, 8 – 1 – 2003.

INFORME OLIVENCIA (1998), *El gobierno de las sociedades. Comisión especial para el estudio de un código ético de administración de las sociedades*. 1998, RDM, N° 228, págs. 733 – 775 (763).

INFORME WINTER (2002), *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, Bruselas, 4 – XI – 2002.

(<http://europa.eu.int/internal.market/en/company/company/modern/index.htm>)

PROPUESTA DE CÓDIGO DE SOCIEDADES MERCANTILES (2002), aprobada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación el 16 – V – 2002. Madrid, Ministerio de Justicia.

PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LMV Y DE LA LSA: Proyecto de ley por lo que se modifican la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido en la ley de sociedades anónimas, aprobado por el real decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas: BOCG – Congreso de los Diputados, VII legislatura, serie A, núm. 137 – 1, de 28 – III – 2003.

- Debate de la totalidad: Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, 2003, núm. 247, sesión plenaria núm. 238, de 30 – IV – 2003, págs. 12671 – 12684.
- Enmiendas e índice de enmiendas al articulado: BOCG – Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie A, núm. 137 – 5, de 12 – V – 2003.
- Informe de la Ponencia: BOCG – Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie A, núm. 137 – 6, de 13 – V – 2003.
- Aprobación por la Comisión de Economía y Hacienda, con competencia legislativa plena: Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, Economía y Hacienda, VII Legislatura, 2003, núm. 760, de 13 – V – 2003, págs. 24225 – 24232.

- Aprobación por la Comisión con competencia legislativa plena: BOCG – Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie A, núm. 137 – 7, de 21 – V – 2003.
- Texto remitido por el Congreso de los Diputados: BOCG – Senado, VII Legislatura, serie A, núm. 129 (a) de 22 – V – 2003.
- Propuestas de veto y enmienda: BOCG – Senado, VII Legislatura, serie II, núm. 129 (c) y (d), de 12 – VI – 2003.
- Informe de la Ponencia: BOCG – Senado, VII Legislatura, serie II, núm. 129 (e), de 16 – VI – 2003.
- Dictamen de la Comisión y votos particulares: BOCG – Senado, VII Legislatura, serie II, núm. 129 (f), de 19 – VI – 2003.
- Aprobación del dictamen por el Pleno del Senado: Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, Pleno VII Legislatura, 2003, núm. 144, de 25 – VI – 2003. Págs. 9059 – 9075.

11. Bibliografía

ALCHIAN, Armen / DEMSETZ, Harold (1972). “Production, Information Costs, and Economic Organization”, 62 *American Economic Review* 777.

BLUMBERG, Philip I. (1986). Limited Liability and Corporate Groups. 11 *Journal of Corporation Law* 573.

BOYD, James / INGBERMAN, Daniel E. (2003) Fly by Night or Face the Music? Premature Dissolution and Desirability of Extended Liability. *American lay and economic review*, V. 5, N° 1, 189 – 232.

BROSETA PONT, Manuel (1994). *Manual de derecho mercantil*. 10ª ed. Tecnos, Madrid.

CERDÁ ALBERO, Fernando (1997). Las cuentas anuales consolidada. 152 *Noticias de la Unión Europea* 55.

---- (2001). Responsabilidad civil de los administradores sociales: ¿Solos ante el peligro?, *Indret* 1/2001 (www.indret.com)

DENT, George W., Jr. (1991). Limited Liability Environmental Law. 26 *Wake Forest Law Reviews* 151.

EASTERBROOK, Frank H. y FISCHER, Daniel. *Limited Liability and the Corporation*. 52 *University of Chicago Law Review* 89.

---- (1991). *The Economic Structure of Corporate Law*, Chicago University Press, Chicago (existe traducción española de Francisco Marcos. *La estructura económica de las sociedades de capital*. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2002).

DE EIZAGUIRRE, José María (2001). *Derecho de sociedades*. Civitas, Madrid.

EKELUND, Robert D., Jr. / Robert D. TOLLISON (1980). *Mercantilists Origins of the Corporation*. 11k *Bell J. Econ.* 715.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (1999). *Las reservas atípicas. Las reservas de capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles*. Marcial Pons, Madrid.

GARRIGUES, Joaquín (1947). *Tratado de derecho mercantil*. T. I, Vol. 2, *Revista de derecho mercantil*. Madrid.

---- (1952), en GARRIGUES, Joaquín / URÍA, Rodrigo. *Comentario a la ley de sociedades anónimas*. T. I, 1ª ed. Instituto de Estudios Políticos. Madrid.

GIRÓN TENA, José (1952). *Derecho de sociedades anónimas*. Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho. Valladolid.

GÓMEZ, Fernando (2000). *Responsabilidad extracontractual y otras fuentes de reparación de daños: "Collateral source rule" y afines*. *Indret* 1/2000 (www.indret.com)

HALPERN, Paul J., / TREBILCOCK, Michael / TURNBULL, Stuart (1980). *An economic analysis of limited liability in corporation law*. 30 *University of Toronto Law Review* 117.

HANSMANN, Henry / KRAAKMAN, Reinier (1991). *Toward unlimited shareholder liability for corporate torts*. 100 *Yale Law Journal* 1879.

---- (2000). *The essential role of organizational law*. 110 *Yale Law Journal* 387.

HIERRO ANIBARRO, Santiago (1998). *El origen de la sociedad anónima en España*. Tecnos, Madrid.

JENSEN, Michel / MECKLING, William H. (1976). *Theory of the form: Managerial Behaviour. Agency Costs and Ownership Structure*. 3 *Journal of Financial Economy* 305.

KNEPPER, William E. / BAILEY, Dan A. (1988). Liability of corporate officers and directors. 6ª Ed. Lexis Law Publishing, Charlottesville. Vol. II, Appendix C. pág. 551 – 552.

LEBRON, David (1991). Limited liability. Torts victims, and creditors. 91 Columbia law review 1565.

LOPUCKI, Lynn M. (1998). Virtual judgement proofing: a rejoinder. 107 Yale law journal 1413.

MEINERS, Roger E. / MOSFKY, James S. / TOLLISON, Robert D. (1979). Piercing the veil limited liability. 4 Del. J. Corp. L., 351.

MENDELSON, Nina A. (2002). A control – based approach to shareholder liability for corporate torts. 102 Columbia lay review 1203.

NOTTHOF, Marin (2003). Rechliche Fragestellungen im Zusammenhang dem Abschluss einer Director's – Versicherung. NJW 2003, Heft 19, ss. 1350 – 1356.

PAZ – ARES RODRÍGUEZ, Cándido (1999), en Uría – Menéndez. Curso de derecho mercantil. T.I., Civitas, Madrid.

PETIT, Carlos (1990). Ignorancias y otras historias, o sea responsabilidades limitadas. LIX Anuario de Historia del Derecho Español. 497 – 507.

POLO, Eduardo (1992). Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima, en comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles (dir. R. Uría/ A. Menéndez/ M. Olivencia), T. VI, Civitas, Madrid.

RIBSTEIN, Larry E. (1991). Limited liability and theories of the corporation. 50 Maryland law review 80.

RONCERO, Antonio (2002). El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (sujetos, interés y riesgo) Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

RUBIO, Jesús (1964). Curso de derecho de sociedades anónimas. Editorial de Derecho Financiero. Madrid.

SALVADOR, Pablo (2002). Causalidad y responsabilidad. InDret 3/ 2002 (www.indret.com).

----, et al. (2002). Respondeat Superior I. InDret 2/ 2002. (www.indret.com).

---- (2002). Respondeat Superior II. InDret 3/ 2002. (www.indret.com).

SÁNCHEZ CALERO, Fernando (2002). Instituciones derecho mercantil. 25ª ed. Vol. I. McGraw – Hill, Madrid.

SHAVELL, Steven (1986). The judgment proof problem. 6 International review of law and economics 45.

SCHIPANI, Cindy A. (2001). Taking it personally: Shareholder liability for corporate environmental hazards. 27 Journal of corporation law 29.

SOLOMON, L.D. *et al* (1994). Corporations. Law and policy materials and problems. 3ª ed. St. Paul. Minnesota.

---- / MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio / MUÑOZ PLANAS, José (1992). La junta general de accionistas en comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles (dir. R. Uría/Menéndez/M. Olivencia), T.V. Civitas, Madrid.

---- *et al.* (1999). En Uría – Menéndez. Curso de derecho mercantil. T. I, Civitas, Madrid.

URÍA, Rodrigo (1952), en GARRIGUES, J. / URÍA, R. Comentario de la ley de sociedades anónimas. T. I, 1ª ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

VICENTE CHULÍA, Francisco (1991). Compendio crítico de derecho mercantil. 3ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

---- (2002). Introducción derecho mercantil. 15ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia

EXTRACTO DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo Español

DAÑOS MORALES POR MALOS OLORES E INMISIONES DERIVADOS DE ACTIVIDAD INDUSTRIAL

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, España, de 19 de septiembre de 2002. Ponente: Sr. Martínez Pérez.

PARTES PROCESALES:

Como actores D. Ángel T.P., D. José N.S., Matías M.G., D. Ceferino A.V., D. María Encarnación M.M., D. Fernando P.F., y D. Consuelo M. Manuel M., contra Manuel Alemán y Cía. S.A.

CUANTÍA INDEMNIZATORIA:

El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Murcia estimó parcialmente la demanda, declarando el derecho de los actores a que sus viviendas estén libres de las inmisiones molestas causadas por Manuel Alemán y Cía. S.A., condenando a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración. “Se condena a Manuel Alemán y Cía. S.A., a que indemnice a los actores en las cantidades que se determinen en ejecución de sentencia de conformidad con la renta mensual que se determina a continuación, con los ajustes correspondientes: a) D. Ángel T.P., renta mensual de 90.000 ptas. (540.91 euros), a contar desde el día 1 de agosto de 1995. b) D. José N.S., renta mensual de 112.500 ptas. (676.14 euros), a contar desde el día 1 de junio de 1995. c) D. Matías M.G., renta mensual de 127.500 ptas. (766.29 euros), a partir desde el día 1 de junio de 1995. d) D. María Encarnación M.M., renta mensual de 135.000 ptas. (811.37 euros), a partir desde el día 1 de junio de 1995. e) D. Fernando P.F., y D. Consuelo M.M., renta mensual de 112.000 ptas. (676.14 euros), a partir desde el día 1 de junio de 1995. f) D. Ceferino A.V., renta mensual de 120.000 ptas. (721.21 euros), a partir del 1 de junio de 1995. Las citadas cantidades constituyen la base inicial del cálculo que se llevará a cabo de acuerdo con las siguientes bases: a) Se computará como el día inicial el señalado para cada uno de los actores en el apartado anterior. b) La renta fijada se irá

reduciendo de acuerdo con la siguiente escala: 100% de la renta desde la fecha señalada para cada uno de los actores hasta el 10 de octubre de 1997; 80% de la renta desde el 11 de octubre de 1997 al 2 de octubre de 1998; 60% desde el 3 de octubre de 1998 al 7 de abril de 2000; 40% desde el 8 de abril de 2000 al 1 de octubre de 2001; 20% desde el 2 de octubre de 2001 al 5 de noviembre de 2001; c) La renta en los términos señalados se devengará mensualmente; d) La renta señalada se incrementará anualmente a partir del 1 de enero de 1996 con el IPC oficial fijado para cada año hasta la conclusión de la instalación de las medidas correctoras. 3. Todo ello sin expresa condena en costas en esta instancia”. Se dictó auto aclaratorio a la anterior sentencia, acordándose rectificar el fallo de la misma, en el apartado correspondiente a la renta fijada se irá reduciendo de acuerdo con la siguiente escala, de tal forma que el 100% de la renta se aplicará desde la fecha señalada para cada uno de los actores hasta el 24 de febrero de 1997 y el 80% desde el 25 de febrero de 1997, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la resolución. El fallo de la sentencia ha sido confirmado por la Audiencia Provincial.

NORMATIVA APLICADA:

La sentencia se funda en los arts. 9.3, 14, 18 y 25.1 de la Constitución, arts. 3.9, 4.1, 7, 1103, 1902, 1908, 1968 y 1969 del Código Civil y art. 9.5 de la Ley Orgánica del 5 de mayo de 1982.

JURISPRUDENCIA CITADA:

Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia de 24 de mayo de 1997 y 10 de mayo de 2001.

LA SENTENCIA:

Los hechos en que se basa la demanda se fundamentan en los malos olores e inmisiones provocados por la actividad industrial de la entidad demandada.

ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL:

En el recurso se alega indebida aplicación de la acción aquiliana (art. 1902 del Código Civil), pues se indica que en los supuestos de reclamación de daños y perjuicios por vulneración de los derechos fundamentales recogidos en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, ha de regirse por esta Ley Orgánica y no por el art. 1902 del Código Civil; vulneración por aplicación indebida del art. 4.1. del

Código Civil, por aplicación analógica de prescripción y caducidad; vulneración por inaplicación del art. 1968 del Código Civil, *dies a quo* para la prescripción, y vulneración por inaplicación de los arts. 9.5 y 9.3 de la Ley Orgánica 1/1985 *dies a quo* para la caducidad.

Estas alegaciones se sustentan, en síntesis, en que no son supuestos análogos los contemplados en el art. 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 y el art. 1969 del Código Civil, en cuanto al inicio del cómputo del plazo de caducidad y prescripción, contemplados, respectivamente, en el art. 9.5 Ley Orgánica y en el art. 1968.2 del Código Civil. En el supuesto de daños continuados el *dies a quo* se fija cuando se ha producido el definitivo resultado, que basándose en el informe acreditativo de la calidad del aire de la zona, realizado por el Organismo de Control de la Administración, se produce cuando ya se habían instalado dos incineradores, por lo que el día inicial del cómputo del plazo de prescripción se debe fijar en el 2 de octubre de 1998, pues a partir de tal día en modo alguno se puede imputar a la actividad industrial de la entidad mercantil daños morales por malos olores e inmisiones, y con carácter subsidiario se afirma que en fecha 7 de abril de 2000 se dio de baja la tercera línea de barnizado, por lo que también operaría el plazo de prescripción de la acción aquiliana a computar desde esa fecha. En cuanto a la caducidad de la acción de tutela de derecho fundamental, previsto en el art. 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, se refiere que no se ha acreditado intrusión ilegítima desde el 2 de octubre de 1992; que el día inicial, a los efectos de indemnización habría que retrotraerlo a los cuatro años anteriores a la presentación de la demanda; y que el *dies a quo* a efectos de caducidad es aquel en que se supo la vulneración de un derecho fundamental, que se debe fijar en el día en que los actores empezaron a habitar sus viviendas. Las diversas alegaciones en que se sustenta, no pueden ser acogidas. No obstante debe hacerse hincapié que en la demanda se ejercitan las acciones de responsabilidad civil extracontractual y de protección de los derechos fundamentales, cuyos plazos de prescripción están, respectivamente, previstos en el art. 1968.2 del Código Civil y en el art. 9.5 del Código Civil. La Sala acepta la interpretación que se hace en instancia de dichos preceptos, con base en la doctrina del Tribunal Superior recaída en torno a la reclamación por daños continuados, supuesto contemplado en el presente caso, de ahí que el plazo de prescripción y de caducidad no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, que tendrá lugar desde el momento en que hayan cesado los malos olores e inmisiones provocados por la actividad industrial de la entidad demandada, cese de los malos olores que se fija el 5 de noviembre de 2002, en que se produce el precinto y baja de la última línea de barnizado (Mailander 3).

Así pues, en contra de lo afirmado, en la fecha de interposición de la demanda, 11 de octubre de 2001, no había prescrito la acción de responsabilidad extracontractual ni caducado la acción de protección de los derechos fundamentales.

Se alega vulneración por inaplicación del art. 9.3 y 25.1 de la Constitución, principios de legalidad y seguridad jurídica, con base en que se quebrantan estos principios constitucionales al imputarle culpa o negligencia a la entidad mercantil demandada, cuando ésta cumple la normativa vigente, con las directrices europeas y en el hecho de que el plan propuesto fue aprobado, tras los informes técnicos, por la Dirección General de Protección Civil y Ambiental, en resolución de fecha 13 de mayo de 1998. Este motivo no puede ser acogido, pues no se han quebrantado los principios de legalidad y seguridad jurídica, ya que el procedimiento en que se ha recaído la sentencia recurrida, se ha tramitado con arreglo a las normas procedimentales y se han aplicado las normas de derecho sustantivo en que se basaban las acciones ejercitadas, efectuándose una valoración fáctica de las pruebas practicadas en orden a las inmisiones y olores provocados por la actividad industrial recurrente.

Se alega error en la apreciación de la prueba y vulneración del principio de sana crítica en la valoración de la prueba, que se fundamenta, en síntesis, en que al afirmar que los demandantes han sufrido olores y molestias por la actividad industrial de la entidad demandada no se ha tenido en cuenta el informe del Instituto Nacional de Toxicología y el informe del Departamento de Ingeniería Química de la Universidad de Murcia; que el informe del Seprona, elaborado por la Guardia Civil, carece del mínimo rigor; que no existe injerencia ni vulneración del art. 18 de la Constitución, al no existir daños ni resultar probado el daño moral, siendo prueba evidente el que ninguno de los actores abandonara su chalet; que no se ha propuesto prueba de que dentro de los domicilios se hubieren ocasionado injerencias ilegítimas; que no se ha probado el nexo causal, en el sentido de que los malos olores se hayan producido por la actividad industrial de la entidad demandada, del informe realizado por Ambio, S.A., organismo de control que acredita que los umbrales del olor en el entorno de la factoría eran a la fecha los adecuados, no existiendo por tanto culpa por acción u omisión. La Sala acepta los hechos declarados probados. Se estima acreditado que la entidad mercantil demandada en el desarrollo de su actividad industrial ha generado malos olores que han afectado a los hogares de los demandantes, ocasionándoles daños morales, en cuanto han afectado a su calidad de vida. Para la Sala la emisión de olores provocada por la industria de la entidad demandada, con incidencia en

la vivienda de los actores, supone una infracción del derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio.

En este sentido, se estima correcta la acción ejercitada de protección de los derechos fundamentales; se declara la responsabilidad extracontractual de la entidad mercantil demandada, al amparo de los arts. 1902 y 1908 del Código Civil, en cuanto que la demandada no adoptó, desde el inicio de su actividad de emanación de gases y provocación de olores, las medidas correctoras adecuadas, que ya se le exigían en la Licencia de Apertura, de fecha de 28 de abril de 1994.

Por su parte, la existencia de malos olores en límites superiores a los de tolerancia está acreditada por los testigos, por lo acreditado en las diligencias previas, informe de la Guardia Civil, Seprona y Consejería del Medio Ambiente, y la relación de causalidad entre actividad de la demandada, con emanación de malos olores, y afectación de las viviendas, está acreditada por las pruebas referidas.

Se alega infracción, por inaplicación de los arts. 1103 y 3.2 del Código Civil, al estimar que la cuantía de la indemnización es desproporcionada, no moderada ni equitativa, aludiendo al agravio comparativo de la indemnización y el error en la valoración de la prueba en cuanto a la misma, pues se indica que la sentencia recurrida acepta a efectos de indemnización la renta del alquiler de una vivienda, sin embargo señala que éste es distinto supuesto, pues se indica que los actores siguieron viviendo en sus chalets, que ha de moderarse la responsabilidad al no haber existido daños físicos, que los malos olores se deben a otras actividades, que el día inicial de la indemnización debe ser el de cuatro años antes de plantearse la demanda, que en cuanto a la valoración de la renta sólo se tiene en cuenta el informe aportado por los actores, en el que, por otra parte no se valora el informe pericial realizado por el Sr. Chicano; finalmente, que al conceder la indemnización, en base a la renta de la clase de vivienda, se quebranta el principio de igualdad previsto en el art. 14 de la Constitución.

La Audiencia considera que el resarcimiento que se reclama en la demanda es por el daño moral que han sufrido los demandantes a causa de haber tenido que soportar los malos olores generados por la actividad industrial de la entidad mercantil demandada, al haber tenido repercusión en su calidad de vida; la Sala acepta que las indemnizaciones se basen en la renta mensual del alquiler de la vivienda de los actores pues la dificultad de criterios para cuantificar el daño moral, el apuntado tiene cierto grado de objetividad; considera este Tribunal que el juzgador de instancia no ha infringido el art. 1103 y 3.9 del Código Civil, pues

precisamente ha moderado los precios fijados en el informe pericial que ha servido de base, fijando la reducción del 25%, basándose en razones de mercado, según se refiere en instancia, a las que cabe añadir que el alquiler se plantea como criterio hipotético, pues los demandantes continuaron habitando sus domicilios. Con base en esta reducción se fija el importe mensual de rentas en 90.000 ptas., 112.500 ptas., 120.000 ptas., 127.500 ptas., y 135.000 ptas., para cada una de las viviendas. La sentencia de instancia también modera la indemnización teniendo en cuenta la intensidad de las inmisiones, pues la entidad demandada ha ido eliminando el problema con las instalaciones de incineradores o el cierre de la línea que no lo tenía instalado, pues como acertadamente y de manera equitativa se refiere en el fundamento jurídico decimotercero, no son iguales las inmisiones de olores ocasionados por cinco líneas de barnizados que los ocasionados por una o dos líneas, y con base en este criterio, fija una reducción del 20% desde que fueron instalados los incineradores o fueron dados de baja; la Sala acepta el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, relativo a la fecha de cómputo inicial de las indemnizaciones, cual es el de la efectiva ocupación de las viviendas, de acuerdo con el criterio sostenido por la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación interpuesto en los autos de menor cuantía núm. 302/99, pues desde esa fecha es evidente que los demandantes sufrieron los perjuicios; y finalmente, que no se quebranta el principio de igualdad art. 14 de la Constitución, pues las indemnizaciones concedidas se han fijado teniendo en cuenta las rentas de dichas viviendas, que está acreditado que son distintas.

CONSECUENCIAS PRÁCTICAS:

Reconocimiento de intromisión ilegítima. La entidad mercantil demandada en el desarrollo de su actividad industrial ha generado malos olores que han afectado a la calidad de vida de los actores. Tanto el plazo de prescripción como el de la caducidad no se inicia sino desde la producción del resultado definitivo, que tendrá lugar desde el momento en que cesen los malos olores e inmisiones provocados por la actividad industrial. Indemnización. El criterio para cuantificar el daño moral provocado por los malos olores e inmisiones es la renta del alquiler de la vivienda de los demandantes.

INDEMNIZACIÓN POR LA MUERTE OCURRIDA DURANTE UN FESTEJO TAURINO

Sentencia del Tribunal Supremo Español de 10 de febrero de 2003. Ponente: Sr. Almagro Nosete.

PARTES PROCESALES:

Demanda interpuesta por D. Lucía Berduque Berges y D. Antonio Blas Villa Berduque contra el Ayuntamiento de Ejea de los Caballeros y contra Iberia Compañía Anónima de Seguros Generales S.A., sobre reclamación de cantidad.

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Ejea de los Caballeros, estimó parcialmente la demanda condenando al Ayuntamiento de Ejea de los Caballeros y a Iberia Compañía Anónima de Seguros Generales S.A., a abonar conjunta y solidariamente a los actores la cantidad de 7.000.000 de ptas., y a la codemandada Iberia Compañía Anónima de Seguros Generales a abonar a los actores la cantidad de 3.000.000 de ptas.; dichas cantidades devengarán el interés del 20% anual con respecto a la entidad aseguradora; en cuanto a costas cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó el recurso de apelación. Finalmente, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a recurso de casación.

NORMATIVA APLICADA:

En la sentencia son examinados los arts. 1.255, 1.281, 1.282 y 1.283 del Código Civil, arts. 1, 73, 75 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro, Ley 10/1991, 1 abril, Real Decreto 145/1996, 2 febrero, Reglamento de Espectáculos Taurinos de 28 de febrero de 1992.

JURISPRUDENCIA CITADA:

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1998.

LA SENTENCIA:

Versa el asunto sobre reclamación de cantidad, en concepto de indemnización, exigible a los demandados Ayuntamiento de Ejea de los Caballeros e Iberia Compañía Anónima de Seguros Generales, por muerte del vecino, cuyos derechohabientes demandan, ocurrida “al ser alcanzado por la vaquilla que había sido

soltada durante el festejo que se celebraba en el barrio de las Bardenas Reales, de referida localidad, el día 16 de mayo de 1993.

ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL:

Estas responsabilidades civiles, pueden, desde luego, asegurarse mediante el correspondiente “seguro de responsabilidad civil”, regulado como especie del seguro de daños, por la Ley referida (arts. 73, 74, 76). Tales responsabilidades se extienden no sólo frente a los participantes activos en el festejo, sino frente a quienes pasivamente asisten a los mismos o, de alguna manera, se hallen presenciando, como espectadores o sin voluntad específica, envueltos en el desarrollo de los eventos. Sólo la culpa de la víctima excluye o atenúa, según los casos, el grado de la responsabilidad que puede derivarse.

El examen de la cobertura de ambas pólizas a la luz de los hechos probados, no supone la exclusión de los riesgos cubiertos por ninguna de las pólizas ya que la víctima presenciaba el encierro de vaquillas sentado en un banco a las puertas de un bar y, desde luego, era un tercero que no participaba “directa y voluntariamente en el desarrollo de los encierros” frase que denota (“directa”) la referencia exclusiva a los “corredores” del encierro, de manera que, serían éstos los que quedarían sólo cubiertos por el seguro de accidentes y excluidos de la cobertura de la póliza que aseguraba la responsabilidad civil general, aunque esta exclusión no puede predicarse en ningún supuesto de la “empresa organizadora”, en el caso, el Ayuntamiento que, por mandato legal, responde siempre por el artículo 1.902 por la “culpa extracontractual” o aquiliana, que puede estar cubierta por una póliza de aseguramiento. Sin duda que, como ya se ha dicho, las variedades de estos festejos taurinos, exigiría en cada caso, que las compañías aseguradoras establecieran, con toda claridad en sus condiciones particulares, el alcance de las respectivas pólizas y sus compatibilidades, en función de los distintos supuestos y eventos, para evitar que frases genéricas o amplias puedan ofrecer equivocidades *a posteriori*, no obstante que la empresa crea que cubre todas sus responsabilidades, ya que, en otras circunstancias, deba actuarse conforme al precepto que ordena que la oscuridad de las cláusulas contractuales sólo perjudica al causante de ellas. No falta en el asunto el presupuesto generador de la responsabilidad civil asegurada, pues el reproche culpabilístico a la entidad organizadora resulta de la grave omisión en que incurrió al no extenderse la certificación correspondiente a la supervisión por el arquitecto de las instalaciones a utilizar, entre ellas, la de las calles por las que había de discurrir el encierro hasta la plaza de toros. Tal

omisión resulta especialmente significativa, cuando la función de la certificación de marras, es la de verificación y constancia de que las instalaciones reúnen las adecuadas condiciones de seguridad y solidez, que, en el caso, deberían haber sido, como mínimo vallas de seguridad en el recinto que libremente se comunicaba, según lo probado, con las puertas del bar donde estaban instalados los bancos. La compatibilidad, por último, entre ambas prestaciones está en función de los distintos riesgos que se cubren, conforme al tipo de seguro, responsabilidad por riesgos de accidentes, en un caso y responsabilidad por culpas o riesgos agravados, en otro. Son, por ello, distintos y acumulativos los títulos jurídicos de obligar.

CONSECUENCIAS PRÁCTICAS:

Compatibilidad entre indemnizaciones por accidente y responsabilidad civil derivada de culpa extracontractual en la muerte ocurrida durante festejo taurino.

PLAZO PARA RECLAMAR RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE UN ATENTADO TERRORISTA CAUSANTE DE ENFERMEDADES DE LARGA EVOLUCIÓN

Sentencia del Tribunal Supremo Español de 23 de enero de 2003. Ponente: Sr. Sieira Míguez.

425

PARTES PROCESALES:

En el proceso actuó como recurrente D. Teodoro R.R., y como recurrido el Ministerio del Interior.

CUANTÍA INDEMNIZATORIA:

La Audiencia Nacional desestimó las pretensiones de D. Teodoro R.R., por considerar que había prescrito. El Tribunal Supremo casó la sentencia condenando a la Administración demandada al pago de la indemnización que se fijará en ejecución de sentencia.

NORMATIVA APLICADA:

En la sentencia son examinadas las siguientes normas: Decreto de 23 de Diciembre de 1.966, Real Decreto Legislativo 3/79, Real Decreto 1311/88, Real Decreto 673/92 y Orden de 31 de Julio de 1.972

JURISPRUDENCIA CITADA:

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2001.

LA SENTENCIA:

Se trata de la reclamación por daños corporales consecuencia de un atentado terrorista sufrido el 8 de noviembre de 1979.

ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL

El plazo para el ejercicio de la acción es el de un año que resulta del Real Decreto 484/82 que desarrolla el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 3/1979. La cuestión a determinar se centra sí en la fecha de la reclamación, 7 de abril de 1.989, había transcurrido tal plazo desde la fecha de curación, con o sin secuelas, o sí por el contrario no es así, bien porque la curación se haya producido con menos de un año de antelación a la fecha de reclamación, bien porque tal curación no se haya producido todavía. En el caso de autos el único dato cierto es que la Administración no aporta justificante alguno que sirva para acreditar la fecha de curación, con o sin secuelas, del recurrente. Por el contrario, tanto del certificado médico aportado por el recurrente como del informe pericial resulta que el recurrente sufre, como consecuencia del atentado, eventración postoperatoria y daño psíquico agravado éste último en el año 1.989 en que entra en una situación depresiva resistente al tratamiento. El Perito Médico Forense califica ambos padecimientos como enfermedades de larga duración y afirma que el recurrente todavía se encuentra en tratamiento médico a consecuencia de los mismos. El recurrente sufre igualmente insuficiencia cardiaca y enfermedad obstructiva pulmonar crónica, si bien del certificado médico se infiere que estos padecimientos son ajenos al atentado terrorista sufrido. De lo hasta aquí dicho es claro que no puede afirmarse que la curación, con o sin secuelas, se hubiera producido con más de un año de antelación a la fecha de reclamación, pues si la situación que resulta del atentado es una enfermedad de larga evolución que todavía se encuentra en tratamiento en mayo de 1.997, así lo afirma el Perito Médico Forense,

un criterio ajustado a la sana crítica debió concluir con arreglo a la doctrina de esta Sala que la curación no se había producido, ello aunque no se calificase (sic) a las enfermedades que padece el recurrente como crónicas.

Las lesiones sufridas por el recurrente determinaron su pase a la situación de retirado por inutilidad física, habiéndosele declarado invalidez absoluta por lo que se debió reconocer al recurrente una indemnización conforme al art. 3 del Real Decreto 484/82, aplicable por razón de fechas, que se remite a las cantidades fijadas en las normas laborales las que regulan la Seguridad Social incrementadas como máximo en un 20%, no siendo de aplicación los Reales Decretos 1311/1988 y 673/1992 por tratarse de hechos anteriores a las fechas establecidas en las disposiciones transitorias de ambas normas para que las mismas sean de aplicación. Por todo ello la cifra a fijar resulta ser la dispuesta en la Orden de 31 de julio de 1.972, arts. 5 y 12.2 del Decreto de 23 de diciembre de 1.966, y deberá fijarse aplicando el incremento del 20% citado en ejecución de sentencia en atención a la edad del recurrente al formular la reclamación y a la base de cotización a efectos de clases pasivas que se acreditará mediante certificación de la Habilitación de la Guardia Civil referida al año anterior a la declaración de incapacidad, cantidad que en base al principio de reposición integral deberá actualizarse al tipo del interés legal del dinero desde la fecha de reclamación en vía administrativa, 7 de abril de 1.989, hasta la fecha de la sentencia de instancia y desde esa fecha la cantidad resultante devengará el interés legal hasta su completo pago.

CONSECUENCIAS PRÁCTICAS:

Si la situación que resulta del atentado – sufrido en 1979 – es una enfermedad de larga evolución que todavía en el año 1997 se encuentra en tratamiento, un criterio ajustado a la sana crítica implicará reconocer que la curación no se había producido, ello aunque se calificase a las enfermedades que padece el reclamante como crónicas, habida cuenta que se desconoce la incidencia de la enfermedad en el futuro de la víctima, se está claramente ante un supuesto de daño continuado y por tanto el plazo de prescripción está abierto hasta que se concrete definitivamente el alcance de las secuelas.

FALTA DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL AL PRACTICAR UNA ENDODONCIA

Sentencia del Tribunal Supremo Español de 25 de octubre de 2002. Ponente: Sr. Martínez – Pereda Rodríguez

PARTES PROCESALES:

Se trata de una demanda interpuesta por D. Rufino H.O., contra D. Luis Ángel M.G., la entidad Marcli S.L., y el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD).

CUANTÍA INDEMNIZATORIA:

D. Rufino H.O., en su demanda sobre reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad civil solicita que se condenase a los demandados, clínica dental “Marcli, S.L.”, en la persona de su representante legal, D. Luis Ángel M.G., e INSA-LUD, a no menos de cincuenta millones (50.000.000) de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Ávila desestimó la demanda. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que resolvió la Audiencia Provincial de Ávila con una estimación parcial en el único particular de las costas procesales. El Tribunal Supremo ha declarado no haber lugar al recurso de casación.

NORMATIVA APLICADA:

La sentencia se basa en el art. 1902 del Código Civil.

JURISPRUDENCIA CITADA:

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1990, 23 de septiembre de 1991, 20 de febrero de 1992, 3 de noviembre de 1993, 14 de febrero de 1994, 3 de mayo de 1995, 2 de abril y 12 de diciembre de 1996, 1 de abril de 1997, 11 de abril de 2000 y 18 de enero de 2001.

LA SENTENCIA:

Con relación al demandado, médico odontólogo, Don Donato, hay que consignar que practicó al hoy recurrente en casación cuatro endodoncias en las piezas dentarias números 17, 45, 34 y 35 y el posterior empaste de las mismas y ello se practicó, tras una primera consulta realizada el 27 de mayo de 1993, los días 29 de julio, 13 y 20 de agosto, 7 y 17 de septiembre y 8 y 15 de octubre de 1993. La imputada responsabilidad reparatoria de tal profesional radicaría, a juicio del demandante, en que al realizar el último empaste en las piezas 34 y 35, contrajo el Sr. H.O., una osteomielitis, o bien que sufriendo una infección en la mandíbula inferior, no fue correctamente diagnosticado, ni tratado adecuadamente. Es desmentido en la instancia – lo referente al tratamiento inadecuado – por ambas sentencias y con apoyo en la prueba practicada en los autos, el reproche de que

a consecuencia de las endodoncias contrajo una osteomielitis, enfermedad inflamatoria infecciosa causada por gérmenes piógenos a nivel del tejido óseo, porque en las radiografías de las piezas dentarias no se aprecia ninguna zona compatible con infección residual. Las endodoncias pueden estimarse correctamente realizadas y resulta excepcional que de una endodoncia derive un proceso osteomielítico, siendo, por otra parte correcto y, por tanto, conforme a la *lex artis* que transcurra el plazo de un mes, tras la práctica de la endodoncia para practicar el corriente empaste de la pieza dentaria, tras comprobar la ausencia de infección.

ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL:

Quiebra la aplicación del art. 1902 del Código Civil y la denominada “jurisprudencia que lo desarrolla”, porque si no existe causalidad entre la actuación del facultativo y el resultado dañoso producido, malamente puede reputarse culpabilidad, no en vano el propio precepto aducido como violado señala que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Se asiente tal responsabilidad civil reparatoria en la culpa o en la objetiva y por riesgo, y por ello resulta imprescindible en cualquier caso la actuación causal dañosa en el demandado. No existe acreditamiento alguno de la relación de causalidad y no puede responder *ex art.* 1902 quien no haya tenido una conducta que sea causa adecuada y generadora del resultado. En este caso, por la conducta del odontólogo, debe decaer la imputación realizada en el motivo sobre este supuesto.

El reproche contra el Ambulatorio de la Seguridad Social de Ávila, consiste en que no se le prestó la atención debida a su gran enfermedad y porque sólo se le practicaran unas pruebas y unos análisis y después de un tratamiento se le remitiera al Hospital Nuestra Señora de Sonsoles. Igualmente, el reproche es que no se le remitió de inmediato al Servicio de Cirugía Maxilofacial de Salamanca. También la prueba practicada en la instancia enerva tales imputaciones, porque añade que el demandante era alérgico a la penicilina y sus derivados y resistencia a determinados antibióticos que precisó colubio en el tratamiento, pero se aplicó un tratamiento adecuado y aún habría que añadir que el sistema inmunológico del recurrente estaba deteriorado con anterioridad a la infección por haber padecido alcoholismo crónico, aunque no bebiese en tales fechas y por haber sido toxicómano por haber ingerido hachís y cocaína. Por último, rechazó el demandante un tratamiento más agresivo para eliminar completamente la infección. Todo ello hace obligado el rechazo de motivo, tanto en lo referente a

la causalidad de su infección, atribuida gratuitamente al odontólogo demandado, como al reproche de falta de cuidado, imputado al mismo y a los Centros en que fue atendida su dolencia.

Respecto al error de diagnóstico sobre la enfermedad padecida, se alega, gratuitamente, y de espaldas a cualquier probanza, de que tanto el odontólogo, como los Centros del Insalud, trataron al recurrente de una infección en maxilar izquierdo, que derivó en una gran lesión de osteomielitis. Al odontólogo le reprocha que siguiera y siguiera recetando antibióticos, pese a no producir ningún resultado, al Ambulatorio de la Seguridad Social de Ávila, que las únicas pruebas que se le realizan fueron unos análisis y una radiografía y no detecta nada hasta que, tras un mes con antibióticos, se le envía al Hospital Nuestra Señora de Sonsoles. El diagnóstico consiste en un juicio médico que precisa una fase previa constituida por una pluralidad de actos, desde la anamnesis, a las pruebas de exploración física, radiológicas y analíticas, en definitiva, un conjunto de actos médicos para iluminar y deducir la naturaleza de la afección que padece el enfermo. No cabe por ello imputar error de diagnóstico, pues a la vista de los datos percibidos y de los informes obrantes, el tratamiento recibido fue el correcto y debiendo además adaptarlo a las circunstancias específicas del enfermo, alergias a los medicamentos del grupo de la penicilina y la resistencia a otros antibióticos.

CONSECUENCIAS PRÁCTICAS:

No existe relación de causalidad entre la endodoncia y la osteomielitis o pérdida de la mandíbula inferior. Si no existe causalidad entre la actuación del facultativo y el resultado dañoso producido, malamente puede reputarse culpabilidad. Se asiente tal responsabilidad civil reparatoria en la culpa y en la objetiva y por riesgo, siendo imprescindible en cualquier caso la actuación causal dañosa en el demandado. No ha existido error diagnóstico en el centro sanitario, pues a la vista de los datos percibidos, el tratamiento recibido fue el correcto, debiendo además adaptarlo a las circunstancias específicas del enfermo, alergias a los medicamentos del grupo de la penicilina y la resistencia a otros antibióticos.

ANOTACIONES ACERCA DE LA INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE EN COLOMBIA

**Julio César Yepes Restrepo &
Mario Andrés Villada Arenas**

CONTENIDO:

1. Introducción
1. Regulación del lucro cesante en nuestra legislación
2. Conceptos elaborados por la doctrina en torno al lucro cesante
3. Algunas anotaciones sobre el daño en materia civil
4. Sistemas de liquidación del lucro cesante: trato diferencial en materia civil y en materia laboral
5. Inconvenientes que plantea una liquidación anticipada del lucro cesante
6. Una propuesta de cómo debería indemnizarse el lucro cesante en materia civil
7. Conclusiones

INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico colombiano es parco en materia de legislación sobre la responsabilidad civil extracontractual, tanto en materia de regulación sobre supuestos de hecho como en las consecuencias concretas que el responsable debe asumir por haber generado daño. Como mucho, se avizora el Título XXXIV del Código Civil que consta de escasos diecinueve artículos los cuales establecen disposiciones muy generales y poco concretas.

Así, la responsabilidad civil extracontractual funciona en nuestro país con base en un sistema de antecedentes jurisprudenciales, en el cual los operadores jurídicos encuentran el fundamento de derecho de sus decisiones en los pronun-

ciamientos que frente a casos similares han dado las altas Cortes o los Tribunales. Pruebas de esta circunstancia abundan y bastaría leer cualquier providencia que se dicte sobre la materia en comento para observar como el fallo se legitima en la medida en que haga alusión a un pronunciamiento judicial anterior donde se haya analizado un supuesto fáctico similar. Así por ejemplo, por la vía jurisprudencial entró en vigencia la indemnización por perjuicios fisiológicos (daños a la vida de relación), el perjuicio moral, los rubros indemnizatorios por este último concepto, y en fin, una serie de instituciones que, elaboradas en ordenamientos foráneos, han sido traídas a nuestro país aunque las mismas no se encuentren reguladas de manera expresa en la legislación.

Pues bien, el **lucro cesante** como daño material objeto de indemnización no escapa a aquella realidad, en donde sus características esenciales, su naturaleza jurídica y la manera de liquidar su indemnización, se establecen más a partir de conceptos doctrinales y de precedentes jurisprudenciales que de normas legales que lo regulen.

Por ello, es dable proponer una forma distinta de indemnizar dicho perjuicio en materia civil -objetivo principal de la presente ponencia- sin que se transgredan los imperativos dados al respecto; al fin y al cabo no existe desarrollo legislativo que regule ese aspecto. Dicha propuesta se hace bajo el entendido de que existe al menos una forma diferente de indemnizar el lucro cesante que se ajusta a su naturaleza jurídica y que mira un aspecto tan importante como lo es el de la reparación integral del daño, en el cual se afirma que se debe indemnizar el daño ocasionado pero no más que ese daño. Concretamente se cuestionará la forma en que se ha impuesto la indemnización anticipada del lucro cesante **futuro**, donde, con base en unas probabilidades de la existencia del daño se establecen condenas, dejándose de lado un aspecto fundamental como lo es LA CERTEZA que debe tener todo daño indemnizable.

En este orden de ideas se plantea que el lucro cesante futuro, al ser un daño que se genera periódicamente (esto se verá con detenimiento en líneas posteriores), debe ser indemnizado con esa misma periodicidad, asegurándose así que se indemnice a medida que se verifique el daño y hasta el momento en que terminen las causas que permitían hablar de una cesación de lucro.

En este escrito entonces, se pretende plantear algunos interrogantes y mostrar algunas inconsistencias en cuanto al tratamiento actual de la indemnización del lucro cesante, para a partir de allí, generar una discusión que logre sugerir so-

luciones distintas o logre por lo menos dejar en claro cuáles son las razones que permiten afirmar que el manejo que actualmente se hace de dicha institución no es el más idóneo y que pueden existir otras posibilidades viables que, a nuestro entender, están más ajustadas a la naturaleza jurídica y a las características del daño que nos ocupa y que por lo tanto, las harían más razonables y justas.

El presente ensayo, en consonancia con el planteamiento expuesto, abordará de manera concisa los siguientes tópicos:

- Regulación del lucro cesante como daño indemnizable en nuestro ordenamiento jurídico.
- Conceptos elaborados por la doctrina en torno al lucro cesante como daño indemnizable.
- Algunas anotaciones sobre el daño.
- Sistema de liquidación del lucro cesante en nuestro país: trato diferencial en materia civil y laboral.
- Una propuesta de cómo debería indemnizarse el lucro cesante en materia civil.
- Conclusiones.

1. REGULACIÓN DEL LUCRO CESANTE EN NUESTRA LEGISLACIÓN

En Colombia es realmente deficiente la consagración y regulación normativa del lucro cesante, al punto que puede afirmarse que solo encontramos un par de artículos que de manera concreta lo contemplan como una modalidad de daño material que debe ser indemnizado. Esos artículos son los 1613 y 1614 del Código Civil; el primero de ellos afirma que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante que provienen de una inejecución, de una imperfecta ejecución o de una ejecución tardía de las obligaciones emanadas del contrato, lo cual significa que ambos perjuicios fueron establecidos para el ámbito contractual; la segunda disposición legal se encarga de definir ambos conceptos, diciendo respecto del lucro cesante lo siguiente:

“Art. 1614.- Entiéndase por... lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

Estas normas, aunque contenidas en la reglamentación de la responsabilidad contractual, han sido aplicadas en asuntos relativos a la responsabilidad civil extracontractual de acuerdo a criterios de hermenéutica jurídica como el que establece que cuando no hay norma expresa aplicable al caso pueden aplicarse normas que regulen situaciones semejantes, y sin duda alguna, así como en la responsabilidad contractual se puede presentar la existencia de un daño emergente o un lucro cesante, también en la responsabilidad extracontractual pueden tipificarse este tipo de daños.

Otras normas del ordenamiento también se refieren al lucro cesante, verbi-gracia, el artículo 1031 del Código de Comercio que, al regular el contrato de transporte, afirma que “en eventos de pérdida total y parcial, por concepto de lucro cesante el transportador pagará adicionalmente un veinticinco por ciento (25%) del valor de la indemnización determinada”; como puede apreciarse, la alusión al lucro cesante es meramente enunciativa. Igualmente el artículo 1088 de la misma codificación establece que en el contrato de seguro el asegurador solo asume el amparo del lucro cesante cuando de manera expresa ha manifestado su intención de ampararlo; entre tanto, el artículo 1843 fija unos límites al explotador de una aeronave indicando que sobre los daños derivados de la no utilización de la aeronave no puede reclamar por este concepto una suma superior al 10% del valor de la aeronave.

El lucro cesante no tiene entonces un mayor desarrollo legal: no se explicaron sus características concretas, sus elementos fundamentales, pero más importante, no se explicó la forma en que debía proceder su indemnización habida cuenta de las circunstancias que envuelven dicho perjuicio las cuales veremos más adelante.

Cabe entonces preguntarse lo siguiente: si no existe una norma legal que indique que el lucro cesante debe liquidarse mediante un cálculo anticipado de la totalidad del perjuicio que supuestamente se ocasionará para así imponer al responsable la obligación de pagar una suma única –procedimiento aplicado actualmente por los jueces-, ¿cuál será entonces el fundamento legal que permita al juez hacer este tipo de condena? No debe olvidarse que el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, al reglamentar el contenido de la sentencia, le exige al fallador citar el fundamento legal de su decisión y sin duda alguna, ante la ausencia de norma legal que permita esta forma de liquidación de la indemnización, estaría el fallador incumpliendo aquella obligación legal prescrita en

la normas procesales, pues la norma es clara: en la sentencia deben citarse los textos legales que se aplican.

En el campo de la responsabilidad civil extracontractual, este perjuicio se ha reconocido con base en el artículo 2341 del Código Civil, el cual dispone que quien haya cometido delito o culpa debe indemnizar los perjuicios que causare con esa clase de actuar. Pero de manera explícita no existe norma alguna que disponga que en aquella materia el lucro cesante debe ser indemnizado y por lo tanto no existe tampoco precepto legal que indique la manera en que debe ser indemnizado.

2. CONCEPTOS ELABORADOS POR LA DOCTRINA EN TORNO AL LUCRO CESANTE

Tanto en el contexto nacional como internacional es copiosa la doctrina que se ha encargado de estudiar el lucro cesante como daño que debe ser reparado, delimitando sus conceptos y sus características.

Entre quienes estudian la responsabilidad civil, existe un consenso sobre el concepto de lucro cesante y su naturaleza jurídica como daño; veamos algunas de las ideas esgrimidas por la doctrina:

El profesor chileno ARTURO ALESSANDRI nos habla del lucro cesante como una modalidad de daño material que debe ser indemnizado por quien comete dolo o culpa. Es interesante citar algunos de sus pronunciamientos ya que cobran plena vigencia en Colombia y más sabiendo que en materia civil nuestro ordenamiento jurídico es totalmente similar al ordenamiento chileno cuyo Código Civil fue la principal fuente de inspiración del nuestro:

“La reparación debe comprender el daño emergente y el lucro cesante, esto es, la pérdida o disminución efectiva que la víctima ha experimentado en su patrimonio y lo que dejó de ganar o percibir a consecuencia del delito o cuasidelito”.¹(Subrayas propias).

El profesor argentino Carlos Alberto Ghersi, es quizás uno de los autores que se encarga de estudiar a profundidad el concepto lucro cesante como daño -y de manera especial el lucro cesante resultante de una incapacidad-, mostrando su naturaleza y explicando por qué se ha establecido como un daño económico en la capacidad laboral de la persona humana que debe ser reparado íntegramente:

¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De La Responsabilidad Extracontractual En El Derecho Civil*, Tomo I; Imprenta Universal Editores, Santiago de Chile, 1.987, pág. 547

“... El trabajo requiere coordinación de la mente y el cuerpo, en un abanico que abarca las actividades laborales con predominancia de una u otra función humana (barrendero, estibador, técnico en computación profesional, físico, etcétera). Esta conjunción de la mente y el cuerpo se denomina capacidad de trabajo e implica una determinada calificación en el trabajador (peón, oficial, técnico, entre otros).

“... Podemos decir que la materialización de ese trabajo humano la constituyen un bien o un servicio, que en la economía monetaria se transforman en salario, remuneración, honorarios.

“El daño ocasionado reduce la capacidad laborativa en sí misma; ello implica, por un lado, dejar de percibir lo necesario para la supervivencia actual, y por otro lado la posibilidad de dejar de obtener una determinada ganancia o beneficio, necesaria para el proceso de acumulación.

“En cuanto a la minusvalía de esa capacidad laborativa, ésta puede ser parcial o total y transitoria o definitiva; su valoración está dada en relación diferencial entre lo que normal y ordinariamente producía (Art. 901, Cód. Civil) y lo que puede producir en términos reales”.²

En el ámbito nacional también autores destacados se han pronunciado sobre el lucro cesante como daño indemnizable:

El Dr. Javier Tamayo define el lucro cesante de la siguiente manera:

“... hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima”.³

Por su parte, el profesor Gilberto Martínez Rave define la figura en comento de la siguiente manera:

“Por lucro cesante... se ha entendido la frustración, privación o falta de un aumento patrimonial como consecuencia del daño. La falta de rendimiento, de productividad de las cosas o el dejar de recibir beneficios económicos, como consecuencia de los hechos dañosos, conforman el lucro cesante.

“En el caso de daños a los bienes o cosas, el lucro cesante lo constituye la falta de servicio o de productividad. En el caso de bienes productivos que desaparecen, o cuando se trata de dinero, se considera como lucro cesante la falta o la merma en la productividad. (...) Comúnmente se ha definido como el beneficio o dinero que no ingresa al patrimonio del perjudicado, a consecuencia del hecho dañoso. Así, el daño emergente lo conforma lo que egresa y el lucro cesante lo que no ingresa al patrimonio del ofendido”.⁴

2 GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría De La Reparación De Daños*; Editorial Astrea; Buenos Aires; 1.997; Págs. 64 y 65

3 TAMAYO, Javier. *De La Responsabilidad Civil, Tomo II*; Temis; Bogotá D.C.; 1.999; pág. 136.

4 MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. *Responsabilidad Civil Extracontractual, Décima edición*; Temis; Bogotá; 1.998;

Como se ve, la doctrina es en esencia unánime en definir y conceptuar acerca del lucro cesante, unos resaltando más unas características que otras pero partiendo todos de un mismo supuesto: que se refiere al provecho o la ganancia económica que se deja de percibir como consecuencia del daño que se causa sobre un bien o sobre una persona. Así mismo, la jurisprudencia nacional no ha tenido reparos en acoger aquellos conceptos doctrinarios y aplicarlos a los casos concretos.⁵

3. ALGUNAS ANOTACIONES SOBRE EL DAÑO EN MATERIA CIVIL

Como sabemos, el daño es un concepto elaborado por la doctrina universal y sobre el cual se realizaron una serie de clasificaciones (daño directo e indirecto, daño material y moral, daño contingente y eventual, etc.). A efectos de los logros que se persiguen en esta ponencia, nos interesa de manera concreta abordar el *daño material*, el cual se ha establecido como el género de dos clases de daños que evidentemente generan repercusiones patrimoniales, a saber, el daño emergente y el lucro cesante. Es entonces necesario que se establezca un acuerdo acerca de lo que se entiende por daño y de las circunstancias que los circundan para que así podamos entender a cabalidad el concepto de lucro cesante y podamos indagar sobre el manejo que sobre el mismo se ha dado, especialmente en lo que se refiere a la forma de indemnizarse. Procedamos entonces a analizar rápidamente el concepto de *daño*.

El *daño* ha sido entendido como el detrimento, el perjuicio o el menoscabo que sufre una persona en su integridad, en su honra, en sus bienes. El daño conlleva una desventaja patrimonial o extrapatrimonial.⁶

Ahora bien, como acertadamente lo anota el Dr. Javier Tamayo, no es suficiente con que se produzca un perjuicio patrimonial o extrapatrimonial para que el daño sea indemnizable; deben cumplirse una serie de requisitos que de no concurrir no permitirán configurar un daño indemnizable. Esos requisitos se pueden resumir en los siguientes: 1) que el daño sea cierto, 2) que la persona que reclama la indemnización sea aquella que haya sufrido el perjuicio, y 3) que el beneficio

pág. 169.

5 Como pronunciamiento jurisprudencial reciente donde se delimite el concepto de lucro cesante podemos mencionar la sentencia proferida el día 4 de marzo de 1.998 por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Magistrado Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

6 ALESSANDRI, Arturo. Ob. Cit. T. I; pág. 211

moral o económico que se vio afectado con el daño sea protegido por el ordenamiento jurídico.⁷

Quiero tocar el elemento de la *certeza* del daño por cuanto consideramos que el manejo que actualmente se hace a la forma de indemnizar el lucro cesante está menoscabando dicho aspecto.

La *certeza* del daño ha sido definida por la doctrina en distintos términos pero siempre conservando una misma esencia:

El profesor MARTÍNEZ RAVE la define así:

*“El concepto certeza no tiene nada que ver con el perjuicio futuro. Es la certidumbre sobre el mismo. Por lo tanto, el concepto está referido a su existencia y no a su monto o actualidad”.*⁸

- Por su parte, el doctor JAVIER TAMAYO se encarga de elaborar el concepto de certeza del daño y de analizar algunas de sus características esenciales, pudiéndose resaltar los siguientes aspectos:

1. El daño, para ser indemnizable, debe ser cierto. En Colombia, solo se maneja el daño contingente en el caso del Art. 2359 del C.C. y en las acciones populares, las cuales pueden perseguir que se exija al demandado suprimir una situación generada por él que amenaza con causar daño.
2. No se requiere que el daño sea actual para que sea indemnizado, sin embargo, el fenómeno que lo genera debió haberse producido necesariamente, esto es, no puede ser futuro o eventual.
3. El daño es *cierto* cuando

*“a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante. En cambio, el perjuicio es hipotético, y en consecuencia no hay lugar a reparación, cuando la víctima solo tenía una posibilidad remota de obtener un beneficio, en caso de que no se hubiera producido la acción dañina”.*⁹

4. Se requiere la certeza del daño mas no la certeza de su cuantía para que el mismo sea indemnizable; si el daño no se encuentra suficien-

7 TAMAYO, Javier. Ob. Cit. T. IV; pág.13

8 MARTÍNEZ RAVE; Ob. Cit.; pág. 163

9 TAMAYO, JAVIER; Ob. Cit., T. IV ; pág. 17

temente cuantificado, el juez, acudiendo a criterios de equidad, debe fijar el monto.

Como se ve, la *certeza* del daño se erige como un elemento esencial del daño para que sea indemnizable, en donde se exige que el daño sea tangible, sea probado y que no corresponda a meras probabilidades. No obstante esto, se ha aceptado por la doctrina de manera pacífica que no solo son indemnizables los daños pasados y actuales -sobre los cuales no hay mayor dificultad probatoria- sino que también son indemnizables los daños futuros los cuales, lógicamente, no pueden gozar de certeza absoluta por la simple razón de que no se han concretado. Es entonces en este punto donde se inicia la discusión que pretendo plantear, y la mejor manera de iniciarla es exponiendo la siguiente inquietud:

¿Por qué indemnizar de manera anticipada un daño futuro que no se ha configurado y sobre el cual no se presentan más que probabilidades?; ¿acaso no existe una forma de indemnizar ese daño a medida que se vaya verificando y hasta el momento en que cese?

Pues bien, al menos sobre la segunda pregunta la respuesta es evidente, pues no cabe duda que el daño se puede indemnizar a medida que el mismo se vaya verificando y hasta el día en que el mismo termine. Así se estaría cumpliendo la regla de la *reparación integral* -que fue elevada a categoría legal cuando el artículo 16 de la Ley 446 de 1.998 estableció que en la valoración del daño irrogado a las personas o las cosas deben aplicarse los principios de reparación integral y la equidad- y se evitarían enriquecimientos sin causa por parte de quienes reciben la indemnización, pues si ésta tiene su origen en el hecho que genera el daño, es apenas lógico que la indemnización termine en el momento en que desaparezcan esos hechos o circunstancias que generaban el menoscabo patrimonial o extrapatrimonial en la persona acreedora de esa indemnización. De hecho, en la legislación laboral colombiana se establecieron mecanismos para lograr precisamente esos objetivos: cuando una persona sufre un accidente de trabajo o una enfermedad que le genera una invalidez mayor al 50%, se entiende que se le genera un daño futuro en cuanto le fueron impedidas la aptitudes físicas o mentales para continuar trabajando. Ello sin embargo no genera para la A.R.P. -que la podemos asumir como una aseguradora que asume los riesgos que los empleadores puedan tener con la ocurrencia de accidentes o enfermedades de origen profesional- una obligación de pagar de manera **anticipada** ese perjuicio originado en el daño futuro que sufre el trabajador (consistente en la imposibilidad de continuar laborando y por ello la imposibilidad de continuar generando

ingresos, lo cual sin duda es una forma típica de configuración de lucro cesante), sino que se le permite pagar una prestación periódica, la cual puede ser revisada cada determinado periodo de tiempo para verificar que la invalidez sí continúa presentándose, pues si se verifica v.g. que la misma ha desaparecido, la pensión también cesa, y ello, en razón de que un daño solo puede ser reparado en la medida en que exista; lo otro constituiría un enriquecimiento sin causa.

En este orden de ideas, miremos entonces la forma cómo se liquida actualmente el lucro cesante en materia civil y en materia laboral para así darnos cuenta de los alcances de cada procedimiento y para comprender por qué uno de los dos está más ajustado a la idea de daño indemnizable y a la naturaleza del lucro cesante.

4. SISTEMAS DE LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE: TRATO DIFERENCIAL EN MATERIA CIVIL Y EN MATERIA LABORAL

Como nota preliminar, se advierte que en este acápite haremos referencia a la forma como se establece un sistema de liquidación del lucro cesante futuro buscándose que el mismo sea indemnizado, de manera anticipada en el campo civil, y de manera periódica en el ámbito laboral; no se sugiere mayor problema en el lucro cesante consolidado o pasado por cuanto este se basa en un daño verificable, que puede ser objeto de comprobación al haber tenido suceso en la realidad (se basa en un daño cierto). Se abordará entonces la forma como se anticipa la indemnización de un daño futuro expresado en un lucro cesante que se “presume” (o al menos se llega a partir de una serie de presunciones) se ha de generar por un determinado tiempo.

En materia civil, como hemos señalado, no existe -en Colombia- legislación acerca de la manera en que debe realizarse dicha liquidación, siendo entonces una construcción doctrinaria y jurisprudencial la forma utilizada para efectuar la liquidación. En materia de Seguridad Social es completamente distinto ya que allí se permite a la A.R.P. realizar pagos periódicos a modo de pensión, debiéndose constituir previamente un capital para asegurar ese pago por todo el periodo en que el daño perdure.

Veamos entonces el sistema de liquidación manejado en cada área para luego extraer una serie de conclusiones.

En materia Civil

En el campo del derecho privado, el lucro cesante puede ser generado por el daño a las cosas o por el daño a las personas. En el lucro cesante por el daño a las cosas, la indemnización busca resarcir el beneficio o provecho que la víctima obtenía de ese bien; concretamente se indemniza el periodo en el cual el bien se encontró inmovilizado para ser reparado o para ser reemplazado, pues se entiende que una vez sucedido uno de estos dos eventos, el daño en su modalidad de lucro cesante desaparece. Aquí no se avizora mayor problema para indemnizar aquel daño, pues el mismo es un daño cierto, efectivo en donde puede verificarse, tanto su monto, como el periodo por el cual se produce. Es claro que una vez el bien dañado es reparado o reemplazado, el perjuicio por lucro cesante que generó la inmovilización de ese bien desaparece y por lo tanto la indemnización debe llegar hasta ese momento. No sobra decir que en este evento la aplicación de las tablas financieras se realiza con el fin de obtener el valor del interés que en cada periodo generaba ese lucro cesante. Finalmente se indemniza tanto el valor del lucro efectivamente cesado, con su correspondiente indexación,¹⁰ más el valor de los intereses lucrativos o puros que esos ingresos generaban en la víctima. Ello, como decía anteriormente, no reviste una mayor complicación puesto que se puede ubicar en el llamado lucro cesante consolidado, en donde la cuantía del daño y su duración pueden ser verificables sin mayores problemas.

La dificultad se presenta en el lucro cesante que se origina con ocasión de una lesión o la muerte que se produzca a la víctima. Ambos supuestos generarían un lucro cesante en la medida en que se ha cortado parcial o definitivamente la capacidad laboral a quien generaba los ingresos y en consecuencia produce un daño a quienes se beneficiaban directamente con la obtención de esos ingresos. En el caso de las lesiones se entiende que la víctima es quien padece el lucro cesante; en el caso de muerte, son los familiares de la víctima quienes pueden pretender el pago de una indemnización por lucro cesante en la medida en que logren demostrar que dependían económicamente del muerto.

Al respecto, el profesor Javier Tamayo, quien en el Tomo IV de su obra *De La Responsabilidad Civil* se encarga de explicar al detalle la forma en que se indemnizan los perjuicios, hace varias anotaciones en torno a la liquidación del lucro

10 Este es hallado mediante la aplicación del I.P.C., mediante el cual se halla la equivalencia entre el valor que un (1) peso en un periodo determinado y el valor que ese peso tendría en un periodo posterior (depreciación). Al respecto véase TAMAYO, JAVIER, Ob. Cit., T. IV, Págs. 437 y ss.

cesante por lesiones que vale la pena tener en cuenta y que a grandes rasgos se pueden resumir en los siguientes aspectos:

- Lo indemnizable es la pérdida de la capacidad laboral.
- Cuando la persona se hallaba trabajando para la época de ocurrir el daño, el lucro cesante generalmente se calcula con base en la remuneración que normalmente la víctima obtenía por su trabajo en ese entonces. Aquí se debe tener en cuenta que en profesiones liberales como los independientes, la prueba de ese ingreso se dificulta, pero en todo caso se debe determinar mediante toda clase de indicios.
- El lesionado que no se encontraba laborando tendría derecho a una indemnización siempre y cuando, antes de sufrir el accidente, fuera una persona apta para trabajar, pues de lo contrario, “*la lesión no tiene incidencia causal en la incapacidad preexistente*”.¹¹ Es decir, la indemnización en este caso procede para un daño que, aunque no sea absolutamente cierto, pueda decirse que en el transcurso normal de los sucesos muy probablemente se produciría.
- La incapacidad se valora en cada caso concreto. No es lo mismo una pérdida de la movilidad de una pierna para un telefonista que para quien practica un deporte aeróbico; evidentemente la pérdida de la capacidad laboral o de la posibilidad de continuar en la actividad que le generaba el lucro es mucho mayor para el deportista que requiere un cuerpo íntegro físicamente que para el telefonista que puede ejercer dicha labor estando sentado.

Ahora, respecto del *periodo indemnizable* en el lucro cesante futuro, la jurisprudencia colombiana, y la doctrina en general ha entendido que dicha indemnización debe ser establecida de manera anticipada bajo el pretexto de que imponer el pago de una renta por el periodo que dura el daño, podría dificultar, por razones de orden económico, el pago total de la indemnización. Es por ello que se acuden a las *tablas de supervivencia o de mortalidad* donde se establece la edad probable de una persona de acuerdo a la edad que tenía al momento de producirse el daño. Así, se logra anticipar de manera abstracta el monto total del perjuicio

11 TAMAYO, JAVIER; Ob. Cit. T. IV; pág. 467

bajo la presunción de que la víctima sobreviviría *X periodo* de tiempo y por ello la indemnización debe abarcar todo ese periodo.

En materia laboral, en lo referente a riesgos profesionales, se ha planteado un sistema de indemnización del lucro cesante consistente básicamente en el pago de una *pensión* para eventos en que se presente una invalidez que definitivamente imposibilite al lesionado continuar laborando, o el pago de un *subsidio* para incapacidades temporales. Para el caso de la incapacidad permanente se han establecido unos baremos, de acuerdo a los cuales se paga un determinado valor de indemnización según el grado de incapacidad permanente. Este último aspecto de los baremos, que en España se ha aplicado en materia de responsabilidad civil por accidentes de tránsito, no se pretende abordar en este ensayo ya que, además de no ser la tesis que aquí se plantea, existe conciencia de que ello no logra en muchos casos cumplir con el reiterado principio de la reparación integral.

Hablemos entonces, de manera somera, cómo opera la indemnización del lucro cesante en el terreno de los riesgos profesionales.

En Materia Laboral

El sistema de riesgos profesionales en Colombia, si bien se consagró en los artículos 249 a 256 de la Ley 100 de 1.993, fue desarrollado en su mayor parte por medio de Decretos.¹² Como sabemos, en este sistema impera la teoría del riesgo profesional en el cual se consagra una responsabilidad objetiva en donde el empleador se hace responsable de los accidentes que padezca el trabajador con ocasión o por causa del trabajo. Como en el presente trabajo no nos ocupa estudiar el sistema en su profundidad, abordemos entonces aquella parte que toca la indemnización por lucro cesante.

En lo referente a prestaciones económicas que surgen al producirse un riesgo profesional, se consagraron cinco, a saber: un subsidio por incapacidad temporal, una indemnización por incapacidad permanente parcial, una pensión de invalidez, una pensión de sobrevivientes y un auxilio funerario. Veamos cada supuesto:

12 Algunos de ellos son los siguientes: Ds. 1346, 1542, 1771, 1772, 1832, 1833, 1834 y 1836 de 1994; Ds. 2100 y 692 de 1995, y el D. 1530 de 1996.

a. Subsidio por incapacidad temporal:

Cuando el trabajador, a raíz de un riesgo profesional queda impedido para laborar por un tiempo, se establece -con el objetivo de resarcir un perjuicio consistente en la imposibilidad de generar un lucro- un subsidio equivalente al 100% de su salario por el tiempo que dure su incapacidad. Se está entonces resarciendo íntegramente el perjuicio material por el lucro cesante que en principio el trabajador sufrió como consecuencia de haber sido víctima de un accidente o una enfermedad profesional. El pago de ese subsidio lo hará la A.R.P. de manera periódica, en los mismos periodos en que el trabajador recibía su ingreso.

b. Indemnización por incapacidad permanente parcial:

Aquí, el trabajador, “como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, sufre una disminución parcial, pero definitiva, en alguna de sus facultades para realizar su trabajo habitual”.¹³ Al trabajador que sufra este tipo de incapacidad -que se refiere la pérdida de capacidad laboral de, entre un 5 y un 50% de la que tenía antes de producirse el riesgo- se le reconoce una indemnización en proporción al daño sufrido. Dicha indemnización se reguló mediante un sistema de tablas¹⁴ en donde de manera objetiva se determinó el monto a indemnizar de acuerdo al grado de incapacidad.

A esta forma indemnización se le critica que puede no permitir una reparación integral y que afecta el principio de la valoración de la prueba, pues al establecerse un “baremo” para cada grado de incapacidad, se le limita al afectado la posibilidad de probar el verdadero monto del perjuicio sufrido.

En esta indemnización de la incapacidad permanente parcial, si la patología es progresiva, se permite volver a calificarla periódicamente para ir modificando el grado de incapacidad y por ende el monto de la indemnización de acuerdo a las nuevas circunstancias que se vayan presentando. Además el trabajador tiene derecho a ser reubicado en un nuevo puesto de trabajo dentro de la empresa, de manera que se le permita seguir laborando según su nueva condición física.

c. Pensión de invalidez:

Esta prestación, es tal vez la que más nos interesa en este ensayo por cuanto se establece una forma de indemnizar el lucro cesante que sufre el trabajador,

¹³ RODRÍGUEZ MESA, Rafael. *La Seguridad Social En Colombia*; Editorial Legis, Bogotá, 1.999, pág. 279.

¹⁴ Contendida en el D. 2644 de 1994

si bien no es equivalente al 100% de los ingresos que ordinariamente recibía el trabajador, sí se hace con unas características que deberían ser tenidas en cuenta seriamente por la jurisdicción civil al momento de imponer condenas por concepto de indemnización de perjuicios en razón del lucro cesante que padece la víctima con ocasión del hecho imputable al demandado responsable.

La pensión de invalidez se estableció para el trabajador que por causa de un riesgo profesional no provocado de manera intencional por el empleador, queda en estado de invalidez para continuar ejerciendo labores productivas. La ley consideró que *inválido* es aquél que haya perdido más del 50% de su capacidad laboral. Así, al establecerse la invalidez, la A.R.P. deberá pagar al inválido una pensión que se tasa de acuerdo al grado de la invalidez.

Para los riesgos de origen *común* también se estableció en los arts. 39 a 45 de la Ley 100 de 1993 una pensión de invalidez en las condiciones anteriormente señaladas.

Es importante resaltar que esta pensión de invalidez puede revisarse cada tres años, es decir, se puede evaluar nuevamente al pensionado para indagar por su grado de invalidez y verificar si es igual o si por el contrario ha variado, buscándose con ello ajustar el monto de la pensión al grado de invalidez que efectivamente presente la persona, o incluso hacer cesar la pensión si se comprueba que la invalidez ha desaparecido. De antemano cabe decir que esto es posible gracias a que se estableció el pago de una pensión y no el pago anticipado de una indemnización por el valor total de un daño futuro que, se presume, sufrirá la víctima por el resto de su vida *probable*, tal como sucede en materia civil.

d. Pensión de sobrevivientes:

La pensión de sobrevivientes se genera cuando, por accidente o enfermedad de origen profesional, el trabajador muere, o cuando fallece una persona beneficiaria de pensión en el sistema de riesgos profesionales. Ello genera una pensión de sobrevivientes en favor de su cónyuge/compañera permanente (2 años al menos de convivencia con el afiliado al sistema) e hijos menores de 18 años, o falta de éstos, a favor de sus padres si dependían económicamente del causante.

e. Auxilio funerario

Sobre esta prestación no haré ninguna referencia ya que no se asocia en forma alguna con un lucro cesante que puedan sufrir las personas con ocasión de un riesgo de origen profesional.

Todas estas prestaciones son reguladas detalladamente en los aspectos de su monto y requisitos para acceder a ellas, pero estas son cuestiones a las que no haré alusión ya que, para efectos de lo que en este escrito pretendo mostrar, no constituyen la esencia misma de las instituciones que he expuesto brevemente y que tienen una relación directa con la figura del lucro cesante y la manera como debe ser indemnizado.

5. INCONVENIENTES QUE PLANTEA UNA LIQUIDACIÓN ANTICIPADA DEL LUCRO CESANTE

Indemnizar el lucro cesante en forma anticipada tal como se hace en materia civil, plantea múltiples problemas entre los cuales podemos enunciar estos tres que son los más evidentes y que se pueden mostrar con ejemplos:

Puede suceder que en una persona que es lesionada, para el momento de determinarse la incapacidad laboral que la lesión le generó, se concluya que se produjo una incapacidad permanente (parcial o total), y que en esa medida se le debe indemnizar esa pérdida por todo el periodo en que pudo ser una persona productiva susceptible de generar lucro. Así, en razón del cálculo anticipado que hemos mencionado, al causante del daño se le condenaría al pago anticipado de un lucro cesante futuro cuya duración se establece con base en las tablas de supervivencia. Sin embargo, puede suceder que la víctima, luego de transcurrido un tiempo, recupere su capacidad productiva totalmente, o al menos en una gran proporción, a pesar de lo que en principio se había dicho, lo cual querría decir que el daño que había sido anticipado por un determinado periodo realmente desapareció antes o disminuyó sustancialmente. Nos preguntamos, ¿Es justo que la persona hubiera recibido una indemnización que preveía una incapacidad permanente por el resto de su vida probable cuando realmente esa pérdida de capacidad terminó, o al menos se disminuyó sustancialmente, antes del periodo calculado para establecer aquella indemnización? ¿No se estaría obteniendo un enriquecimiento sin causa respecto del resto del periodo que fue indemnizado la víctima pero en donde en la realidad se constata que en ese lapso no existe ya un daño traducido en una incapacidad?

También podría suceder que la persona muera por una causa ajena al daño antes del tiempo que según las tablas de supervivencia se presumía que iba a vivir, ¿Es lógico que la persona hubiera recibido una indemnización basada en la probabilidad de que la víctima iba a vivir durante un determinado periodo, cuando posteriormente se constata que murió mucho antes de ese periodo? ¿No se tornaría dicha indemnización en un pago exacerbado no compadecido con la verdadera duración del daño? Aunque es necio decirlo, es obvio que una persona, después de muerta no tiene capacidad física para producir y percibir por sí misma un beneficio económico.

Otro caso sería el siguiente: En el evento en que se está indemnizando por la muerte de una persona al afectado que tiene una vida probable inferior a la vida probable del fallecido, se tiene en cuenta para calcular el lucro cesante la vida probable de ese afectado; pero puede acontecer por ejemplo que ese afectado sufra de una enfermedad terminal que hará que su fallecimiento se produzca mucho antes de la fecha que de acuerdo a las tablas de mortalidad se espera fallezca en el promedio de la persona en condiciones normales de salud, y al realizar el pago anticipado del perjuicio se estaría indemnizando un perjuicio que no se ha ocasionado y no se ocasionará por todo el periodo que se tuvo en cuenta para contabilizar el lucro cesante.

Obsérvese que aquellos problemas se producen por indemnizarse **de forma anticipada** un daño que no es cierto, sino que es probable; por ello cabría hacernos esta otra pregunta, ¿Es la indemnización anticipada del lucro cesante futuro la manera más idónea para reparar de manera justa e integral el daño en comento? ¿Por qué no intentar indemnizar el lucro cesante futuro a medida que el mismo se vaya causando, esto es, manejándose como una obligación de cumplimiento periódico en el que mes a mes se pague una indemnización por el tiempo en que se verifique el daño?; ello sin duda permitiría lograr, tanto una indemnización plena y justa, en la que no se pague menos, ni se pague más de lo verdaderamente debido.

6. UNA PROPUESTA DE CÓMO DEBERÍA INDEMNIZARSE EL LUCRO CESANTE EN MATERIA CIVIL

Veamos ahora qué elementos útiles podemos extraer de las anteriores líneas, para proponer, de ser conducente, una solución distinta para indemnizar el perjuicio material generado en el lucro cesante ocasionado con la pérdida de capacidad laboral, que esté más acorde con su naturaleza como daño.

Hasta el momento, hemos podido dilucidar algunas dificultades que se generan en el campo civil como consecuencia de indemnizarse de manera anticipada el lucro cesante. Recordémoslos de modo enunciativo:

- El establecer un lucro cesante futuro de manera anticipada se basa en probabilidades estadísticas que, al no ser tangibles, trastocan el aspecto de certeza de daño.
- La realidad supera la probabilidad, y en efecto, en el tiempo puede ser constatable si el daño causante del perjuicio subsiste, o si por el contrario, cesa en un determinado momento, antes de cumplirse el periodo que se había establecido de acuerdo a una serie de probabilidades.
- El principio de la reparación integral se hace consistir en que la víctima sea reparada en la totalidad del **daño que efectivamente se le hubiere ocasionado**, lo que implica que a la víctima se le debe indemnizar a cabalidad el perjuicio que hubiere sufrido pero no más que ese perjuicio.
- Indemnizar anticipadamente un lucro cesante futuro puede acarrear problemas de enriquecimiento sin causa, pues no hay duda que si se paga una indemnización sobre un daño que fue proyectado en una determinada intensidad y por un determinado periodo de tiempo, pero posteriormente se constata que ese daño, o bien ha bajado en su intensidad o bien ha cesado antes del periodo previsto, la indemnización que se hubiera recibido de más constituye, de hecho, un pago de lo no debido en tanto la causa de dicho pago era la existencia del daño.
- Existen formas distintas a la de indemnizar anticipadamente el lucro cesante futuro, como el establecido en el sistema de riesgos profesionales en donde la prestación económica se causa en la medida en que subsiste la invalidez, prestación que puede terminar antes de cumplirse la vida probable del trabajador, si la incapacidad que éste padecía disminuye o desaparece; o la pensión de sobrevivientes que se concede hasta que la cónyuge o compañera permanente vivan o a los hijos mientras se encuentren estudiando, o al hijo inválido hasta que desaparezca la causa de la invalidez. Con ello se evita en gran medida que se presente un enriquecimiento si causa sin menoscabarse el derecho a la reparación

integral que la víctima tiene por el perjuicio que se le generó.

Y es que en efecto, la indemnización anticipada puede acarrear problemas de enriquecimiento sin causa a la voz de lo dispuesto en el artículo 831 del Código de Comercio en donde se afirma que “*nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro*”. No sería admisible como contra-argumento el decir que la causa la da la sentencia que impone la condena pues entonces la discusión se vaciaría de contenido. Lo que se pretende cuestionar aquí precisamente es la razón material que permite llegar a la conclusión de que imponer indemnizaciones anticipadas por perjuicios que en el momento no se han generado sino que solo son verificables a futuro en la medida en que se va causando es lo más idóneo.

Sobre el tema del enriquecimiento sin causa el tratadista Jorge Suescún Melo ha manifestado lo siguiente:

*“El enriquecimiento sin causa, considerado por muchos tratadistas como fuente autónoma de obligaciones, descansa sobre un innegable postulado de equidad, según el cual nadie puede enriquecerse con derecho en perjuicio de otro. En concordancia con este principio, en todos los casos en que la justicia sufra quebranto, en razón de que una persona, sin justa causa, obtenga provecho del esfuerzo de otra, es necesario restablecer el equilibrio reconociéndole al empobrecido el valor que ha salido de su patrimonio o ha dejado de entrar en él. La medida de ese restablecimiento ha sido siempre el valor de la utilidad y provecho que reciba el patrimonio de la persona en cuyo favor redunde el acto del afectado”.*¹⁵

¿No se configuraría un enriquecimiento sin causa por parte de la víctima que ha recibido una indemnización anticipada por lucro cesante calculada sobre la probabilidad de que el resto de su vida sufriría una invalidez, pero a los tres años de habersele indemnizado esa persona recupera su capacidad laboral totalmente o al menos de manera ostensible? En efecto, si la indemnización pretendió resarcir todo un resto de vida probable en estado de invalidez para laborar, pero a los tres años el beneficiario de la indemnización recupera sus capacidades laborales, la parte del valor de la indemnización imputable a los años restantes en que se presumía que esa persona iba a seguir inválida se queda sin sustento alguno, generándose entonces para esa persona un *enriquecimiento sin causa*.

Ahora bien, vistos aquellos inconvenientes, miremos que se podría hacer para evitarlos.

En primer lugar, debe replantearse la indemnización anticipada como la regla general para indemnizar el lucro cesante futuro, máxime cuando no existe una

15 SUESCÚN MELO, Jorge. *Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil Comercial Contemporáneo*, T. I; Cámara de Comercio de Bogotá; Bogotá D.C.; 1.996; pág. 21-22.

norma legal expresa que faculte al juez para adoptar este tipo de indemnización. Un procedimiento idóneo, sin entrar en grandes detalles podría ser el siguiente:

A. Se debe establecer la capacidad laboral que efectivamente la persona tenía antes de generársele el daño. Así se podrá saber qué proporción de su incapacidad es imputable al daño.

B. Luego, se debe mirar la situación particular de cada persona para establecer su probabilidad de vida, pues puede suceder que ésta padezca un problema patológico (físico o psíquico) que influye en su esperanza de vida según la media para una persona de su misma edad (según establecen las tablas de supervivencia). Eso serviría para calcular de antemano, con qué capital sería necesario contar para lograr garantizar la indemnización del lucro cesante, sin que ello implique un pago anticipado. Este punto se logra con múltiples medios de prueba como lo serían dictámenes periciales rendidos por especialistas médicos (lo cual, de hecho, no es nada nuevo).

C. Lógicamente se debe establecer el lucro que ordinariamente esa persona percibía antes de originarse el hecho dañoso, pues esta será la base para calcular el lucro que la persona dejará de percibir a futuro y que por ende le debe ser resarcido.

450 D. Se procederá a establecer la existencia del perjuicio en concreto, esto es, el grado de capacidad laboral perdida con el daño causado, pues esto sirve de base para establecer la proporción de los ingresos que dejará de recibir la víctima como consecuencia directa del daño.

E. Una vez establecidos aquellos aspectos, se puede proceder a establecer un pago **periódico** al causante del daño, pago que puede funcionar como en el ámbito laboral, donde la periodicidad de los ingresos que obtenía la víctima por su labor productiva antes de sufrir el daño sirven de parámetro para establecer la periodicidad del pago de la pensión.

F. Lo anterior permite que cada determinado lapso, se pueda verificar la existencia del daño, evaluándose si el mismo continúa o si ha aumentado o ha disminuido, permitiéndose así ajustar el monto indemnizatorio a esa nueva realidad, o permitiendo declarar la terminación de la obligación de indemnizar por haber desaparecido el daño de manera definitiva.

Ahora, desde el punto de vista de la eficacia de la condena, es claro que la víctima debe ver garantizado el pago de su perjuicio; para ello existen múltiples

formas de garantizar ese pago, sin que se requieran crear nuevas figuras jurídicas, *verbi gracia*:

- Garantizar la prestación económica y su cumplimiento a través de la constitución de una **fiducia** mediante la cual, el causante del daño es obligado a transferir parte de su patrimonio a una entidad fiduciaria, para que ésta lo administre con el fin de que ésta cumpla la obligación de pagar de manera periódica la prestación al cual se le condene.
- Similar a lo anterior, se puede constituir un patrimonio autónomo que tenga como fin lograr el pago periódico de la indemnización. Así, se tiene la certeza de que el deudor no podrá disponer de ese capital y se evitará que el pago de la indemnización quede supeditada a las contingencias que puedan darse en el patrimonio del obligado; se impedirá además que se presente una defraudación a la víctima en su pago periódico por maniobras que pudiera realizar el deudor con el fin de evitar aquel pago.

Aquellas posibilidades, que por supuesto no son las únicas, permitirían -además de garantizar el pago- que la indemnización se pagará en tanto existiera el daño, y que una vez se acreditara que, por ejemplo, la incapacidad para laborar de la víctima ha cesado porque se observa una mejoría en lo que en principio se había determinado como el daño (o se demuestra que la persona sí tenía capacidad para generar lucro), la indemnización cese también en consecuencia. De esta forma se evitarían enriquecimientos sin causas en favor de la víctima y en contra del declarado responsable.

En cuanto a las personas que reclaman un lucro cesante por la muerte de la persona que les generaba ese lucro, se puede aplicar el mismo sistema. Debe tenerse cuidado en determinar el tiempo por el cual se condena al pago del lucro cesante, pues si los que reclaman son persona con mayor edad que el causante, se debe tener en cuenta la vida de aquéllos para establecer el periodo de indemnización; si por el contrario, el causante era mayor a quienes ven perdido el beneficio económico con su muerte, aquí no queda otra solución que tomar como parámetro la *vida probable* de esa persona ya que, por razones obvias, sería imposible saber con certeza hasta que edad esta persona habría vivido de no haberse producido el hecho que le generó la muerte y que ocasionó el lucro cesante en quienes dicen haber sufrido tal perjuicio económico. Por lo demás, es claro que el

lucro cesante no se determina sobre la totalidad de los ingresos que el causante percibía, sino sobre la parte de esos ingresos que destinaba en las personas que eventualmente se beneficiarían de la indemnización.

Estas observaciones que se han hecho en relación con los problemas que puede acarrear el indemnizar el lucro cesante de manera anticipada no son ideas nuevas, pues han sido trasegadas por autores tan importantes como el maestro ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, quien en su obra *De La Responsabilidad Extracontractual En El Derecho Civil* expuso sendas advertencias acerca de la tasación y liquidación del lucro cesante. Respecto de la variación del daño con posterioridad al delito o cuasidelito, Alessandri expresó la siguiente reflexión que puede ser útil para efectos de lo buscado en el presente ensayo:

“Ocurre, a veces, que el daño aumenta o disminuye con posterioridad a la perpetración del delito o cuasidelito y antes de la sentencia: por ejemplo la víctima ha muerto, su incapacidad se ha agravado o la enfermedad que se creyó incurable ha desaparecido. ¿Deberá el juez considerar estas variaciones y regular el daño según su extensión al tiempo de la sentencia?”

“La afirmativa es evidente si esas variaciones tienen por causa el delito o cuasidelito; el culpable debe reparar todo el daño que sea consecuencia necesaria y directa de su delito o cuasidelito. Pero si no tienen por causa el hecho ilícito, el juez prescindirá de ellas y sólo considerará el daño existente al tiempo de la perpetración de aquél.

“Así, si con posterioridad al hecho ilícito, pero antes de la sentencia, la víctima mejora, de modo que su incapacidad para el trabajo disminuye o desaparece, o empeora en términos de que una incapacidad que empezó por ser parcial o temporal se transforma en total o permanente o lisa y llanamente muere a resultas de las lesiones recibidas, los jueces de la instancia, al regular la indemnización, deberán tomar en cuenta estas circunstancias. Pero en ningún caso podrán fijar una cantidad superior a la demanda; fallarían ultra-petita”.¹⁶

De estas líneas es importante observar como el autor mostró la posibilidad de la variación del daño y como debe ello afectar la tasación del perjuicio. Sin duda alguna, la indemnización anticipada de un perjuicio que se va generando en el tiempo, corta las posibilidades de observar las variaciones del daño causado, cosa que no sucedería si la indemnización fuera aparejada con la causación del daño, como sucede según hemos visto, en materia laboral.

16 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De La Responsabilidad Extracontractual En El Derecho Civil*; Tomo II; Imprenta Universal; Santiago de Chile; 1.987; pág. 567

En materia legislativa, países de la región como Argentina y Chile, han puesto para la discusión proyectos de reforma a sus Códigos Civiles en los cuales se regule de forma exhaustiva el tema de la responsabilidad extracontractual y especialmente lo referente al daño. Así, en Argentina se ha conocido el texto intitulado “*Proyecto de Código Civil Argentino*” elaborado en el año 1.998, en donde, de manera expresa, se pretende regular positivamente la forma de reparar los daños tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. En dicho texto se ha planteado lo siguiente respecto a la forma de indemnizar:

“ARTÍCULO 1625.- Incapacidad laboral. Salvo ley especial, el resarcimiento de la incapacidad laboral es evaluado mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la mengua de la aptitud del damnificado para realizar actividades remunerables, y que se agote al tiempo en que probablemente concluirá su vida”.

Como se ve, se ha previsto un modo de indemnizar la incapacidad laboral en donde el pago se haga a modo de renta, previa separación de una porción del patrimonio del deudor con el cual se garantice al beneficiario la efectividad del pago. Esto en esencia es similar al régimen colombiano establecido en materia de Riesgos profesionales en lo referente a los mecanismos de indemnización a cargo de la A.R.P.

CONCLUSIONES

- Con las ideas atrás planteadas se mostró que el lucro cesante puede ser indemnizado a medida que el mismo se vaya verificando, siendo preferible a la indemnización anticipada que se maneja actualmente en razón de los inconvenientes que puede traer consigo un pago anticipado basado en un daño probable, “probable y no eventual” dirían algunos, pero me pregunto: Si hay posibilidad de lograr una indemnización periódica que vaya aparejada con el daño que la causa, ¿por qué no preferir dicha forma de indemnización, a una que se hace de manera anticipada y que se determina sobre unas posibilidades y no sobre una certeza recordando que éste es un elemento esencial del daño-?.

- Luego de vistas las formas en que se liquida la indemnización por lucro cesante en el derecho civil y en el derecho laboral, se pone en evidencia una gran desigualdad entre los sujetos llamados a indemnizar en cada uno de esos campos. Para quien es obligado a responder civilmente se le impone una condena altamente onerosa para indemnizar el lucro cesante de manera anticipada; por el

contrario, para la A.R.P. -que por lo demás es una persona jurídica que obtiene su beneficio económico de asumir los riesgos profesionales- se le impone la obligación de pagar dicho lucro cesante, pero de manera periódica. Esto a todas luces constituye un gran desequilibrio entre dos personas -el civilmente responsable y la A.R.P.- que se encuentran en situaciones similares y cuya única diferencia es que la una se encuentra bajo las reglas construidas en la jurisdicción civil y la otra bajo el régimen de la Seguridad Social. Dicho desequilibrio rompe el principio constitucional y derecho fundamental de la igualdad.

En efecto, el artículo 13 de la Constitución Nacional es claro en indicar que las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades, y gozarán de los mismos derechos y libertades y oportunidades ante la ley, sin ninguna discriminación. Cabe entonces preguntarse si cuando a una persona particular, verbigracia el empleado de clase media que con su vehículo causa de manera culposa –no dolosa- la muerte a una persona se le impone la obligación de pagar en forma anticipada por lucro cesante la suma de \$300.000.000.00, se le está brindando el mismo tratamiento igualitario que se le brinda al empleador que no afilió a los Riesgos Profesionales al trabajador y que falleció en accidente de trabajo, o a una A.R.P. que tenía afiliado a ese trabajador fallecido a quienes se les permite pagar la pensión en forma periódica?. Desde luego que el tratamiento no es igual y pueden los jueces que fallan la responsabilidad civil extracontractual al adoptar la forma de capital anticipado estar violando este principio constitucional.

- Es claro que no existe norma legal que establezca la tasación del lucro cesante mediante el pago anticipado de un capital y que las decisiones judiciales que acogen esta forma de tasar el perjuicio lo hacen con apoyo en la doctrina, pero si existen normas legales como las de Seguridad Social que establecen el pago periódico de las pensiones de invalidez y de sobrevivientes obligando a quien debe hacer el pago que garantice el pago periódico, podrían aplicarse esas normas en los procesos de responsabilidad civil; para hacer esa aplicación analógica el juez no tendría que hacer uso de rebuscados argumentos. Bastaría dar aplicación artículo 8 de la ley 153 de 1.887 que expresamente indica:

“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.”

El artículo 16 de la ley 446 de 1.998 consagró que en procesos donde se valore el daño debe aplicarse los principios de la indemnización integral del daño y la

equidad; al imponer el pago anticipado de un capital se violan estos principios toda vez que se indemniza en forma única un perjuicio que se causa en forma periódica y se impone al obligado una obligación onerosa que en el evento de desaparecer las condiciones que sirvieron de fundamento para tasar el perjuicio conllevaría a un enriquecimiento sin causa y a un pago de lo no debido, constituyéndose por lo tanto la condena en una decisión inequitativa.

- El artículo 304 del Código de Procedimiento Civil exige al fallador citar en la sentencia los textos legales que aplica y que sirven de fundamento a su decisión, y al establecer el pago anticipado de un capital para indemnizar el lucro cesante el juez no podrá citar ninguna norma legal que lo autorice a adoptar este sistema, por lo tanto no se estaría cumpliendo la exigencia contenida en la citada norma procesal.

- Con la adopción de formas de indemnización como el pago periódico del lucro con una garantía real o con la constitución de una fiducia se garantizaría el derecho que tienen las víctimas del hecho dañoso a que el perjuicio le sea resarcido.

- Si antes de ocurrir el hecho dañoso el afectado no tenía posibilidad alguna de percibir de manera única el beneficio económico por su actividad laboral o por la ayuda económica que el fallecido le proveía a la víctima indirecta, y ese ingreso económico se percibía de manera periódica, no existe razón alguna para que por el acontecimiento del evento dañoso esta circunstancia cambie y se obtenga de manera única y anticipada el beneficio económico.

Si vistos los alcances de la indemnización anticipada del perjuicio, no se logra tener conciencia de los inconvenientes que para el ordenamiento jurídico dicha forma de indemnización puede acarrear así como para las víctimas directas y para quienes, bajo el acometimiento de un hecho dañoso (que en la mayoría de los casos es culposos y no doloso) son obligados a indemnizar no sobre la certeza, que puede ser establecida periódicamente, sino con base en las probabilidades, el sector de la jurisprudencia y la doctrina deberán al menos converger en la idea de que entre lo cierto y lo probable, siempre deberá ser preferible lo primero.

INTERPRETACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ARMA DE DOBLE FILO

Javier Tamayo Jaramillo¹

CONTENIDO:

Introducción

- I. Aclaración de prejuicios
- II. Análisis del papel actual de la Corte Constitucional
- III. Peligros de esa interpretación de la Corte
- IV. Soluciones

Introducción

En los párrafos que siguen trataré de demostrar el peligro que para las libertades democráticas encierra el actual método de interpretación aplicado por la Corte Constitucional y en general por la llamada escuela del nuevo derecho o del derecho alternativo.

En efecto, para que una sociedad pueda funcionar jurídicamente, sea capitalista o socialista, se requiere que sus súbditos tengan unas reglas de convivencia claras, que no queden al albur de lo que en su opinión crean conveniente los falladores o los príncipes de turno. Esa es la esencia y el gran logro del Estado social de Derecho. Pero la seguridad jurídica desde luego es relativa puesto que las normas, como todo lo que sea interpretable están sujetas necesariamente al riesgo del cambio de significado por parte del intérprete. Es un imposible lógico pretender que la obra humana tenga una interpretación unívoca y eterna. Pero, hay un límite a esa relatividad, consistente en el respeto mínimo por el contenido de la norma. Flexibilidad exegética no significa capacidad para destruir el sustrato normativo, sino mantenimiento del mismo, con una recreación de su

¹ Ex Magistrado Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, catedrático y miembro fundador del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.

contenido acorde con las necesidades de justicia y equidad. Y seguridad jurídica no significa la defensa de la literalidad de las normas. En la interpretación jurídica ocurre lo mismo que en la interpretación artística: por ejemplo, en las variaciones audaces que Picasso hace de *Las Meninas* de Velásquez el más lego en pintura, de inmediato descubre lo esencial de la obra interpretada. Si Picasso hubiera desconocido ese rasgo mínimo, y hubiera hecho otra obra en su reemplazo, a nadie se le ocurriría afirmar que allí hay una interpretación del cuadro de Velásquez. Interpretar es pues, crear dentro de los límites del sustrato interpretado. Esa es la premisa de la filosofía de la hermenéutica, cuyos orígenes se remontan al pensamiento de Dilthey.

Ahora, la audacia hermenéutica que actualmente utiliza la Corte Constitucional, al desconocer o aniquilar leyes mediante la suplantación por exequibilidades condicionadas a que la norma acusada tenga un contenido por entero diferente del que le dio el legislador, o mediante interpretaciones que echan por el suelo otras interpretaciones de cuya validez constitucional nadie dudaría, ha tenido una enorme influencia en el derecho privado en general, sobre todo pero no exclusivamente mediante la tutela, no solo desde el punto de vista de su contenido, sino desde el punto de vista de los costos económicos muchas veces insostenibles para el Estado mismo o para la estabilidad de las reglas de juego entre particulares.

Se trata en consecuencia, de averiguar si el método interpretativo de la Corte Constitucional actual atenta contra la seguridad jurídica en la medida en que en muchas oportunidades asume de hecho, el papel de legislador y en otras, ignora el impacto económico de sus decisiones, con el peligro de que finalmente su jurisprudencia se convierta en letra muerta por la imposibilidad de cumplirla.

PLAN

Después de plantear adecuadamente el problema, sustrayéndolo de algunos prejuicios (I), haremos un análisis a fondo, del efecto que la interpretación constitucional está teniendo en la vida social, jurídica y económica del país (II). Finalmente mostraremos los peligros de este tipo de hermenéutica (III) y las soluciones para corregir los excesos (IV).

I. ACLARACIÓN DE PREJUICIOS

Pero así planteadas las cosas, es preciso arrojar claridad sobre algunos prejuicios con los que los defensores del Nuevo Derecho que ahora se instala, arrasan con quienes se atreven a cuestionarlos.

1º. En primer lugar, es indispensable que en esta discusión no analicemos ninguna sentencia en concreto. Partamos del supuesto de que hasta ahora todos los fallos han sido justos y que todos los magistrados que han oficiado en la Corte Constitucional o en cualquiera otro tribunal son hombres sabios e ímpolitos. De lo que se trata es de analizar si su forma de “interpretar” por justa que sea en el caso concreto, es conveniente o no para la realización de los principios democráticos y para garantizar al mayor número de personas, los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política. Es pues una discusión teórica sobre los peligros y conveniencias del método exegético imperante.

2º. En segundo lugar, no podemos identificar como a menudo se hace, seguridad jurídica con ideología reaccionaria al progreso, ni tampoco nihilismo normativo con progresismo político. Algunos autores nacionales (Diego Eduardo López, “El Derecho de los Jueces, Legis, 2.001, p. 197 s.s.) erróneamente afirman que el nuevo derecho se orienta hacia una visión de centro izquierda de la sociedad. En una legislación de izquierda, según explicaré más adelante, un juez reaccionario, con la misma lógica interpretativa actual, podría instaurar un régimen derechista. Pero fuera de lo anterior, según veremos más adelante, la doctrina actual de la corte y sus defensores termina finalmente conduciendo al más absurdo y rígido individualismo en perjuicio de la mayoría de la población.

4º. En cuarto lugar, no se puede confundir seguridad jurídica con represión. Justamente, lo que caracteriza a las sociedades democráticas y libres es la estabilidad de las normas que las rigen; en esa forma la fuerza del Estado deja de ser represiva para convertirse en disuasiva.

5º. Pero de otro lado, es indispensable observar que la defensa de la seguridad jurídica no supone como a menudo se argumenta, que los métodos de exégesis prescindan de interpretaciones amplias y protectoras de los débiles, que den cuenta de los cambios económicos y políticos (en 1.938, la Corte Suprema de Justicia, en una decisión magnífica por lo audaz, al interpretar el artículo 2.356 del Código Civil creó la responsabilidad objetiva por actividades peligrosas, pero sin desconocer la norma). Como dije, el Derecho está sometido a un margen de inseguridad producto de las necesarias interpretaciones actualizadas de la ley. Lo

que se pide es que no se entienda la interpretación como el cambio de una ley por otra que solo existe en el deseo de los falladores. Entre la interpretación forzada de la ley, con miras a la protección al débil, y el desconocimiento de la ley hay un abismo enorme. Pero si la idea es que cuando al juez no le guste el contenido de una norma, la cambie por otra bajo el argumento de que ella contradice algún principio constitucional, entonces, deroguemos todas las leyes diferentes de la Carta Política, limitemos los estudios de derecho al análisis de la jurisprudencia constitucional, y dejemos que los jueces apliquen ésta a cada caso concreto, pues jamás habrá una norma de rango inferior que no se oponga a algún principio constitucional. Todos sabemos que en la Constitución entendida como sistema existen principios que se contradicen (derecho a la intimidad y derecho a la libertad de opinión, por ejemplo). Como dice MICHEL ROSENFELD, profesor de la Universidad de California:

“Desde luego, tanto la sobreprotección como la infraprotección de los derechos fundamentales está acompañada del peligro de que una de las concepciones concurrentes del bien tome la supremacía sobre las otras. Y una toma de poder tal destruiría la neutralidad entre las concepciones del bien, neutralidad sobre la cual descansa la unidad de la sociedad. La amenaza evocada aquí se intensifica por el hecho de que la mayor parte de las constituciones, en razón de su necesidad de flexibilidad y de adaptación a las evoluciones, contiene disposiciones generales, abiertas, que parecen entonces sensibles a un abuso de interpretación. (“Just Interpretations”, tomado de la traducción francesa, L.G.D.J., París 2.000, p 9.)

En consecuencia, el molde de la interpretación de las leyes no puede ser un principio constitucional tomado en forma aislada, pues cuando así sucede, el juez siempre, siempre, encontrará motivos para declarar la inconstitucionalidad de una norma e imponer su particular visión del caso concreto. A veces, las leyes necesariamente se oponen a algún principio constitucional abstracto. La libertad de prensa se opone al derecho a la intimidad, y esta a menudo, se opone a la libertad de opinión. Defender a ultranza uno de los dos principios, es atentar contra el equilibrio social. Y se corre el peligro de perjudicar a las mayorías bajo el pretexto de proteger una minoría, cuando lo correcto es mantener un equilibrio protector para unas y otras.

Interpretar en sentido filosófico es darle un significado más o menos identificable a un significante. Cambiar el significante y consecuentemente el significado porque no nos gusta el vigente no es interpretar sino arrasar. Por ello me parece erróneo que los defensores del nuevo derecho (López Medina, ob. cit.

P. 147 s.s.) conviertan a GENNY en porta estandarte de su audacia. En efecto el genial autor francés lo que hace es afirmar que el juez debe tener en cuenta la naturaleza de las cosas y las condiciones de la vida pero *“siempre que no se vea detenido para ello por un mandato imperativo (fuente de derecho formal) que limite la apreciación o la excusa por entero porque dicte inexcusablemente a la decisión”* (Citado por López Medina, p. 151).

Es equivocado pues que a los que nos oponemos al nuevo derecho se nos señale como enemigos de la interpretación propuesta por GENNY, pues este cree con razón que el juez al interpretar, debe respetar la ley acomodándola a los cambios sociales, dentro del margen de maniobra que le es connatural a toda norma (ver François Genny: *Mythe et Realites*”, edit, Dalloz, varios autores, París, 2.000). La diferencia radica en que el intérprete del nuevo derecho, basado en un texto constitucional aislado, no tiene inconveniente en desconocer la ley cambiándola por otra totalmente distinta, y en consecuencia, GENNY se revolcaría en su tumba si supiera la causa que en su nombre ahora se defiende. La teoría de la creación jurídica basada en la libre investigación científica de Genny parte del supuesto de que cuando las normas no resuelvan un problema concreto sea el juez el encargado de llenar el vacío (ob.cit. Philippe Jestaz, p.44).

Por eso me parece peligroso que en las facultades de derecho se esté manejando la cátedra de hermenéutica jurídica con un maniqueísmo infame, al presentarle a los estudiantes que comienzan solo dos soluciones hermenéuticas posibles: o la defensa literal de los textos normativos, o la demolición de los textos legales en beneficio de la justicia del caso concreto. Y ante la sed de justicia, los neófitos no dudan en acoger la segunda solución sin todavía conocer el abanico de posibilidades interpretativas existentes, sin necesidad de destruir la ley. Dicho de otra forma: salvo casos excepcionales, las nuevas generaciones de abogados abominan la seguridad jurídica, porque la creen rígida e inamovible.

5º. Por otra parte, no podemos confundir la doctrina del nuevo derecho con el carácter obligatorio de la interpretación constitucional. Si bien desde el punto de vista de la técnica judicial, esa obligatoriedad es discutible, lo cierto es que nada impide que ella se acomode a los moldes de las normas previamente establecidas, es decir sin acogerse a la doctrina del nuevo derecho, que yo llamaría *de la demolición*. Una cosa es otorgarle el carácter de fuente formal de derecho a la doctrina constitucional, y otra es afirmar que ella puede ignorar los límites de interpretación que el Derecho positivo dentro de un sistema escrito impone.

6º. En otro orden de ideas, es erróneo creer que el sistema jurídico basado en el antecedente judicial, como por ejemplo el anglosajón, es el paradigma del derecho alternativo. En efecto, en aquellos ordenamientos, los jueces inferiores están ligados a los antecedentes que sirven de fuente de derecho. Se equivocan quienes piensan que en todos los casos, en Inglaterra cada juez decide como a bien lo tenga, de acuerdo con el caso concreto. También él está sometido a ciertos moldes de interpretación provenientes de la jurisprudencia vigente que debe respetar, moldes que incluso, a veces, son más rígidos que los del derecho escrito.

Ahora, si en Colombia se quiere optar por un sistema de antecedentes jurisprudenciales, es preciso abolir el sistema actual, pues de lo contrario, estaríamos ante dos regímenes jurídicos totalmente incompatibles. Pero no es la Corte Constitucional la encargada de dicha tarea. En consecuencia, por lo menos actualmente, el juez colombiano, si no quiere prevaricar, no puede desconocer la ley escrita so pretexto de crear precedentes jurisprudenciales.

7º. En conclusión, el problema consiste en saber si la Corte Constitucional puede siempre aniquilar leyes bajo el argumento de que ellas violan algún derecho fundamental o cualquiera otra norma constitucional en el caso concreto, sin tener en cuenta que su decisión puede atentar contra otros derechos fundamentales de buena parte de la población.

En segundo lugar nos preguntamos si la Corte Constitucional, al amparo de los derechos fundamentales que dice defender a ultranza, y de un omnipotente poder para interpretar la ley y la constitución, puede atentar contra seguridad jurídica, hasta el punto de que nadie sea capaz de afirmar que tal o cual ley está conforme a la constitución. Nos preguntamos pues si la Corte tiene el deber de respetar un mínimo de los moldes jurídicos que interpreta o si tiene la facultad de cambiar una ley por otra que ella considera más justa.

II. ANÁLISIS DEL PAPEL ACTUAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Después de planteado el problema y de sustraerle los prejuicios que hasta la fecha han enturbiado su discusión, veamos cuál es en la práctica, el resultado del método “interpretativo” de la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, con énfasis en la inseguridad jurídica(A), su omnipotente concepción sobre la tutela(B), y finalmente su camuflada aplicación de un individualismo exacerbado(C) y su incidencia en el derecho civil(D).

A. Necesidad de seguridad jurídica

En primer lugar, ya de por sí, en un orden jurídico donde no exista la tutela o amparo, la interpretación aplicada en los últimos años por la Corte Constitucional sería suficiente para destruir la seguridad jurídica entendida como la certeza de unas reglas que se conocen por anticipado con un alto margen de estabilidad (ya que esta jamás podrá ser absoluta), y no dependen de la voluntad autónoma de los gobernantes o de los jueces. Y el mayor valor realizable por una democracia es el de la garantía de unas normas claras que no dependan de la voluntad del príncipe de turno. Desconocer la seguridad jurídica como derecho de los ciudadanos es la más flagrante violación de las garantías sociales. Por eso me parece inconveniente que la Corte condicione la validez de una norma, a que se le interprete como ella piensa, o que sus interpretaciones sean de obligatorio cumplimiento, sobre todo, porque también sus decisiones como obra humana que son pueden ser susceptibles de diversas interpretaciones y vacíos.

B. Omnipresencia y omnipotencia de la tutela

Pero si a esa inseguridad jurídica en el control constitucional se le suma el poder que La Corte le confirió a la institución de la tutela *aplicada con ese mismo criterio de interpretación*, la situación es todavía más caótica, máxime si se advierte que la Corporación cedió a la tentación mesiánica y terminó aceptando la tutela contra providencias de los jueces, lo que ha llevado a que el sistema judicial esté colapsado en la actualidad. En ese instante el círculo se cerró y entonces, no quedó absolutamente ninguna actividad de la vida colombiana donde la Corte no esté autorizada para introducir sus decisiones. Ya no se trata del simple control constitucional de las leyes (control necesario y legítimo que se debe defender sin reservas) sino del control absoluto de lo que hacen los particulares y el Estado mismo en sus diferentes ramas. Con su interpretación, así sea la más justa en los casos concretos, la Corte no tiene quién la ronde. Estamos absolutamente vigilados y atemorizados por su poder omnipotente. El ejecutivo, el legislativo y los jueces de rango inferior están agobiados por la inseguridad que las intempestivas interpretaciones de la Corte constitucional, dan a sus leyes, decretos o providencias. Nada es seguro mientras no pase por el tamiz esotérico de la Corte. No son sus decisiones sino su enorme poder lo que la torna antidemocrática. Y ese poder no se lo da la Constitución, sino que ella se lo arroga con su elástica forma de interpretarla. El día que los magistrados actuales sean reemplazados por hombres con ideas menos democráticas, vendrá el crujir de dientes y entonces,

se legitimará la opresión contra los futuros disidentes que hoy felices ven cómo la Corte juzga a favor de los débiles.

Es evidente que la tutela, entendida como mecanismo excepcional para defender al débil de la violación de sus derechos fundamentales, es el mayor logro de la democracia en el último siglo, y como tal hay que defenderla cueste lo que cueste. Pero la borrachera de tutela contra providencias judiciales o en materia de salud que ahora enfrentamos, terminará por destruir otro de los pocos símbolos que le permitían a los súbditos creer en sus instituciones. Con la tutela pasó como con los antibióticos, que pese a las advertencias médicas en el sentido de que solo se debían utilizar para casos excepcionales, de tanto consumirlos indiscriminadamente terminaron siendo ineficaces. Cuando el Estado sea incapaz de imponer las sanciones por desacato a las tutelas, o no haya forma práctica de cumplirlas, tendremos que acudir a una tutela galáctica; luego a una aerodinámica; luego a una tutela triple AAA, y así sucesivamente.

1. Las tutelas y la salud

El caso de las tutelas en materia de salud es emblemático de lo que ahora sostengo: en efecto, al organizar el sistema de salud, se tuvo en cuenta la capacidad económica de las partes involucradas y se determinó el tipo de servicios a los que se tenía derecho. Pero la Corte, por vía de tutela comenzó a otorgar prestaciones no contempladas en las leyes, bajo el argumento de que el paciente tenía el derecho fundamental a la vida. Y el resultado patético lo podemos ver en el estado postración en que hoy se encuentra el Seguro Social, donde ya cualquier servicio está sometido a que un fallo de tutela lo ordene, y ya llegamos al punto en que pese a las tutelas el servicio no se presta. No defiendo a estas instituciones. Simplemente constato que atenta contra el derecho fundamental a la vida de la mayoría, el hecho de que cualquier servicio de salud suponga previamente un fallo de tutela que ya comienza a ser desacatado. Dicho de otra forma: era más efectivo el sistema de salud anterior a la Ley 100 que el que existe actualmente. Ello debido a que la tutela indiscriminada terminó por hacer explotar el sistema debido a los costos que su acatamiento representa.

2. Las tutelas y la congestión de la justicia

Y en materia de tutela contra providencias judiciales, una cosa es cierta: ella terminó por liquidar lo poco que restaba de justicia en el país. Siempre se nos argumentó que la tutela era el instrumento providencial para tornar la justicia más ágil y que además era un instrumento precioso para corregir errores imper-

donables de los jueces. Pero siendo válido el argumento en teoría, la práctica muestra que para encontrar una providencia tutelable, es indispensable estudiar cuatro o cinco mil procesos, lo que termina por absorber la ya de por sí exhausta capacidad de trabajo de los jueces. Además, si en la práctica el juez de tutela, a menudo es revocado mediante tutela por otro juez igualmente desautorizado por una tutela, ¿qué seguridad tengo de que el primero no se equivoque?

Además, en 1.991, un asunto se demoraba en la Corte Suprema de Justicia, un año: hoy a causa de la tutela, la demora ronda por los cinco años. Y así sucede en todos los juzgados del país.

Mientras no se tenga en cuenta el análisis económico del derecho, la ley y la jurisprudencia terminarán convertidas en letra muerta o en foco de enormes injusticias, y no se sabe qué es peor.

La Corte con su interpretación, aplicada especialmente a la tutela, eliminó el equilibrio de poderes propio de toda democracia. Todo, absolutamente todo puede pasar por la incertidumbre exegética de la Máxima Corporación. Es grave cuando la Corte se arroga el derecho de cambiar la ley en lugar de interpretarla, e incluso sin asomo de pudor, de cambiar sin argumentos sólidos sus propias interpretaciones. Es inherente a la interpretación el riesgo de cambios de opinión. Pero cuando esos cambios no consisten en una nueva interpretación de las leyes existentes, sino en la suplantación de las mismas por lo que dicho tribunal considera debe ser lo justo, así sea desconociendo sus anteriores providencias ejecutoriadas, la acción de los súbditos queda enmarcada en la más absoluta incertidumbre.

C. Individualismo, nihilismo y socialismo

Pero de otro lado, lo que a primera vista pareciera ser una concepción socialista de la Constitución, dado el paternalismo en los fallos de mayor resonancia en los medios de comunicación, en el fondo la ultra protección de los derechos fundamentales de los casos concretos, termina muchas veces, en Colombia, por convertirse en el más absoluto individualismo, pues por proteger el derecho fundamental del caso concreto, se atenta contra los derechos fundamentales de una mayoría no escuchada ni defendida. Si miramos las estadísticas cuantitativa y cualitativamente podemos observar que en la realidad social, hoy más que nunca, el Estado es incapaz financieramente, de garantizar buena parte de los derechos constitucionales, debido a las encrucijadas en que lo ha metido la interpretación constitucional. Hoy no tenemos salud para los colombianos y la justicia es solo

un mito por lo tardío de sus decisiones. En buena parte como consecuencia de fallos de la Corte constitucional, pues no hay jueces para fallar la cantidad de tutelas instauradas, y las instituciones de salud carecen de recursos para atender las decisiones de la Corte.

En realidad, cuando la Corte Constitucional resuelve el caso concreto debe tener en cuenta el contexto social y económico dentro del cual tendrá efectos su decisión, pues en no pocas oportunidades, el fallo que aparece como paradigma de avance democrático termina a la larga atentando contra otros derechos constitucionales de las mayorías o de las minorías.

D. Interpretación constitucional y derecho civil

Pero volviendo al desconocimiento que de hecho hace la Corte, con su protección en casos concretos, de los derechos fundamentales de la mayoría, veamos algunos ejemplos aplicados en materia de derecho civil y en parte me valgo para ello de casos tomados de la brillante conferencia dictada por el profesor Yves Lequette (*“Recodification civile et proliferation des sources internationales”*, Le Code Civil, Libre du bicentenaire, París, 1.904,p.171 ss.), en el coloquio celebrado en la Sorbona en el mes de marzo pasado, con motivo de la celebración oficial del bicentenario del Código Napoleónico. En el mundo actual es apenas esperable de un espíritu liberal, el respeto por las opciones sexuales de los individuos, incluyendo el cambio de sexo o el matrimonio entre homosexuales, pero eso sí respetando los derechos fundamentales de los demás. Por ello si a un hombre casado y con hijos se le permite convertirse en mujer, al amparo de algún derecho fundamental, es innegable que a esos hijos se les está violando el derecho a tener un padre y una madre, y se les está obligando de hecho a tener dos madres; y la esposa no tiene por qué aparecer de la noche a la mañana casada con otra mujer, cuando la constitución garantiza la estabilidad de la familia. Es decir, si una persona casada y con hijos cambia de sexo, la familia se atomiza con el impacto dañino para los derechos de los demás miembros de ella. Y si la pareja homosexual es autorizada a adoptar un hijo, es innegable que a ese niño se le está violando el derecho a un desarrollo vital y psicológico sano. Y en materia de salud, es violatorio de los derechos de la mayoría, ordenar tratamientos médicos de alto costo, si con ello se agotan los recursos financieros para proteger la salud y la vida de un número mayor de personas.

Por otro lado, justicia democrática no es aquella que se obstina en proteger a las minorías en perjuicio de las mayorías, como pareciera ser la orientación de la

Corte Constitucional. La justicia democrática es aquella que alivia las tensiones entre grupos con intereses y concepciones distintas.

III. PELIGROS DE ESA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE

Son dos los peligros evidentes que surgen de la metodología hermenéutica de la Corte Constitucional o del nuevo derecho en general.

A. Puertas abiertas al fascismo y a la extrema derecha

Pero todos los males que acabo de anotar, podrían soportarse, si por lo menos pudiera evitarse una hecatombe democrática. En efecto, el peligro fundamental de la interpretación preconizada por la escuela del nuevo derecho consiste en creer que ella solo sirve a quienes tienen una concepción izquierdista o generosa de la sociedad, y que con ella lo único que se puede hacer es aplicar lo justo. Pero olvidan que nadie nos garantiza que cuando los jueces justos de que disponemos actualmente terminen su función, sus reemplazos vayan a darle continuidad a su obra. Con el sistema interpretativo actual, es posible que se legitime el más déspota de los regímenes. El día que lleguen a la Corte magistrados con una ideología antidemocrática pero con el mismo método interpretativo que ahora se arrojan los magistrados, bajo el pretexto de la defensa del derecho a la vida, a la intimidad e inclusive a la salud, podrán legitimar el más represivo y antidemocrático de los sistemas, todo con el pretexto de que las leyes siempre deben respetar los principios fundamentales establecidos en la Constitución (con el pretexto del derecho a la vida se pueden legitimar grupos de autodefensas; con el pretexto del derecho a la seguridad se pueden suprimir las libertades públicas o los derechos sindicales).

En una reunión social, dos distinguidos médicos, con una sólida formación humanística, hablaban con entusiasmo y agradecimiento de la interpretación actual de la Corte Constitucional. Les manifesté las preocupaciones que menciono en esta charla, y les advertía que con esa misma lógica exegética, era posible que la Corte cambiara de orientación filosófica y bajo el pretexto de aplicar los principios constitucionales abstractos, terminara por arrasar las soluciones de la actual corriente “progresista”, a lo cual me respondieron ingenuamente con el argumento de que lo que yo decía era imposible porque esas serían decisiones inconstitucionales. De inmediato corroboré mis temores, pues los partidarios del nuevo derecho creen que las interpretaciones supuestamente progresistas actuales serán inmutables, y además no perciben que hay una enorme diferencia

entre concepción filosófica de la sociedad y los métodos de interpretación legal. El método preconizado por el nuevo derecho, al quitarle controles al juez constitucional lo está legitimando para entronizar cualquier régimen de izquierda o de derecha. Es esta mi objeción principal al método interpretativo actual, pues con una ingenuidad inconcebible se están sembrando las semillas para que un régimen autoritario imponga su arbitrariedad, al amparo de principios constitucionales abstractos, con lo que se arruinaría el Estado de Derecho. La seguridad jurídica repito, no impide al juez llenar lagunas e interpretar la ley de acuerdo con las necesidades sociales, pero sin desconocerla por completo. Cuando se defiende la seguridad jurídica lo que se busca es que no haya una justicia despótica. Un día llegará en que los que hoy aplauden la audacia de la Corte actual, se lamenten si con esa misma audacia, otros magistrados, interpretan la Constitución en contra de los principios democráticos que hoy dice defender la Corte actual. Ese es el peligro del derecho alternativo, pues legitima al juez a interpretar desde la extrema derecha hasta la extrema izquierda.

En lo que a mí respecta no deseo vivir en un país donde la Corte Constitucional esté concebida cual tribunal mesiánico, por jueces de derecho natural, si de ellos depende cuales sean mis derechos y mis obligaciones. Prefiero que sea la ley quien lo diga y que los jueces de carne y hueso con sus falencias, se limiten a interpretarlos justamente, así puedan equivocarse; que el día en que la ley no sirva porque sea manifiestamente injusta, sea el legislador o una revolución quienes la modifiquen.

B. La corrupción de la justicia

Pero de otro lado, el método del derecho alternativo o del nuevo derecho, termina por legitimar la más absoluta corrupción, pues al albur de la libre interpretación, el prevaricato está a la orden del día, pues el juez no tiene principios jurisprudenciales más o menos establecidos que le pongan límites a su poder de decisión. Todos los días escuchamos que peligrosos delincuentes salen de las cárceles porque una tutela de un juez de cualquier jerarquía consideró que al sindicado se le estaban violando los derechos fundamentales. Al paso que vamos, la más absurda e ilegal de las providencias quedará impune porque el juez que la profirió podrá alegar que todo es cuestión de interpretación de la ley y no de desconocimiento de las normas.

IV. SOLUCIONES

Pero la solución no consiste en suprimir la tutela ni la Corte Constitucional, ni en limitarle a esta sus funciones, pues dónde quiera que se encuentre el control constitucional la actual interpretación podrá ser aplicada. Y si se limitan sus funciones, no tendrán inconveniente sus magistrados en interpretar que por encima de las normas constitucionales hay principios que ellos están llamados a defender, y que por lo tanto esas reformas carecen de valor. Sin importar dónde se radique, al control constitucional hay que apoyarlo, y como hombres de derecho no nos queda más remedio que inclinarnos ante sus decisiones. Pienso sí que la tutela contra decisiones judiciales debería desaparecer en forma expresa (pero no es difícil que la Corte afirme que ese acto legislativo carece de valor porque viola principios fundamentales inmodificables). Y en cuanto a la interpretación como tal, que es donde está la discrepancia, no nos queda más remedio que emprender una seria discusión jurídica, no para atacar los fallos en concreto, sino para que algún día los magistrados entiendan que la ley debe hablar a través de ellos y no a la inversa; que las nuevas generaciones aprendan que la recuperación del derecho es tarea lenta que solo se consigue a través de normas claras, interpretadas por hombres justos que no quieran ser superiores a ellas; y que seguridad jurídica no significa reproducción mecánica de las leyes. Finalmente pienso que en la integración de la Corte Constitucional no pueden seguir interviniendo ni el ejecutivo ni el legislativo. Una Corte parcializada a favor o en contra de los otros poderes de turno y con el actual método de interpretación es el despotismo ilustrado.

Responsabilidad Civil y del Estado

N° 18
Mayo de 2005

- **¿ES NECESARIA EN COLOMBIA LA ESTIPULACION LEGAL DE UN SEGURO OBLIGATORIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL QUE CUBRA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD MEDICA?**
Fernando Rodas Duque
- **ALGUNAS PREVISIONES SOBRE EL FUTURO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (Tercera Parte)**
Ricardo de Angel Yáguez
- **EL USO DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD PARA LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MATERIAL DENTRO DE SENTENCIAS POR RESPONSABILIDAD CIVIL.**
Rafael Alberto Ariza Vesga
- **LA PRUEBA DE LOS CONTRATOS**
Jorge Mosset Iturraspe
- **RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS REGISTRADORES Y NOTARIOS**
Gladys Rodríguez de Bello



**INSTITUTO ANTIOQUEÑO
DE RESPONSABILIDAD
CIVIL Y DEL ESTADO**

¿ES NECESARIA EN COLOMBIA LA ESTIPULACIÓN LEGAL DE UN SEGURO OBLIGATORIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL QUE CUBRA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA?

PANORAMA Y PERSPECTIVAS DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA MÉDICOS, PROFESIONALES, CLÍNICAS E INSTITUCIONES DE LA SALUD EN COLOMBIA

Fernando Rodas Duque¹

CONTENIDO:

- V. Entorno legal y sociopolítico de la responsabilidad civil en Colombia en general y de la responsabilidad civil de los médicos, profesionales y entidades de la salud en particular.
- VI. Entorno legal y sociopolítico de la responsabilidad civil en Colombia en general y de la responsabilidad civil de los médicos, profesionales y entidades de la salud en particular
- VII. Actualidad del seguro de responsabilidad civil general y el de sanidad en Colombia
- VIII. Situación internacional
- IX. Alternativas y conclusiones

Por generosa invitación de las Facultades de Medicina y de Derecho de la Universidad CES de Medellín y sus decanos los señores JORGE JULIÁN OSORIO y ÁLVARO VARGAS, así como el doctor CESAR AUGUSTO GIRALDO director del CENDES, tuve la ocasión de participar en compañía de profesionales de gran tra-

¹ Abogado. Gerente de Asuntos Legales de Suramericana de Seguros S.A.

yectoria y dedicación al estudio de la Responsabilidad Civil, en un panel sobre el tema que titula este escrito, el cual se llevó a cabo a mediados del mes de octubre de 2004 en dicha Universidad.

Aproveché tal ocasión para escribir mis reflexiones sobre el particular, las cuales desarrollo a continuación, debiendo aclarar de antemano que las mismas constituyen mis puntos de vista estrictamente personales y que en nada comprometen a las Instituciones para las cuales presto mis servicios profesionales.

Este escrito tiene finalidades únicamente académicas, para aportar al estudio y desarrollo de temas jurídicos de indudable actualidad. El mismo se apoya en algunos de sus apartes, en estadísticas que con gran generosidad me fueron autorizadas por profesionales de la Vicepresidencia de Seguros de Suramericana, para los exclusivos fines que señalo. Igualmente, para su realización, conté con el invaluable apoyo de varios de los abogados con quienes comparto mi actividad diaria y de la Ingeniera Gerente Suscriptora Lina María Acevedo.

I. ENTORNO LEGAL Y SOCIOPOLÍTICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN COLOMBIA EN GENERAL Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS, PROFESIONALES Y ENTIDADES DE LA SALUD EN PARTICULAR.

Las reclamaciones y demandas por Responsabilidad Profesional de los Médicos no son propiamente una novedad en nuestro medio. Ya en 1915, según lo señala el profesor José Fernando Ramírez G., en reciente conferencia, inédita, pronunciada en el marco del XXIV ENCUENTRO DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DERECHO DE SEGUROS, ACOLDESE, celebrado a principios del mes de octubre de 2004 en la ciudad de Barranquilla, que se ocupó de la RESPONSABILIDAD PROFESIONAL Y SU ASEGURAMIENTO, la Corte Suprema de Justicia comenzaba a delinear una teoría acerca de la naturaleza jurídica del contrato entre el paciente y su médico, en los linderos de los contratos típicos del Código Civil. Fue así como inicialmente señaló que se trataba de un Contrato de Arrendamiento de Servicios, según su tipificación en el Código Civil Colombiano.²

A lo largo del tiempo la Corte ha tenido una posición variable, justificada no sólo en la evolución del Derecho, sino en las particularidades múltiples de los casos que ha tenido a examen, debido a que según el citado tratadista, en nin-

2 RAMÍREZ, José Fernando. La Responsabilidad Civil Médica, Conferencia Inédita en el XXIV Encuentro Nacional De La Asociación Colombiana De Derecho De Seguros, ACOLDESE, Barranquilla, octubre de 2004.

guno de los precedentes se advierte la idea de la generalización.³ Este aspecto nos señala de entrada un primer problema para la introducción de un seguro obligatorio de responsabilidad civil de sanidad,⁴ el cual consiste en la dificultad de homogeneizar, de estandarizar, no sólo los riesgos, sino especialmente los resultados económicos del mismo, es decir, el siniestro o la pérdida, entendida como la indemnización por perjuicios patrimoniales y no patrimoniales ocasionados por la realización del riesgo asegurado, cual es la Responsabilidad Civil como consecuencia o con ocasión del Acto Médico.

Ha señalado la Corte desde aquellos tiempos ya lejanos de principios del siglo XX, hasta nuestros días, otras particularidades de la Responsabilidad Civil Médica, las cuales entrañan dificultades en su abordaje legal para efectos de determinar la Responsabilidad de quien presta la asistencia, su demostración, cuantificación indemnizatoria, así como para definir las bases de su aseguramiento. Entre otras citamos:

A. Que el contrato de prestación de servicios médicos es un contrato multiforme, variable o proteiforme, ajustándose en ocasiones a las previsiones del Código Civil Colombiano, pero en otras ocasiones al acuerdo se torna atípico.⁵

B. La responsabilidad que se deriva de la prestación de los servicios médicos y hospitalarios puede ser de carácter contractual o extracontractual.

C. Casi en la totalidad de los casos, la responsabilidad del médico es DE MEDIO, pero se acepta que en casos muy puntuales y dadas las características concretas del tratamiento ofrecido, puede ser catalogada como DE RESULTADO, o al menos, en ocasiones los jueces la definen así.

D. El alcance de las obligaciones contraídas por el médico, así como por los Centros Asistenciales no es uniforme; ellas deben ser establecidas en cada caso concreto, de acuerdo con la situación específica, la especialidad de uno y otros, y el sistema asistencial bajo el cual se presta el servicio.⁶

3 Como lo anota en su conferencia el autor citado, "...Concretamente la Corte ha tenido una posición variable, que a decir verdad halla justificación en las aristas particulares de los casos que ha examinado, pues en ninguno de los precedentes se advierte la idea de la generalización...".

4 Como se le denomina en España y como lo denominaremos en este artículo para los fines de integrar a todos los posibles asegurados, a saber, profesionales de la medicina, enfermería, personal auxiliar, clínicas, hospitales, laboratorios y entidades afines.

5 Colombia. Sentencia Corte Suprema de Justicia de 30 de enero de 2001, M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Conf. Cit.

6 Colombia. Corte Suprema de Justicia, sentencias de 30 de enero de 2001 Cit. y de 5 de marzo de 1940, cfr. Conf. Cit.

E. El régimen probatorio en esta clase de responsabilidad no es exclusivo ni constante. En unos casos opera la responsabilidad subjetiva o culpa probada, mientras que en otros, últimamente y con fuerza, se abre paso la teoría de la carga dinámica de la prueba, así como también, a pesar de la protesta de la mayoría, se acepta en ocasiones la aplicación de presunciones de responsabilidad.

F. Demostrada la Responsabilidad, cualquiera que sea su grado o intensidad, procede la reparación integral, ante la ausencia de limitaciones o baremos a las cargas indemnizatorias.

G. Altas condenas en algunos de los casos, que inducen desviaciones en los estudios actuariales, tablas de siniestralidad y cálculo de las primas.

H. Altos costos del trámite de los procesos judiciales para demostrar la responsabilidad del médico o del centro asistencial, representados en honorarios de abogados, peritos, allegamiento de pruebas, exámenes de laboratorio y otros.

I. Duración exagerada, en ocasiones indeterminable de los procesos judiciales en los cuales se debate la responsabilidad médica, especialmente cuando los casos deben ser abordados por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado, lo que puede llegar a tomarse en promedio entre 3 y 15 años. Ello si se tiene en cuenta además, el trámite del proceso penal concomitante que puede originarse.

K. Dificultad de realizar acuerdos en la fase prejudicial o en las etapas tempranas del proceso judicial, debido especialmente a los obstáculos para dilucidar el compromiso profesional, en tanto se trata en la mayoría de los casos de aspectos que requieren de conceptos y pruebas técnicas de alta especialización y costosos.

L. Cultura de la conciliación apenas incipiente, manifestada por un lado, en el excesivo recelo de los profesionales y las entidades de sanidad para abordar abiertamente el procedimiento realizado, entregar información, así como a admitir las fallas, ya sea por temor a la generación de precedentes, al fraude, al abuso en las reclamaciones, o por simple irresponsabilidad. Por otro lado, la tendencia a sacar ventaja en las negociaciones más que a llegar a acuerdos justos para ambas partes. Todo ello aupado por la cultura del litigio y el afán de lucro desmesurado en muchos casos, provenientes de parte de algunos de los demandantes y de sus abogados.

M. Ausencia de mecanismos efectivos para sancionar a los profesionales y entidades gravemente responsables de daños a los usuarios.

N. Deficiente cobertura de la seguridad social, así como de programas de salud pública consistentes en todo el país, que permitan mantener condiciones de salubridad aceptables a lo largo del País.

II. ENTORNO LEGAL Y SOCIOPOLÍTICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN COLOMBIA EN GENERAL Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS, PROFESIONALES Y ENTIDADES DE LA SALUD EN PARTICULAR

A. Entorno Legal

Como se mencionó en el capítulo anterior, la doctrina jurisprudencial en el siglo pasado y en lo corrido del presente ha sido ondulante, cambiante, pero podríamos decir que se ha surtido una evolución ascendente. La jurisprudencia colombiana en materia de responsabilidad civil médica de hoy es moderna y está a la altura de los desarrollos dogmáticos más avanzados en el mundo, no obstante la ausencia general de limitaciones razonables a las cuantías indemnizatorias, así como el apego al principio de la culpa. Dicho desarrollo representa ventajas, en la medida en que las posibilidades de conquista de justas reivindicaciones para las víctimas de casos graves y aberrantes se han abierto cada día más, no obstante que de otro lado ello ha significado, en ocasiones, el trasplante de teorías que deslumbran por su avanzada, aunque desproporcionadas e impropias para el medio colombiano y aún para el europeo, desde donde se han extractado en su mayoría.

De manera muy especial, la Constitución Política de 1991 que colocó al pueblo como supremo poder y consagró nuestra organización política, social y económica bajo el esquema de un Estado Social de Derecho, ha significado en sus ya más de 13 años de existencia un cambio evidente en torno a algunos aspectos de la vida nacional, desafortunadamente no en todos los que son urgentes, y no todos para bien.

La declaración expresa de los derechos fundamentales y su protección, entre ellos los bienes supremos de la salud y la vida con calidad, equiparables en su dimensión e importancia sólo con la libertad, marcan un acento definitivo en el tratamiento de la responsabilidad de médicos e instituciones de la salud.

Es así como instituciones como la Tutela, han venido a llenar el espacio dejado por la lentitud aberrante de la justicia, cuando más, dado que en muchos de los

casos y para la mayoría, la justicia (al igual que la asistencia en salud) no llega, cosa que sin consideración a corriente política alguna, no podemos desconocer. Sin embargo, esta valiosa institución ha representado excesos y abusos por parte de los peticionarios, inseguridad jurídica para todos, enfrentamientos entre los más altos tribunales de la rama jurisdiccional, politización de la justicia, así como asimetrías entre las declaraciones judiciales con las políticas y recursos administrados por la rama ejecutiva. El campo de la salud es quizás aquél en el cual se ha reflejado con mayor intensidad la capacidad de la institución de la tutela como pronta definidora de derechos y obligaciones.

La Corte Constitucional se ha convertido en la práctica en el supremo regulador de la legalidad del País, aún por encima de la Corte Suprema de Justicia y así lo ha declarado abiertamente. El término “choque de trenes” entre las cortes ya se ha vuelto común entre nosotros.

El surgimiento de la Defensoría del Pueblo, es una herramienta novedosa en la preservación de los derechos de los ciudadanos y de su integridad.

Las acciones de clase, llamadas así en la órbita del derecho anglosajón donde tuvieron su origen, representadas en Colombia por las llamadas ACCIONES POPULARES y ACCIONES DE GRUPO, de carácter político preventivo de los derechos fundamentales, derechos denominados de la tercera generación, imprescriptibles, tales como los del medio ambiente y la sanidad, la primera. La segunda, de carácter indemnizatorio, dirigida a la protección de derechos de los cuales son titulares una pluralidad de personas, pero que se pueden agrupar para efectos de obtener una indemnización. Ambas acciones, diseñadas para ser tramitadas de modo preferencial, expedito y en corto tiempo.

La reforma de la Seguridad Social, Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias y reglamentarias, se han constituido en un verdadero hito. El Estado que bajo la normatividad anterior a la reforma, era el mayor y prácticamente el único prestador de servicios del régimen de la seguridad social en salud, pensiones y accidentes de trabajo, cedió el paso a los particulares en su gestión y prestación, por virtud de la nueva Constitución Política de 1991, fruto de la Asamblea Nacional Constituyente, especialmente en su artículo 48;⁷ este artículo fue posteriormente desarrollado por la citada Ley.

7 Colombia. El artículo 48 de la Constitución Política de Colombia de 1991, dice en sus dos primeros incisos: “La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la

La reforma constitucional en sus diferentes artículos y la expedición de la Ley 100 de 1993, han surtido quizás el mayor impacto sobre la prestación de los servicios de salud en toda la historia del País, que se ha proyectado en múltiples facetas, una de las cuales es la de la Responsabilidad Civil Profesional de los profesionales e instituciones de la sanidad. Por un lado se abre paso a la privatización de las prestaciones de la seguridad social, pero por el otro se hace una declaración de principios que se pueden sintetizar en la expresión de lo que se ha denominado el Estado Social de Derecho. Al respecto, se anota en la Introducción al texto sobre el análisis de los 10 años de la Ley 100 de 1993, publicado por FASECOLDA: “El artículo 48 constitucional sobre seguridad social fue entonces, resultado de una conciliación entre conceptos de diverso origen: solidaridad y universalidad bismarckianas y eficiencia preconizada por el pensamiento neoliberal que encarnaban por supuesto, intereses diferentes, pero que a la postre se materializarían en la arquitectura de ideología mixta en la nueva reforma a la seguridad social, por cierto inédita en el mundo en varios aspectos...”⁸

Los lineamientos principales de la reforma, en lo concerniente a la seguridad social en salud son:⁹

1. Se genera un nuevo Sistema General de Seguridad Social en Salud que integra al ISS, Cajas de Previsión que han logrado adaptarse, Cajas de Compensación Familiar, Empresas de Medicina Prepagada, Aseguradoras Privadas y a las Empresas Solidarias de la Salud. Por otra parte, se integran las clínicas privadas, las entidades de asistencia pública y otras de beneficio social como proveedores de servicios de salud, denominadas Instituciones Prestadores de Servicios, IPS.
2. Se buscó la universalización del aseguramiento familiar en salud.
3. Se creó el régimen subsidiado en salud para los más pobres.
4. Se creó el plan obligatorio de salud (POS)

seguridad social. El estado, con la participación de los particulares (resaltamos), ampliará progresivamente la cobertura de seguridad social, que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la Ley”.

8 FASECOLDA, Federación De Aseguradores Colombianos, Seguridad Social en Colombia, Análisis Legislativo, Normativo y Estadístico de los 10 años de la Ley 100 de 1993, Departamento de Publicaciones de FASECOLDA, Bogotá, 2003.

9 Ibídem. págs. 35 a 50.

5. Se “reaseguró” la atención de riesgos catastróficos.
6. Se buscó garantizar la oferta de servicios de prevención y promoción de la salud.
7. Se incorporó el sector privado al mercado regulado de la seguridad social.
8. Se crearon mecanismos forzosos de compensación y solidaridad.

Finalmente, para acabar de describir el entorno jurídico político, mencionemos la Constitucionalización del Derecho, como resultado del desarrollo arrojado por la aplicación y combinación de las diversas instituciones aquí mencionadas. Es así como ha surgido lo que sus defensores denominan el nuevo derecho, según el cual el único límite para la definición de los derechos y obligaciones de los asociados, es la Norma Constitucional, cuyas prescripciones y fines marcan la pauta hermenéutica del resto del tinglado normativo existente en el país.

Este ambiente legal, se ha constituido en poderoso caldo de cultivo para la ampliación de la conciencia en torno a los derechos de los ciudadanos y su exigibilidad, así como ha viabilizado la defensa y preservación de los mismos por diferentes vías, de modo visible y contundente en lo tocante a la salud y la seguridad social.

B. Entorno Sociopolítico y Técnico

Entre los factores de orden sociopolítico y científico, podemos mencionar entre otros:

1. El avance tecnológico, el de la investigación científica y la obsolescencia tecnológica que representa una presión en el conocimiento, la competencia, la competitividad y la economía pública y privada.
2. Presión de las multinacionales por razón de la contratación, el suministro de bienes, insumos y servicios, principalmente del sector farmacéutico, secundadas no pocas veces por los gobiernos de sus países de origen. Baste citar el escollo en las negociaciones del TLC en relación con las empresas farmacéuticas.
3. Los problemas fiscales que afrontan los gobiernos y la ineficiencia estatal, detrás de los cuales están los cierres de hospitales, la inadecuada infraestructura de sanidad, los sistemas de contratación y reglamentos que se aplican a los profesionales de la salud.

4. En muchos casos, inadecuada preparación de los profesionales de la salud, así como de los profesionales del derecho, raíz de la aparición de no pocos casos de responsabilidad profesional, así como de la multiplicación de litigio injustificado y temerario.

5. Crisis de ética, deseo de enriquecimiento rápido y fácil, corrupción tanto a nivel de lo público como de lo privado.

6. Adopción de modelos y teorías que en otras latitudes pueden ser adecuadas, pero que resultan desastrosas en su aplicación local.

III. ACTUALIDAD DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL GENERAL Y EL DE SANIDAD EN COLOMBIA

Lo primero que debo decir es que no existen estadísticas discriminadas a nivel nacional, tanto en materia de seguros, como de reclamaciones, riesgos clasificados, de siniestralidad. Trataré de mostrarles entonces lo que he tenido a mi alcance.

Cabe destacar en primer lugar, que según publicación de Fasecolda antes citada, el nuevo sistema de Seguridad Social en Salud ha permitido que la cobertura en el aseguramiento social pase del 23% de la población en 1993, o sea de aproximadamente 7 millones de afiliados, al 57% en 1998 que equivale a 15 millones de afiliados (30% en el Régimen Contributivo y 27% en el Régimen Subsidiado).

Debemos anotar que en el periodo de 1997 a 2002, producto de la crisis económica, el desempleo y la falta de estrategia de las EPS y del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, según la publicación, el régimen contributivo cayó de 15 a 13 millones de afiliados, esto es, se perdieron aproximadamente 2 millones de afiliados. Si a dicha cifra se le suman las afiliaciones que se deberían haber realizado, según la tendencia que se traía, entonces se perdió una cobertura de 3.3 millones de potenciales afiliados.¹⁰

Colombia entonces en cinco años duplicó el número de afiliados a la seguridad social en salud, habiendo privatizado en la práctica el sistema, lo cual implica una verdadera revolución dirán algunos, nosotros para evitar suspicacias, diremos que se trató de un enorme movimiento en el sistema nacional de seguridad social en salud, uno de cuyos resultados naturales y obvios es el incremento de las reclamaciones por responsabilidad civil profesional de los médicos, entidades

10 FASECOLDA, Ob. Cit. Págs. 99, 100,101, Balance de las EPS.

gestoras y prestadoras de los servicios de salud, pues la exposición al riesgo creció dramáticamente.

Por ello nuestra atención no puede ser desviada por el impacto aislado de los casos de responsabilidad que conocemos, que como ya lo expresamos no es un hecho nuevo, sino que debemos ver el fenómeno en el marco de todo el entorno legal y sociopolítico antes señalado, así como dentro de las cifras que se acaban de mostrar.

Consecuentemente, podemos decir que a partir de la Constitución de 1991, Colombia ha sufrido un cambio formidable en sus instituciones, entre ellas la de la seguridad social y prestación de los servicios de salud, con todas sus consecuencias. ¿Quiere ello decir que el sistema de prestación de servicios de salud pública y privada, se encuentra en una crisis por las reclamaciones de responsabilidad civil y penal? Me atrevería a decir que la respuesta es negativa y que las reclamaciones no han crecido en la proporción en que se ha expandido el sistema, lo cual señala un comportamiento que podríamos catalogar como normal.

Ahora bien, otra cosa es que debido a dicho crecimiento, se considere que un seguro obligatorio de responsabilidad civil médico es necesario, por la expansión geométrica de la exposición a los riesgos de incurrir en dichas responsabilidades, ocasionada por el crecimiento del sistema.

Lo cierto es que no podemos hacer un análisis adecuado y técnico sobre la necesidad de dicho seguro, sin acudir a la evaluación general del sistema de salud, a la oferta de seguros del país, a la realidad económica que representan los procesos y los fallos, muy especialmente por la ausencia de baremos o límites a las indemnizaciones, algunas, como lo afirma DIEGO DE LA TORRE, de resonancia pública por su desmesura a todas luces.

Afirma el mencionado experto español a propósito del anuncio de un seguro obligatorio de responsabilidad civil médica en su País, que “esta medida es inviable si al mismo tiempo la administración no valora la situación actual del mercado asegurador, pues puede ocurrir como en Francia, donde los médicos no tienen cubierta su responsabilidad porque las compañías aseguradoras no quieren asegurar a los profesionales médicos. Este fenómeno de retracción de las aseguradoras se ha debido fundamentalmente a la frecuencia y número de resoluciones condenatorias emanantes de los órganos jurisdiccionales, en general con elevadas indemnizaciones, algunas de resonancia pública por su desmesura a todas luces. Las primas a percibir de los asegurados no alcanzan ni con mucho el

monto de las obligaciones que se hacen recaer sobre los entes del seguro. De ahí que a la par de la adopción de una normativa innovadora que aspire a la obtención de un equilibrio entre los plurales intereses concurrentes, se hable de que –lo que hay que conseguir es que se pague lo justo-; que los jueces sean conscientes de que no todo es indemnizable, que la medicina no es una ciencia exacta”.¹¹

Para ilustrar la situación y en ausencia de estadísticas especializadas, las cuales no pudimos conseguir habiendo tocado las puertas del Ministerio de Salud, Consejo Superior de la Judicatura, algunos Fondos que respaldan las reclamaciones de los profesionales de la medicina, las de Fasescolda, lo que nos da a entender que la primera tarea a emprender es la del levantamiento de estadísticas nacionales, normatizadas y confiables, mostraremos algunas datos estadísticas facilitadas por Suramericana unas y extractadas de las publicaciones de FASECOLDA, las otras.

11 DE LA TORRE, Diego, GIL, Aon y CARVAJAL S.A., conferencia Responsabilidad y Aseguramiento de los Médicos, Encuentro de Responsabilidad Sanitaria organizado por Diario Médico y Grupo Recoletos, Madrid 21 y 22 de Mayo de 2003.

ESTADÍSTICAS PRELIMINARES DE SEGUROS Y CAPITALIZACIÓN
RESUMEN FINANCIERO POR RAMOS
RAMO DE RESPONSABILIDAD CIVIL
Miles de pesos
Junio de 2004

Layer: RESPONSABILIDAD CIVIL

| Compañía | Primas emitidas | Part. % | Siniestros pagados | Siniestralidad Cta Cía. |
|-------------------|------------------------|----------------|---------------------------|--------------------------------|
| ACE COLOMBIA* | 4.577.319 | 4,60% | 796.069 | 21,50% |
| AGRÍCOLA | 4.719.401 | 4,70% | 812.404 | 47,80% |
| AIG GENERALES* | 9.122.027 | 9,10% | 879.587 | 44,10% |
| ALFA | 298.583 | 0,30% | 311 | 83,90% |
| BBVA SEGUROS | 246.079 | 0,20% | 177.916 | 94,00% |
| BOLÍVAR | 4.353.002 | 4,40% | 345.261 | 21,10% |
| CENTRAL | 5.975.249 | 6,00% | 1.299.088 | 74,50% |
| CHUBB | 3.820.776 | 3,80% | 255.104 | 4,60% |
| COLPATRIA | 10.167.938 | 10,20% | 4.910.058 | 89,10% |
| COLSEGUROS* | 6.870.855 | 6,90% | 1.088.211 | 222,90% |
| CÓNDOR | 1.117.646 | 1,10% | 568.077 | 48,80% |
| CONFIANZA | 2.376.823 | 2,40% | 64.458 | 3,20% |
| DEL ESTADO | 10.927.548 | 10,90% | 2.663.039 | 39,70% |
| GENERALI | 1.799.409 | 1,80% | 702.149 | 50,10% |
| LA EQUIDAD | 1.298.192 | 1,30% | 44.090 | 5,20% |
| LA PREVISORA* | 10.712.694 | 10,70% | 1.373.394 | 30,30% |
| LIBERTY* | 7.258.951 | 7,30% | 881.292 | 65,90% |
| MAPFRE | 2.528.257 | 2,50% | 262.383 | 139,30% |
| MUNDIAL | 291.597 | 0,30% | 171.034 | 38,20% |
| ROYAL | 3.255.726 | 3,30% | 771.952 | 20,90% |
| SEGUREXPO | 0 | 0,00% | 0 | /0 |
| SOLIDARIA | 1.390.640 | 1,40% | 3.771 | 4,70% |
| SURAMERICANA* | 6.738.542 | 6,70% | 2.402.965 | -19,40% |
| TOTAL RAMO | 99.847.256 | 100,00% | 20.564.613 | 49,90% |

*Aseguradoras que suscriben seguros de RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.
Fuente: FASECOLDA.

Como puede observarse en el cuadro, según la información obtenida, sólo 6 de las 23 aseguradoras autorizadas para expedir el ramo de seguros de Responsabilidad Civil, suscriben seguros de Responsabilidad Civil Médica.

En el caso de Suramericana, como lo veremos más adelante (no disponemos de los datos de otras compañías), el seguro de sanidad representa en términos globales un 20% de todo el seguro de Responsabilidad Civil, lo cual quiere decir que si aplicáramos el mismo porcentaje a las primas emitidas por las seis aseguradoras que suscriben este tipo de pólizas, las cuales suman 45 mil millones de pesos para todo el ramo, sólo corresponden 9 mil millones de pesos a primas emitidas en el presente para las pólizas de Responsabilidad Civil Médica.

Por su parte, la siniestralidad no puede ser medida por el mismo rasero, pues no arrojaría una cifra con alguna validez técnica para el análisis que nos ocupa. Ello por cuanto si miramos los porcentajes de siniestralidad individual de cada una de las compañías que suscribe seguros de responsabilidad civil médica (la columna muestra los incrementos en la siniestralidad con respecto al mismo mes del año anterior) vemos que en su orden de aparición en el cuadro, ellos son de 21.44, 222.90, 30.30, 65.90 y -19.40, lo que nos permite concluir que no podemos aplicar una media o promediar las cifras de siniestralidad para ellas, debido a las grandes diferencias y a las desviaciones significativas que presentan algunas.

Lo que sí podemos observar, es que los incrementos porcentuales de un año a otro son superiores al 20%, alcanzando desviaciones tan elevadas como la que refleja la cifra de Colseguros. Muy seguramente tales incrementos están afectados en forma más o menos significativa, por las reclamaciones de las pólizas de sanidad.

En el caso de La Suramericana, como lo expresé anteriormente, de las primas de los seguros de responsabilidad civil, sólo un 20% corresponden a las de los seguros de sanidad, mientras que ellas representan un 50% de la siniestralidad total del ramo, como lo pasamos a ver:

RAMO DE LA responsabilidad CIVIL – ESTADÍSTICA AÑO DE SUSCRIPCIÓNCONTRATO CUOTA PARTE

| Período de suscripción | Concepto | Año de desarrollo | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 |
|------------------------|-----------------------|-------------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|-------------|
| 31-12-98 | Primas | 2.378.757.932 | 2.494.471.296 | 2.451.108.709 | 2.446.525.918 | 2.446.525.918 | | |
| | Siniestros Pagados | 148.862.628 | 228.834.378 | 349.422.491 | 351.121.365 | 351.121.365 | 351.121.365 | 360.851.969 |
| | Siniestros Reservados | 77.954.998 | 646.859.571 | 267.394.785 | 412.248.655 | 974.321.271 | | |
| | Siniestros incurridos | 226.817.626 | 875.693.949 | 616.817.276 | 763.370.020 | 1.325.442.636 | | |
| | Siniestralidad | 9,5% | 35,1% | 25,2% | 31,2% | 54,2% | 59,1% | 68,2% |
| 31-12-99 | Primas | 3.166.744.824 | 3.215.501.197 | 3.214.454.418 | 3.214.454.418 | 3.214.454.418 | | |
| | Siniestros Pagados | 243.110.650 | 617.356.782 | 768.656.287 | 814.018.178 | 845.495.834 | 931.069.522 | |
| | Siniestros Reservados | 0 | 384.323.805 | 212.758.220 | 1.132.712.378 | 1.638.508.123 | | |
| | Siniestros incurridos | 243.110.650 | 1.001.680.587 | 981.414.507 | 1.946.730.556 | 2.484.003.957 | 2.691.152.138 | |
| | Siniestralidad | 7,7% | 31,2% | 30,5% | 60,6% | 77,3% | 83,7% | |
| 31-12-00 | Primas | 3.361.785.303 | 3.600.470.486 | 3.600.120.486 | 3.600.120.486 | 3.600.120.486 | | |
| | Siniestros Pagados | 182.096.032 | 359.306.487 | 390.309.414 | 519.930.147 | 552.098.251 | | |
| | Siniestros Reservados | 107.165.896 | 370.297.286 | 737.891.020 | 1.092.312.124 | 1.569.746.030 | | |
| | Siniestros incurridos | 289.261.928 | 729.603.773 | 1.128.200.434 | 1.612.242.271 | 2.121.844.281 | | |
| | Siniestralidad | 8,6% | 20,3% | 31,3% | 44,8% | 58,9% | | |
| 31-12-01 | Primas | 3.616.814.063 | 3.589.213.845 | 3.589.213.845 | 3.589.213.845 | | | |
| | Siniestros Pagados | 307.871.886 | 527.607.993 | 771.445.510 | 842.895.590 | | | |

| RAMO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL – ESTADÍSTICA AÑO DE SUSCRIPCIÓN | | | | | | | | | | |
|---|-----------------------|-------------------|---------------|---------------|-------------|-------------|------|------|------|--|
| Período de suscripción | Concepto | Año de desarrollo | | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | |
| | Siniestros Reservados | 1998 | 1999 | 185.439.731 | 337.801.022 | 581.738.339 | | | | |
| | Siniestros incurridos | 402.175.021 | 713.047.724 | 1.109.246.532 | | | | | | |
| | Siniestralidad | 11.10% | 19.90% | 30.90% | | | | | | |
| 31-12-02 | | 2002 | 2003 | 2004 | | | | | | |
| | Primas | 4.539.519.422 | 4.542.931.238 | 4.541.899.354 | | | | | | |
| | Siniestros Pagados | 304.793.354 | 410.475.115 | 810.084.416 | | | | | | |
| | Siniestros Reservados | 143.037.643 | 883.855.007 | 818.067.765 | | | | | | |
| | Siniestros incurridos | 447.830.997 | 1.294.330.122 | 1.628.152.181 | | | | | | |
| | Siniestralidad | 9.90% | 28.50% | 35.80% | | | | | | |
| 31-12-03 | | 2003 | 2004 | | | | | | | |
| | Primas | 4.773.958.213 | 5.012.999.325 | | | | | | | |
| | Siniestros Pagados | 507.146.133 | 868.533.903 | | | | | | | |
| | Siniestros Reservados | 38.713.404 | 142.192.103 | | | | | | | |
| | Siniestros incurridos | 545.859.537 | 1.010.726.006 | | | | | | | |
| | Siniestralidad | 11.40% | 20.20% | | | | | | | |
| 31-09-04 | | 2004 | | | | | | | | |
| | Primas | 4.719.096.341 | | | | | | | | |
| | Siniestros Pagados | 67.405.413 | | | | | | | | |
| | Siniestros Reservados | 29.554.886 | | | | | | | | |
| | Siniestros incurridos | 96.960.299 | | | | | | | | |
| | Siniestralidad | 2.10% | | | | | | | | |
| Sector sanidad | | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | | |
| | Primas | | | | | | | | | |
| | Siniestros Pagados | | | | | | | | | |
| | Siniestros Reservados | | | | | | | | | |
| | Siniestros incurridos | | | | | | | | | |
| | Siniestralidad | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | | |
| | Primas | | | | | | | | | |
| | Siniestros Pagados | | | | | | | | | |
| | Siniestros Reservados | | | | | | | | | |
| | Siniestros incurridos | | | | | | | | | |
| | Siniestralidad | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | | |
| | Primas | | | | | | | | | |
| | Siniestros Pagados | | | | | | | | | |
| | Siniestros Reservados | | | | | | | | | |
| | Siniestros incurridos | | | | | | | | | |
| | Siniestralidad | | | | | | | | | |
| 30-12-03 | | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | | |
| | Primas | | | | | | | | | |
| | Siniestros Pagados | | | | | | | | | |
| | Siniestros Reservados | | | | | | | | | |
| | Siniestros incurridos | | | | | | | | | |
| | Siniestralidad | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | | |
| | Primas | | | | | | | | | |
| | Siniestros Pagados | | | | | | | | | |
| | Siniestros Reservados | | | | | | | | | |
| | Siniestros incurridos | | | | | | | | | |
| | Siniestralidad | | | | | | | | | |
| 31-12-00 | | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | | |
| | Primas | | | | | | | | | |
| | Siniestros Pagados | | | | | | | | | |
| | Siniestros Reservados | | | | | | | | | |
| | Siniestros incurridos | | | | | | | | | |
| | Siniestralidad | | | | | | | | | |
| Cifras a Sept. 30/2004 | | | | | | | | | | |

Este cuadro nos muestra cómo la siniestralidad para una misma vigencia, va aumentando de año en año, por el efecto denominado de COLA LARGA (Long Tail Claims), propio de los seguros de Responsabilidad Civil y muy especialmente en lo tocante a la salud. Como se observa, el siniestro o la reclamación por lo general no aparece durante el año de vigencia contratado, sino que se proyecta hacia los años subsiguientes, existiendo casos como los de la asbestosis (propios de la Responsabilidad Civil Patronal, más que de la Médica), en los cuales el daño se manifiesta 20 o 30 años después del hecho que le da origen, debido al largo periodo de incubación de la enfermedad.

Según los estudios para el caso de la Responsabilidad Civil Médica, se espera que la siniestralidad frente a una póliza se consolide en los 3 años siguientes en promedio, a la culminación de su vigencia. Ello no está ocurriendo así como lo podemos observar, principalmente por efecto de la morosidad en la tramitación de los procesos y la alta siniestralidad, lo cual representa desviaciones tan graves en los índices, que están reduciendo ostensiblemente y casi a cero, la oferta de seguro de responsabilidad civil médica, para clínicas y hospitales, así como para las entidades promotoras y gestoras de salud.

Las primas que se cobran en la vigencia, parecen elevadas frente a la siniestralidad que se refleja para la propia vigencia, pero resultan ruinosas frente a la siniestralidad real que arroja el ejercicio en el transcurso de los años, sin un límite claro en el tiempo.

El problema no sólo consiste en las cifras por siniestros pagados, sino más bien en que debido a la alta cantidad de reclamaciones, la reserva de siniestros, de forzoso cumplimiento por mandato legal, impone a las aseguradoras en mantenimiento de unas cantidades inmensas de dinero, reservado no sólo contablemente, sino en la realidad, destinado a una serie de inversiones de carácter legal y obligatorio, el cual no se caracteriza propiamente por permitir la inversión en los papeles o actividades más rentables, siendo obligadas las entidades aseguradoras a ejecutar mayoritariamente inversiones en papeles oficiales de baja o moderada rentabilidad.

El seguro pues en este caso no sólo no es rentable, sino que se convierte en un negocio ruinoso, lo cual ha generado la retracción de la oferta de las reaseguradoras más importantes que operan en este mercado, con el efecto inmediato de la retracción de la oferta de las aseguradoras locales, debido a la falta de respaldo.

Fenómeno distinto ocurre en lo relacionado para las pólizas de los médicos individualmente considerados, pues en este caso el riesgo por ser individual se puede seleccionar de manera mucho más técnica, al igual que se puede controlar. La oferta de seguro de responsabilidad civil para los médicos y profesionales de la salud si resulta más amplia y todavía a precios que son accesibles. Para ilustración, observemos las tablas de tarificación:

| | | | | | | | | |
|--|---|---|---------|---|---------|---|---------|---|
| 3. Instituciones de tratamiento pre y post hospitalario | C | O | N | S | U | L | T | A |
| Establecimientos psiquiátricos, clínicas de reposo | | | | | | | | |
| Instituciones geriátricas | | | | | | | | |
| 4. Laboratorios independientes de análisis clínico: por cada médico, químico farmacéutico, laboratorista | P | | 100.800 | | 117.600 | | 141.600 | |
| 5. Veterinarios | | | | | | | | |
| 5.1 Médicos veterinarios | P | C | O | N | S | U | L | A |
| 5.2 Clínicas veterinarias | | | | | | | | |
| P: Prima por persona | | | | | | | | |
| T: Tarificación | | | | | | | | |
| C: Condiciones | | | | | | | | |

Es previsible que por efecto de la siniestralidad mostrada en la triangulación, al igual que por la situación internacional y los ciclos del reaseguro, las tarifas sean incrementadas en forma apreciable, lo cual dará al traste con la aspiración de los profesionales a tener una cobertura asegurativa que les permita el ejercicio tranquilo y amplio de la profesión, sin tener que recurrir a la llamada medicina defensiva.¹² Esta situación, presente ya en muchos países, ha conllevado a la proposición de alternativas mixtas, con la participación de aseguradores, gobiernos, asociaciones médicas y fondos privados.

La realidad es que en nuestro caso, la generalidad de las clínicas y hospitales, no solicitan valores asegurados superiores a 1000 millones de pesos, equivalentes a menos de 400 mil dólares. La póliza para entidades de la salud más grande que tiene expedida la Suramericana, una de las aseguradoras más grandes del País, no supera los 3.000 millones de pesos de valor asegurado, equivalentes a un poco más de un millón de dólares. Dichas cifras no parecen consultar la realidad de la exposición al riesgo por parte de las entidades. Al parecer, hasta ahora, las entidades y los profesionales contratan los seguros más por imposición de la Ley, de los contratos y de la realidad, que por un criterio de administración de los riesgos.

A pesar de lo anterior, en sólo Medellín, la Suramericana tiene una reserva de siniestros por Responsabilidad Civil Médica, acumulada a la fecha de aproximadamente 6.200 millones de pesos, reservas abiertas desde el año de 1991.

Finalmente, es de anotar que las pólizas expedidas antes de 1998, consagraban el sistema de ocurrencia, por lo cual los siniestros cubiertos eran los ocurridos durante cada vigencia, con la única limitación temporal de la prescripción legal en materia de Responsabilidad Civil. Expedida la Ley 389 de 1997, que permite la estipulación legal de las denominadas Cláusulas Claims Made, las pólizas actualmente colocadas en el mercado, cubren los siniestros ocurridos durante la vigencia, siempre y cuando se reclamen como máximo dentro de los dos años posteriores a la expiración de la misma. Así las cosas, las aseguradoras, por virtud de este sistema legal, nacido a raíz de la crisis mundial del seguro por la aparición de los siniestros de cola larga en la década de los 70s y 80s., limitaron

12 El concepto de medicina defensiva, según Joaquín Alarcón Fidalgo, consiste en evitar operar a aquellos pacientes de alto riesgo o aquéllos en los que se prevean resultados inciertos. A multiplicar las pruebas perentorias y el empleo de los procedimientos complementarios más sofisticados, por costosos que sean, aunque el diagnóstico esté hecho. ALARCÓN FIDALGO, Joaquín. El Aseguramiento de las Responsabilidades Médicas y Hospitalarias, conferencia.

la contingencia a un periodo más corto y determinado. Ello por supuesto, genera dificultades para los asegurados e incertidumbres, que requieren de un adecuado y técnico manejo de sus riesgos, para un eficiente aseguramiento. De lo contrario, los riesgos de pérdidas financieras son grandes, con la consiguiente amenaza del sistema, como ya está demostrado.

IV. SITUACIÓN INTERNACIONAL

El panorama presenta serias dificultades e incertidumbres. En Francia el incremento de las primas de seguros del personal de la salud, coincide con la entrada en vigencia de la llamada Ley Kouchner del 4 de marzo de 2002. La misma modifica radicalmente el derecho a la salud con la uniformidad de las prescripciones a 10 años, la obligación de aseguramiento por parte de los médicos y establecimientos de salud y el establecimiento de una solidaridad nacional, por el denominado ALEA terapéutica. Según este concepto, los daños sufridos por el paciente no sólo derivan de la culpa médica probada, por lo cual se asume una responsabilidad objetiva, con base en el denominado principio del non fault, para aquellos casos en los cuales la ciencia reconoce que existen daños difícilmente imputables.

Se señala que en Francia existen 10.000 muertos anuales por infecciones contraídas en los centros asistenciales, cifra superior a los muertos por accidentes de tránsito. La consagración del principio del Alea terapéutica provocó el retiro del mercado francés de los dos principales organismos americanos de seguros de los médicos, son ellos ACE y Saint Paul. La Ley, discutida y votada rápidamente en un contexto de pre-elección presidencial, una vez expedida fue objeto de múltiples críticas dados los numerosos aspectos oscuros e imprecisiones.¹³

La Ley About del 31 de diciembre de 2002 complementó la anterior de manera útil, especialmente en el tema de la responsabilidad médica. El derecho de salud fue profundamente modificado por la ley Kouchner, que regula de manera uniforme el término de diez años de prescripción, contados desde la consolidación del daño, es decir, a partir del momento en que la enfermedad no evoluciona más, cualquiera que sea el tratamiento previsto. Este término es aplicable tanto en materia penal, como en civil y administrativa. La Ley About alargó esta prescripción decenal incluyendo una cláusula de garantía de cinco años desde el momento de la cesación del contrato y de diez años en caso de cesación de la actividad

13 INTRATOR, Helene. Analyse des lois Kouchner et About, Université de Rouen, Conférences.

o de fallecimiento del profesional. El asegurador que cubre es el correspondiente al momento del hecho generador y no el de la fecha de la reclamación.

La obligatoriedad del seguro permite introducir una solidaridad nacional para la asunción de las enfermedades nosocomiales (contraídas durante la internación en el centro hospitalario), de afecciones iatrogénicas (por ejemplo reacción a uno o varios medicamentos) y de los accidentes médicos. Este es el aspecto más innovador de la Ley que introduce de manera parcial el principio de Responsabilidad Civil sin culpa, supeditada a la ausencia de causa extraña. Según algunos, esta Ley no toma en cuenta la complejidad de la cadena curativa. La evolución y los progresos técnicos han creado un nuevo tipo de riesgo médico, el riesgo de los sistemas, que la Ley ignora por completo para hacer recaer la responsabilidad en el profesional. Hasta la expedición de la Ley Kouchner el derecho de salud en Francia se fundamentaba en la noción de Responsabilidad Civil con culpa.

Como consecuencias para los aseguradores pueden citarse en primer lugar, que la determinación de la base de la reclamación permite tener una mejor visión del riesgo y mejora la seguridad jurídica de los contratos; en segundo lugar, los aseguradores podrán participar en las comisiones de conciliación y de indemnización en sus diferentes etapas; la obligación de asegurarse va a generar el levantamiento de estadísticas nacionales de afecciones iatrogénicas, de enfermedades nosocomiales y de accidentes médicos. Esto permitirá una mejor comprensión de la cadena curativa. El incidente médico es rara vez un error individual, generalmente se trata de un error de sistema o de organización, que ninguna estadística toma en cuenta.

En los Estados Unidos, el médico tiene cada vez más dificultades para conseguir una póliza con prima asumible, e incluso, para conseguir la cobertura en su especialidad. Esta situación ha surgido de las crisis de las Compañías dedicadas a Responsabilidad Civil, motivada por el desconocimiento del sector, fijando precios bajos que ahora no son rentables, y por la constante elevación de las indemnizaciones impuestas por los jurados.

Dos millones de pacientes adquieren infecciones intrahospitalarias, que resultan en 90.000 muertes por año. El 5% de los médicos en ese país, son responsables del 54% de todas las indemnizaciones por mala praxis.

Médicos de Pennsylvania, West Virginia, Mississippi y Nevada han sido los más duramente castigados en incidencias por mala praxis. En este último Estado, se ha adoptado en el año 2002 un límite para perjuicios no patrimoniales de

350.000 dólares. Allí, únicamente por las condenas a dos médicos se pagaron 14 millones de dólares, de los 22 millones de dólares en indemnizaciones declaradas en el año 2003.

Otro factor que influye en la situación de crisis es que no hay un tope legal establecido para las indemnizaciones. Solamente en California ha existido con anterioridad al año 2002 un límite máximo para la reparación no patrimonial de los jurados: 250.000 dólares. Por ello en este Estado los veredictos no se han disparado.

La media de indemnizaciones por mala praxis creció un 43 por ciento entre 1999 y 2000, según el estudio Mala Praxis Médica: veredictos, acuerdos y análisis estadísticos publicados por una compañía de Pensilvania que reunió información de los veredictos e indemnizaciones relacionados con médicos, hospitales y otras entidades sanitarias del País. La indemnización media llegó a 1.000.000. de dólares en 2000, cantidad que se acerca al doble de la media obtenida en 1996, de 503.000 dólares.¹⁴

La crisis del mercado asegurador de la Responsabilidad Civil Médica en Estados Unidos, propiciada por un sostenido aumento de las indemnizaciones de los jurados y la confianza excesiva del sector asegurador en el mercado durante los noventa, está repercutiendo en todos los médicos de ese país. Las primas suben y se hace difícil encontrar una compañía que cubra la eventual incidencia de la mala praxis, según informa el American Medical News en el mes de septiembre de 2004.

14 BUSINESS INSURANCE WEB, Joanne Wojcik, Señor Editor Commentary, 24/02/03.

| EVOLUCIÓN DEL COSTO DE LOS PAGOS POR RESPONSABILIDAD MEDICA DE JURADOS Y ACUERDOS EXTRAJUDICIALES (MEDIA EN DÓLARES) | | |
|--|-----------|--------------------------|
| AÑO | JURADOS | ACUERDOS EXTRAJUDICIALES |
| 1995 | 500.000 | 350.000 |
| 1996 | 474.000 | 375.000 |
| 1997 | 503.000 | 400.000 |
| 1998 | 733.900 | 500.000 |
| 1999 | 700.000 | 592.000 |
| 2000 | 1.000.000 | 500.000 |
| ÁREA DE RIESGO | JURADOS | ACUERDOS EXTRAJUDICIALES |
| Partos | 2.050.000 | 750.000 |
| Diagnóstico Cáncer | 1.000.000 | 500.000 |
| Retraso en diagnostico | 1.000.000 | 665.000 |
| Medicación | 750.000 | 462.500 |
| Falta de consentimiento | 668.000 | 235.000 |
| Negligencia en cirugía | 355.000 | 325.000 |

Fuente: AMERICAN MEDICAL NEWS¹

Para citar casos más cercanos, a continuación transcribo parcialmente el mensaje dirigido desde Rosario, Argentina, por el profesor Eduardo Mangialardi, Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros, al reciente evento de Acoldece, antes mencionado, refiriéndose a la temática del encuentro:¹⁵

“El tema, que será objeto de examen, es de mucha importancia puesto que la cuestión es trascendente a nivel mundial. Una de las más importantes aseguradoras internacionales, en materia de responsabilidad civil médica, se retiró del mercado internacional, hace poco tiempo, aduciendo que la explotación de dicha rama había dejado de ser rentable.

“En mi país, tanto la responsabilidad profesional, en especial la de los médicos, como su aseguramiento está sumida en una profunda crisis. En la República Argentina hay aproximadamente 110.000 médicos y uno de cada cinco es demandado por mala praxis. Los seguros que cubren su responsabilidad son por un

15 Vicepresidente de AIDA, Presidente de C.I.L.A.

punto exiguo, ya que la suma máxima asegurada es, en casi todos los casos, de aproximadamente US\$ 700. – y US\$ 1.400. – por año. Estos montos son, para los médicos argentinos, muy caros y producen el efecto de que sólo el 60% de ellos estén asegurados. Con el objeto de poder comparar, permítaseme decir que, en la responsabilidad civil automotor, la cobertura es de US\$ 1.000.000. – y la prima que se paga es de US\$ 200. -, por año, aproximadamente.

Solamente 20 aseguradoras se ocupan de tomar este riesgo, lo que ha generado la aparición de mutuales, fondos solidarios o médico gremiales administrados en general por las Asociaciones Médicas, que no significan otra cosa que “seguros encubiertos”, lo que hace ver, claramente, la crisis en la que se encuentra el sistema”.

Por su parte en Perú, la presentación y aprobación de un Proyecto de Ley de Seguro Médico de Responsabilidad Civil Obligatorio, ocasionó el más enérgico rechazo del Colegio Médico del Perú:

“El Colegio Médico del Perú, a través de su Decano Nacional, Dr. Patricio Wagner Grau, convocó el viernes de septiembre a Consejo Nacional Ampliado con carácter de urgencia para evaluar las medidas que tomarán en relación al polémico “seguro médico obligatorio por responsabilidad profesional”, que fuera aprobado por el pleno del Congreso el pasado jueves 11 y que dispone que los médicos deberán contar con un seguro obligatorio indemnizatorio de acuerdo a lo que establezca un decreto supremo.

En la cita participaron los congresistas Héctor Chávez Chuchón, presidente de la Comisión de Salud del Congreso, así como Víctor Velarde y Daniel Robles, miembros de la misma. Asimismo, estuvieron presentes los miembros del Comité Ejecutivo Nacional de la institución, Decanos Regionales de las Academias de Medicina, Salud y Cirugía, y los representantes de los sindicatos médicos.

Entre los acuerdos tomados destaca la elevación de un Memorial al presidente de la República, Dr. Alejandro Toledo, con la firma de los asistentes, y la solicitud de una Audiencia Pública que les permita sustentar ante el Jefe del Estado las razones por las que se debe observar la autógrafa de Ley que establece los derechos del paciente.

El texto que en el artículo 1º del Proyecto de Ley N° 1330/2001 – CR, cuya autoría corresponde al Poder Ejecutivo y que fuera presentado en noviembre del 2001, no se hacía mención alguna al “seguro obligatorio por responsabili-

dad profesional”. Asimismo, el texto sustitutorio propuesto en el dictamen de la Comisión de Salud, con fecha 30 de abril de 2003, tampoco contenía el citado dispositivo.

En el documento se menciona que tal disposición es incluida como literal “u” del artículo 15° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, recién el 11 de septiembre último, con lo que se hace evidente la improvisación legislativa con la que se actuó, sobre todo al tratarse de materias sumamente delicadas y serias que hubieran requerido de mayor análisis y discusión especializada.

El documento también establece que el “seguro médico” no va a resolver el problema de fondo que se traduce en la inoperancia de un Poder Judicial que, frente a una demanda de indemnización por negligencia u otra causa, no tiene una fecha cierta de conclusión. Esto sumado al hecho que, norma de esta naturaleza, acrecentará el vía crucis del paciente, que en vez de enfrentar a los abogados que cada médico involucrado contrate para su defensa deberá hacer frente a los grandes estudios de abogados que las poderosas empresas de seguro contraten, para excluirse de cualquier amparo.

Los profesionales de la Salud también anunciaron la realización de una gran marcha nacional convocada por todos los colegios profesionales, el próximo jueves 25 de septiembre, a las 11 de la mañana y en la que pedirán una audiencia pública al presidente Toledo. Asimismo convinieron en declarar una Asamblea Permanente a todos los cuerpos médicos del país y declarar persona no grata al congresista Natale Amprimo, autor del controversial dispositivo”.¹⁶

V. ALTERNATIVAS Y CONCLUSIONES

En momentos de crisis, donde las condiciones técnicas aseguradoras están agravadas, corresponde aplicar correctivos de gestión de los riesgos de sanidad y analizar las diferentes alternativas a su alcance.

Antes que el impulso de un seguro obligatorio, que puede convertirse en una especie de reacción en estampida ante una situación sobre la cual me temo no se ha profundizado suficientemente, se hace necesario, indispensable, el establecimiento de mecanismos de Gerencia de Riesgos por parte de las entidades interesadas.

16 GERENCIA SALUD, sitio de la Asociación Panamericana de Gerencia de Servicios de Salud.

La Gerencia de Riesgos es una herramienta de gestión no sólo para evitar denuncias sino para abordar, en toda su dimensión, el tratamiento técnico de los riesgos, desde su análisis, identificación, evaluación y transferencia hasta la prevención y aminoración de reclamaciones.

No somos ajenos a las mismas crisis, que guardadas proporciones, sufren los médicos e instituciones en los Estados Unidos y en Europa. Numerosas alternativas, que involucran seguros privados, participación estatal, fondos de asociaciones médicas, se han ido configurando, con el fin de establecer sistemas mixtos para afrontar la dimensión que ha tomado el problema.

Es indispensable además, obtener modificaciones en el sistema de liquidación de los daños, esto es, establecer limitaciones. Cualquier trabajo alrededor de los sistemas de aseguración, deslindado de la modificación a dicho régimen, hará inviable soluciones realistas y posibles.

Una buena tarea sería comenzar por el levantamiento de estadísticas serias y confiables a nivel nacional, sobre todos los tópicos que inciden en la Responsabilidad Civil Médica y su aseguramiento, pues ellas no existen. Para este propósito, podrían vincularse algunas de las 51 Facultades de Medicina con que cuenta el País, según los informes de ASCOFAME.

Existen en Colombia hoy, algo más de 41.000 médicos con tarjeta profesional expedida por el Ministerio de Salud, además de aquellos que están ejerciendo con su inscripción en las Seccionales de Salud. Este importante número, al cual se adicionan todas las instituciones públicas y privadas del Sector de la Salud, Derecho Fundamental básico para la preservación de la vida y más aún, de la calidad de vida, hacen que los cuestionamientos formulados a lo largo de este escrito, tengan una justificación en la búsqueda de las respuestas más adecuadas a nuestra realidad nacional.

Las experiencias actuales en otras latitudes, especialmente lo que se muestra en Francia y Estados Unidos, deben constituirse en alertas para evitar que de manera irreflexiva Colombia se lance en la búsqueda de una ley aprobatoria de un seguro obligatorio de responsabilidad civil para los médicos, profesionales y entidades del sector de la salud, que no encuentre manera de ser satisfecho por falta de oferta.

ALGUNAS PREVISIONES SOBRE EL FUTURO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. (Tercera Parte)

Ricardo De Ángel Yágüez

CONTENIDO:

- VIII. El problema de la acumulación o deducción de las indemnizaciones. Los “terceros pagadores” y la subrogación.
- IX. Impacto de la política económica sobre la reparación de los daños y, por tanto, sobre la responsabilidad civil
- X. Dudas sobre la función de la responsabilidad civil

VIII. EL PROBLEMA DE LA ACUMULACIÓN O DEDUCCIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES. LOS “TERCEROS PAGADORES” Y LA SUBROGACIÓN.

Versando como versa mi aportación sobre los problemas más candentes de la responsabilidad civil en el momento actual, y desde una perspectiva universal, por así decirlo, no podía dejar de mencionarse la cuestión que el epígrafe de este capítulo anuncia.

Me refiero, claro está, al grave problema de si debe evitarse la acumulación de lo que se pueden llamar *múltiples fuentes de indemnización*.

Se trata del caso en que un tercero distinto del autor del daño lleva a cabo el pago (a la víctima) de prestaciones encaminadas a reparar en todo en parte ese daño.

La cuestión que se plantea es la de si la víctima tiene o no el derecho de acumular dichas prestaciones con la indemnización que le es debida por el causante del daño. Esta cuestión, como se ha señalado por algún autor, forma parte de un problema mayor, que consiste en saber si en el caso en que con ocasión de un

acto dañoso la víctima obtiene un provecho cualquier, ese provecho es o no imputable al perjuicio sufrido por la propia víctima (*la compensatio lucri cum damno*).

Así lo manifestaba el Profesor griego DELIYANNIS en el Coloquio de París de 1988 que he citado antes a otros efectos.¹ Este autor señala que la originalidad del caso que nos ocupa consiste en que no se trata aquí, a causa de la intervención del tercero, de una simple relación lineal entre la víctima y el autor responsable del daño, sino de un complejo de relaciones, de carácter triangular, que da al problema un triple aspecto: se trata, en primer lugar, de la relación entre la víctima y el autor del acto dañoso, en la que se plantea la relación entre la víctima y el autor del acto dañoso, en la que se plantea la cuestión de saber si, y en qué medida, este último se ve o no exonerado de su responsabilidad por el solo hecho de la prestación llevada a cabo por un tercero; es el problema de la imputación del provecho al perjuicio, en su forma pura. Pero hay, en segundo lugar, también una relación entre la víctima y el tercero que paga, siendo entonces el problema el de saber si la víctima tiene o no derecho respecto al tercero de acumular definitivamente en su favor la percepción de la indemnización que le es debida por el autor del daño con las prestaciones que el tercero le ha dado. Por fin, se encuentra una tercera relación, que es la existente entre el tercero que paga y la persona responsable; el problema consiste ahora en saber si aquél tiene o no derecho a reclamar a este último para recuperar sus pagos.

Que la cuestión que nos ocupa tiene una importancia extraordinaria (en definitiva, para evitar súper indemnizaciones y también para ordenar adecuadamente y en su justo lugar los deberes de todos) se desprende del hecho de que en el seno de la Asociación Internacional de Derechos de Seguros (AIDA) se constituyó en 1980 un grupo de trabajo cuya denominación es la de “*Cúmulo de prestaciones y subrogación*”, que preside ahora el Profesor argentino Juan Carlos MORANDI y del que el autor de estas líneas tiene el honor de formar parte.

Desde la primera de las sesiones de ese grupo de trabajo se plantearon cuestiones como las siguientes: a) Si los organismos oficiales, por ejemplo la seguridad social, tienen reconocidas facultades para entablar acciones de reembolso contra los responsables de los daños por las prestaciones que aquellos hubiesen otorgado; b) si existe actualmente alguna tendencia a establecer un límite a la acumulación de prestaciones de los seguros personales (vida y accidentes); c)

1 DELIYANNIS, M.J.: Problèmes posés par le versement de prestations opéré par des tiers á l'occasion d'un préjudice corporel en droit hellénique, en “Actes du Colloque”, Cit., pp. 187-198.

carácter reservado o secreto de las declaraciones tributarias de los perjudicados, en cuanto a las indemnizaciones cobradas de los responsables de los daños.

El grupo de trabajo ha venido celebrando reuniones sucesivas, hasta la que tuvo lugar en Londres el 6 de julio de 1993.²

Entre las actividades de ese grupo de trabajo ha estado la de formular cuestionarios a juristas de los países miembros de AIDA. Y entre las preguntas planteadas estaba la siguiente: en el caso de un accidente de circulación, ¿puede el responsable, para reducir la indemnización a su cargo, invocar que la víctima recibe prestaciones de la seguridad social? En caso afirmativo, ¿cuáles son las prestaciones deducibles: las médico-hospitalarias, la posible renta por incapacidad laboral, pensiones, etc.?

Entre las respuestas a esta pregunta destacamos: En Argentina, no; sólo son deducibles los gastos médico-hospitalarios. En Australia, toda indemnización por enfermedad o beneficio de la seguridad social o fondos por accidentes de trabajo es deducible del capital da indemnizarse, pero no lo es un seguro privado por accidente personal. En Brasil predomina la tesis contraria a la deducción. En Dinamarca, tanto las aportaciones de la seguridad social como las provenientes de un seguro son deducibles de, pero sólo hasta que la víctima vuelva al trabajo o la incapacidad se torne permanente. Frente a la invalidez permanente, cualquier prestación económica o no económica podrá ser acumulada al capital que la víctima obtenga del responsable, con la sola excepción del capital o renta que se reciba por el seguro de accidentes de trabajo. En Francia, la víctima ve reducida su indemnización frente al responsable por las aportaciones de la seguridad social y esta última tiene derecho a reclamar tales aportaciones al responsable civil. En Japón, si la víctima de un accidente de trabajo recibe indemnización de su empleador, esa indemnización se deduce de su reclamación al causante del daño y el empleador tiene derecho a subrogarse. En el Reino Unido el responsable puede

2 En ella estuvo presente, como único representante español, el autor de este trabajo. Y a propósito de esta reunión interesa señalar que el grupo de trabajo adoptó un acuerdo (el 8) en el que se decía: "Es conveniente la adopción de un sistema con las características del baremo de España para el cálculo de las indemnizaciones por todos los conceptos que allí se contemplan, adaptándolo en cada caso a las peculiaridades de cada país (en cuanto a su legislación, jurisprudencia, costumbres y economía). El sistema que se propone adoptará los criterios incluidos en el preámbulo de dicho baremo. Este baremo será vinculante para el juez". En nota a este acuerdo se puntualizaba que el baremo en cuestión es el conocido como "Sistema SEAIDA 91", elaborado por un grupo de trabajo constituido en el seno de la Sección Española de AIDA.

deducir cuanto la víctima reciba de la seguridad social, en diversas proporciones y en un lapso determinado.

Otra pregunta plantea la cuestión sobre si el sistema asistencial público o privado que hubiese atendido a la víctima tiene derecho a subrogarse contra el autor del daño. Las respuestas son afirmativas en Argentina, Australia y Brasil. En Dinamarca no, salvo excepciones. En el Reino Unido, si la víctima es atendida por el Sistema Nacional de Salud y recibe indemnización del responsable, el hospital puede reclamar a este último el costo del tratamiento, hasta un determinado límite. Si la atención es pagada por un asegurador privado, no hay subrogación a su favor.

Una pregunta ulterior cuestionaba si el asegurador de la responsabilidad civil obligatoria en el ramo de automóviles puede deducir de la indemnización debida a la víctima lo que ésta reciba de la seguridad social. En Brasil no cabe esa deducción, porque se trata de prestaciones independientes. En Francia, por el contrario, sí cabe esa deducción. Lo mismo sucede en el Reino Unido.³

Estas preguntas y respuestas tienen como objetivo, solamente, poner de manifiesto la dificultad del problema y la diversidad de regímenes.

La Asociación Internacional de Derecho de Seguros tiene tanta conciencia sobre la seriedad del problema que es uno de los que abordarán monográficamente en el IX Congreso Internacional de AIDA previsto para agosto de 1994 en Sídney. Se trata de la ponencia titulada *Accumulation of claims*.

La trascendencia de la cuestión que nos ocupa se puso también de manifiesto en el Coloquio Jurídico Europeo celebrado en París en noviembre de 1988, reiteradamente citado por mí en este trabajo y por otras razones.

Entre los siete “temas” que integraron aquel Coloquio estaba un VI, titulado “*Les tires payeurs*”. El Profesor VOYOUCAS, al referirse a los problemas que aquel apartado planteaba, manifestó que obedecía a la necesidad de que la satisfacción lo más completa posible de la víctima de un accidente de carretera obligase a buscar un equilibrio entre la reparación total del daño causado, de una parte, y de la otra una “indemnización exagerada”, que podría conducir a un abuso y por tanto a una injusticia.⁴

3 Tomados estos datos de “Cúmulo de prestaciones y subrogación”, edición fotocopiada, Sídney, 1994. Se trata de un informe sobre la actuación del grupo de trabajo de AIDA a que me vengo refiriendo.

4 VOYOUCAS, C.: *Les tires payeurs*, “Actes du Colloque”, Cit., pp. 175-181. El otro informe sobre el tema en cuestión corrió a cargo del autor de estas líneas: DE ÁNGEL YAGÚEZ, R.: *Les tires payeurs*, loc. Cit., pp.

El Profesor VOUYOUCAS sistematizó su exposición en función, en primer lugar, de la postura de los diversos sistemas jurídicos en lo que se refiere a la acumulación o deducción de indemnizaciones. En este punto, distinguía cuatro categorías de ordenamientos.

La primera es la de los que acepta la acumulación, como Bélgica, Dinamarca, la segunda categoría es la de los Derechos nacionales que no autorizan la acumulación. Por ejemplo, en Alemania el montante de la reparación debida a la víctima debe reducirse en razón a las ventajas que aquélla pueda obtener de los organismos de seguro de enfermedad y de seguro de invalidez o que resulte de su condición de asalariado. En lo que se refiere a Luxemburgo, no cabe acumulación con las ventajas resultantes de la puesta en práctica de los regímenes de protección social. Lo mismo sucede en Holanda, cuyo nuevo Código civil en su artículo 100 del Libro 6⁵ dice que “cuando un solo hecho dé lugar a la vez a un daño y a una ventaja para la víctima, esta ventaja deberá ser tenida en cuenta en la determinación del daño que se deba reparar, en la medida en que sea razonable”.

Un tercer grupo es el que ofrece simplemente la posibilidad de pretender indemnización sobre la base de diversas disposiciones, pero no el pago cumulativo. Es el caso del Derecho griego, en el que la persona perjudicada puede pretender la indemnización de su perjuicio incluso si como consecuencia del daño se hallan a su disposición otros derechos, pero sin que por ello pueda obtener cumulativamente todas las indemnizaciones previstas por varias leyes (a menos de que uno o varios “terceros pagadores” haya sido libremente escogido por la víctima como asegurador suyo).

En cuarto grupo es el constituido por lo que el profesor VOUYOUCAS denominada “la vía intermedia”. En Francia, la Ley de 5 de julio de 1985 establece la lista de prestaciones que dan lugar a reembolsos por parte de los “terceros pagadores” y que deben ser deducidas de las indemnizaciones concedidas a la víctima.⁶

182-186. Este último trabajo se publicó luego en “Revista Española de Seguros”, número 56, octubre-diciembre 1988, pp. 101 ss., bajo el título *Evaluación del perjuicio corporal en Derecho común de la responsabilidad. Los terceros pagadores.*

5 La actualización de esta cita es nuestra, puesto que se hallaba referida de otra manera en el informe que se menciona en el texto.

6 TUNC, en intervención posterior al Coloquio que nos ocupa: *Débats*, EN “Développements Récents...”, cit., p. 445, refiriéndose al problema de la coordinación de indemnizaciones procedentes de fuente distintas, alude precisamente a la Ley francesa que se cita en el texto (la llamada “ley Badinter”), diciendo de ella que el valor de sus disposiciones es innegable en lo que se refiere a las técnicas de indemnización de las víctimas (no al principio de indemnización de tal o cual persona, sino a las técnicas de indemnización de todas las víctimas), entre otras cosas en lo que se refiere al problema de los recursos o acciones de los

Como segundo capítulo de su intervención, el profesor VOUYOUCAS se refería a la clasificación de los “terceros pagadores”, expresión que quizá no suene muy bien en castellano pero que es normalmente utilizada en francés (*les tiers payeurs*) para denominar a quienes hiciesen efectivos desembolsos o asistencias a favor de la víctima de un daño, distintos del causante del mismo. Y englobaba esos “terceros” de la siguiente forma: en primer lugar, cualquier organismo de seguro público o privado en el que la víctima está obligada a asegurarse por ley, pagando una cotización. El segundo grupo es el de las compañías de seguros en las que se puede contar con una cobertura complementaria para daños procedentes de un accidente de circulación. Y en tercer lugar, en fin, incluía el caso (raro pero no imposible) en que un tercero procede voluntariamente a la indemnización de un accidente, sin ninguna pretensión contra la víctima o un tercero distinto.

Concluía el profesor su intervención refiriéndose al derecho de “recurso eventual” de los terceros pagadores contra el causante del daño. Esta acción, un verdadero reembolso, se acepta para todos los casos en Alemania y Luxemburgo; para algunos de ellos –solamente- en Bélgica, Francia, Irlanda, Luxemburgo y Holanda; excepcionalmente se admite en el Reino Unido; y parece no existir en Dinamarca.

Sin entrar en detalles sobre este problema, imposibles en la presente contribución, debe insistirse de nuevo en que estamos en presencia de un problema de gran magnitud, tanto en el orden jurídico como económico.

Téngase presente, por ejemplo, que los medios de reembolso de que pueda gozar la seguridad social de un país contribuyen sensiblemente a aliviar sus finanzas, aunque de ordinario sea a cargo de un asegurador privado. No es extraño, por tanto, que la cuestión atraiga la atención de los juristas en el momento actual.⁷

Propongo, también por ejemplo, el caso de las cantidades diarias que los tribunales españoles conceden a los lesionados. Si, como de ordinario ocurre, las víctimas perciben la correspondiente prestación (resultante de la baja) de la seguridad social, y para el caso de que entendiésemos que una parte al menos de esa cantidad diaria que los tribunales asignan tiene finalidad de reparación eco-

terceros pagadores contra el asegurador de responsabilidad: quiénes disponen de ese recurso, en qué plazo lo deben ejercer, cómo deben hacerlo, etc.

7 Por ejemplo, puede comprobarse la atención que se dedicó al problema en la obra tantas veces citada, *Développement récents...*, sobre todo en las intervenciones de WESSNER y JAEGER, pp. 90 ss. y 421 ss., respectivamente. Sobre esta materia trata también CANE, P.: *Tort law and economic interestests*, Oxford, 1991, pp. 449 ss.

nómica por pérdida de ingresos, parece que de la suma en cuestión habría que deducir lo que la víctima percibiese en virtud de su condición laboral. Si no fuese así, el trato discriminatorio existiría respecto de los perjudicados que no tienen cubierta la contingencia de incapacidad laboral transitoria.

Con carácter general, el que los tribunales concedan indemnizaciones sobre la base del objetivo de la total reparación del daño, sin tener en cuenta determinadas prestaciones de la seguridad social, puede conducir o a una “sobre indemnización” (palabra que utilizo aun siendo consciente de que no es grato usarla cuando se trata de daños particularmente graves y, por eso, dignos de lástima), o puede llevar a una indebida repercusión financiera sobre la seguridad social, que de alguna manera podríamos decir que “la pagamos todos”.

DÍAZ y MARKESINIS⁸ aluden a esa posibilidad cuando, refiriéndose a los reparos contra el principio de “reparación íntegra”, dicen que una posible objeción a esta idea es la de que pueden darse casos no sólo de indemnización total, sino de “sobre indemnización”. Y señalan estos autores que esto parece que es unánimemente aceptado en supuestos de las llamadas “lesiones menores”, sin perjuicio de que pueda también producirse en hipótesis de indemnizaciones más elevadas, que pueden coincidir con prestaciones de la seguridad social y otros pagos (seguros privados, fondos de pensiones, etc.).

Téngase presente, por ejemplo, que si la víctima (en España) es un trabajador y su lesión lleva a la calificación de gran invalidez, tendrá derecho a la prestación económica consistente en una pensión vitalicia, incrementándose su cuantía en un 50%, que según la letra de la Ley General de la Seguridad Social (artículo 136.4) se destina a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda. Previendo el párrafo segundo del mismo artículo que podrá autorizarse la sustitución del incremento en cuestión por el alojamiento y cuidado del lesionado, a cargo de la Seguridad Social, en una institución asistencial adecuada.

Por otro lado, la orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el régimen general de la Seguridad Social, establece prestaciones recuperadoras como son los tratamientos sanitarios adecuados a la rehabilitación del inválido, a cargo también de la Seguridad Social (artículos 26 y siguientes).

En virtud de estas consideraciones, y otras que podrían hacerse, no cabe sino plantearse una alternativa: o las indemnizaciones concedidas por los tribunales

8 DÍAZ y MARKESINIS: *Tort Law*, Ob. Cit. p. 531

tienen en cuenta ciertas indemnizaciones o reparaciones recibidas por la víctima de manos de terceros, en concreto la seguridad social, en cuyo caso todos quienes cotizan a ella están soportando en parte las consecuencias de un daño del que en principio parece que tendría que responder exclusivamente su causante; o bien los tribunales no tienen en consideración esos conceptos indemnizados, en cuyo caso puede hablarse de una “sobre indemnización”, tanto más patente cuanto que hay víctimas de accidentes que no gozan de la cobertura de la Seguridad Social.

Esta cuestión se planteó en Estados Unidos con ocasión del llamado “movimiento anti – responsabilidad”, resultante de la inquietud que en los años 80 se manifestó a causa del crecimiento vertiginoso de las reclamaciones y de las indemnizaciones. Una de las medidas adoptadas (junto al establecimiento de límites de indemnización o de topes a los honorarios de los abogados) fue la de deducir de la indemnización concedida a la víctima lo que ésta hubiese cobrado de “terceros pagadores”.⁹

La llamada “*collateral source rule*” es la expresión que se aplica al caso de que la indemnización recibida por el demandante provenga de una fuente colateral, totalmente independiente del causante del daño, por ejemplo un seguro. En virtud de esa regla, lo recibido de aquella “fuente colateral” no se reduce de la indemnización concedida al perjudicado.

Se arguyó que dicha regla estaba contra el fin compensatorio del Derecho de daños, en cuanto que podía dar lugar a una doble o múltiple indemnización. Como consecuencia de la introducción de criterios de responsabilidad objetiva en muchos casos de daños, una buena parte de la doctrina entendió que había desaparecido la razón de ser la “*collateral source rule*”.

El movimiento de reforma de 1986 hizo que algunos Estados modificasen la regla, unos de ellos en el sentido de permitir la prueba en el juicio de que había habido otras fuentes de compensación; en otros casos, se permitió que las cantidades recibidas de esas “fuentes colaterales” se descontaran de la indemnización establecida por los tribunales.

En su “preámbulo” al número 75 de la “Revista Española de Seguros”, que he citado antes a otros fines, RUIZ VADILLO dice que “un problema muy importante, no resuelto hasta ahora, es el de la solución que haya de darse a los supuestos de

9 MANZER, N.: Tort reform legislation: a systematic evaluation of caps on damages and limitations on joint and several liability, en “Cornell Law Review”, 1988, pp. 628 ss.

conurrencia de varios seguros, distinguiendo aquellos que sean de suscripción voluntaria de los obligatorios, y fundamentalmente del origen de la institución que haya de satisfacer las correspondientes indemnizaciones”.¹⁰

IX. EL IMPACTO DE LA POLÍTICA ECONÓMICA SOBRE LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS Y, POR TANTO, SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Es inevitable, casi al final de este trabajo, hacer unas consideraciones – siquiera muy sumarias- sobre uno de los factores que sin duda intervienen en el profundo cambio de fisonomía que en los últimos tiempos ha experimentado al régimen de la responsabilidad civil.

Me refiero, naturalmente, al impacto que en el Derecho de daños ha producido, y supone que producirá todavía más en el futuro, lo que podríamos denominar “el dato económico”; dicho de otro modo, hablo del efecto que razones de política económica producen en materia de responsabilidad.

1. El punto de partida es la advertencia de que en el tiempo actual se ha superado la clásica visión de la responsabilidad civil como una institución jurídica en la que sólo interesa el caso concreto de un daño, que se somete a observación con los criterios estrictamente jurídicos que nos son tan familiares: la acción o la omisión, la antijuridicidad, la culpabilidad, la imputabilidad, la atribución del deber de responder en función de cómo sucedió el hecho (daño por acto propio, por hecho ajeno o como consecuencia de la intervención de animales o cosas), la relación de causalidad, etc.

Muy al contrario, en el momento presente la responsabilidad civil se contempla también (sin perjuicio de los aspectos rigurosamente técnicos a que acabo de referirme, como un fenómeno global), es decir, viendo no tanto el caso aislado sino el significado que en el conjunto de la sociedad tienen los acontecimientos subsumibles en aquel concepto. Esa contemplación global de los daños ha dado lugar a la incorporación de elementos de reflexión de orden económico (sobre todo macroeconómico) en la disciplina legal, en las soluciones judiciales y desde luego en el análisis doctrinal del Derecho de daños.

Me limito a señalar, como dato particularmente significativo, el hecho de que dos obras muy recientes, y de muy distinto signo, así lo revelan. Tomo en primer

¹⁰ RUIZ VADILLO. Ob. Cit., p. 12.

término el ejemplo de una obra especialmente dedicada al examen de la responsabilidad civil desde el punto de vista del Derecho comparado. Me refiero a la monografía de PONZANELLI.¹¹ *La responsabilità civile*, cuyo subtítulo “perfiles de Derecho comparado” acredita la pretensión del autor de situar su obra en el marco de lo que podríamos llamar “los problemas universales del Derecho de la responsabilidad civil”.

La sola lectura del índice de este libro pone de manifiesto que lo que hoy preocupa sobre todo en la doctrina es el papel de la responsabilidad civil desde un punto de vista “social” (en el sentido de colectivo), de suerte que el centro de gravedad de la monografía reside en el análisis de los diversos “modelos” de responsabilidad civil que hasta ahora se han conocido, así como en el del impacto que en las más modernas tendencias ocasiona esa visión “global” de la institución a que vengo refiriéndome.

El autor coloca el centro de su estudio en las funciones atribuibles a la responsabilidad civil, como punto de partida para explicar la evolución experimentada en la material. Así, su análisis se centra en la triple función que se puede asignar a la responsabilidad civil, que PONZANELLI cifra en las de “reparación”, de un lado “*compensation*” en la terminología anglosajona que este autor tanto utiliza), “disuasión” o “prevención” de otra parte (“*deterrence*”, palabra puesta en boga por la escuela del análisis económico del Derecho), y por fin “castigo”.

La monografía está plegada de observaciones sobre el influjo que las circunstancias económicas y el “peso social” del fenómeno de los accidentes imponen, con escasísima alusión a aquellos “elementos estructurales” de la responsabilidad civil que desde una perspectiva estrictamente jurídica habían venido acaparando o monopolizando la preocupación de los juristas hasta hace bien poco.

La otra obra significativa a que me refería es la recopilación de textos sobre Derecho de daños que se contiene en una recientísima publicación, dedicada, según se manifiesta en su prólogo, a suministrar información básica al estudioso avanzado en esta materia.

Me refiero a la monografía *Foundations of Tort Law*, de la que es “editor” LEV-MORE.¹² Este recopilador de los textos comienza su selección, y ya es significativo, con un capítulo titulado “daños y negocios”; y que coloque en él, en primer término, “el problema del coste social”, con un texto de COASE, premio Nobel de

11 PONZANELLI, G.: *La responsabilità civile*, Ob.Cit.

12 LEMORE, S.: *Foundations of Tort Law*, Nueva York, 1994.

Economía y uno de los más significativos propulsores del análisis económico del Derecho.

No faltan en la obra consideraciones sobre lo que entendemos como ingredientes de la responsabilidad civil (por ejemplo, se alude al papel de la culpa en el Derecho de daños, o a la relación de causalidad), pero la palma se la llevan los textos que, según decía antes, ponen su acento en la contemplación de la responsabilidad civil como una institución jurídica en la que es inexcusable tener en cuenta datos y argumentos de orden económico. No deja de ser revelador que el último capítulo del trabajo verse sobre el impacto del seguro en la responsabilidad civil, sobre el alcance económico del principio de responsabilidad objetiva (el llamado *no-fault system*) y sobre la reforma del Derecho de daños a la luz de las exigencias sociales del día de hoy.

Repárese en que en la sobras actuales sobre responsabilidad civil no es infrecuente toparse con tablas estadísticas, con análisis de costes de demandas y pleitos en esta materia o con datos económicos acerca de la progresión de las indemnizaciones o de las primas de seguro; lo que a todas luces habría sido inimaginable hace 30 años, según resulta de una simple ojeada a la bibliografía de entonces. Parece indiscutible que una nueva orientación existe.

No es éste el momento adecuado para extenderse en lo que en el terreno de la responsabilidad civil ha significado o significa la expansión de la escuela norteamericana del *New law and Economics*, nacida hace unos 30 años en las Universidades de Chicago y de Yale y que pone el énfasis en el coste de los accidentes.¹³

Creo que, como suele ocurrir con todas las tendencias doctrinales “nuevas”, ha de esperarse algún tiempo para calibrar su alcance. En todo caso, estoy de acuerdo con la acertada selección que sobre esta escuela del análisis económico del Derecho hace ALTERINI,¹⁴ cuando señala que es una teoría que, en vez de dar una visión de cómo funciona en realidad la responsabilidad civil, constituye un intento de establecer qué decisiones económicas han determinado la introducción de los principios jurídicos, o qué efectos económicos tienen los principios vigentes; añadiendo que con tal teoría se persigue pone a punto instrumentos económico-jurídicos integrados, que pueden ser utilizados por los responsables

13 Esta orientación doctrinal encuentra quizá su más cabal significado en el terreno de la responsabilidad civil. En este sentido, es expresivo el contenido de una de las más recientes obras, de las publicaciones en castellano, sobre la materia. Me refiero a la monografía *Manual de análisis económico del Derecho civil*, de SCHAFER, H.-B. Y OTT, C., ed. Esp., Madrid, 1991.

14 ALTERINI, A.A.: *Contornos actuales de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1987, pp. 81 ss.

políticos cuando se presente la necesidad de opciones de gran relevancia social que exijan la consideración de complejas series de variables.

En otras palabras, me parece que se trata de un “análisis” más encaminado a la reflexión de política legislativa que al genuino discurso del jurista, pero creo que tampoco puede ignorarse el impacto que lo que *en el fondo de ese análisis* existe, tanto en relación con no pocas sugerencias doctrinales (estrictamente jurídicas, por así decirlo), como en lo que respecta a determinadas orientaciones jurisprudenciales, fuera de nuestro país e incluso dentro de él.

2. Un de las expresiones del impacto de la Economía en la responsabilidad civil ha sido, sin duda, la del establecimiento de reglas de reparación de los daños a través de un sistema de rigurosa “socialización”.

No me refiero, desde luego, a lo que en sentido casi metafórico se ha dado en llamar “socialización de los riesgos” (por ejemplo mediante la introducción de fórmulas de responsabilidad objetiva para ciertos sectores de la vida, como puede ser el de circulación de vehículos de motor), sino que aludo a la implantación de un régimen legal por cuya virtud un “fondo público” afronta la indemnización de las víctimas de todo tipo de daños, sin necesidad de hacer pesquisa alguna en materia de responsabilidad.

De lo que hablo es del siempre tan citado sistema imperante en Nueva Zelanda. Una ley denominada “*Accident Compensation Act*”, en vigor desde el 1 de abril de 1974 y parcialmente modificada en 1982 y en 1990, establece el paso de lo que podríamos llamar un sistema tradicional de *tort* a otro de *compensation* general, es decir, de un régimen de *responsabilidad* a otro de *indemnización*.

Como se ha puesto de relieve por la doctrina, se trata de “una respuesta global al problema de los accidentes”¹⁵ porque alcanza a todas las personas y a todos los siniestros. Un “fondo” cubre a todos los trabajadores, incluidos los autónomos, contra todos los daños corporales accidentales y enfermedades profesionales. Un segundo “fondo” cubre a las víctimas de accidentes causados por la utilización de un vehículo en el país o como consecuencia o en relación con dicha utilización de un vehículo en el país o como consecuencia o en relación con dicha utilización; este fondo no entra en juego más que subsidiariamente respecto al primero. Un tercer fondo, en fin, es el que –financiado por el Estado– cubre a todas las víctimas de accidentes acaecidos en Nueva Zelanda y no cubiertos por los dos fondos anteriores: jubilados, amas de casa e incluso visitantes del país.

15 TUNC, A.: Ob. Cit., pp. 80-81

Parece indiscutible que la implantación de una fórmula similar en países de densa demografía y de fisonomía social distinta de las de Nueva Zelanda no es fácilmente imaginable, al menos por ahora, pero no debe dejar de señalarse que el sistema de aquel país ha supuesto una auténtica *eliminación de la responsabilidad civil*.¹⁶ O, dicho de otro modo, se trata de un régimen de *indemnización automática*.¹⁷

Así sucede también en Israel, desde 1975, aunque sólo para los accidentes de circulación de vehículos de motor. Otro tanto ocurre en Suecia, aunque limitado a los accidentes de circulación y a los riesgos terapéuticos con ocasión de un acto médico. En cuanto a Quebec, el artículo 44 de la Ley de seguro de automóvil establece la indemnización “a tanto alzado” de ciertos perjuicios no económicos y hasta un determinado techo de ingresos, como antes hemos visto.¹⁸

También es digno de señalarse que este sistema se ha implantado en algunos Estados de los Estados Unidos de América, para el caso de accidentes de circulación. Se trata de la fórmula de los llamados *modified plans*, por cuya virtud el sujeto dañado no tiene la libertad para reclamar por el camino tradicional de *tort*, puesto que rige un sistema de responsabilidad objetiva. Se excluyeron sólo los casos de importantes daños a la persona, identificables a partir de un criterio cuantitativo basado en el montaje de los gastos médicos satisfechos.

3. No cabe dejar de mencionar, en este punto, otro extremo en el que me limito a hacer un apunte pero que podría ser objeto de un tratamiento monográfico amplísimo.

Se trata del efecto que en el Derecho de la responsabilidad civil ha causado el seguro.

No me refiero tanto a la recíproca influencia entre responsabilidad civil y *Derecho del seguro de responsabilidad civil*,¹⁹ sino el impacto que en el Derecho de daños ocasiona la economía del seguro.

Es inevitable referirse aquí de nuevo al fenómeno de la llamada “crisis del seguro”, que tanto dio que hablar y que escribir en Estados Unidos en la década de los 80.

16 FLEMING, J. Ob. Cit., p. 429

17 LARROUMET, C. Ob. Cit., pp. 64 ss.

18 Además del trabajo de PRET, que he mencionado más arriba, vid. LARROUMET, Ob. Cit. o. 67

19 Fenómeno sobre el que, por ejemplo, recientemente ha escrito con particular lucidez ANE, P.: *Tort law...*, Ob. Cit., pp. 443 ss.

Como consecuencia de lo que fue calificado como “dramática reducción” de las posibilidades de asegurarse los ciudadanos por un buen número de riesgos, se manifestó en aquel país una línea de pensamiento muy vigorosa a favor del llamado “seguro directo” de las eventuales víctimas (el “*first-party insurance*”) y en contra del sistema clásico de seguro de responsabilidad civil (el “*tirad-party insurance*”).

Se sugiere que un seguro directo de vida y de accidentes, o incluso un seguro de daños a las cosas, suscrito por la víctima potencial, sería una fórmula muy oportuna en muchos casos.

Se aducen en tal sentido argumentos económicos muy significativos. Estudios de ese carácter pusieron de manifiesto que el *coste de funcionamiento* del seguro de responsabilidad civil es de 2,75 a 5.75 veces más elevado que el costo del *first-party insurance*, según los casos.

GUILLOD, en sus “conclusiones” dentro de la obra *Développements récents du droit de la responsabilité civile*,²⁰ se manifiesta decididamente favorable a un sistema de “seguro directo” del perjudicado, frente al binomio responsabilidad civil –seguro de responsabilidad civil. Reconoce que subsiste el problema de determinar qué daños serían indemnizados de esta forma, y en qué límites, pero manifiesta que el sistema permite una indemnización más rápida de las víctimas y lleva a segundo plano los problemas, más complejos, de determinar quién habrá de soportar a fin de cuentas el peso de la reparación. Añade que una generalización del seguro de accidentes, esto es, de un seguro directo, no constituiría la revolución que algunos describen. Y cita al ejemplo el caso de Suiza, en que una gran mayoría de los ciudadanos están asegurados contra los accidentes, bien a título obligatorio, bien con carácter obligatorio.

Refiriéndose al caso de los accidentes de circulación, TUNC²¹ dice que él desearía que el seguro fuese en este caso un “*first-party insurance*”. De esta forma, el seguro cubriría a los ocupantes del automóvil, incluido el conductor, y no sería un “*tirad-party insurance*” más que en relación con los peatones o los ciclistas víctimas del vehículo. Esto, añade, no constituiría ninguna perturbación en la industria del seguro. Lo que no quita para que el mismo autor, en otro lugar, manifieste sus dudas sobre las consecuencias sociales de un intento de generalización del “*first-party insurance*”. Reconoce la superioridad de este “seguro directo” sobre

20 GUILLOD, O. Ob. Cit., p. 464.

21 TUNC, A. Ob. Cit., p. 443

la dualidad responsabilidad seguro de responsabilidad o “*first-party insurance*”, pero advierte que es preciso determinar qué tipo de “seguro directo” se precoriza. Y añade que aquí pueden surgir las dudas, porque —añade— ¿no ocurriría que el seguro individual aumentase las desigualdades sociales? Los titulares de ingresos elevados no dudarán en dotarse de amplia cobertura, a ellos ya su familia. Además se beneficiarán de múltiples garantías, como las que hoy otorgan el empleador, el banco, las empresas emisoras de tarjeta de crédito, las agencias de viajes, etc. Pero en cualquier país habrá muchas personas que queden sin cobertura, bien por falta de instrucción o simplemente por falta de medios. Por lo que concluye TUNC que a su juicio la responsabilidad civil, unida al seguro de responsabilidad civil, constituye una protección indispensable para ciertas categorías sociales: los trabajadores ocasionales, los emigrantes, las personas sin hogar y desde luego las que no tienen acceso a él.²²

Sobre las ventajas del “*first-party insurance*” se ha manifestado también recientemente FLEMING,²³ refiriéndose a los accidentes de circulación. Menciona el dato (*otra vez la Economía entra en juego*) de que un sistema de ese carácter (seguro “directo” sobre la base de responsabilidad objetiva) supondría un considerable ahorro como consecuencia de la desaparición de reclamaciones por daños, reclamaciones que tienen unos *costes de transacción* tan absurdamente altos que consumen alrededor de 50 centavos de cada dólar de prima.

X. DUDAS SOBRE LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Terminar un trabajo que fundamentalmente versa sobre los principales problemas que hoy suscita la responsabilidad civil y de alguna manera encaminado a formular previsiones sobre su futuro, hace inexcusable el planteamiento, siquiera sea con carácter casi testimonial (en terminología muy de nuestros días), de la cuestión relativa a la función de esa figura.

No se trata de un extremo de interés exclusivamente académico, según pone de manifiesto una reciente síntesis del problema efectuada por PANTALEÓN PRIETO,²⁴ y así lo acredita el hecho de que las últimas publicaciones

22 TUNC, A. Ob. Cit., p. 38

23 FLEMING, J. Ob. Cit. p. 438

24 PRIETO, Pantaleón, F.: Comentario al artículo 1.902, en *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, pp. 1971 ss.

sobre generalidades de la responsabilidad civil no dejen de hacer mención a sus funciones o, en otra terminología, a sus objetivos.²⁵

Yo no voy a entrar de lleno en este capítulo, porque desbordaría el objetivo de la presente aportación.

No obstante, sí quiero formular una particularísima apreciación, que por otra parte engarza con lo que al principio de este trabajo he dicho.

Me refiero a la circunstancia de que hablar hoy de “responsabilidad civil”, sin distingos, puede ser una forma de desvirtuar la pregunta sobre su función, su papel o sus objetivos.

En efecto, creo que si por responsabilidad civil entendemos lo que siempre hemos interpretado, su función no puede ser otra que la de reparación del daño causado, sin perjuicio de que de forma indirecta despliegue otras, como pueden ser la sancionadora o la de prevención.

Lo que sucede es que no podemos, a mi juicio, seguir planteándonos la pregunta a la luz de un concepto, por así decirlo clásico, de la responsabilidad civil.

Parece más adecuado formularse la cuestión en un ámbito más amplio, como podría ser el de *la reparación de los daños*. Es aquí donde a mi entender se manifiesta la mayor corrección, en el aspecto terminológico, de la expresión “Derecho de daños”, la habitual en la doctrina y en la jurisprudencia anglosajonas. A esto me he referido en la introducción del presente trabajo.

25 Entre las obras que hemos citado en este trabajo, sin ir a mayores detalles, téngase presente la importancia que a esta cuestión dedica VINEY en su monografía *La responsabilité: conditions*, arriba citada. Cuando se refiere al “lugar que debe ocupar la responsabilidad civil”, lo hace sobre todo en atención a las dudas que hoy puede plantear esta institución a la luz de las que tradicionalmente se han considerado sus “funciones”. La monografía *La responsabilité civile*, también varias veces mencionada en este trabajo, de TUNC, dedica nada menos que todo su capítulo IV a “las funciones de la responsabilidad civil” (pp. 133-161). En su obra *Réflexions sur la responsabilité civile*, LARROUMET hace girar la cuestión relativa a la evolución de la figura en torno a sus “funciones” (pp. 12-18). El problema de las “*functions of tort*” es objeto de particular análisis en la obra *Tort Law* de DÍAS y MARKESINIS, así mismo citada por mí en varias ocasiones. La obra de PONZANELLI, de la que igualmente me he servido en la presente aportación, *La responsabilité civile (pro-fili di diritto comparato)*, dedica su capítulo I a “las funciones de un sistema moderno de responsabilidad civil”. Y otra notabilísima publicación como es el libro *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, de inexcusable consulta en el empeño de tratar de atisbar los rasgos de la responsabilidad civil en el futuro, dedica así mismo considerable atención al papel de la responsabilidad civil hoy y en el mañana previsible. Todo ello, sin contar con el hecho de que una buena parte del volumen XI de la “International Encyclopedia of Comparative Law”, dedicado al Derecho de daños, plantea por doquier la pregunta relativa a lo que constituye el objetivo de este sector del Derecho.

Se desgaja del fenómeno de los daños, como hoy parece inexcusable, la idea de responsabilidad en su aceptación clásica, esto es, su por responsabilidad se entiende simplemente el deber de soportar las consecuencias de un acto, no hay ningún inconveniente –a mi entender– en admitir que la función indemnizatoria, la punitiva y la de prevención o disuasión son perfectamente compatibles, sin que quepa atribuir a ninguna de ellas superioridad sobre la otra.

Me parecen particularmente atinadas las reflexiones de WIDMER²⁶ en el lugar en que, refiriéndose al papel de la responsabilidad civil en el conjunto del sistema de compensación de daños, dice:

“Cuando se examina la posición y la función actual de las reglas de Derecho privado sobre la responsabilidad en un marco más amplio y desde la perspectiva de los mecanismos puesto en juego por el ordenamiento jurídico para asegurar la reparación de los perjuicios, se impone una comprobación: dichas reglas están rodeadas por todo un surtido de otras estructuras y de otros medios que vienen no sólo a completarlas, sino que tienen tendencia a sobreponerse, a su ‘subrogar’ a tales reglas (tanto en el sentido vulgar como en el sentido técnico de la palabra subrogación) e incluso a sustituirlas. Así, la red de seguros privados y sociales, que no ha dejado de crecer en densidad y en importancia desde la segunda guerra mundial, se ha convertido en un elemento esencial, es decir, predominante, del sistema; de suerte que en muchos casos las cuestiones de responsabilidad propiamente dichas no se plantean más que de manera subsidiaria, bien con carácter previo, bien *a* y, por así decirlo, entre bastidores”.

Pero incluso dentro de los cánones de la responsabilidad civil propiamente dicha, muchos factores contribuyen a distorsionar la pureza de la función que en ella hemos visto siempre.

Cuando, como hemos tenido oportunidad de comprobar, el Estado es beneficiario de una indemnización por lesión a bienes *que no son de nadie* (como sucede en los daños por contaminación); o cuando la equidad y otras consideraciones pueden entrar en juego para poner frenos al principio teórico de la “reparación íntegra”; o cuando en determinadas circunstancias se tiene más en cuenta el provecho del dañador que el daño del víctima; o cuando según “reglas del buen sentido” los tribunales valoran la relación de causalidad a efectos de establecer el *quantum* indemnizatorio; o cuando, en fin, razones de orden económico pueden justificar el establecimiento de techos o límites de indemnización de ciertos da-

26 WIDMER, P. Ob. Cit. pp. 8-9

ños, difícil es mantener la prevalencia de cualquiera de las posibles funciones que la responsabilidad civil está jugando o está llamada a jugar.

Lo característico del tiempo presente, a mi entender, consiste precisamente en el hecho de que hoy no cabe hablar de “una” función de la responsabilidad civil, sino de la que (o de las que) esta venerable institución está llamada a desplegar; y no tanto en el completo ámbito de un ordenamiento jurídico, sino en el de las particulares reglas que dentro del mismo se encaminan a responder –de forma armoniosa en el conjunto del sistema. A la eterna pregunta de qué debe suceder cuando causamos un daño.

EL USO DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD PARA LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MATERIAL DENTRO DE SENTENCIAS POR RESPONSABILIDAD CIVIL

Rafael Alberto Ariza Vesga

CONTENIDO:

1. Planteamiento del problema
2. Aproximación
3. La cuantificación del daño en uso del principio de equidad
4. Criterios para la aplicación de la equidad en la cuantificación del daño

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

La Sentencia de 5 de Octubre de 2.004 proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia dentro del expediente 6975, contempla la utilización del principio de equidad por parte de los jueces para la valoración de los daños materiales irrogados, cuando quiera que se encuentre plenamente acreditada la existencia del daño, pero su cuantificación exacta no haya sido posible dentro del trámite procesal.

La citada premisa permitió que en el caso sometido a la consideración de la Corte, pese a las falencias y contradicciones probatorias encontradas por el Tribunal de instancia, los familiares del fallecido recibieran indemnización por lucro cesante calculado sobre la base del ingreso promedio hipotéticamente percibido por éste como independiente dentro de los dos años previos al deceso en accidente aéreo, indexado a la fecha de la condena.

La Tesis en cuestión se encuentra planteada al interior del pronunciamiento de la Corte, fundamentalmente en el siguiente aparte:

*“En efecto, ante la configuración de excepcionales circunstancias fácticas que imposibiliten o hagan en extremo difícil deducir un equivalente exacto entre el monto de la indemnización y el daño material padecido por las víctimas y por cuanto “dicho monto no viene a desempeñar, en la generalidad de los casos, sino la función de satisfacer, enfrente de los beneficiarios, cierto bienestar que reemplace al que fue arrebatado por la muerte de una persona”, se colige, siguiendo otros precedentes jurisprudenciales, que la simple dificultad de tipo probatorio, per se, no puede cerrar el paso a la merecida indemnización, pues “si ello fuere así, los perjuicios morales de tan inasible evaluación, no podrían jamás representarse en cantidades pecuniarias”, lo que, en el entendido de que “la ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios”, lleva ineluctablemente a concluir que “**en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales de derecho**”, admitiendo que “el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática”, y que tratándose de daños ciertos que se proyectan en el futuro, “la prestación de la indemnización debe consultar una compensación equitativa que ponga a los damnificados en una situación patrimonial más o menos equivalente a la que tenían antes del acontecimiento que les causó el menoscabo” (XLVI, págs. 689 y 690)”.*

La Corte soporta igualmente su decisión en el artículo 16 de la Ley 446 de 1.998 conforme al cual en la valoración de los daños irrogados a las personas debe observarse el principio de equidad, en armonía con los criterios técnicos actuariales.

A pesar que la utilización del principio de equidad para la tasación de los perjuicios materiales ante la existencia de dificultades probatorias no es un asunto desconocido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, pues el mismo había sido considerado con anterioridad, particularmente en sentencias de 12 de marzo de 1.937, 30 de Enero y 8 de julio de 1.964, 10 de Marzo de 1.994, 7 de Octubre de 1.999, 24 de Noviembre de 2.000, 7 de Diciembre de 2.000 y 11 de Septiembre de 2.002, entre otros, ni por la doctrina,¹ cabe preguntarse cuáles son los verdaderos límites o parámetros para la aplicación de tal principio por parte de nuestros jueces a propósito de las condenas derivadas de la Responsabilidad Civil en la que incurra determinado sujeto jurídico.

La anterior reflexión se hace necesaria, pues a la luz de los principios tradicionales que gobiernan el Estado de Derecho, la posibilidad de que los jueces apliquen en sus decisiones la equidad, reviste y revestirá siempre controversia filosófica y conceptual no sólo por las implicaciones que dicha facultad podría ge-

¹ En este sentido puede consultarse, TAMAYO JARAMILLO, Javier, De la Responsabilidad Civil, Tomo IV Editorial Temis, Bogotá D.C., 1.999.

nerar para las libertades y garantías públicas, sino igualmente por la inseguridad jurídica que tal concesión podría significar en sí misma. La Constitución Política de 1.991 a pesar de ampliar la visión tradicional contemplada por el constituyente de 1.886 y comprometer al país con la no poco ambiciosa visión de un Estado Social de Derecho, ratificó que el Juez únicamente se encuentra sujeto al imperio de la Ley y que los principios generales de derecho (incluido el de equidad) son criterios auxiliares de la actividad judicial (artículo 230).

Así, resulta paradójico que el legislador a través del artículo 16 de la Ley 446 de 1.998 haya incluido a la equidad como un principio que se debe tener en cuenta para la valoración de los daños irrogados a las personas ya no como un simple criterio auxiliar, sino como parte del ordenamiento jurídico vinculante, pues hace parte sustancial de una norma vigente. Nótese, adicionalmente, que mucho antes de la expedición de la mencionada Ley, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, aplicaba la equidad como criterio para la valoración del perjuicio material ante la imposibilidad de cuantificación exacta de los perjuicios materiales, sin necesidad de norma jurídica en tal sentido. El objeto del presente artículo, consistirá precisamente en plantear cuáles pueden ser las condiciones y límites razonables para el uso del principio de equidad por parte de los Jueces dentro de las sentencias derivadas de la Responsabilidad Civil en las cuales exista imposibilidad de acreditar con exactitud el monto o cuantía del daño material (daño emergente y lucro cesante) y al mismo tiempo, generar reflexiones sobre la necesidad de establecer reglas claras al respecto.

2. APROXIMACIÓN:

Para acercarnos al problema propuesto, consideramos conveniente puntualizar brevemente algunos conceptos básicos para el análisis:

2.1 EL PRINCIPIO DE EQUIDAD

Tal vez el referente más utilizado del concepto de equidad sea el formulado por Aristóteles según el cual “lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo, siendo justo, no es lo justo legal, sino una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales... lo propio de lo equitativo consiste precisamente

en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado, a causa de la fórmula general de que se ha servido”.² Así, la equidad se encuentra ligada de forma inescindible a la idea de aplicar una solución justa al caso concreto e individualizado y, en consecuencia, radicaré siempre en el Juez la misión de aplicarla en aquellos casos en que no exista norma aplicable o alguna vigente lo autorice.

Por supuesto, el concepto continúa siendo abstracto, pues el criterio de justicia aplicado al caso, deja un margen amplísimo al criterio del juzgador, ratificando el peligro que su aplicación arbitraria podría entrañar. Hemos citado a propósito el concepto Aristotélico de equidad, por tratarse del esgrimido de manera general por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sus decisiones.³

2.2 LA REPARACIÓN DEL DAÑO

Como es sabido, la obligación que surge con ocasión de determinada Responsabilidad Civil tiene como objeto la indemnización o reparación del daño producido. Consecuentemente con la citada aseveración, de manera reiterada se ha defendido jurisprudencial y doctrinalmente, que la reparación del daño jamás debe constituir fuente de enriquecimiento para la víctima, pues lo que se pretende es únicamente restablecer el equilibrio roto.

En efecto, autores como DE CUPIS⁴ expresan:

“El resarcimiento es una reparación que corresponde a la medida del daño. No puede servir para enriquecer al perjudicado, superando tal medida. Semejante enriquecimiento

2 ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, Trad. de Mariano de Azcarate, Libro V, Cap. X, tomado de Hermenéutica Jurídica, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Ministerio de Justicia, pág. 240. Desarrollos importantes del concepto de equidad pueden encontrarse en DE RUGGIERO, Roberto, Instituciones de Derecho Civil, Instituto Editorial Reus, T.I., Madrid o GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, La definición del Derecho, Fondo de Cultura, México.

3 Colombia. En sentencia de 7 de Diciembre de 2.000 M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles se indica: “Tornase oportuno destacar, ante todo, que si bien no puede desconocerse que en alguna oportunidad se justificó la corrección monetaria de las condenas en la necesidad de indemnizar un daño emergente, no lo es menos que en la actualidad, en todos aquellos eventos en los cuales de manera concreta se ha inferido la necesidad de reconocerla, ha acudido la jurisprudencia de la Corte, explícita o implícitamente, a fundamentar tal reconocimiento, en la equidad, entendida esta, en acatamiento de lo previsto por el artículo 230 de la Constitución Política colombiana, en un instrumento auxiliar de la interpretación judicial que permite ahondar en las normas jurídicas en búsqueda de la “justicia del caso en concreto”, de modo que, en esos eventos, la equidad ha sido la herramienta que le ha permitido a esta Corporación desentrañar el sentido de las distintas normas sustanciales, pero sin llegar a desdeñarlas pretextando aplicar sus propias apreciaciones”.

4 DE CUPIS, Adriano. El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil, BOSCH S.A., Barcelona, 1.996, página 753.

sería extraño a su función reparadora y equilibradora e introduciría a cargo del responsable, una pena privada.

La pena privada, encaminada a castigar al culpable, podía simplificar, a favor del perjudicado un beneficio superior al daño sufrido. Pero una vez superada históricamente tal institución, la reacción contra el daño privado no puede encaminarse más que a hacer conseguir al perjudicado la reparación del daño”.

Así mismo, LE TOURNEAU,⁵ indica:

“El principio que gobierna la reparación se expresa por una máxima que nosotros hemos forjado: todo el daño, pero nada más que el daño. La reparación debe ser íntegra, sin tener en cuenta la gravedad de la culpa, los recursos de la víctima o su situación familiar”.

Así, dentro de los procesos de Responsabilidad Civil, el concepto de reparación se encuentra circunscrito al resarcimiento del daño cierto y efectivamente causado a la víctima, bien sea pasado, presente o futuro, lo cual adquiere una trascendencia especial tratándose de la tasación de los perjuicios de orden patrimonial. La regla general indica que la condena por el daño material causado, conformado por el daño emergente y el lucro cesante, procede en la medida en que se haya acreditado dentro del proceso, prueba o pruebas fehacientes sobre la existencia de los mismos y su cuantía. Particularmente, en lo que tiene que ver con el lucro cesante no ha sido aceptado para ningún efecto, la indemnización de las meras expectativas económicas o ganancias dudosas – especulativas (v.gr. los ingresos que habría recibido el menor fallecido cuando luego de varios años de estudio que seguramente realizaría de acuerdo con los planes de sus padres sería un prestigioso médico cirujano).

La carga de la prueba sobre la existencia y cuantía de los perjuicios ha sido depositada en el demandante (víctima o sus causahabientes), por expresa disposición procesal (art. 177 C.P.C.). Al respecto, la propia Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 4 de marzo de 1.998 expresó:

*“En otras palabras, toca al demandante darse a la tarea, exigente por antonomasia, de procurar establecer, por su propia iniciativa y con la mayor aproximación que sea posible según las circunstancias del caso, tanto los elementos de hecho que producen el menoscabo patrimonial del cual se queja como su magnitud, siendo entendido que las deficiencias probatorias en tales aspectos de ordinario terminarán gravitando en contra de aquél con arreglo al Art. 177 del C.P.C.”.*⁶

5 LE TOURNEAU, Philippe. La Responsabilidad Civil, Legis Editores S.A., 2.004, Traducción de Javier Tamaño Jaramillo, página 68.

6 Colombia. En el mismo sentido, Sentencia de 20 de Marzo de 1.990 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

En línea armónica con lo expuesto, el artículo 97 del Código Penal vigente expresa claramente en relación con la Responsabilidad Civil derivada de la conducta penal y su magnitud lo siguiente:

“Esta tasación (de los perjuicios) se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado. Los daños materiales deben probarse en el proceso”.

Ratifica el precepto legal transcrito, el principio según el cual, la reparación del daño no debe constituir fuente de enriquecimiento para la víctima y que su indemnización debe partir de su acreditación previa, no solo en cuanto a su existencia, sino incluso sobre su magnitud.

3. LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO EN USO DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD

Con fundamento en lo expuesto, podemos concluir que la aplicación del principio de equidad en materia de Responsabilidad Civil debe traducirse ineludiblemente en la indemnización integral del daño efectivamente causado a la víctima enmarcado dentro del caso concreto que se presente al juzgador. Consecuencialmente, y siendo coherente con tal posición, la aplicación del principio de equidad no puede entrañar un enriquecimiento injustificado para la víctima o sus causahabientes, so pretexto de pretensiones subjetivas y contrarias a la realidad material y procesal.

No obstante, la utilización de la equidad para la cuantificación de los daños materiales ciertamente se ve cuestionada ante la lectura conjunta de los artículos 177 del C.P.C. y 97 del Código Penal a los que hemos hecho referencia, pues los mismos imponen que la acreditación de la cuantía o magnitud de los perjuicios resulta trascendental para el operador jurídico como parámetro para su fijación. Incluso, las fallas, imprecisiones u omisiones probatorias en esta materia generan a la luz de la norma procesal (no por ello insustancial) consecuencias desfavorables que debe soportar el sujeto jurídico que pretenda el resarcimiento.

Se suma a los argumentos que cuestionan la utilización de la equidad en ésta materia, el artículo 307 del C.P.C., conforme al cual las sentencias de condena deben dictarse en concreto. El texto del referido artículo, en lo pertinente, es el siguiente:

*“La condena al pago de frutos, intereses, mejoras, **perjuicios** u otra cosa semejante, se hará en la sentencia por cantidad y valor determinados. Cuando el juez considere que no*

existe prueba suficiente para la condena en concreto, decretará de oficio, por una vez, las pruebas que estime necesarias para tal fin.

(...)

El incumplimiento de lo dispuesto en este artículo constituye falta sancionable conforme al régimen disciplinario.

*Cuando la condena en perjuicios se haga por auto, se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y **especificada de su cuantía...**" (Negrilla fuera de texto).*

De acuerdo con la norma trascrita, no nos cabe duda que el legislador ha querido y pretende por todos los medios que la condena en perjuicios derivados de cualquier tipo de daño, se realice con base en pruebas suficientes que brinden certeza sobre la cantidad y valor de los mismos. Incluso, impone al juez un DEBER – no una facultad – para que siempre que no existan pruebas suficientes sobre la “cantidad y valor determinados” de los perjuicios, decrete de oficio diligencias tendientes a obtenerlas. Armónicamente, el numeral 4 del artículo 37 del C.P.C. ratifica esta apreciación cuando indica: “Son deberes del Juez: 4. Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias”.

Lo insólito resulta ser que el legislador, paralelamente, a través del artículo 16 de la Ley 446 de 1.998 hace imperativo para el Juez atender los principios de reparación integral y equidad para la valoración de los daños irrogados a las personas, lo cual pese a su abstracción, significa la atribución de una potestad de enormes proporciones a los Jueces. La Ley no precisó si el criterio se aplicaba para perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales, indicando tan sólo como premisa que se tratara de “daños irrogados a las personas”. Por ende, el juez podría, en principio, utilizar sin distinguir alguno la equidad para la cuantificación de los perjuicios de cualquier índole, esto es, patrimoniales y extrapatrimoniales.

La discusión se circunscribe, entonces, en la paradoja que significa armonizar los artículos 177, 307 del C.P.C. y 97 del Código Penal con el artículo 16 de la Ley 446 de 1.998.⁷ ¿Acaso la aplicación del principio de equidad con base en la Ley o

⁷ A pesar que tenemos algunas dudas sobre la constitucionalidad del artículo 16 de la Ley 446 de 1.998 a la luz del artículo 29 (Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (...)) y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” (hemos resaltado) y el artículo 230 de la Constitución Nacional, no incluimos tal discusión dentro del presente artículo, pues a la fecha no existe pronunciamiento en tal sentido por parte de la Corte Constitucional, y la posible aplicación de la “excepción de inconstitucionalidad” se encuentra sometida al criterio de cada Juez. Particularmente, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha hecho uso de él, dentro del pronunciamiento judicial que

en los precedentes jurisprudenciales de la propia Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, puede soslayar la obligación probatoria contenida en los citados artículos de la codificación procesal civil y sustantiva penal?

Para intentar dar respuestas a dicho escollo, hemos considerado necesario partir de un supuesto: La Responsabilidad Civil es una institución jurídica destinada fundamental y sustancialmente - al menos en el plano ideal - a obtener el restablecimiento de la equidad frente a aquellos casos en los que la misma ha sido quebrantada en virtud de la ocurrencia de un daño (concretado en determinado perjuicio). O como lo diría Le Tourneau: “La responsabilidad civil es la obligación de responder ante la justicia por un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima. Su objetivo principal es la *reparación*”.⁸ Si ello es así, el papel del Juez de cara a una controversia de Responsabilidad Civil, es justamente fijar dicha reparación para quien la solicita, bajo la aspiración de aplicar justicia al caso concreto, esto es, bajo parámetros de equidad.

En este orden de ideas, consideramos que los artículos 177, 307 del C.P.C. y el 97 del Código Penal, deben por principio, ajustarse al fundamento toral de la Responsabilidad Civil, esto es, la reparación con la aspiración de obtener equidad en las relaciones jurídicas, claro está sin llegar a extremos tales como eximir por completo al demandante de la carga de demostrar la existencia del daño y brindar elementos racionales y suficientes al juez para la fijación de la cuantía o de eximir al Juez del deber de decretar pruebas de oficio con miras obtener la determinación de la cantidad y valor de los perjuicios.

En otras palabras, consideramos que la armonización de las normas jurídicas planteadas sólo se logra en la medida en que la aplicación de la equidad constituya “la última posibilidad” para el Juzgador y no la regla general, para la cuantificación y fijación de los perjuicios dentro de un conflicto por Responsabilidad Civil.

La propia Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 5 de Octubre de 2.004 intentó esbozar soluciones a esta problemática indicando que para evitar inequidades el Juez cuenta con mecanismos eficaces para llenar el vacío probatorio, justamente mediante el decreto de pruebas de oficio. En efecto, el alto Tribunal expresa:

“Habrá ocasiones claro está, en que dadas las particularidades excepcionales de un caso específico, esa prueba oficiosa no sea indispensable para tasar el lucro cesante, porque

dio base a este análisis.

8 LE TOURNEAU, Ob. Cit, pág. 21.

el mismo puede ser deducido acudiendo a otros mecanismos igualmente admisibles, y habrá otros eventos en que no resulte de mayor utilidad, porque la información perseguida no sea susceptible de obtener de los medios probatorios cuyo recaudo oficioso pudiera disponer el juzgador, quien en todo caso, se insiste, siempre va a contar con instrumentos idóneos para propender eficazmente por la protección de los derechos sustanciales de los justiciables” (Negrilla fuera de texto).

El citado planteamiento de la Corte, a pesar de contar con notable sentido de justicia y hacer viable la aplicación de la equidad en los fallos por Responsabilidad Civil, contiene aspectos que no consideramos ajustados a la legalidad: el postulado desconoce lo establecido en el artículo 307 del C.P.C., pues indicaría que existen casos en los que a pesar de que no existe prueba suficiente para la condena en concreto, la prueba oficioso no es indispensable, pues el Juez podría **deducir** la cuantía de los perjuicios “acudiendo a otros mecanismos igualmente admisibles”. Incluso afirma que existen casos en los que la prueba de oficio por parte del Juez carece de toda utilidad, y en consecuencia su decreto quedaría sometido a su propio criterio.

Tales afirmaciones contradicen claramente lo previsto en el artículo 307 del C.P.C. que como hemos visto, no contiene una facultad para el Juez, sino un DEBER cuya inobservancia constituye falta disciplinaria para el Juez. Creemos que conforme dicho precepto, SIEMPRE que el Juez encuentre que no existen pruebas suficientes sobre la cuantía determinada de los perjuicios debe decretar de oficio aquellas pruebas necesarias para tal fin. Sólo en el evento que dichas pruebas de oficio (luego de ser decretadas y practicadas) no permitan alcanzar la certeza requerida, resultará válido y posible para el Juzgador acudir a la equidad mediante el ejercicio de deducción propuesto por la Corte.

A pesar del impacto inicial que tal apreciación puede implicar para aquellos que consideran que el uso de la equidad es impensable en materia de Responsabilidad Civil, ni siquiera como instrumento subsidiario, consideramos que una conclusión diferente conllevaría a la negación de la administración efectiva de justicia por parte de los Jueces, en contravía de la aspiración mínima de cualquier ciudadano que haya acreditado debidamente que sufrió un daño injustificado por parte de determinado victimario.

El problema podría plantearse fácticamente de la siguiente manera: puede estar probada fehacientemente dentro del proceso la muerte de un individuo a causa de la conducta culposa de otro; puede estar probado que el fallecido mantenía a su familia de manera exclusiva, y por la insuficiencia de pruebas - solicitadas

por la parte o de oficio por el Juez - para precisar la cuantía exacta del perjuicio, ¿podría válidamente un Juez dejar de fijar la cuantía del mismo y condenar en concreto? Ciertamente la aplicación de la equidad se hace necesaria para alcanzar decisiones justas en este tipo de eventos, claro está sujeta a determinados límites que a continuación intentaremos delinear.

4. CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DE LA EQUIDAD EN LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO.

Con base en lo expuesto hasta aquí, consideramos plausible sistematizar algunas condiciones mínimas para la aplicación judicial de la equidad como principio general de derecho de cara a la determinación de la cuantía de los perjuicios:

a) Como primera medida, creemos que la aplicación de la equidad para estos efectos debe ser considerada como una medida excepcional y/o especialísima para el operador jurídico y, por ende, no puede instaurarse como regla general para la cuantificación del perjuicio patrimonial. La interpretación sistemática de la Ley 446 de 1.998 y los artículos 97 del Código Penal así como 177 y 307 del C.P.C. así lo exige, tal como anteriormente lo hemos desarrollado. Particularmente, es necesario reiterar, que el Juez tiene el deber de decretar y practicar, en forma previa al uso de la equidad, aquellas pruebas que de oficio considere son necesarias para determinar y precisar la cuantía de los perjuicios.

b) Con base en el artículo 16 de la Ley 446 de 1.998, consideramos que la equidad debe ser utilizada como criterio para la cuantificación de daños con particular énfasis en aquellos causados a las personas. Esta conclusión tiene asidero en la idea consistente en que cuando se presentan exclusivamente daños materiales, su acreditación exacta es objetivamente factible para el demandante y, por ende, la carga probatoria debe ser más fuerte y exigente.

c) Debe existir un principio de prueba que le permita al Juez contar con parámetros económicos mínimos para la determinación preliminar de la cuantía de los perjuicios materiales derivados de daños personales, de tal manera que se pueda ser consistente con la idea de alcanzar la justicia en el caso concreto. En ningún caso, la ausencia total de pruebas respecto de la cuantía del perjuicio puede ser suplida por el Juez mediante el uso de la equidad.

Este límite a la aplicación de la equidad resulta trascendental, con miras a evitar decisiones desafortunadas como la del conocido caso “Clopatsky” de

la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en el cual se fijaron condenas por perjuicio material sin acreditación previa de la cuantía.

d) Consecuente con lo anterior, el proceso eventual y excepcional de deducción de la cuantía del perjuicio por parte del Juez debe estar acompasado con un proceso lógico sustentado en el material probatorio existente que garantice el ejercicio efectivo del derecho de defensa por parte del demandado o victimario. En otras palabras, el ejercicio realizado por el Juzgador con base en la equidad, debe ser sustentado de manera explícita y clara en la decisión, con miras a evitar el ejercicio arbitrario de dicha potestad. Debe hacerse un análisis claro y detallado del material probatorio utilizado para alcanzar la deducción que conduce a la decisión.

e) El ejercicio realizado por el Juez con base en la equidad, no puede ni debe comprender elementos derivados de la moral personal ni conclusiones derivadas de un ánimo caritativo o dadivoso. El ejercicio de deducción y argumentación que realice el Juez debe ser cuidadoso en no incorporar elementos religiosos, con miras a preservar la garantía constitucional edificada en esta materia (artículo 19 Constitución Política)

f) La reparación en equidad debe tener en cuenta sin excepción que se debe reponer todo el daño, pero nada más que el daño.

g) La equidad no puede convertirse en una posibilidad para sancionar al causante del daño. Debe considerarse el caso con objetividad y, por ende, sin consideración a las calidades y patrimonio del victimario, o al enriquecimiento superior o no que el mismo haya reportado por la conducta generadora del daño.

Tal como se ha anunciado en el desarrollo del presente documento, son estos apenas algunos criterios mínimos para el uso de la equidad en sentencias por Responsabilidad Civil, que de ninguna manera pretenden finiquitar tan delicado asunto. Nuestra pretensión no es indicar qué es equidad en determinado caso, sino viabilizar académicamente que el uso de este principio general de derecho por parte de nuestros Jueces se realice dentro de determinadas condiciones mínimas que permitan a demandantes y demandados esperar una solución racional y previsible a sus conflictos.

LA PRUEBA DE LOS CONTRATOS

Jorge Mosset Iturraspe

Publicado en “El Contrato en una Economía de Mercado”.

Jorge Mosset Iturraspe. Carlos Alberto Soto C.

Editores Normas Legales S.A.C. Trujillo (Perú). 2004.

CONTENIDO:

1. Las características del ámbito contractual. ¿Incumplimiento del contrato o de la obligación? ¿Ámbito contractual u obligacional?
2. Otra vez sobre las cargas probatorias. Dinamización y activismo judicial. Conclusiones de las V Jornadas Bonaerenses del Derecho Civil
3. Evolución de las consecuencias del “incumplimiento material” en el Derecho argentino
4. La tesis innovadora de la década de los 60 en adelante: el distingo entre obligaciones de medio y de resultado. Interpretaciones rígidas y flexibles
5. El criterio incorporado en el proyecto de 1987: la presunción de culpa y su destrucción con la prueba de la “no culpa”
6. Las enseñanzas del Derecho Comparado: la inversión de la carga de la prueba a partir del incumplimiento
7. Otras particularidades del ámbito contractual: autoría, daño injusto, culpa y riesgo, ilicitud, causalidad
8. El riesgo creado y la obligación de seguridad en los contratos
9. El daño moral en el incumplimiento contractual
10. Pactos sobre la responsabilidad y sobre carga probatoria

1. Las características del ámbito contractual. ¿Incumplimiento del contrato o de la obligación? ¿Ámbito contractual u obligacional?

Jordano Fraga menciona, con razón, “los equívocos que arrastra la secular discusión doctrinal sobre el tema de la responsabilidad contractual”.¹ Discusión, a la vez, conceptual y de intereses comprometidos; de la visión que se tiene con el contrato y la responsabilidad, y de la conveniencia o inconveniencia de *endurecerse* frente al contratante incumplidor.

El contrato es, parece redundante, un negocio económico. Un quehacer, plan, programa o proyecto de prestaciones, que se puede frustrar o cumplir; con riesgos ciertos e inciertos, cuya distribución convencional o legal, es un tema de sumo interés. De ahí que, mientras un sector del panorama jurídico universal apoya el cumplimiento estricto en razones a la vez jurídicas y morales, en la buena fe y en el comportamiento honesto, otro sector, en cambio, no ve mala fe alguna en el apartamiento de lo acordado, siempre que se indemnicen los daños; deja de lado el cumplimiento específico forzado, como contrario a la libertad de los contratantes, sin perjuicios morales.²

En el contrato debemos distinguir: las conductas comprometidas, el hacer, dar o no hacer, tendientes a procurar a la otra parte el bien o la utilidad buscada, y, además, *el bien o la utilidad que interesan al acreedor*. A este bien o utilidad le podemos denominar “objeto” (Zannoni) o finalidad negocial; objeto – fin; mientras que calificamos a las conductas como las prestaciones nacidas del contrato.

Ocurre, y aquí reside la razón de muchas discusiones, que el resultado buscado: ganar el pleito, curar al enfermo, adquirir el dominio del inmueble, gozar del espectáculo, realizar la excursión, lograr la fecundación, en algunos casos depende exclusiva o casi exclusivamente de la conducta debida del deudor, y en otras hipótesis *depende también*, además de hacerlo de esa conducta, de diversas circunstancias, más o menos complejas, previsibles o no, que tornan ese resultado menos cierto o seguro, más aleatorio o fortuito; circunstancias que el deudor no *maneja* o controla, en ninguna o en escasa medida; externas a su conducta. La importancia o magnitud de ese alea, riesgo ínsito en la obtención del fin querido, es una cuestión de hecho: no se le puede formular a priori y de manera dogmática. Sólo a posteriori, frente a la frustración del resultado querido, al fracaso del fin negocial, se puede saber, decir a *ciencia cierta* en qué medida la conducta

1 JORDANO FRAGA, Jesús. *La responsabilidad contractual*, Edit. Civitas, Madrid, 1987, págs. 243 y 245.

2 MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La frustración del contrato*, Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1991, Cit., y autores allí mencionados.

debida del deudor, su actuación prudente, diligente y experta, es condición necesaria, pero no suficiente para alcanzar dicho resultado.

La misma idea se puede expresar de muchas maneras: la prestación, en cuanto objeto de la obligación, no es nunca una entidad o un fenómeno abstracto, sino que aparece siempre como un cauce de realización de fines y de intereses de tipo empírico y práctico (Díez - Picazo).

Pero veamos los caracteres de este ámbito, zona o segmento de la responsabilidad:

a) Debe mediar un contrato válido y vigente, u otra fuente obligacional de la cual hayan nacido los deberes impuestos al deudor. La nulidad del contrato, su inexistencia, por faltar un requisito o mediar un vicio, nos coloca fuera de la responsabilidad contractual. Y si el contrato se agotó por haberse cumplido las prestaciones emergentes, también estamos fuera. En el primer caso, nos habremos quedado *en el camino al contrato*, en lo precontractual; en el segundo, nos ubicamos fuera por haber ya recorrido el camino, en la etapa postcontractual.

La prueba de estos extremos está a cargo del demandante, quien acciona por el incumplimiento. Empero, si el actor prueba el contrato, la defensa, fundada en los vicios, es a cargo del demandado. Lo mismo ocurre con la defensa basada en el agotamiento o extinción por cumplimiento.³

b) Deben existir las obligaciones, nacidas del contrato o de otra fuente, impuestas sin lugar a dudas a una persona en carácter de parte deudora en la relación, y esas obligaciones ser exigibles, no estar supeditadas a un plazo o una condición, ni tampoco al cumplimiento previo por la contraparte – que da pie a la excepción de incumplimiento – al cumplimiento simultáneo. Obviamente, la prueba de este extremo es a cargo del actor. Se desprenderán dichas obligaciones de la interpretación del negocio, de la averiguación de su sentido y alcance; a veces de su literalidad, otras de una interpretación finalista o de una que tenga en cuenta las *consecuencias virtuales*. Recordemos lo dicho sobre el *deber de seguridad*, nacido de tales o cuales contratos, de manera sobreentendida o implícita.

c) Se ha insistido, por intermedio de un sector de la doctrina (partidario de un “esquema rígido”, al decir de Alterini), en lo atinente al distingo entre obligaciones de medios y de resultado, en que el actor debe probar, asimismo, la *naturaleza jurídica* de las obligaciones asumidas por el deudor, a quien se imputa incumpli-

3 MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, edición actualizada, edic. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1998

miento. Si aceptamos que las diferencias o matices básicamente se desprenden a posteriori y no a priori, debemos concluir que esta prueba puede resultar imposible. Su exigencia parte más bien de una especie de prejuizgamiento sobre riesgos, aleas o dificultades en el cumplir. Sin embargo, con un sentido u otro, se alude a “distinguir la naturaleza o el contenido de la obligación” (Bustamante Alsina), como paso previo al estudio de la carga de la prueba.

d) El actor debe probar el incumplimiento material de la obligación prometida; *material* significa tanto como *no consecución del fin pretendido*, sin prejuizar sobre causas de imputación.

Como se observa, el quid del *incumplimiento contractual* es la violación de una obligación preexistente; de un deber específico, concreto, que alcanza a personas determinadas, en situación pasiva, de deudores y no ya un daño injusto, meramente, violación del deber genérico de no causar daño a otro.

En nuestro Derecho, lo contractual y lo extracontractual todavía, lamentablemente, están separados, con consecuencias distintas en orden a aspectos que no son relevantes: prescripción, daños resarcibles, factores de atribución, etcétera. El proceso hacia la unificación se encuentra abierto, a partir del Proyecto de Unificación Civil y Comercial, con importante apoyo doctrinario. Mientras tanto, debemos manejarnos con los dos ámbitos y la prohibición de acumular las normas resarcitorias, para seleccionar las más convenientes, y la complementaria de *optar*, por una acción u otra (art. 1107, Cód. Civil, Argentino).

No es esa la tendencia en el mundo jurídico, que transita estadios similares de desarrollo jurídico: “La tendencia doctrinal plantea la necesidad de un estudio unitario de la responsabilidad o, al menos, cuestiona la conveniencia de una radical separación entre ambos campos” (Scognamiglio).

La idea de fuerza, preponderante, es la *tutela del crédito*. Se “responde porque se debe” (Roppo). Esta idea “implica el abandono de patrones morales o intencionales (la culpa y el dolo) e impone la adopción de módulos objetivos de conducta, más idóneos para operar la realización del interés creditorio, y la afirmación de la responsabilidad como consecuencia normal” (Jordano Fraga).

La existencia de un *vínculo* significa un *plus* respecto de las situaciones de daños sin vínculo. El deudor se encuentra en *estado de sujeción* respecto del acreedor, en posición subordinada; de allí que el titular del crédito cuente para la defensa de su interés específico con medios para la actuación coactiva y, en su defecto, para realizar su equivalente dinerario.

No era esa la visión clásica que colocaba las situaciones de daños injustos, *neminem loedere*, como más graves, comprometiendo valores superiores, y de allí la reparación integral, sin perjuicio de señalar que la vida, el honor, la realidad, aparecen de ordinario comprometidos con daños injustos y no con incumplimientos contractuales.

La doctrina ha multiplicado los criterios de separación:

- Distinta naturaleza del interés lesionado (*betti*): expectativa creditoria insatisfecha contra interés consistente en el daño injusto;
- Distintos planos: secundario en la responsabilidad contractual, realización de un vínculo obligatorio preexistente; primario en la responsabilidad aquiliana, constitución de una nueva obligación que antes no existía (la de reparar);
- Distintas *estructuras* o diferencia estructural, con presupuestos propios: incumplimiento de una relación obligatoria particular contra lesión ilícita de un interés titulado (Bianca, Maccarone);
- Distintos deberes: específico en lo obligacional (cualquiera que sea la fuente u origen, art. 499, Cód. Civ. Argentino) contra deber genérico en lo aquiliano, de no injerencia en la esfera personal ajena (Rescigno, Miccio).
- Distintas *obligaciones*: una antigua, originaria, que aparece violada contra otra *ex novo*, de contenido resarcitorio, que se origina a través de la afirmación de la responsabilidad.
- Distintas *faltas*: en lo obligacional o contractual *al deber de cooperación del deudor*, en lo aquiliano, la verificación del daño injusto;
- Distintas *ideas*: de obligación, en sentido técnico y de deber jurídico.

La evolución, lo reiteramos, es en el sentido de acercamiento, de la superación de las diferencias, del predominio de la *técnica garantista*: responsabilidad como conjunto de garantías para el acreedor. Lo contractual se amplía; es, actualmente, mucho más que la responsabilidad por incumplimiento de la prestación principal, y se convierte “en la responsabilidad por el daño producido entre quienes están ligadas por un vínculo obligatorio, aunque el interés afectado sea un interés distinto del de la prestación” (Bianca). Es el deber de *conducta prudente*, o de seguri-

dad, ligado a la actividad de cumplimiento, pero *interés diverso al de la prestación*. Ya hemos hablado de este deber objetivo.

Por lo demás, el principio de buena fe, en su papel integrador, creador de deberes, básicamente camino al contrato y en el contrato – en la celebración, cumplimiento e interpretación (art. 1198, Cód. Civ. Argentino)-, en lo precontractual y contractual – deberes concretos y específicos – hace que la doctrina predominante califique esta responsabilidad, por analogía, como de índole contractual.

2. Otra vez sobre las cargas probatorias. Dinamización y activismo judicial. Conclusiones de las V Jornadas Bonaerenses del Derecho Civil

Aquí, en lo contractual, el debate sobre la carga de la prueba asume ribetes por momentos dramáticos. Los criterios opuestos se aferran a posiciones rígidas absolutas, inflexibles, para defender la posición de los contendientes.

De ahí que sea oportuno reiterar, particularizándolos, ciertos criterios ya mencionados.

V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Junín, 1992. Comisión de Derecho Procesal. Conclusiones.

“Comisión I

“1) Las reglas vigentes acerca de la distribución de la carga de la prueba que no obstan a la iniciativa probatoria del tribunal deben ser preservadas como viga maestra en la materia, sin perjuicio de su prudente flexibilización para mejor adaptarlas a las circunstancias del caso. A tal efecto puede ser útil, entre otros recursos, someterlas también a las reglas de la sana crítica como, por ejemplo, lo dispone el *Código General del Proceso* del Uruguay.

“2) La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas también puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales, en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios; la misma importa un desplazamiento del *onus probandi* según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos.

“Comisión II

“1) Los mayores poderes instructorios conferidos al juez, la distribución de las cargas probatorias y la evaluación de las pruebas, constituyen cuestiones directamente conectadas dentro del sistema procesal.

“2) El denominado activismo judicial, en la vertiente procesal, se materializa tanto en los mayores poderes instructorios que se reconocen a los jueces como en la libre apreciación probatoria, sin perjuicio de las limitaciones concretas que provienen del sistema dispositivo y, en general, de los valores superiores que recoge la ley procesal.

“3) El principio de la libre apreciación probatoria, en sus diversas modalidades, resulta de hecho condicionado en los procesos complejos y, especialmente, en relación, a las pruebas técnicas.

“4) Se impone asegurar el eficiente control judicial sobre las pruebas técnicas y, en particular, respecto de las nociones técnico – científicas en que se sustentan”.

Las reglas de la carga de la prueba operan una distribución del *riesgo de la incerteza* o de la falta de prueba entre las partes y, en este sentido, son normas procesales; pero ello ocurre en un proceso o litigio donde se enfrentan el interés del acreedor, para la afirmación de la responsabilidad, y el interés del deudor, para la exoneración.

Apuntan a ofrecer al juez un criterio de decisión del litigio (Micheli), un pronunciamiento sobre el mérito, evitando de este modo un *non liquet*. Se afirmó con razón que la doctrina de la carga de la prueba, del *onus probandi*, “no tiene otro alcance que el de señalar las consecuencias de la falta de prueba”.

El riesgo de la ausencia o certeza de una prueba, tema procesal, adquiere contenido concreto en cuanto se refiere a la relación jurídica que se hace valer en juicio. El problema básico, de sí un determinado hecho, integrado en el supuesto fáctico de una norma, como presupuesto de un cierto efecto jurídico, debe ser probado y por quién, no es cuestión puramente procesal. La norma procesal recepta la calificación atribuida por la norma sustantiva a los elementos constitutivos de cada supuesto de hecho.

El primer supuesto de hecho al cual “el ordenamiento concede fuerza jurídica” (Bueres) es el contrato, su celebración válida y eficaz fuente de obligaciones,

principales y accesorias (llevar al pasajero a destino y llevarlo sano, sí así comenzó el viaje).

El segundo *supuesto de hecho* es el incumplimiento, la insatisfacción del acreedor, la infracción del deudor a su deber específico. Y ese incumplimiento, al defraudar expectativas, es fuente de daños.

El tercer *supuesto de hecho* es ese daño concreto, patrimonial o moral, cierto, demostrable.

Las normas relativas a la carga de la prueba admiten, lo reconoce la doctrina, dos entendimientos:

a) Uno abstracto, o en abstracto (Trimarchi, Roppo), que en la especie que nos preocupa comprende: la prueba de la infracción de la obligación y, además, la prueba de que esta infracción no responde a una imposibilidad liberatoria, a un *casus*; que tiene como base el apartamiento voluntario de una prestación de cumplimiento posible, y

b) Otro entendimiento concreto, con base en las normas sustanciales, relativas a la responsabilidad contractual, por cumplimiento obligacional, del dar, hacer o no hacer, que señala como hecho constitutivo básico y fundamental (presupuesto el contrato y el daño), respecto del cual se asume el riesgo de la incerteza o falta de prueba, el incumplimiento: incumplimiento inicial; incumplimiento material; infracción de la obligación.

Debió pagar y no pagó; se obligó a construir y no construyó; estaba comprometido a escriturar y no escrituró, etcétera. Obviamente, en el tiempo y en la forma acordados.

Mientras la prueba a producir por el accionante es la del incumplimiento, total o parcial, inexacto, distinto, viciado, la prueba a producir por el deudor (co-contratante) es la de los hechos exonerativos, liberatorios, justificativos de su incumplimiento material. Para evitar que éste, de *inicial*, se vuelva definitivo; desaparezca su calificación de *material* para pasar a ser *incumplimiento*. A secas, que responsabiliza.

¿Hay aquí una inversión, total o parcial (Trimarchi, Roppo), de la carga de la prueba, en sentido procesal? Un sector, que otorga preeminencia a los criterios procesales, así lo sostiene (Roppo, Trimarchi); otro, al cual adherimos, se limita a observar que se trata “de una aplicación normal de las reglas de la carga de la prueba” (Sacco), puesto que es competencia de la ley sustantiva – en el caso del

Código Civil argentino – designar cuáles son los hechos que corresponda probar y sobre quién recae la carga de la ausencia o incerteza. Es éste el riesgo del deudor.

“Probado el incumplimiento se presume la culpa del deudor salvo demostración del *casus* o caso fortuito”.

El sustento normativo se encuentra en el artículo 513 del *Código Civil argentino* “El deudor no será responsable de los daños (...) por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito (...)” y en otros textos ratificatorios.

Morello, en su obra *Indemnización del daño contractual*,⁴ que data de 1967, nos dice: “Sabemos que el obligado compromete su responsabilidad con la mera prueba del incumplimiento, sin que sea necesario acreditar la culpa”. Cita jurisprudencia pacífica de los tribunales de la Capital Federal, de los años '40.

Borda, participando de este criterio, afirma que el acreedor “le basta con probar el incumplimiento (...) lo que dificulta el problema es que habitualmente la cuestión se presenta no como un incumplimiento total, sino como un cumplimiento deficiente (...) o el contrato no especifica con precisión cada una de las obligaciones asumidas por el deudor (...) la tarea de probar el incumplimiento (...) se complica singularmente, cuando para probarlo hay que acreditar una serie de actos u omisiones, cada uno de los cuales es un incumplimiento parcial de ese deber de diligencia que se ha asumido. Pero no por ello se altera el objetivo de la prueba, que es siempre el incumplimiento y no la culpa”.⁵

Llambías afirma: “(...) si se intenta hacer efectiva la responsabilidad contractual del deudor, esa prueba (la de la culpa) no es necesaria y basta con demostrar el incumplimiento material en que éste ha incurrido”. Y agrega: “Sólo cuando por la naturaleza de la obligación no es posible establecer el incumplimiento del deudor sin demostrar simultáneamente su culpa, el acreedor está obligado a suministrar la prueba de esa culpa (...)”.⁶

4 MORELLO, Augusto M., *Indemnización del daño contractual*, Abeledo – Perrot Buenos Aires 1967, p. 188, N° 49.

5 BORDA, G. *Tratado de derecho Civil, Obligaciones*, 6ta. Ed. Abeledo – Perrot, Bs. As., 1989, t.I.p. 109

6 LLAMBÍAS, J.J. *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*. Ed. Abeledo – Perrot, Bs. As., 1980, t. I. p. 179, N° 160.

3. Evolución de las consecuencias del “incumplimiento material” en el Derecho argentino

Lo hasta aquí expuesto vale como introducción al tema en el Derecho Argentino donde la cuestión está muy lejos de ser pacífica. Nosotros sostenemos que hay *tres criterios* que se han ido sucediendo, desde la sanción del *Código Civil*, no de una manera absoluta, siendo el primero reemplazado por el segundo y éste por el tercero; las cosas no ocurren así, al menos normalmente, en el orden jurídico. Los tres criterios, pese a la preeminencia de alguno de ellos *en su tiempo*, coexisten y tienen defensores. Ocurre que al lado del *Derecho de las normas*, con base en su interpretación a veces compleja en esta materia está el *Derecho vivo*, el de los tribunales. Además el campo de actuación de la responsabilidad contractual es de una gran amplitud, que hace que determinados sectores, como el de la responsabilidad profesional, estén más fuertemente impregnados de una tesis, y otros, como el del transporte o la compraventa, de otra.

Hacemos girar la cuestión sobre el *incumplimiento material* porque creemos que allí reside la piedra del escándalo, el *quid* del debate. ¿Cuál es su trascendencia en orden a la responsabilidad? ¿En punto a las cargas probatorias? ¿Qué inducir o deducir a partir de este incumplimiento? Por último aunque sobran argumentos para continuar ¿Qué debe hacer el deudor, que aparece como responsable?, ¿Qué debe probar para liberarse?

La tesis tradicional: probado el incumplimiento se presume la culpa del deudor, salvo demostración del “casus”. La opinión de Borda y de los clásicos. Habremos de comenzar con la denominada tesis clásica, preeminente desde 1871 hasta 1960, con el riesgo que estas precisiones temporales entrañan. Para ello entenderemos los distinguidos juristas enrolados en esta posición.

Para Cazeaux y Trigo Represas “en materia contractual al acreedor le bastaría con invocar la existencia de la obligación derivada del contrato y su incumplimiento, debiendo el deudor demostrar su irresponsabilidad si ésta existe (...)”.⁷

La doctrina nacional durante esos años hesitaba acerca de la posibilidad de liberarse con algo diferente de la prueba del *caso fortuito o casus*. El tema de la liberación con la demostración de la no culpa era cuestionado seriamente.

En tal sentido Llambías considera que en el ámbito de la responsabilidad contractual no hay *tertium quid*: siempre la ausencia de culpa coincide con un caso

7 CAZEAUX y TRIGO REPRESAS. *Derecho de las obligaciones*, Librería Editora Platense. S.R.L., 1979, t. I., p. 30

fortuito, de manera que no es posible el desdoblamiento de una culpa del deudor en conjugación con una fuerza mayor existente de responsabilidad; siempre la prueba del caso fortuito le corresponde al deudor.⁸

Morello, desde su doble especialidad, procesal y civil, avanzaba por esos años hacia el fondo del tema⁹: “Los circuitos de hecho, desde el punto de vista procesal, que condicionan la carga de la prueba, son los siguientes:

“I) El acreedor debe (tiene la carga de) probar la existencia del contrato (la fuente de la obligación y hecho constitutivo).

“II) Como el deudor debe satisfacer la prestación cumpliendo la obligación, es a él – al deudor – a quien le corresponde la prueba de su liberación, que puede reconocer como determinantes las siguientes causas:

“1) Incumplimiento involuntario por razones internas (por ignorancia, error o violencia, es decir por vicios de la voluntad). Se trata del incumplimiento material en el que están ajenas las notas jurídicas de culpa o dolo en el deudor.

“2) Incumplimiento involuntario por motivos externos: A) Caso fortuito o fuerza mayor. B) Por cambio notable de circunstancias (teoría de la imprevisión) que provoca o determina la extinción del contrato.

“3) Hechos obstativos del acreedor (culpa, dolo o violencia), sean propios o de sus dependientes, colaboradores o auxiliares. Se trata como se ve, de causas sobrevinientes al contrato.

“III) El deudor que pretende no cumplir asume, pues, la prueba del hecho – error, dolo, del acreedor o de sus subordinados, caso fortuito, fuerza mayor, cambio de circunstancias - que lo dispensa de la obligación.

“IV) Tales hechos pueden ser probados por todos los medios de prueba.

“V) En la apreciación de la prueba los jueces deben ser estrictos pues el acogimiento de cualquiera de las referidas causas afecta de modo concreto la relación contractual y el cumplimiento de las obligaciones”.

De lo expuesto se sigue que a partir de la prueba del incumplimiento material por parte del accionante, el accionado asume los riesgos de la justificación de su conducta. Y que el hecho ajeno, imprevisible e irresistible (*casus*), o la imposibilidad de cumplir absoluta, por razones ajenas a la voluntad, son las únicas exi-

8 LLAMBÍAS J.J. Ob. Cit. p. 196, nota 67

9 . MORELLO, Augusto M., Ob. Cit., Págs.19 y ss.

mentes. La escritura no se firmó porque el dominio había salido de la titularidad del vendedor, por expropiación, o usurpado por un tercero, no se podía hacer tradición, o había ocurrido la declaración de demencia del deudor.¹⁰

Conviene insistir en la *tesis central*: probado el incumplimiento se presume la culpa. Se infiere *iuris tantum*, hasta la prueba en contrario de la imposibilidad, del *casus*. Y frente a esa situación – incumplimiento presumido culposo – los daños resarcibles son sólo consecuencias inmediatas, que acostumbran suceder según el orden natural y ordinario de las cosas (arts. 901 y ss.).

La pretensión de reclamar *consecuencias mediatas* que surgen de la relación del incumplimiento con otro hecho o hechos distintos, en relación causal adecuada, requiere por parte del actor la prueba del dolo, del incumplimiento a sabiendas, para un sector de la doctrina; para otro, la prueba de la malicia, del incumplimiento con intención de perjudicar (art. 520, Cód. Civ. Argentino). La sinonimia entre ambos vocablos sigue siendo objeto de debate. Las mediatas, recordemos, son las previsibles, aunque *encadenadas* a distintos hechos; las casuales, aunque idénticas por definición, resultan imprevisibles, al menos para el común de las personas.

Presunción de la culpa que se agrava con la prueba del dolo o de la malicia, y que se supera – deja de ser incumplimiento imputable o, mejor, no pasa a ser definitivo o atribuible – con la prueba del *casus*.

Como vamos a mostrar aspectos del Derecho Comparado, conviene que digamos, desde ya, que en los países en que lideraba el Derecho Romano de base latina, Francia (Cód. de, 1804) e Italia (Cód. de 1865), la cuestión de la prueba de responsabilidad contractual era aún más severa para el *deudor* o contratista en situación pasiva.

Destacamos dos variantes:

a) Al acreedor – actor le basta probar la existencia del vínculo obligatorio que considera incumplido, y *alegar*, no probar, el incumplimiento material. Las excepciones que llevaban a la prueba del incumplimiento material eran tres: 1) cuando se trataba de una obligación cuyo contenido consistía en una omisión, un *pati* o hecho negativo; 2) cuando se trataba de un hacer, *facere*, medido en la diligencia (lo que luego se denomina *obligación de medios*), y 3) cuando se trataba de supuestos de cumplimiento inexacto, donde el acreedor denuncia hechos que

¹⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge y NOVELLINO, Norberto J. *La obligación de escriturar*, La Rocca, Buenos Aires, 1994.

contrastan con las condiciones pactadas. Esta interpretación encuentra defensores en los países indicados (Francia e Italia) y también en España (Espín, Albaladejo, González Porras, etc.).

b) Sin salirse del plano de la distribución de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual, con la distinción entre el plano de la materialidad del incumplimiento y el de la culpa (Mengoni, Maiello), las críticas de Carnelutti llevaron a distinguir entre: 1) el acreedor que demanda el cumplimiento (sólo la ejecución específica de lo acordado, en cuyo caso la prueba a producir por ese acreedor se puede limitar a la existencia de la obligación misma), y 2) el acreedor que demanda el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento, la responsabilidad contractual, que ha de demostrar el incumplimiento material, el supuesto fáctico, la *fattispecie* constitutiva de la pretensión resarcitoria.

Para concluir esta exposición de la tesis *clásica* aplicable a nuestro Derecho, digamos dos palabras sobre la *prueba del incumplimiento material*: es la falta de resultado debido; ausencia total o inexactitud; deterioro de la cosa depositada; interrupción del transporte; suspensión del espectáculo; alteración del programa musical; pérdida del juicio contencioso; muerte del paciente o agravamiento del enfermo no terminal, etcétera; no pago de la suma adeudada; interrupción de la obra contratada; falta de tradición de lo comprado, etcétera.

Sintetizamos entonces los aspectos sobresalientes:

1. El actor está eximido de probar imputaciones objetivas o subjetivas, culpa, dolo o riesgo creado, seguridad.
2. El no alcanzar el resultado buscado, prometido, hace presumir una imputación a título de culpa: negligencias, imprudencias o impericias como causa del incumplimiento.
3. La prueba de la no culpa no libera; se requiere una prueba *mayor*, que señale la ajenidad del incumplimiento.
4. Esa prueba es una imposibilidad absoluta por mediar hechos fortuitos, imprevisibles e irresistibles.
5. Los *matices* aparecen en los incumplimientos parciales o defectuosos, en lo que el actor debe señalar y probar apartamientos; *la realidad de estos hechos*.
6. La prueba del daño cierto, actual o futuro, es inseparable de la prue-

ba del incumplimiento. Hay daño porque hubo incumplimiento.

7. Puede, no obstante, haber incumplimientos no dañosos.
8. La prueba del dolo, de la malicia, o de los “hechos merecedores de tal calificación jurídica” (Díez – Picazo), para el agravamiento de las consecuencias, es a cargo del acreedor.

4. La tesis innovadora de la década de los '60 en adelante: el distingo entre obligaciones de medio y de resultado. Interpretaciones rígidas y flexibles

Durante la década de los '60, encuentra partidarios en Argentina el distingo vulgarizado – si no creado – por Demogue entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, conocido por esa u otras denominaciones similares:

- Obligación de actividad contra obligación de resultado;
- Obligación de *facere* diligente contra resultado;
- Diligencia contra resultado próximo contra resultado final.
- Obligaciones determinadas y obligaciones generales de prudencia y diligencia.

546

Se trata de destacar que, dentro del amplio espectro de obligaciones nacidas del contrato o de otras fuentes, de la variedad de las mismas, hay una que pertenece al género de las *obligaciones de hacer* – distinta de las de dar o no hacer – en la cual la *actividad prometida* por el deudor se concreta en actividad debida, diligente, con arreglo, según la naturaleza de la prestación, a patrones técnicos o comunes. El deudor cumple cuando ha desarrollado esa actividad, aunque el objetivo final de la misma, no incluido en el contenido de la obligación, en la prestación, no se realice.

Se diferencia, entonces, el hacer orientado a un resultado del hacer que incluye la promesa de lograr el resultado, la obra u *opus*. Serían dos haceres, en ambos hay de por medio un resultado buscado y prometido: en uno, se trata de un resultado más cercano – hacer bien –; en otro, de un resultado más lejano, hacer un *opus*, una *alteración del mundo físico*. Siempre hay un resultado debido, en vista del cual el acreedor contrató. Los resultados son, eso sí, de contenido diverso; el logro de ellos, de los resultados, es el que sirve para indicar, en cada especie, el cumplimiento y, por lo tanto, para excluir la responsabilidad.

Como afirman, con acierto, Jordano Fraga, Lacruz y González Porras, en la doctrina española: la imposibilidad liberatoria, en uno y en otro, es siempre la misma; la carga de la prueba de lograr el *opus* o actuar con la diligencia debida incumbe siempre al deudor.

Veamos dos ejemplos tomados de la actividad de *profesionales liberales*, en la denominación clásica, o *profesionales universitarios*, en la más reciente.

1. El quehacer del abogado, que acepta patrocinar a su cliente en una causa contenciosa, se califica como de *medios*, diligencia o actividad. Su deber no es generar el pleito ni, menos aún, que el cliente cobre la suma perseguida; consiste en realizar todas y cada una de las actividades del juicio: demanda, prueba, alegato, recursos, con la diligencia y pericia que se supone debe poseer un profesional del Derecho en ejercicio de su quehacer. Ciencia y conciencia. Con la posesión del saber científico, como dijimos, antes. Ocurre que el juicio se pierde; el juez rechaza la demanda; la causa del rechazo está dada por la procedencia de la *excepción de incumplimiento*: quien pretendía cobrar no había cumplido con obligaciones previas, de las que era deudor: rendición de cuentas de su administración. Se plantea quién debe soportar la carga de la prueba, el rol de la culpa. Creemos que son de aplicación las ideas antes expuestas: si el abogado fuera demandado por responsabilidad profesional por su cliente – convertido ahora en accionante – con base en el *incumplimiento*, que se desprende de la pérdida del juicio en el que era actor, es ese abogado quien debe probar haber procedido *como un buen abogado*, tomando todos los recaudos y ajustando la acción a la normativa legal, doctrina y jurisprudencia. Si no logra convencer al juez pierde la causa y debe reparar.

2. Algo similar ocurre en la actividad profesional del médico, clínico o cirujano, o de los profesionales de la salud en general, salvadas ciertas particularidades. El enfermo contrata con el médico clínico la atención de su salud. El profesional, obviamente, no le promete la curación, ni siquiera la mejoría. Debemos distinguir según que esa variante, la curación, sea o no posible, *in limine*, de entrada en el planteo. Descartamos la situación del *enfermo terminal*. El paciente, tratado, medicado, asistido, con varias visitas a consultorios, análisis, radiografías, etcétera, se muere. La salud no se alcanza, era el *resultado final, último*, no prometido. Pero tampoco se logra mejoría, beneficio de la atención brindada, al menos en la apariencia, resultado próximo buscado y no descartado. Planteado el tema de la *mala práctica*, en el juicio de responsabilidad: ¿Quién debe probar? ¿Cuál es el rol de la culpa? Nosotros insistimos en que del *incumplimiento material* – muerte del

enfermo sometido a tratamiento y no terminal, frustración de la atención en sus efectos inmediatos – surge una presunción de culpa que el médico debe destruir probando la *buena atención*, el haber realizado todo lo que estaba a su alcance y al alcance de la medicina; si no logra convencer al juez perderá el juicio.

Empero, en esta segunda etapa, en virtud de la difusión y aceptación mayoritaria del distingo efectuado por Demogue – que logra en nuestro país un éxito similar al alcanzado en la doctrina francesa (los Mazeaud, Tunc, Frossard, Weill y Terré, etc.), muy superior a la relativa fortuna que tuviera en Italia (Mengoní) o en España (Lacruz, Berdejo, Vattier, Fuenzalida, Yzquierdo Tolsada) - se llega a un *sacudimiento* de los criterios contractuales de responsabilidad, a una *fractura de las reglas generales*, en la medida en que:

- Ha servido para acentuar la doctrina de la culpa (no hay responsabilidad sin culpa);
- Asimismo para imponer la carga de la prueba de esa culpa al actor, como *conditio sine qua non* de la responsabilidad invocada, y
- Ha traído la acentuación del modelo subjetivo del hecho liberatorio: la ausencia de culpa, como camino a la exclusión de la responsabilidad.

Se puede afirmar entonces, sin exageración, que las tesis subjetivas, iniciadas en Francia por Domat y Phothier, reviven con Demogue y llegan hasta nosotros. Igualmente que el ámbito de las responsabilidades profesionales aparece como el *terreno preferido*, si no exclusivo; los deberes de diligencia aparecen en el mandato en general; en el depósito; en la gestión de negocios ajenos; respecto del tutor; del usufructuario, etcétera.

Y culminan en la creación de una dificultad probatoria seria, grave, al colocar sobre las espaldas del actor: cliente, paciente, la prueba del hecho subjetivo; negligencia, imprudencia o impericia del demandado, para mayor dificultad profesional.

Volvemos a formularnos la cuestión central que esta etapa origina: ¿Frente a deberes de diligencia, obligaciones de medio, quién debe probar?

a) El actor, acreedor, que el deudor no actuó con la diligencia debida, con la pericia exigible, o

b) El demandado, deudor, que su gestión se adecuó a esa diligencia, a esos medios prometidos.

- Insistimos en que esta tesis, la segunda, es la que nos parece válida, verdadera, con dos aclaraciones:
- La diligencia, como deber, se ha objetivado (Osti), es la observancia de un *modelo de conducta*, al margen de subjetividades, razones que llevarán al demandado a no cumplir;

El deudor que prueba que actuó conforme a la diligencia debida, no responde; pero no lo hace “porque prueba que ha cumplido” (Jordano Fraga), no porque la ausencia de culpa se constituya en prueba liberatoria.

Veamos ahora algunos de los argumentos de la doctrina nacional, de la favorable y de la no favorable al distingo *demoguiano*:

a) *Doctrina favorable*. La recepción no es monolítica, al menos luego de los primeros veinte o más años de aceptación.

En los primeros tiempos – aún hoy para un sector de la doctrina autoral, y para otro sector, quizá mayoritario de la doctrina judicial – se aceptaron las dos cuestiones centrales del planteo: 1) destacar el rol de los factores subjetivos en las del resultado, donde la liberación sólo puede provenir de la prueba del *casus*, del hecho extraño, y 2) colocar la carga de la prueba de la responsabilidad en las obligaciones de medio en las espaldas del actor, y en las de resultado en las del demandado.

A partir de la década de los '80, la doctrina partidaria del distingo se divide, y mientras unos – como ya hemos dicho – mantienen ambas postulaciones, otros aceptan la relativa a los factores subjetivos pero rechazan la atinente a la prueba (Bueres), a la carga en cabeza del actor, admitiendo presunciones *iuris tantum*, que invierten esa carga (Vázquez Ferreyra).

De esos primeros tiempos, de esa tesis que pone el acento en la carga de la prueba en cabeza del accionante – en las obligaciones de medio – son los trabajos de Salas,¹¹ de los años '40, Martínez Ruiz,¹² Acuña Anzorena,¹³ Busso,¹⁴ Bustamante Alsina¹⁵ y otros. El inspirador es, sin lugar a dudas, Demogue, quien *sistematizó* la clasificación de la cual existían atisbos, precisamente para determi-

11 SALAS, Acdeel E. *Diferencias técnicas entre la responsabilidad contractual y delictual*, en J. A. 1942 – IV – 729.

12 MARTÍNEZ RUIZ, R. Obligaciones de medios y de resultados, en L.L. 90 – 760

13 ACUÑA ANZORENA, Arturo. *La responsabilidad contractual por el hecho de otro*, en J.A. Doctrina 53 – 21.

14 BUSO, E.B. *Código Civil*, anotado, edic. Editar, Bs. As. 1949, vols. II y III.

15 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Prueba de la culpa*, en L.L. 99 – 888.

nar la distribución del *onus probandi* con independencia de la fuente contractual o extracontractual.¹⁶

La segunda corriente se limita a destacar el valor de la clasificación, aunque admite que su formulación es susceptible de críticas, en particular en el tema de la carga de la prueba.¹⁷ Encuentra la trascendencia en la utilidad para el factor de atribución: subjetivo, culpa probada o presunta, en las de medio; objetivo, garantía, crédito a la seguridad especial, tutela del crédito, en las de resultado. Insiste en que estas últimas, al presumirse una culpa que no admita prueba en contrario, lisa y llanamente se debe llegar a la configuración de un factor objetivo (Bueres, Agoglia, Boragina, Meza).¹⁸

Observamos que desde los primeros tiempos de la recepción del distingo en Argentina se han relacionado las *obligaciones de medio* con las que comprometen a los profesionales, particularmente a los médicos, y se ha insistido en poner la prueba de la culpa en cabeza del accionante, ello se puede ver, entre otros, en Alsina Atienza.¹⁹

Nos congratulamos de la *variante* en la medida en que traduce un giro objetivista: deja de lado el carácter “hermético” (Alterini), produciendo un sinceramiento en las de resultado – factor objetivo – y un dinamismo en las de medio, en tema de prueba. Cuestión capital y harto relevante.

c) *Doctrina desfavorable*. Las críticas al distingo, entre obligaciones de medio y de resultado, son de muy distinta índole:

1. Nadie desconoce que no es lo mismo prometer la entrega de un departamento terminado, o de la mercadería vendida, que obligarse a atender a un enfermo o a patrocinar una causa litigiosa. En este aspecto hay coincidencias generalizadas.
2. Las críticas comienzan en lo que se puede denominar *exageraciones*

16 DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en générale*. Libraire Générale du Droit et Jurisprudence, Paris, 1925, t. V. Se puede consultar DE LA FUENTE, Horacio H. *Obligaciones de medio y de resultado. Lo positivo y lo negativo de la clasificación*, en L.L. 1980 - A - 712, donde se señala que Demogue confunde la prueba del incumplimiento material con la de la culpa en las denominadas obligaciones de medio.

17 La vuelta al subjetivismo – pas de responsabilité sans faute – en Demogue es manifiesta; cuando alude a la frustración del resultado final – en las del resultado – señala como elemento de liberación para el deudor la prueba de su falta de culpa.

18 GOGLIA, BORAGINA y MEZA. *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1993.

19 ALSINA ATIENZA, Dalmiro A., *Carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de medio y de resultado*, en J.A. 19- III - 91.

en el distingo de Demogue: I) el ámbito se debe reducir exclusivamente a ciertas prestaciones de hacer, excluyendo las de dar, donde siempre se tiene en vista un resultado final, y las de no hacer, en las que el incumplimiento es la violación de la prohibición; II) el distingo no es categórico, lo cual lleva a sostener que “no se trata de una distinción ontológica”, basada en la naturaleza misma de una y otra (Esmein, Ripert y Boulanger, Colin, Capitant y otros, en la doctrina francesa).

3. Sí, como se sostiene en la actualidad la obligación tiene por objeto un plan, proyecto o programa de prestación a cargo del deudor, con miras a satisfacer un interés del acreedor, no se puede negar que siempre están presentes *resultados* – no meros medios –, sean éstos inmediatos, próximos, mediatos o remotos.
4. Si bien es verdad que en algunos casos la obtención del resultado perseguido depende exclusiva o casi exclusivamente de la conducta debida del deudor, y en otros – obligaciones de medio – “también de diversas circunstancias, más o menos complejas” (Zannoni) pre- visibles o no, no es posible, por tratarse de una cuestión de hecho, *afirmar a priori la magnitud de esa alea*.
5. Demogue y sus seguidores, nacionales y extranjeros, magnifican la importancia del alea en los deberes de diligencia. Es por ello que se afirma, por vía de ejemplos, que “el resultado” en las de diligencia “es completamente inseguro” (Enneccerus, Kipp y Wolff); que “las partes reconocen en ellas que su consecuencia depende de circunstancias harto azarosas” (Agoglia, Boragina y Meza). No nos parece que ejercitar una pretensión por cobro de pesos constituya una actividad azarosa o aleatoria; tampoco que tenga esas características una operación de apéndice; así como tantos actos médicos, clínicos o quirúrgicos.
6. Está claro que – salvo excepciones – quienes siguen a Demogue persiguen la vuelta al subjetivismo en la responsabilidad contractual (Alsina Atienza).

7. Y que hacen del tema de la prueba de la culpa, por el accionante, una cuestión capital: “*el onus probandi* de la culpabilidad” (Aلسنا Atienza y otros muchos).
8. La clasificación saca el debate del tema incumplimiento, el que será más simple o complejo, según sea el deber asumido, “con la consiguiente mayor dificultad probatoria (Belluscio); pretende desconocer que “siempre, en el campo contractual, lo que el acreedor debe probar es el incumplimiento, que hace presumir la culpa” (Belluscio).
9. Insistimos en que, a nuestro juicio, no tiende a *fundar una responsabilidad objetiva* – aspecto en el cual se fundan algunas críticas, como recuerda Alterini;²⁰ todo lo contrario ha servido para revitalizar las posturas subjetivistas y la dependencia de la responsabilidad contractual de la idea de culpa.
10. Y también es verdad, en nuestra opinión, que “su finalidad concreta – la del distingo – es revertir la situación de los *acreedores de medios*, quienes se encuentran obligados a probar *la culpa del deudor*” (Wayar),²¹ con la enorme dificultad que esta prueba encierra, en muchísimos casos, debido a la inferioridad técnico científica del acreedor.

5. El criterio incorporado en el proyecto de 1987: la presunción de culpa y su destrucción con la prueba de la “no culpa”

A fines de la década de los '80 detectamos una tercera etapa, que muestra, como un eslabón más, la aceleración de los cambios jurídicos, acorde con la velocidad que asumen las transformaciones en el mundo de la postmodernidad. Para que esta etapa aparezca con más claridad, la identificamos con el Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1987, y con la doctrina que ese proyecto promovió, incluidos los Proyectos de Unificación de 1993, de la Cámara de Diputados y del Poder Ejecutivo, coincidentes en lo fundamental. Con el movimiento de

20 ALTERINI, Atilio. *Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual*, en L.L. 1988 – B – 947. Coincidimos con el jurista capitalino en la insuficiencia del distingo para dictar. Por sí solo, soluciones; que se deba atender a una solución matizada que escape al hermetismo de la clasificación.

21 WAYAR, E. *Derecho Civil. Obligaciones*, Ed. Depalma, Bs. As. 1990, t. I. P. 128

reforma coinciden las nuevas tendencias procesales, en orden a la carga de la prueba y a su dinamización.

Los textos del Proyecto de 1987²² comprometidos en la nueva tendencia son los artículos 1625 y 514. El primero, en la medida en que dispone, en su apartado segundo, que tratándose de una obligación de medio comprometida por el profesional queda en caso de controversia a cargo de éste la prueba de haber obrado sin culpa, y el segundo, en cuanto señala los extremos que se deben dar para que no haya culpa.

No nos interesa detenernos en la consideración de si la redacción del artículo 1625 “no es feliz” (Morello), o si lo es, como sostiene otro sector de la doctrina; tampoco en idéntico debate acerca del proyectado artículo 514. No interesa la tésis, la finalidad, el propósito de la reforma.

Y, en este punto de vista, coincidimos plenamente con Morello en su acertadísima afirmación: “Lo que se quiere consagrar es una pauta o vía legal de cooperación para mejor atender la carga de la prueba”.²³

La carga de probar, cuando el deudor está comprometido con un *deber de diligencia*, es el tema central: “de este modo – dice Morello –, saltamos también la mención a las no siempre conducentes categorías propedéuticas de obligaciones de medio y de resultado”.

La norma procesal del proyectado artículo 1625, con la misma u otra redacción, se aproxima a la solución de las preocupaciones que los privatistas y procesalistas, que participan del cambio propugnado en este tiempo, persiguen:

1. Ensambla lo sustancial y lo procesal “en gravitación recíproca” (Morello);
2. Reformula la cuestión de la prueba, *trastornada* por el distingo (obligación de medio);
3. No producir quiebra alguna al principio de igualdad de trato, de base constitucional.
4. Coloca razonablemente a los deudores de obligaciones de diligencia en la necesidad de cooperar a los fines de la jurisdicción;

22 Proyecto que fuera ley, luego injustamente vetada.

23 MORELLO, A.M. *Tendencias modernas*, Ed. Platense, La Plata, 1991, p. 81

5. Refuerza el margen de discrecionalidad controlable del juez, que no queda atado a criterios rígidos que lo bloquearían (Morello).

En rigor, como lo señala el procesalista platense, a quien seguimos en esta parte, “lo buscado por la reforma” no se aparta de las reglas del *Código Procesal* de la Nación:

1. El acreedor tiene la carga de acreditar la existencia de la relación, el incumplimiento de la prestación a cargo del deudor y el daño (art. 377, apartado primero). Ello es de esta manera en todo tipo de obligaciones, cualquiera sea su fuente y especie.
2. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción (art. 377, apartado segundo, Cód. Proc.). De ahí que sí el deudor invoca la imposibilidad sobreviniente absoluta, el *casus*, lo debe demostrar.
3. Corresponde al deudor, en las obligaciones de diligencia, demostrar que actuó con la eficiencia, prudencia e idoneidad requeridas por las circunstancias del caso. Esta prueba, a cargo del deudor, reiteramos, no es, a nuestro entender, y según señalamos antes de ahora, prueba de la *no culpa*. Es demostración del cumplimiento.²⁴
4. En aquellas obligaciones en las que se prometió un opus, el deudor sólo se libera con la prueba del caso fortuito, imposibilidad absoluta, extraña a su obra. Parece razonable concluir, superando la tesis de la culpa presumida, que el factor de atribución es aquí objetivo.

6. Las enseñanzas del Derecho Comparado: la inversión de la carga de la prueba a partir del incumplimiento

Es verdad que la corriente doctrinaria que terminamos de exponer, tercera etapa o de la reforma, coincide con la doctrina procesal que propone sentar la regla general de que se debe imponer la carga probatoria a la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla.²⁵

24 La lectura del artículo 514, propuesto por el Proyecto de 1987, convence de que se trata de demostrar, en el fondo, que el deudor cumplió, no que tuvo culpa en el cumplimiento.

25 PEYRANO, Jorge W., *Doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, en L.L. 1991 – B – 1034. COLERIO, Juan P., *La relatividad de las reglas sobre la carga de la prueba*, en L.L. 1990 – B – 298.

Clasifica el distingo entre *obligaciones de medio y del resultado* como categoría dogmática a “invasora del campo procesal” Lorenzetti;²⁶ Alterini y López Cabana.²⁷

Asimismo, se inspira fuertemente en los avances que en la materia se detectan en el Derecho Comparado:

a) Es preciso *restaura el equilibrio alterado* por las particularidades de la relación negocial, cuando se observa que un contratante se encuentra en posición dominante, con mayor poder, y, obviamente, el otro en situación de dominado o sometido, muchas veces con base en su vulnerabilidad. Esto es muy grave a la hora de la prueba y de ahí que se proponga una regla que consiste en una *presunción general de culpa* en contra del obligado, fundada en el *favor debilis, favor victimae o pro damnato*.

b) Por lo general en el mundo actual los servicios son prestados por profesionales, expertos en el oficio, técnica, o saber del cual se trate. De donde a ellos les resulta más fácil, siempre, cómodo o sencillo, demostrar las particularidades del cumplimiento, sus complejidades o dificultades, lo que puede tener de aleatorio o riesgoso. De ahí que la carga les pese o se apoye en sus espaldas. La supremacía contractual se refleja el proceso.

c) El daño, que el acreedor prueba, es elocuente: habla por sí mismo. Obliga a extraer conclusiones razonables, inspiradas en la experiencia, en el acontecer ordinario. Si son erradas, equivocadas o falsas, el deudor lo podrá demostrar. El *common law* ha vulgarizado el brocárdico *res ipsa loquitur o things speak for themselves*; más aún frente a *daños anormales*. Ello surge de las *massime di sperienza*, que la doctrina italiana destaca²⁸; también en España ha dado pasos doctrinarios en el mismo sentido, invocando las pruebas *prima facie*, y en Alemania con la *Ancheinbeweis*.

d) El derecho moderno, de fondo y de forma “atiende al reparto de los costos”,²⁹ como dato esencial, para asegurar la garantía del acceso eficaz a la jurisdicción. Nadie se puede sentir afectado si por razones de *economía*, por encon-

26 LORENZETTI, Ricardo. *Carga de la prueba en los procesos de daños*, en L.L. 1991 – a – 1995.

27 ALTERINI, Atilio A., y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *La carga de la prueba en las obligaciones de medios*, en L.L. 1989

28 El primero en mencionar las máximas de experiencia, fue STEIN; luego FITTIN pretendió sustituirlas por la *regla de la vida*. Es, en el fondo, aplicación de la regla de la normalidad o experiencia común: *id quod plerumque accidit*.

29 CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes*. Ariel, Barcelona, 1984; ALPA, Guido, *Responsabilità dell'impresa a tutela del consumatore*. Milano, 1975

trarse con las mejores aptitudes de conocimiento técnico y haber actuado de modo gravitante en el evento de que se trata, “se lo reputa estar en posición para satisfacer la demostración pertinente” (Morello)

e) El criterio de normalidad releva de la prueba al accionante en los supuestos de difícil demostración, cuando la prueba directa no se puede producir. Aludía a esta situación Couture, al afirmar que “(...) la jurisprudencia ha construido para tales supuestos la doctrina de las llamadas *pruebas leviores*, sosteniendo que para el caso de prueba muy difícil (*difficilioris probationis*) los jueces, deben atemperar el rigorismo del derecho a fin de que no se hagan ilusorios los intereses legítimos”.³⁰

f) No es verdad, por otra parte, que la supuesta *inversión de la carga de la prueba*, a favor del actor, en la medida en que fuerza al demandado a probar el cumplimiento (o la no culpa), viola la *presunción de inocencia*, de raigambre constitucional (art. 18, primera parte). El argumento fue usado duramente, en contra del proyecto de 1987 (art. 1625). La norma apunta a la inocencia frente a la sanción penal, a la punición; no alcanza a la sanción reparadora. Por lo demás, es procedente la prueba en contrario, a cargo del accionado.

g) Hay de por medio una cuestión filosófica; reglas de claro contenido liberal – individualista (la prueba por el actor; prueba de la culpa) se enfrentan a otras reglas, de nuevo cuño, inspiradas en la protección de los más débiles, en facilitar el acceso a la justicia; en fin, en una concepción solidarista.

h) Asimismo, ateniéndonos a la realidad, se trata de armonizar el derecho con la vida y con la verdad, dejando de lado eufemismos y formalismos huecos. De nada sirve reconocer derechos si luego, a la hora de la prueba, nos amparamos en reglas rígidas, que configuran *pruebas diabólicas*. Como se lee en Cavanillas Múgica: “el aligeramiento de la carga de la prueba de la culpa para el perjudicado es tendencia coincidente en el Derecho Comparado”.³¹

i) Preferimos estas vías, transparentes, a los caminos seguidos por la doctrina francesa, de la “culpa virtual”, “culpa objetivada” o “culpa sin culpa” (sin reproche), que conducen a aceptar la responsabilidad “cuando por las circunstancias en que el daño se ha producido, éste no se puede explicar según la común experiencia sino por la existencia de una falta”.

30 COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1958.

31 CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia, Aranzadi, Pamplona, 1987.

Veamos cómo funcionan las máximas: *las cosas hablan por sí mismas*, experiencia, *prima facie*, etcétera, en los ejemplos antes mencionados de la responsabilidad de abogados y médicos.

El cliente del abogado lo demanda por responsabilidad imputándole los daños originados en la pérdida del juicio. El abogado se defiende sosteniendo que su obligación es de medio; que hizo cuanto estaba en sus manos hacer; que se trataba de una causa de alto riesgo, sumamente aleatoria, en la cual era impredecible lo que los jueces habrían de fallar. Frente a esa defensa caben dos tipos de pruebas:

a) El abogado deberá aportar la conducente a esa demostración; no se trataba de algo simple, normado con claridad, a partir de hechos comprobables; el cliente deberá, asimismo, probar que *no fue informado de tales riesgos*, el abogado alentó la iniciación del juicio, todos los elementos de convicción le fueron entregados en tiempo y forma. El letrado aportará doctrina y jurisprudencia para convencer al juez de la índole altamente compleja, conflictiva y discutible del asunto. Además, tratará de probar que *dominaba la cuestión*, desde el principio, habiendo puesto al cliente sobre aviso de las dificultades. Y si esto puede ocurrir con el abogado del demandado, que se opuso a la pretensión ejercida y fue derrotado: ¿Informó a su cliente de la improcedencia de las defensas? ¿Avisó de la aleatoriedad de la oposición? ¿Emprendió la aventura *porque sí y ante sí*?

En el terreno de la *mala práctica*, médica, real o imaginada, los hechos ocurren de manera semejante: el médico, ante la muerte del paciente – atendido clínicamente o intervenido quirúrgicamente – sostendrá que falleció por otras causas, a veces precisables y en otras ocasiones desconocidas; que se trataba de un *enfermo grave* o terminal; que su salud estaba minada y afloraron complicaciones subyacentes; que no era dócil al tratamiento clínico o al post operatorio; que tuvo otras atenciones posteriores, a manos de profesionales que cumplieron actos médicos para el accionado desconocidos, etcétera. La viuda o los hijos, por su parte, deberán vincular la muerte con el acto o actos cumplidos por el médico demandado, descartando la incidencia de los otros hechos, probar la relación causal en la medida de sus posibilidades y descartar las supuestas concausas o causas concurrentes. Si el médico alude al alea, riesgo o peligrosidad que la atención encerraba, deberá aportar elementos de convicción. Señalamos ya que sostener que todo acto médico tiene esas características es un sinsentido, absurdo, o mera exageración; lo mismo que ocurre con los actos cumplidos por abogados.

De estos ejemplos extraemos un elemento que en la doctrina moderna tiene mucho que ver con la carga de la prueba, puesto que se origina en un deber nacido de la buena fe, que debe presidir las relaciones humanas y, en particular, las jurídicas: el deber de información. Cumplido cabalmente, opera una especie de *traslación de los riesgos*; incumplido, los mantiene en cabeza del deudor del deber de diligencia. Si el abogado ilustra a su cliente sobre las dificultades que la causa encierra, en la pretensión de alcanzar el resultado final – ganar el pleito – y el cliente, puesto en conocimiento, insiste en demandar, los riesgos pesan sobre el cliente, siempre que la actuación profesional posterior sea correcta; además, esta información se debe probar fehacientemente. Algo similar ocurre con el abogado de la parte demandada que con toda ligereza niega la procedencia de la pretensión, luego acogida íntegramente; debe informar al cliente del fracaso seguro de las defensas y estar a su decisión, si es posible documentando esta información.

En la medicina, vuelta ardua, compleja y con tantas variantes, acontece exactamente lo mismo; desde una cirugía plástica hasta otra de alta peligrosidad. El paciente debe ser informado, de lo contrario *tiene derecho* a creer en la curación, en la simplicidad de los actos médicos.

En muchas de las situaciones recordadas, *los hechos hablan por sí mismos*, señalan con elocuencia la responsabilidad del profesional, con base en el incumplimiento: la paciente que entra al quirófano para que le operen una vérice o le extirpen una verruga, y sale del quirófano descerebrada o muerta... Hay bases fácticas como para pensar en un error en la intervención, y le queda siempre al accionado la prueba de descargo, probar que no fue su impericia o negligencia la causa del desenlace. Es de esa manera: el daño padecido puede autorizar la inferencia del incumplimiento y de la culpa, con base en la experiencia, en lo que ocurre de ordinario; hay una falta de razonabilidad *entre el acto a cumplir y el resultado perjudicial*; la anormalidad es también indicativa.

Si se trataba de cobrar un pagaré, ejecutar una hipoteca o lograr un desalojo, la frustración del resultado final no es previsible; no puede estar en los cálculos habituales del cliente actor. No negamos que pueda haber razones para esa derrota, pero sí había circunstancias que la hacían anticipable, el abogado debió prevenir al cliente, informarlo y requerir, luego de esta ilustración, su *consentimiento informado*.

7. Otras particularidades del ámbito contractual: autoría, daño injusto, culpa y riesgo, ilicitud, causalidad

Es innegable que el ámbito contractual de la prueba está sembrado de especificidades, lo cual no obsta para bregar por la unificación de los campos, en que una doctrina equivocada ha multiplicado las diferencias. Empero, hablar en este aspecto de igualación, con el único objeto de colocar la carga de la prueba en las espaldas de quien reclama por el ilícito, el acreedor, no es serio ni justo. La responsabilidad de los profesionales conoció un tiempo en el cual se negaba que en la base de la prestación del servicio hubiera un contrato. Y la razón de esa postura extracontractual no era ajena a la intención de invertir la *carga de la prueba*, desobligando al profesional de la demostración de haber obrado con la diligencia debida.

Ello es de este modo en la medida en que:

a) La autoría no puede recaer en una persona cualquiera, miembro de la sociedad civil; sólo puede incumplir el contratante, la contraparte negocial. Un tercero, extraño, puede *violar la relación negocial*, transgredirla, en razón de que todos estamos forzados a respetar dicha relación, aunque seamos *terceros* y no partes. Sabiendo o debiendo saber de su existencia, no podemos proceder como si ella no existiera. La lesión por *el tercero del derecho de crédito* es una conquista del moderno Derecho de Daños. Una situación es la que se denomina relatividad de los contratos, que sólo alcanzan a las partes y, al menos en principio, no benefician ni perjudican a terceros, y otra, muy distinta, la pretendida irresponsabilidad de quien, con su accionar impide el cumplimiento de la prestación. También en tema de *autoría*, debemos atender a la índole *fungible o infungible* de las prestaciones prometidas; a la posibilidad del cumplimiento por un tercero, distinto del obligado originario; a la factibilidad de un reemplazado, para evitar la frustración del crédito. Hemos destacado que, *en las personalísimas* prestaciones que por su índole sólo puede satisfacer adecuadamente el deudor originario, las enfermedades, en la medida en que sean obstativas, liberan; en particular cuando son inculpables.

b) El daño, aunque se debe probar, en especial en lo que hace a su cuantía, volumen monetario, es dable de ser presumido, y ello por una razón sencilla: toda prestación tiene un contenido económico, un interés de ese carácter de por medio. De ahí que la frustración permite inferir un perjuicio. Algo similar acontece con la presunción de daño moral: si el acreedor es quien ha creído y espera ser

satisfecho, si la prestación es un *plan o programa*, si el incumplimiento significa un dejar de lado esas expectativas, es razonable pensar que el acreedor padece una alteración de sus estados de ánimo, disvaliosa o mortificante. Empero, hemos recordado ya que el artículo 522 otorga los jueces *un poder de decisión*, con base en la equidad, respecto del *daño moral contractual*: pueden acordar o no el resarcimiento. Aunque el perjuicio moral existe, si lo juzgan de escasa cuantía o jerarquía, o que no es, ni más ni menos, que el disgusto por la insatisfacción. Ya volveremos sobre este tema. Lo atinente a la cuantía es relevante, cuantía del daño patrimonial; la falta de prueba posibilita al juez determinar la relevancia económica a su arbitrio, leal saber o entender, o sana crítica.

c) En punto a los factores de imputabilidad o atribución ya hemos indicado la fuerte, decisiva, presencia de lo objetivo frente a lo subjetivo, en franca retirada. El incumplimiento presume la culpa, por tratarse de un deber concreto, específico, cuya violación importa daño injusto, en las obligaciones de diligencia o resultado próximo. En las de *resultado final* o mediato, hemos destacado una y otra vez, el factor es el *riesgo creado, la garantía del crédito o la seguridad prometida*, según situaciones y preferencias, y es de este modo porque para liberarse el deudor debe demostrar la imposibilidad absoluta por caso fortuito; hecho de la propia víctima que niega su colaboración en el pago, que obstruye la liberación, o el impedimento emergente del hecho del tercero – lesión al crédito –, en tanto sea un tercero extraño, por el cual no se debe responder. Hemos enfatizado que la denominada situación de *no culpa es*, en rigor, situación de cumplimiento de los deberes asumidos. Para el incumplimiento obra el casus, en sentido amplio (en las de diligencia y también en las de resultado). La referencia a esta clasificación no significa, parece sobreabundante decirlo, participar de la tesis del distingo ontológico, más bien es una concesión al *Derecho vivo* de los tribunales y fundamentalmente, a las diversidades que se pueden observar en las obligaciones, en orden al cumplimiento, sea a priori o a posteriori.

d) La injusticia o antijuricidad, tanto del incumplimiento como de su consecuencia, el daño, son notorias; al menos cabe presumirlo de esta manera. El deudor – libremente – se obligó a cumplir. No condicionó esa obligación ni aludió a vicisitudes que la podían tornar imposible. De donde, al menos en principio, sólo puede invocar *imposibilidades sobrevinientes*. No aludió al aleas o dificultades insuperables, que podrían actuar como *causas de justificación*. No informó, deber impuesto por la buena fe negocial, sobre nada de ello, o que tuviera que ver con obstáculos en el cumplimiento programado y prometido. Si el deber es cumplir,

la violación nace con el incumplimiento. Así de sencillo. Y el incumplimiento, en cuanto insatisfacción lo hemos visto, es daño injusto. El deudor asume los *riesgos del incumplimiento*, garantiza el crédito, asegura, implícita o explícitamente, la satisfacción debida.

e) La causalidad adecuada, relación entre el obrar del contratante y el perjuicio, también cabe que sea presumida, inferida, deducida de los hechos mismos. La *présomption de causalité* es una consecuencia de todo lo expuesto en puntos anteriores sobre la libertad de contratar, las obligaciones virtuales, la expectativa del acreedor y el deber del contratante deudor. Aun la doctrina francesa, reacia a *estos avances en el tema de daños*, ha comenzado su consideración bajo el rótulo de *pérdida de una "chance"*. El acreedor de los servicios, por vía de ejemplo, a falta de prueba sobre una conexión directa entre conducta contractual y daño, puede aludir a la disminución de las posibilidades que tenía antes de la conducta frustrante de *lograr* el objetivo buscado. "Sobre la base de esta *causalidad aleatoria* - afirma Jordano Fraga - el médico se presume autor del daño".³² También se admite la *causalidad alternativa* para responsabilizar a uno cualquiera de los miembros identificados, de un *grupo determinado*, frente al daño de autor anónimo: equipo de servicios profesionales, manifestantes, huelguistas, hinchas deportivos, etcétera. Es el tema de la responsabilidad grupal o colectiva, que pone a prueba los principios tradicionales de la causalidad.³³

8. El riesgo creado y la obligación de seguridad en los contratos

Sin lugar a dudas, y más allá de todo apasionamiento, la evolución del Derecho argentino y del de los otros países, en similar estadio del desarrollo, se orienta hacia una responsabilidad contractual objetiva.

Semejante afirmación no importa desconocer *situaciones transitorias*, ciertas *especies de moda*, vulgarizadas al conjunto de *políticas económicas*, de *tendencias de mercado*, que responden a la llegada a la región, tardíamente, de la *revolución neoconservadora*, o a un brote neoliberal con reflejos, como no puede ser de otro modo, en el Derecho.

32 JORDANO FRAGA, Francisco. *Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico*, en *Revista General de la Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, enero de 1985, Págs. 75 y ss.

33 MOSSET ITURRASPE, Jorge. Daño colectivo, en *Responsabilidad por daños*, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1992, ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Presunciones concurrentes de causalidad en la colisión plural de automotores*, en *derecho de Daños, La ley*, Buenos Aires, 1992, ps. 189 y ss: de los mismos juristas. *Presunciones de causalidad y de responsabilidad*, en L.L., 1988 - B - 981.

Innegablemente, media “un proceso paralelo al que se registra en el ámbito de la responsabilidad extracontractual o aquiliana” (Jordano Fraga). Hay aquí una fuerte tendencia igualadora o unificadora de los factores de atribución.

No es razonable, por otra parte, que haya objetivización aquiliana y se mantenga la subjetivización contractual, cuando en este último ámbito median razones, a nuestro juicio decisivas, para prescindir o, disminuir notablemente la influencia de la culpabilidad. Sería paradójico que ello ocurriera.

Empero, la norma del artículo 1113, en lo extracontractual, ha posibilitado avances objetivos que, a falta de un texto similar – y por una actitud consciente o inconsciente de rechazo de otros textos originarios del Código – no se han dado en lo contractual.

En el terreno que ahora nos ocupa, lo contractual, *lo objetivo*, viene dado:

a) En lo que se ha denominado la *primera ola objetivista*, por la comprensión cabal y decisiva del *incumplimiento*, como hecho probatorio de la responsabilidad, y

b) En la *segunda ola objetivista*, por relacionar la liberación con el *casus* o la prueba del incumplimiento, y no con la supuesta no culpa, imputando la responsabilidad al *riesgo creado*, y asumido por el deudor al contratar, bien a la *garantía* o a la *seguridad*. Por lo tanto, objetivando asimismo la prueba de la *imposibilidad sobrevenida al deudor*.

La culpa del deudor, como elemento negativo de la prueba liberatoria frente a la invocación de la extinción o de la *imposibilidad sobrevenida*, debe ser aportada por el acreedor. Pero no como *conditio sine qua non* de la responsabilidad, puesto que ella emerge a partir del incumplimiento y de las presunciones judiciales que autoriza, sino como *contraprueba del “casus”*, de la pretensión de liberarse recurriendo a lo fortuito, imprevisible o irresistible.

Abierto ese debate, provocado por el *deudor arrinconado* con la demostración del incumplimiento, el acreedor, cuando tiene elementos en sus manos, cuando le resulta posible, debe terciar con la demostración de negligencia, imprudencia o impericia. Cada uno debe traer al debate lo suyo, aquello de lo cual dispone.

Vimos ya que el *deber de seguridad* o la garantía del crédito, como obligación virtual, que surge implícita del contrato celebrado, aporta otros elementos objetivos. Descartan el debate sobre reproches de conducta, sobre supuestas culpas. Como no sean culpas virtuales, objetivas o sin reproche.

En el ámbito contractual, ¿Se puede hablar de conductas del deudor riesgosas o peligrosas, por sí o por las cosas empleadas, que conllevan responsabilidad objetiva?, ¿Es razonable recurrir a ellas cuando no han sido pactadas, cuando no están convenidas en el negocio celebrado, en el plan de prestación y, obviamente, cuando no sean imprescindibles, necesarias, exigidas por las circunstancias del cumplimiento?

En las *V Jornadas Rioplatenses de Derecho*, celebradas en San Isidro, en junio de 1989, se recomendó:

“De lege lata: 9) En la órbita contractual el profesional responde en calidad de deudor por los daños ocasionados mediante el empleo de cosas. El deber en juego es una obligación tácita de seguridad que reviste carácter objetivo; ella existirá cuando el daño provenga del riesgo o vicio de la cosa (...)”. Se complementa con la N° 14: “En la esfera contractual médica no habrá una obligación tácita de seguridad cuando el riesgo de la cosa empleada en el tratamiento sea propio de la situación planteada, y en la decisión se haya actuado conforme a las reglas de una ciencia que indicaba la necesidad de su empleo, pese a la existencia de riesgo de daño, y la cosa riesgosa se haya empleado en el exclusivo interés del paciente (...)”.

Compartimos la regla – recomendación 9 – y las excepciones expresadas en la N° 14. Con el agregado del cumplimiento del deber de información. Del no empleo de cosas riesgosas cuando existen otros métodos, caminos o procedimientos, que prescinden de ellas. Del no potenciar la peligrosidad de ciertos actos, quehaceres o servicios, en cuanto ello implica un apartamiento del plan o programa de prestación.

En congresos, jornadas y encuentros – felizmente multiplicados en nuestro país, a lo largo y a lo ancho – se vuelve evidente la división de nuestros juristas y objetivistas, con manifiesto predominio, en los últimos tiempos, de esta tendencia.

De este modo ocurrió, por vía de ejemplo, en las *I Jornadas Rosarinas para Estudiantes y Jóvenes Abogados sobre Temas de Derecho Civil*, celebradas en 1988. Por un lado, se declaró que: “la responsabilidad, en las obligaciones de medios y de resultado, tiene carácter subjetivo”. Con la firma del profesor Brebbia. Y, por el otro, se dijo que: “En materia de responsabilidad profesional, rige la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado. Dicha división no involucra una rigidez en la carga probatoria, ya que tanto puede tener que probar el actor como el demandado. Lo trascendente es que en los deberes de actividad la responsa-

bilidad es subjetiva, mientras que en los deberes de fines la responsabilidad es objetiva”.

De lege ferenda, se recomendó:

“Resulta plenamente justificada la inversión de la carga probatoria consagrada en el artículo 1625, apartado segundo, del Proyecto de 1987”.

En las *IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil*, celebradas en San Juan, en agosto de 1989, la comisión N° 5, recomendó:

“De lege lata: 7) La tendencia del Derecho moderno a fundar la responsabilidad profesional en factores objetivos, no puede ser trasvasada indiscriminadamente al caso de los profesionales denominados liberales”.

“10) Cuando el daño es ocasionado mediante el empleo de cosas, la responsabilidad es objetiva: a) en el ámbito contractual por la obligación tácita de seguridad; b) en el ámbito extracontractual, por el artículo 1113, párrafo segundo, parte segunda del Código Civil”.

De lege ferenda: II) El Proyecto de Código Único de 1987 es satisfactorio:

“d) Al poner a cargo del profesional la carga de demostrar las eximentes de responsabilidad, sea subjetiva u objetiva (art. 1625 del proyecto)” (firman este despacho, entre otros: Alterini, Parellada, Bueres, López Cabana, Kemelmajer de Carlucci, Zannoni, Bossert, Mosset Iturraspe, Vallespinos, Pizarro, Vázquez Ferreyra, Agoglia, Boragina, Meza, etcétera).

En las *III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa*, abril de 1991, se declaró:

“Comisión N° 2. De lege lata: 8) La responsabilidad de los profesionales comúnmente se produce por un incumplimiento contractual”.

“9) Cuando la responsabilidad se funda en culpa, ésta debe ser probada por el actor, sin perjuicio de la incidencia de las presunciones judiciales y del concepto de carga probatoria dinámica – cuyo funcionamiento es de excepción – que hace recaer ésta en cabeza de quien se encuentra en mejor situación para probar (doct. Art. 377, Cód. Proc. Nac.; art. 375, Cód. Proc. Prov. Buenos Aires, y art. 355, Cód. Proc. La Pampa)”.

De lege ferenda: 7) El proyecto del Código Único de 1987 es satisfactorio en cuanto:

“f) Pone en cabeza del profesional la carga de demostrar las eximentes de responsabilidad que correspondan en cada caso (art. 1625, apartado segundo)”.

En el *II Congreso Internacional de Derecho de Daños*, Buenos Aires, 1991, la comisión N° 2, *de lege lata*, recomendó: “6) Despacho A. Cuando la responsabilidad se funda en la culpa, ésta, en principio, debe ser probada por el actor, sin perjuicio de la incidencia de las presunciones judiciales, y del concepto de carga probatoria

dinámica cuyo funcionamiento es de excepción, que hace recaer ésta en cabeza de quien se encuentra en mejor situación para probar” (Bueres, Zannoni, Banchio, Trigo Represas, Muller, Pizarro, Messina de Estrella Gutiérrez, Vázquez Ferreyra y otros).

“Despacho B. Cuando la responsabilidad médica se sustenta en la culpa, el profesional tiene la carga exclusiva o concurrente de acreditar su diligencia” (Lorenzetti).

“Despacho C. En materia de responsabilidad incumbe al actor probar la culpa del profesional” (Ysreelit),

“12) Cuando los profesionales utilizan cosas que dañan por su riesgo o vicio (o sea, con independencia del acto médico puro), la responsabilidad de dichos profesionales, contractual o extracontractual, será objetiva”.

En las *V Jornadas Nacionales del Derecho del Seguro y III Conferencia Internacional*, celebrada en Huerta Grande, Córdoba, en octubre de 1992, se recomendó:

Comisión A. IV) Responsabilidad profesional:

“En las obligaciones de medio, no debe recaer exclusivamente sobre el profesional la carga de la prueba sobre la prestación adecuada del servicio. Esa carga debe ser conjunta de ambas partes.

“Debe admitirse la importancia de las presunciones y la teoría de las cargas probatorias dinámicas. Igualmente, hay que tener en cuenta las condiciones socioeconómicas y tecnológicas en que se presta el servicio, al efecto de la valoración de la culpa (art. 512, Cód. Civ.)”.

En cuanto a la posición de los tribunales nacionales, de nuestra jurisprudencia, se debe reconocer que mayoritariamente se admite el distingo entre obligaciones de medio y de resultado; que también son mayoría los tribunales que, tratándose de los llamados *deberes de diligencia*, colocan la carga de la prueba de la culpa en cabeza del actor, reclamante, y que la afirmación *tipo* es, más o menos, la siguiente (tomando como ejemplo la responsabilidad de los profesionales médicos):

*“La obligación médica es, en principio, de medios y no de resultado, ya que salvo algunos supuestos marginales el médico no está obligado al restablecimiento de la salud, sino solamente a procurarlo aplicando todos sus conocimientos y su diligencia. De tal forma, es el paciente quien debe demostrar la culpa que atribuye al médico, pues es ese medio el único apto para exteriorizar la abstención de las obligaciones que eran exigibles”.*³⁴

34 Cám. Nac. Civ., sala C. 17-6-80, L.L., 1980-C-294; sala E, 26-8-87, E.D. 126-449; sala F. 24-8-82, Rep. L.L. XLIII, A-1, 665, Sum. 239; sala D, 12-5-92, L.L. 1992-D-581; sala A, 15-6-89, J.A., del 18-4-90; sala G. 15-4-85, L.L. 1985-C-548; C.S.J.N. 28-12-89 (voto de vocal Fayt), J.A. 1990-II-443; Cám. Apel. Civ. Y Com. De Lomas de Zamora, sala I, 29-9-87, D.J. 1988-2-474; Cám. 1° Civ. Y Com. De San Isidro, sala I,

En los últimos tiempos (cinco años a esta parte) es muy fuerte la tendencia que recoge, a nivel jurisprudencial, la teoría de las pruebas dinámicas.

9. El daño moral en el incumplimiento contractual

Hemos aludido, una y otra vez, al tema del daño moral por el incumplimiento de las obligaciones (art. 522, Cód. Civ. Argentino). En este texto campea la *responsabilidad en equidad*, que es aquella en la cual el rol o papel del juez aparece como decisivo, no sólo en la interpretación de los hechos y de la norma aplicable, sino también en admitir o rechazar la pretensión ejercitada; atendiendo a las circunstancias del caso, a la índole del hecho ilícito o del incumplimiento, a la persona de los contratantes, a su situación, a la gravedad del factor de atribución, etcétera. Y, básicamente, al tipo y entidad del daño moral alegado.

Al actor, reclamante, no le basta con alegar un perjuicio moral, emergente de la frustración de sus expectativas, de la insatisfacción del crédito, al cual tiene derecho. No es suficiente, inclusive, la prueba de un daño moral – dolor, consistente en las alteraciones disvaliosas de los estados de ánimo, del contratante acreedor, por no recibir el pago, la prestación debida, en tiempo y forma.

Es esta la interpretación predominante que la magistratura nacional otorga al vocablo *podrá*, que caracteriza el texto, sobre todo en los últimos años. A partir de esta facultad – poder que la norma le concede al juzgador, ya no le dice *deberá* – frente a un daño moral cualquiera – hacer lugar al reclamo; sobre la base de esa prueba, muchas veces mera presunción, por las dificultades obvias que la demostración de *estados de ánimo* encierra.

Y la razón del *podrá*, la explicación del rechazo de la pretensión indemnizatoria es, para nosotros, sencilla y evidente: teniendo la obligación un contenido patrimonial, la reparación de los perjuicios de esa índole cubre, por lo general, por compensación, las expectativas del acreedor; el peticionado *daño moral* no puede ser el mero *dolor* por la insatisfacción; en cuyo caso, de serlo, todo incumplimiento, fatal y necesariamente lo originaría; el acreedor de una suma de dinero que no la cobrara en tiempo y forma, podría reclamar este daño no patrimonial; también el depositante que no recibiera en devolución lo depositado; el acreedor de la renta vitalicia no pagada; etcétera. De ahí que la doctrina judicial se haya orientado en el sentido de exigir otra especie de daño moral, no la clásica: dolor, sufrimiento, desazón, angustia, y esa especie tiene que ver con el menoscabo de

30–11–77, S.P.L.L. 1979–501; Cám. Nac. Civ., sala D. 16–2–84, L.L. 1984–C–586.

los derechos de la personalidad, honor, dignidad, imagen, intimidad, libertad, integridad física o psíquica, etcétera.

Asimismo, resulta innegable que para otro sector de la doctrina autoral y judicial, él *podrá* del artículo 522 no tiene otro significado que él *deberá* implícito en el 1078 del Código Civil argentino, en consecuencia el juez se debe limitar a verificar si la carga de la prueba – puesto que no se admiten meras presunciones – evidencia la existencia de ese daño, y en caso afirmativo condenar a la reparación, sin más.

En cuanto a la cuantía de la reparación, partiendo de la consideración harto notoria de la inconmensurabilidad de esta especie de perjuicio, el juez deberá estar, más que a la prudencia o a su mero arbitrio, a los denominados “placeres compensatorios” (Lafaille), beneficios o goces que la suma de dinero – que el dañado ha de recibir – le puede otorgar.

No un daño moral resarcido *simbólicamente*, con una suma insignificante o de muy escaso poder adquisitivo; tampoco una indemnización *enriquecedora*, que cambie la situación económica y vuelva *pueriles* a quienes no lo eran antes de sufrir el daño.

10. Pactos sobre la responsabilidad y sobre carga probatoria.

Es preciso partir de un distingo esclarecedor: unos son los pactos con virtualidad exonerativa: limitativos, determinativos o liberadores de la responsabilidad; comúnmente relacionado con su cuantía o bien con los hechos que la puedan originar, o con la gravedad de la imputación, etcétera, y otros son los pactos sobre inversión de la carga de la prueba, relativos a todos o a alguno de los presupuestos, destinados a modificar el *sistema* probatorio, facilitando o, por lo general, dificultando la demostración por la víctima.

Una primera cuestión es la relativa a la validez o invalidez de tales pactos. Cabe observar que si bien unos y otros funcionan independientemente (Giorgianni, Miccio, Bianca) – no es lo mismo pactar *que no se responda* por el contratante incumplidor, cuando el factor es la culpa, que pactar que el acreedor debe demostrar los hechos que son base de la responsabilidad –, existe entre ambas especies de pactos una *estrecha interrelación*, puesto que, pactando sobre la prueba y dejando inalterada la situación de los presupuestos o de la existencia o no de la responsabilidad, se puede hacer imposible el reclamo, lograr su exclusión total. Se suele recordar que durante el siglo XIX, la jurisprudencia francesa considera-

ba que la inversión de la carga de la prueba era el único efecto admisible de las cláusulas de irresponsabilidad. La única de uso entonces era la que apuntaba a limitar la imputabilidad del deudor.³⁵

Los pactos sobre irresponsabilidad se encuentran insertos en relaciones contractuales, tienden a incidir sobre la responsabilidad que, de no existir, debería soportar el contratante incumplidor. Pueden alcanzar todas las variantes del *incumplimiento*: total o parcial, tardío, defectuoso o irritual. Se celebran contemporáneamente con el contrato y lo integran, como una cláusula más: No obsta ello a la posibilidad de una celebración posterior, como modificación parcial de lo convenido. Pero antes de haber incurrido en los hechos que desencadenan la responsabilidad. Si fuera de época posterior a ésta - la responsabilidad - se configuraría una renuncia o una transacción.

Para responder sobre validez o ineficacia es preciso atender al tipo de norma que consagra la responsabilidad que se apunta al alterar: norma dispositiva o imperativa, con base en la autonomía de la voluntad o en *el derecho* que atiende intereses superiores, moral u orden público.

Recordemos los artículos 21 y 953 del Código Civil, que restan validez a las cláusulas que violan normas imperativas (*ius cogens*).³⁶

Como anticipamos, pueden versar: sobre la autoría, excluyendo a una de las partes de la posibilidad de constituirse en parte incumplidora; sobre la antijuricidad o incumplimientos (daños injustos por violación de tal o cual obligación), descartando los efectos indemnizatorios en alguna especie de incumplimiento o exigiendo, para que la responsabilidad se configure, que recaiga sobre tal o cual aspecto; sobre los factores de imputabilidad: subjetivos u objetivos, alterando el sistema legal, sea en la índole del factor, sea en su entidad, gravedad o jerarquía; sobre las especies de daños: declarando, por ejemplo, que no se indemniza el moral, o sólo el extrapatrimonial y hasta tal o cual suma, pactos que excluyen daños - o los incluyen - o que determinan la cuantía del resarcimiento; sobre la relación de causalidad, exigiendo una cierta conexidad o vínculo, descartando consecuencias inmediatas o incluyendo alguna que a priori se pueda considerar remota.

35 SEGUR, J. *La notion de faute contractuelle en Droit Civil français*, Aix, 1956, págs. 98 y ss.

36 MOSSET ITURRASPE, Ob. Cit. p. 137

Recordemos, aunque parezca sobreabundante, que los pactos sobre responsabilidad pueden estar dirigidos tanto a aumentarla como a disminuirla; a reducirla o ampliarla; a favorecer, por lo tanto, al acreedor o al deudor incumplidor.

En Francia se les conoce como *clauses de non garantie; clauses de non responsabilité, o de responsabilité atténué; convention d'irresponsabilité*.³⁷ En Italia se les denomina *clausole di esonero della responsabilità; clausole di esclusione della responsabilità; clausole di irresponsabilità, o di limitazione della responsabilità*.³⁸

“Los abusos, en la materia son muy numerosos” (Carbonnier), promovidos por el contratante fuerte, deseoso de colocar al *débil* en una situación de no poder reclamar. Y de ahí que los códigos, a partir del italiano de 1942, vienen normando estos pactos.

Artículo 1229 del Código de Italia: “Cláusulas de exoneración de responsabilidad. Es nulo todo pacto que excluya o limite preventivamente la responsabilidad del deudor por dolo o por culpa grave. Es nulo también cualquier pacto previo de exoneración o limitación de responsabilidad para los casos en que el hecho de un deudor o de sus auxiliares constituye una violación de obligaciones derivadas de normas de orden público”.

Artículo 1341, segunda parte: “Condiciones generales del contrato. En todo caso no tendrán efecto, si no fuesen específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establezcan a favor del que las ha impuesto, limitaciones de responsabilidad (...)”.

Es semejante la regulación del Código Civil de Portugal:

Artículo 800, segunda parte: “La responsabilidad puede ser excepcionalmente excluida o limitada, mediante acuerdo previo de los interesados, siempre que la exclusión o limitación no comprenda actos que representan la violación de deberes impuestos por normas de orden público”.

En el Derecho español, al igual que en el francés y en el nuestro (art. 507): “El dolo del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligación”, el Código prohíbe la renuncia de la acción procedente del comportamiento querido o a sabiendas – dolo – (art. 1102 y ss.); empero, la doctrina viene enseñando que dichas

37 CARBONNIER, Jean, *Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1971, t. II, vol. II, ps. 639 y ss. En el Derecho galo las cláusulas se reputan, como regla, válidas, en función de los arts. 4, II, 1255, Cód. Civ. Se prohíben, por ley, determinadas cláusulas, en ámbitos concretos: transporte, entre otros.

38 Citamos entre otros, Dáltilia, D'Avanzo, Dominedó, Gentile, Fanelli, Giannattasio, etc.

cláusulas son ilícitas cuando exista entre los contratantes una notoria desigualdad, que prive o limite la libertad de contratar de la parte débil (Roca Sastre, Puig Brutau, García Amigo, Santos Briz, Tallada).

En la doctrina nacional, mientras la cuestión estuvo en manos exclusivas del *Código Civil*, se discutió duramente el tema relativo a la *culpa grave* y su posibilidad de dispensa. El Código *parece opuesto* a la asimilación de la culpa grave – falta enorme, error grosero, ignorancia supina, imprudencia máxima, impericia extrema – al dolo, en la medida en que rechaza, al menos en el artículo 512, la clasificación de la culpa en grados y criterios de prestación de culpa.

Luego aparecen leyes, en temas concretos, como seguros y transportes, que aluden a la culpa grave y la asimilan a la actividad a sabiendas, al dolo. De ahí que, por vía de analogía, se puede entender que también en el Derecho argentino la culpa grave no se puede dispensar por un pacto de exoneración de responsabilidad:

a) El matiz diferencial entre el obrar a sabiendas y hacerlo sin querer, pero con abandonos extremos, es mínimo;

b) La buena fe y la moral social no se compadecen con esta causa de liberación, que afloja la seriedad del vínculo obligacional;

c) Si contratar es establecer una relación de confianza, no se puede imaginar que se ajusta a lo pactado quien se abandona, comete negligencias o descuidos extremos;

d) La culpa grave, al igual que el dolo, compromete el orden público, y

e) No se puede ignorar que es ésta la tendencia del Derecho Comparado.³⁹

Finalmente, en un tercer momento, aparecen, por un lado, los proyectos de reforma – el de 1987 y los posteriores de 1993, Ejecutivo y Diputados – y por el otro, la *Ley de Protección al Consumidor* 24.240, que amplían el enfoque del tema:

1. La irresponsabilidad, cualquiera que sea, total o parcial, o la cuantificación o tarifación, son inadmisibles en los contratos por adhesión o sujetos a condiciones generales, donde una parte, es el predisponente de cláusulas semejantes, y el otro, el *adherente*, sin posibili-

39 Bolivia. El Código de Bolivia de 1976, en su art. 350 declara la nulidad de los pactos exonerativos cuando: a) comprendan la responsabilidad emergente del dolo o de culpa grave: b) pretendan dejar de lado normas de orden público.

dad alguna de discutir las. Es una típica cláusula abusiva, leonina o vejatoria.

2. La irresponsabilidad no se compadece con el ataque, lesión o menoscabo de bienes tales como la vida, el honor, la dignidad, la intimidad – derechos personalísimos o de la persona humana, o derechos humanos – que están fuera del comercio y, por ende – escapan a pactos de exclusión o limitación.
3. Tampoco se compadecen o armonizan con la protección al consumidor, con los contratos de consumo, que apuntan a proteger al necesitado de bienes y servicios, frente al proveedor, fabricante o introductor de los mismos en el mercado.

Los contratos donde estas cláusulas aparecen como más comunes, frecuentes o de ámbito adecuado – obviamente para quien busca liberarse – son: los de espectáculos públicos; los de transportes; los de loterías, rifas y demás juegos de azar; los de *cajas de seguridad*, bancarias y hoteleros; los bancarios en todas sus modalidades: los de guarda, garaje o depósito; los de compraventa de automotores usados; los de prestación de servicios profesionales, etcétera.

La interpretación económica del Derecho, y por ende de los contratos, ha vulgarizado todas aquellas *medidas* dirigidas a mejorar la ecuación *costos – beneficios*, en aras de una mayor eficiencia ingrediente del desarrollo, progreso y avance de los pueblos, desde la óptica capitalista. De donde resulta oportuno detenernos brevemente en considerar los aspectos que creen beneficiosos y los perjudiciales, de tales cláusulas limitativas.

Beneficios, en orden a:

a) Las indemnizaciones, por incumplimientos de variado tipo, en la medida de su cuantía o monto dinerario, pueden alterar las previsiones y los cálculos económicos, inclusive el de los costos de los bienes y servicios;

b) La sanción resarcitoria crea un margen de inseguridad, el tema de rentabilidad, de atracción de los inversores o accionistas; más aún cuando su determinación dineraria es desconocida y queda al arbitrio del juez, o de las pruebas;

c) Se privilegia la seguridad dinámica de los deudores a la estática de los acreedores; saber anticipadamente los montos indemnizatorios, conocer que ta-

les o cuales hechos, básicamente de colaboradores o auxiliares, no comprometen resarcimiento alguno, ayuda a la planificación empresarial;

d) La actividad empresarial requiere *libertad de acción*, manos sueltas, que se *atan* con las indemnizaciones, con las amenazas de condenas por resarcimiento; las reparaciones *a todo trance*, por cualquier hecho dañoso, y con montos libres – reparaciones integrales o plenas –, desalientan a las empresas y las colocan muchas veces, en trance de quiebra;

e) Una cierta irresponsabilidad abarata costos. El argumento apareció, sorprendentemente, en el veto presidencial a determinados textos de la *Ley de Protección al Consumidor 24.240*. Se dijo allí que establecer garantías para los productos comercializados “por la economía irregular”, de forma callejera, significaba privar a las clases más modestas de bienes de consumo baratos o a precios inferiores. Se olvida, empero, que este supuesto abaratamiento es a costa de la calidad, de la bondad del producto, muchas veces de su misma utilidad o provecho. Pagar barato lo que no sirve, no es un buen negocio;

- Inconvenientes, que se desprenden de las cláusulas de irresponsabilidad, total o parcial:

a) Importan la *pérdida de la juricidad*, en cuanto el obligado es libre de cumplir o no la prestación asumida; la obligación no es tal si se le resta la responsabilidad por el débito insatisfecho; no puede haber deberes – libres; el contrato es un compromiso que fuerza, como la ley misma (art. 1197), a cumplir;

b) Pérdida de moralidad: las costumbres se resienten si la palabra empeñada puede ser desconocida sin una sanción, si es lo mismo mentir que ajustarse a la verdad, puesto que, en el fondo, las cláusulas eximentes – que no las agravantes – aflojan la relación, permiten ciertas infracciones a lo convenido;

c) Estimulan la negligencia del deudor; descartado el dolo, insusceptible de dispensa, se pretende una liberación frente a la *culpa generalizada*, a todo obrar no intencional; de este modo se relajan las relaciones, se aflojan los controles; es exactamente lo contrario a los deberes que la buena fe – faro luminoso del Derecho moderno – impone;

d) Desequilibra la relación negocial, los contratos onerosos, que son la mayoría, tanto en lo civil como en lo comercial – según el antiguo distingo, hoy en trance de desaparición – son por naturaleza equilibrados, guardan una relación

prestación – contraprestación; las eximentes, totales o parciales, quiebran la relación y destruyen el equilibrio;

e) La seguridad jurídica tiene que existir para las dos partes: no se puede predicar una seguridad que es sólo para uno de los extremos de la relación, o cuyo costo es la inseguridad de la contraria; no hay contrato seguro si, a la postre, el contratante puede o no cumplir, según le plazca o convenga, sin sanciones con dignas o integrales;

f) Importan, las más de las veces, un aprovechamiento del más fuerte, respecto de la debilidad, necesidad, inexperiencia o vulnerabilidad de la otra parte, el más débil; de ahí que, aparezcan en los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas; otra puede ser la situación si reconocen un *precio razonable*, si alguna irresponsabilidad pactada es compensada o contrabalanceada;

g) Atentan contra el orden público económico, que se construye sobre la negociación seria, en firme, respetuosa de lo acordado.

- Respecto de la prueba:

a) Quien invoca un pacto de esta índole lo debe demostrar, por lo general con el mismo contrato o con una cláusula adicional por separado;

b) Quien invoca la nulidad del pacto debe demostrar el porqué de la invalidez, los valores comprometidos, el abuso de poder de dominación, el desequilibrio negocial, la desnaturalización de la relación obligacional, etcétera.

c) La contraria, que se beneficia, que ha sido la autora de su incorporación, la predisponente, concurrirá al debate con argumentos sobre el no aprovechamiento; pacto entre dos empresas; pacto que lleva al pie la firma del adherente;⁴⁰ pacto que ha tenido principio de ejecución, etcétera.

En relación con los pactos sobre la carga probatoria, hemos indicado algunas de sus múltiples variantes, incluyendo algunas específicas del tema y otras que lo exorbitan; cláusulas indicativas de quién debe probar tal o cual presupuesto; cláusulas referentes a los medios de prueba admisibles: testigos sí o no, pericias,

40 El abuso puede ocurrir en la relación empresa – particular (proveedor – consumidor), pero también en la relación empresa grande contra empresa mediana o chica. Es cuestión de fuerza o poder de negociación. De posición dominante contra posición dominada. La interpretación del contrato convencerá al juez de la existencia o no de abusos inadmisibles. En cuanto la firma al pie – que fue incorporada por el Código italiano y pareció en su tiempo, un avance respecto a las aceptaciones expresas o implícitas – se juzga hoy intrascendente, puesto que el consumidor firma cualquier cosa, en la necesidad de satisfacer sus apetencias.

etcétera; cláusulas sobre modos probatorios, cuándo ofrecer la prueba, en tal o cual instancia, con tales o cuales modalidades; cláusulas sobre defensas, eximentes o causas de liberación, admisibilidad o no;⁴¹ cláusulas sobre caducidades, obstativas a la invocación de determinados hechos dañosos, por el transcurso del tiempo o bien por otras razones pactadas; cláusulas sobre los plazos de prescripción de la acción, no sobre la prescripción misma, cuya configuración es de orden público; cláusulas sobre *presunciones de caso fortuito*, ligadas a los presupuestos y a la prueba.

Como regla, se puede sostener que estos pactos sobre la prueba son admisibles. Lo mismo que ocurre, al menos en principio, con los de responsabilidad limitada.

El paralelismo lleva a la doctrina a sostener que allí donde no se admite, por la razón que fuere, un pacto de irresponsabilidad, tampoco se puede admitir otro de inversión de la carga de la prueba. Se alude a *exoneraciones directas* – los pactos sobre responsabilidad – y *exoneraciones indirectas* – los atinentes a la prueba –.

Estos últimos, que son los que ahora nos interesan, pueden a su vez ser directos o indirectos; directos, cuando disponen alterar el régimen sobre la prueba *de los hechos constitutivos de la pretensión*, que le corresponde al actor – acreedor, o *la relativa a la carga de la prueba sobre los hechos impositivos*, que le corresponde al demandado – deudor;⁴² indirectos, cuando del modo en que se explicita o configura la relación entre las partes, deriva una *diversa calificación de ciertos hechos*, que cambia o altera su índole impositiva o constitutiva.⁴³

El *Código Civil* italiano, en el artículo 2698 dispone: “Es nulo el pacto por el cual se ha invertido o modificado la carga de la prueba, cuando se trata de un derecho del cual la parte no puede disponer, o cuando la inversión o la modificación tiene por consecuencia hacer a la parte excesivamente difícil el ejercicio del derecho”.

La misma tendencia se observa en otros países, tal el caso de España. García Amigo reconoce, de acuerdo con el Derecho de ese país, los límites señalados

41 *La Ley de Promoción de la Vivienda*, sancionada en diciembre de 1994, en su art. 6º contiene un buen ejemplo de limitación de las defensas oponibles.

42 En la doctrina española se predica la nulidad de las cláusulas de inversión directa de la carga de la prueba por GÓMEZ ORBANEJA y HERCEQUEMADA. *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1976, t. I. P. 316

43 Se nos ocurre, como una situación de extrema sencillez, plantear la demanda sobre la base de hechos negativos y, por ende, forzar al accionado a que formule afirmaciones positivas.

antes: a) Los hechos indisponibles por la propia naturaleza y b) la excesiva dificultad para el ejercicio del derecho.

Por la vía de estas cláusulas de inversión o modificación, en tema de prueba se puede llegar, afirma la doctrina comparada mayoritaria, al mismo resultado que por la vía de la dispensa del dolo o de la culpa grave. La prueba hace, en consecuencia, al fondo del asunto, a la responsabilidad en sí misma. Es la cuestión de la estrecha vinculación.

El tema aparece, asimismo, en la *Ley de Defensa del Consumidor* 24.240, al aludirse a la nulidad de todo pacto que *perjudique* a la parte vulnerable, cláusulas que minen la posición jurídica del consumidor – adherente.

En particular en el tema de la culpa se ha sostenido que la asunción de la carga probatoria de la culpa del deudor por el acreedor, sólo se puede admitir cuando la prestación recaiga en su esfera de control – la del deudor – y haga, por lo tanto, concretamente posible verificar la eventual culpa del deudor o de sus auxiliares; si esas negligencias escapan a la esfera de control, si es imposible verificarlas, semejante pacto es nulo; equivale a permitir, sin más, el incumplimiento, el acortamiento de los plazos de prescripción es posible siempre que se trate de derechos disponibles, en cuya vigencia no esté interesado el orden público o la moral social, o sea librados a la autonomía de la voluntad; el alargamiento de los plazos de prescripción *supone una renuncia para el futuro de la prescripción*, y resulta incompatible con las exigencias de orden social insitas en la figura; tampoco caben los derechos prescriptibles, ni la prescriptibilidad de los imprescriptibles (Díez – Picazo y Gullón).

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS REGISTRADORES Y NOTARIOS

REFERENCIA AL NUEVO DECRETO LEY DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO¹

(Decreto Ley del 13 de Noviembre de 2001. Gaceta Oficial Extraordinaria
N° 5.556 y Gaceta Oficial N° 37.333 del 27 de Noviembre de 2001)

Gladys Rodríguez de Bello²

CONTENIDO:

1. Reflexiones iniciales
2. Antecedentes históricos. Breve referencia a la actividad notarial en la antigüedad
3. Funcionario Público. Concepto
4. Funciones del Registrador y de los Notarios
5. Responsabilidad Civil de los Registradores y Notarios. Noción de responsabilidad. Contenido. Tipos. Acumulación. Análisis
6. Inquietudes personales ante la Ley y algunas antinomias
7. Jurisprudencia
8. Bibliografía

1 La conferencia original fue dictada en el Auditorium "Enrique Vásquez Fermín". Casa del Profesor Universitario Universidad Central de Venezuela. Caracas, 27 de junio del 2001, y publicada en la revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela N° 122. Caracas, 2001 con el título "Responsabilidad Civil de los registradores y Notarios". Posteriormente fue actualizada en virtud de que el pasado 13/11/2001 fue dictado el Decreto Ley de Registros y del Notariado, Gaceta Oficial extraordinaria N° 5.556, con cambios sustanciales con relación al proyecto mencionado en la anterior ponencia.

2 Profesora de Pregrado y Post-grado. Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Mercantil. Doctorado cursado en la Universidad Central de Venezuela, Investigadora docente del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la UCV Sección de Legislación y Jurisprudencia. Autora de diversos artículos.

DESARROLLO

Reflexiones iniciales sobre el tema

Nos encontramos ante una ola de cambios para la sociedad, para nuestro régimen jurídico y en nuestro desarrollo económico. En virtud de esas transformaciones que han venido sucediendo paulatinamente, se ha producido un cambio en la mentalidad y en la disposición al resarcimiento de los daños sucedidos, aun cuando las normas han existido siempre consagrando la reparación cuando se causa un daño. Recordemos que la ignorancia de la Ley no puede ser excusa para alegar el incumplimiento (artículo 2 del Código Civil), por eso, hoy en día, se nos exige más, estar mejor preparado y para ello debemos conocer el contenido y extensión de esa responsabilidad.

Este es nuestro objetivo, llamar la atención sobre un tema tan presente en la vida diaria de estos funcionarios tan importantes en el devenir comercial y civil de la sociedad.

Ver, entre otros, los siguientes artículos:

Constitución de 1961, artículo 121 (Derogada):

“El ejercicio del poder público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la Ley”.³

Constitución de 1999, artículo 25:

“Todo acto dictado en ejercicio del poder público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la Ley, es nulo; y los funcionarios públicos y las funcionarias públicas que lo ordenen o lo ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que le sirvan de excusa órdenes superiores”.

Código Civil (1982), artículo 2:

“La ignorancia de la Ley no excusa de su cumplimiento”...

Código Civil (1982), artículo 1185:

“El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.”

³ Sobre esta noción y Principio de Responsabilidad habíamos emitido opinión en cuanto a la Responsabilidad de los jueces en nuestro artículo titulado “Responsabilidad Social y Moral de los Jueces”. Pág. 303, ya que consideramos que el Estado no debe encubrir a sus funcionarios por actos que generen responsabilidad.

Debe igualmente la reparación quien ha causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”.

Artículo 19 del Reglamento de Notarías Públicas (24-11-98):

“El Notario Público será directamente responsable de cualquier hecho que por su negligencia o imprudencia ocurra dentro de la oficina y que ponga en peligro la seguridad de los archivos bajo su cuidado y los bienes nacionales”. (vid. Arts. 15, 16, 17,18 y 63).

Artículo 53 de la Ley de Registro Público (30-12-93): (Derogada)

“Las personas que se consideren lesionadas por una inscripción realizada en contravención de esta ley u otras leyes de la República, podrá acudir ante la jurisdicción ordinaria a impugnar dicha inscripción. En todo caso, la cancelación o anulación de un asiento en el registro presupone la extinción o anulación del acto registrado”. (Ver artículos 50,51 y 52).

En el mismo sentido, el artículo 149 de la Ley de Registro Público recientemente derogada (22-10-99):

“Son también responsables civilmente ante las partes interesadas de los perjuicios que directamente causen a estas”.

En el recién dictado decreto ley N° 1.554 de fecha 13/11/2001; Gaceta Oficial N° 5.556 Extraordinaria, en su título IV llamado Régimen Disciplinario. Capítulo I Competencia, Faltas y Sanciones; existe todo un procedimiento especial, disciplinario administrativo para aquel funcionario, entiéndase registradores y notarios, que queden incurso en las previsiones de dicho capítulo.

Pero ello no obsta que por ser simplemente un proceso administrativo por faltas que calificamos de “Faltas Administrativas”; pueda ser sometido, el funcionario, a procesos por responsabilidad en la ejecución de sus funciones o incumplimiento de estas. Ver artículos 74 y 75 (Referentes a sus funciones donde otorgan fe pública los Notarios a los actos, documentos, declaraciones hechas etc.) artículo 54 (Función de control y vigilancia de la legalidad del Registro Mercantil) artículo 18 (Deberes de los registradores titulares) artículo 59 (Declaraciones de inexactitud o nulidad de los asientos. Efectos frente a terceros de buena fe) entre otros. Como bien lo permite, por imperio de una norma supra legal como es la Constitución de nuestra República en sus artículos arriba citados; y en nuestro Código Civil ya citado; así como la cita de Ley de Registros Públicos y Notarios (Artículos 19 y 39 2º Párrafo).

Como se ha dicho, toda actuación de la persona en sociedad, trae consigo un efecto. Este efecto puede acarrear responsabilidad según la actuación de la per-

sona en sociedad. Como veremos en nuestra exposición, responsabilidad equivale, a juicio de los entendidos, a una contraprestación o a una correspondencia, en el sentido de repercusión obligacional de la actividad del hombre. Esto nos quiere decir que la responsabilidad civil:

“Consiste en la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un acto, una conducta o un hecho”⁴

O como lo veremos, el Dr. Melich Orsini (insigne doctrinario nuestro) establece cuando se refiere a responsabilidad:

“A la distribución de los daños o pérdidas que se producen en la vida social a consecuencia de la acción o inacción de los seres del mundo exterior. Se dice así que una persona responde por su propio hecho, o por el hecho de otra persona, de un animal, o de una cosa para significar con ello que dicha persona, está obligada a indemnizar los daños o pérdidas que ha causado su hecho personal o el hecho ajeno, del animal o de la cosa en cuestión”⁵

Aun cuando no hay un “único concepto”, sí podemos decir que hay un “único sentido” o noción; todos conocemos intrínsecamente su contenido y existencia que ya traspasó el umbral interno de cada yo y pasó de la creación jurídica a la realidad social y jurídica diaria, donde todos sabemos y hacemos cumplir aquello de que “quien ocasione un daño debe repararlo”.

De igual forma, sabemos que la función registral y notarial es fundamental en el desenvolvimiento jurídico, diario de la sociedad, que tiene una naturaleza jurídica compleja, con gran alcance, aun cuando no hay unidad en doctrina sobre sus funciones, nociones, etc. Pero, es casi unánime el hecho de son responsables de sus actos, así como lo es el Estado.

Es esto lo que vamos a escudriñar en nuestro breve análisis, sin que con ello quede agotado el punto.

1) Antecedentes Históricos. Breve referencia a la actividad notarial y registral en la antigüedad.

Según los autores que han trabajado el tema, durante la antigüedad, inicialmente la sociedad humana estaba integrada por pequeños grupos, por ende todos se conocían y conocían los actos que realizaban entre sí. Con la evolución

4 MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Biblioteca Jurídica Diké, 6ª Edición, 1990. Medellín (Colombia), Pág. 23.

5 MELICH ORSINI, José. La Responsabilidad Civil por Hechos Ilícitos. Tomo I. Serie Estudios Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1994, Pág. 17.

de los grupos sociales, se fueron congregando un mayor número de hombres, a tal punto que todos los actos jurídicos no eran conocidos por la totalidad de los ciudadanos. Ante esto, se hizo necesaria la creación de una figura jurídica que diera certeza, seguridad jurídica y fe pública frente a las partes y a los terceros. Por ello, nace la figura del notario.

Hay quienes sostienen que data desde épocas muy remotas. En Egipto (2.600-2.400 a.C) existían los escribanos, quienes “escribían” jeroglíficos en papiros y dejaban constancia de ciertos hechos.

Así, en Roma, en el siglo VI de la era cristiana, con Justiniano, se creó una regulación positiva del Notario.

Luego, en el siglo VIII, surgieron leyes longobardas que llamaron escriba al notario y se le otorga oponibilidad frente a cualquier juramento en contrario.⁶

Así fue evolucionando la figura con sus funciones más delimitadas, como en la época de la Revolución Francesa, cuando se consideró funcionario público. En España (1862), se dicta la primera Ley orgánica del notario español. Esta ley contiene toda una regulación que pasa a nuestro ordenamiento, cuando en la Colonia se imponen las leyes españolas (Leyes de Indias).

Nuestro vigente Reglamento de Notarías Públicas, no contiene un capítulo sobre las Responsabilidades, pero sí tiene uno específico a las atribuciones, otro de las obligaciones y uno de las prohibiciones. Es de notar que dicho Reglamento se mantiene vigente en virtud que en la Disposición Derogatoria Segunda del Decreto Ley de Registro Público y del Notariado (13/11/2001) así lo prevé.

En cuanto los antecedentes históricos, en nuestro país, la legislación registral, señala Calvo Baca,⁷ la primera ley de registro data de 1826. Las posteriores fueron de 1836, 1938, octubre 1876, junio 1876, mayo 1882, 1885, 1904, 1909, 1910, 1915, 1925, 1936, 1940, 1943, 1978, 1993. Ésta trajo grandes cambios, como la legalización de las habilitaciones, el establecimiento de las oficinas de registro público de institutos autónomos, sin personalidad jurídica y la distribución de los ingresos (También se puede consultar el trabajo del Dr. Parra B., publicado en la Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia, el cual analiza la evolución de la Institución en Venezuela con énfasis en el estado Zulia).

6 Vid. RÍOS HELLIG, Jorge. La Práctica del Derecho Notarial. Mac Graw Hill. México 1997, tercera edición, págs. 3 y siguientes.

7 CALVO BACA, Emilio: Derecho Registral y Notarial. Tomo I, Ediciones Libra, Caracas, 1996.

Por otra parte, la polémica entre los autores estriba en determinar si el sistema acoge el sistema clásico de registro romano o el germánico.⁸

Finalmente, tenemos que la anterior Ley de 1999, al igual que la del año 1993, posee un capítulo especial titulado “De las Responsabilidades y las Penas” (Título VII).

2) Funcionario Público. Concepto.

Como nuestro tema se refiere a la responsabilidad, de Registradores y Notarios, es esencial el concepto de funcionario público, sobre todo hoy día, en virtud del auge de los estudios doctrinarios y la trascendencia social de esta materia.

Más aún cuando la legislación va dirigida a un grupo perteneciente a la organización social, cuya función es muy importante. Nos referimos, por supuesto, a los registradores y notarios, como funcionarios públicos que son.

Como podemos ver en nuestras reflexiones anteriores, sobre la previsión de responsabilidad en sentido general y en la regulación especial de su función no escapan los funcionarios públicos (específicamente, registradores y notarios, objeto de análisis en la presente ponencia), quiere esto decirnos, como ya mucho sabemos, que por el hecho de estar realizando o desempeñando un cargo público, no exonera en ningún momento, ha dicho funcionario de la responsabilidad que acarrea el acto realizado en forma viciada, ilegal, contraria a derecho, con culpa o con dolo, en el ejercicio y desempeño de sus funciones. Más marcado se ve esto hoy en día, en virtud de la tendencia moderna que ha impregnado nuestro ámbito jurídico, con relación a la teoría de la responsabilidad civil, quizás en algún determinado momento no fue tomada en serio, ahora y gracias al avance del desarrollo intelectual de nuestra sociedad, la ciudadanía ha caído en cuenta de los derechos que puede ejercer en virtud del daño que le pueda ocasionar, un ciudadano o un funcionario público, en el desarrollo de la actividad en sociedad. Por ende, en este cambio, por esta modificación en el péndulo de la vida jurídica de una total quizás, irresponsabilidad de los funcionarios en su ejercicio, estamos girando hacia una concientización de la responsabilidad por efecto directo de los actos, realizados por los mismos. Por ello, consideramos trascendental, las reflexiones que podamos hacer y las inquietudes que podamos sembrar en esta disertación con tan importantes funcionarios de la administración pública.

⁸ Vid. HERNÁNDEZ RON, J.M, quien analiza el punto en referencia.

En primer lugar, debemos brevemente señalar a fin de recordar dicha noción, ¿qué se entiende por funcionario público?, más aun cuando la doctrina es bastante unísona al establecer que, tanto los ordenamientos jurídicos como la propia doctrina, no lo han definido claramente o han tenido la tendencia a usar indistintamente, los términos de funcionarios y empleados,⁹ como bien lo dice el autor Lares Martínez:

“El ordenamiento jurídico venezolano hace usos indistintamente de los términos “funcionario y empleado”, para designar a todas aquellas personas que prestan servicios a la administración pública”.

Podríamos agregar siguiendo el pensamiento de Melchor Curruchaga y Carlos A. Gherzi (argentinos), que la finalidad del Estado es realizada y cumplida por organismos o personas con existencia visible. Evidentemente que el Estado tiene que pasar de ser una entequeia, una creación jurídica, una creación intelectual para materializarse en el desempeño de sus funciones, a través de los seres humanos como encargados de la realización de dicha función. Estos individuos van a tener una función pública, expresa y determinada, con una delimitación de sus funciones, con una designación para el cargo con una elección previo cumplimiento de requisitos, y una duración en el tiempo previamente determinada, sujeto a remoción o renuncia, si fuese el caso. En la reciente Ley de Registro y Notarías (abreviando su nombre) en sus artículos respectivos se establecen los requisitos expresos que deben cumplir los aspirantes a desempeñar dichas funciones, tales como concurso de oposición artículo 17, artículo 21, artículo 68; y el artículo 16 establece que son de libre nombramiento y remoción por ser funcionarios que ocupan cargo de confianza.

Ahora bien, pero que consideran los especialistas que es un funcionario público.

Como bien se dijo, en algún momento:

*“El funcionario público como tal, es un producto normativo, una materialización personal”.*¹⁰

9 Entre otros autores, uno de los que señala este criterio, es el respetado Prof. LARES MARTÍNEZ, Eloy, en su Manual de Derecho Administrativo, 4ª Edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1978, página 375. Quien recientemente dejó este mundo pero no sin antes llenar el ámbito jurídico con sus excelentes obras (Q.E.P.D. 04/02/2002)

10 GHERSI, Carlos A.-CURRUCHEAGA, Melchor. Responsabilidad de los Funcionarios Públicos. Brevarios Amorabi, Nº 1. Buenos Aires, Argentina, 1987, páginas 7 y siguientes.

Nuestra doctrina ha tratado de definir el concepto de funcionario público, aun cuando hace la acotación que nuestras leyes no dispensan ningún concepto sobre este término. Más bien se encuentra utilizado a lo largo de las diferentes leyes en forma muy libre sin atenerse a un concepto pre-redactado. Pero aun así, uno de los autores que consultamos, emitió lo que él llamó un ensayo de exhibición del funcionario público:

“Funcionarios o empleados públicos son los individuos que, en razón del nombramiento de autoridad competente o de otro medio de derecho público, participa en el ejercicio de funciones públicas al servicio de las entidades públicas estatales”.¹¹

A esta definición, el autor, hace el análisis siguiente, señalando como características de la misma. En primer lugar, es necesario, para ser considerado como funcionario público, que se ingrese a la administración pública en virtud a un nombramiento por autoridad competente o elección popular o por un cuerpo calificado para ello, entre otras formas. En segundo lugar, es indispensable en el individuo para ser funcionario, participe en el ejercicio de funciones públicas de cualquier naturaleza. Y en tercer lugar, no podrá ser ratificado como funcionario público, quien no esté al servicio directo de una persona pública o estatal, tal como la República, el Estado, el Municipio o hasta un Instituto Autónomo.

Para autores como Francisco José Gaxiola y Deharo, los fines del Estado no pueden realizarse sin la actividad intelectual y/o física de las personas, ya que las personas jurídicas, públicas, actúan mediante la voluntad humana como expresión material del ejercicio de su función. De esta manera se dice que el Estado realiza su actividad por medio de sus órganos, y estos utilizan para el cumplimiento de sus fines a un conjunto de personas físicas que realmente están encargadas de la ejecución de estas funciones. Es por ello, que este autor señala lo siguiente:

“Hay que distinguir entre el órgano del Estado y su titular. El órgano “representa una unidad abstracta, una esfera de competencia” que depende directamente de la Ley que lo ha creado, y el titular de este órgano “es un individuo que puede ir variando sin que se evite la continuidad del órgano y que tiene, además de la voluntad, dentro de la esfera de la competencia del órgano que representa la del Estado, una voluntad dirigida a la satisfacción de sus intereses personales”.

Más adelante prosigue el autor (siguiendo el pensamiento del maestro argentino Rafael Bielsa) y señala:

¹¹ LARES MARTÍNEZ, Eloy. Ob. Cit., página 378.

“Funcionario público es aquella persona, que, en virtud de una designación especial o legal (por medio de nombramiento o por medio de elección), y de manera continua, bajo forma y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y a expresar o ejecutar, la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o social”.¹²

A las características de este concepto, podemos notar como diferencia, o como especialidad, el dato de la designación especial y el de la continuidad en el ejercicio de la función.

Gaxiola también elige su criterio sobre el funcionario público, diciendo:

“Todo individuo ligado voluntariamente a un órgano del Estado en virtud de una designación especial o legal, de naturaleza permanente y no accidental, que concurre a formar la voluntad del Estado, para la realización de un fin público”.¹³

Para otros, dentro de una concepción un poco más simplista, señala que:

“El funcionario es un órgano de la administración”.¹⁴

Coincidimos con este autor, en el hecho de que la expresión de funcionario público, debe ser lo más amplia posible, a fin de abarcar a todos los que colaboren o realicen la gestión de la cosa pública, independientemente de su función o su elección, todo ello, en virtud de la importancia que adquiere el tema y la definición, ante la propuesta de la responsabilidad. Por ende, podríamos resumir diciendo que estos funcionarios públicos, son funcionarios que cumplen ciertos requisitos para su nombramiento, bien sea por concurso aplicándolo a nuestra legislación, bien sea por elección popular o por elección de un alto organismo, y a su vez deben cumplir unos requisitos especiales al ejercicio de su función (título de abogado, especialista en la materia, etc.), amén de realizar esa actividad para un organismo del Estado directamente.

Como ya vimos por imperio de la Ley, los Registradores y Notarios cumplen los requisitos para ser considerados funcionarios públicos, tales como: ser elegidos por concurso de oposición, son funcionarios de confianza, están supeditados a un organismo de la Administración Estatal, un servicio autónomo, cumplen funciones públicas etc.

12 GAXIOLA YDEHARO, Francisco José. Los Altos Funcionarios Públicos y la Irresponsabilidad. México, D.F., 1967. S/ed., Pág. 7 y 8.

13 *Ibídem.* página 9 y 10.

14 DE AGUIAR DÍAZ, José. Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo II. Traducción de los Drs. Juan Agustín e Ignacio Moyano, Editorial José L. Cajica Jr., S.A., México, D.F., 1957, página 197.

3) Funciones del Registrador y de los Notarios.

Las funciones de estos funcionarios públicos, parecen ser más detalladas por la doctrina que por la Ley en muchos de los casos. Aunque la nueva Ley especifica bastante sus funciones entre otros en los artículos 18, 54, 74, 75, 78. (Remitimos su contenido al Apéndice del presente). Tal es así, si consultamos la doctrina extranjera, podemos encontrar que se habla de la función notarial de otorgar fe pública al ejercicio de su desempeño, es decir, que los actos de éste funcionario, está investido de fe pública, de testimonio o veracidad frente a terceros. Es que ha llamado la doctrina “dar fe pública notarial”, así como la función de autenticación, la finalidad legitimadora, la función aseguradora de los derechos de los terceros, la de dar certificación de los hechos, etc.¹⁵

La fe pública notarial ha sido definida así:

“Es la fe delegada a los notarios, delimitando su campo de aplicación conforme a lo establecido en el artículo 35” (Ley de México).¹⁶

“La fe pública es única y el Estado la ejerce por sí mismo o la delega en servidores públicos o particulares”.

En la Recién derogada Ley de Registro Público se establecía en el artículo 10:

“Los registradores merecen fe pública en todos los actos, declaraciones y certificaciones que con tal carácter autoricen”.

Este artículo nos indica que a través de un precepto legal se consagra y otorga la fe pública a los actos emanados de los registradores.

En el artículo 74 de la Ley vigente de Registros y Notarios se establece la función de dar fe pública en el ámbito de su jurisdicción a los actos, hechos y declaraciones.

También podemos agregar la función que le otorga el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil Venezolano, específicamente a los notarios cuando señala en su parágrafo único, lo siguiente:

15 Ver entre otros, los siguientes autores: España: GONZÁLEZ PALOMINO, José: Instituciones de Derecho Notarial. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1948. Colombia: PIESCHACÓN GORRONDONA, Hernán: Elementos para un Estudio cerca de la Responsabilidad Notarial. Bogotá, 1986. México: RÍOS, HELIG, Jorge: La Práctica del Derecho Notarial. Editorial McGraw-Hill. México, 1995. Venezuela: CALVO BACA, Emilio: Régimen Legal del Notario en Venezuela. Caracas, 1983.

16 RÍOS HELIG, Jorge. Ob. Cit. pág. 59

“La citación personal podrá gestionarse por el propio autor o su apoderado mediante cualquier otro alguacil o notario, de la jurisdicción del tribunal como se indica en el artículo 345”. (Destacado nuestro)

Las obligaciones del notario se encuentran claramente estipuladas en el Reglamento de Notarías Públicas, en gaceta oficial N° 36588, del 24-11-98, la cual en su capítulo tercero, estipulado de las obligaciones del notario público en sus artículos 15, 16, 17, 18 y 19, señalan en detalles cada una de estas funciones, amén de lo establecido en el Decreto Ley de Registro Público y del Notariado, artículo 74 y 75.

No queda claro así en la derogada Ley de Registro Público (Gaceta Oficial N° 4665, extraordinaria, del 30-12- 93) ³/₄ tampoco en la del año 99 ³/₄ las funciones de dicho funcionario, ya que la norma del capítulo II, referentes a las disposiciones concernientes a las Oficinas de Registro, en su artículo 52, sólo señalan las prohibiciones establecidas a los registradores públicos. Más en la vigente Ley se establece en el artículo 54 la función de control y vigilancia de los Registradores Mercantiles; así como en el artículo 18 señala los deberes del Registrador titular; el artículo 21 del registrador Suplente y el artículo 22 de los Registradores Auxiliares.

Si nosotros observamos los proyectos de Ley que se habían venido trabajando en nuestro país, se ha hecho la función específica del funcionario registrador público, cuando señala las funciones del registrador, separándola en funciones del registro del estado civil, funciones del registro de la propiedad, funciones del registrador mercantil, etc. (Proyecto presentado por el Instituto de Derecho Mercantil, al Ministerio de Justicia).

En el Anteproyecto del decreto con rango y fuerza de Ley Registral y Notarial, en su capítulo IV, referente a los Registradores, en el artículo 39, señalaba los deberes del Registrador. (Ordenar o delegar la función de los documentos, supervisar el cumplimiento de las tareas y las funciones, dominar el conocimiento del ordenamiento jurídico y de los procedimientos, ejecutar y supervisar las políticas de capacitación dirigida a los funcionarios magistrales, y a los notarios, se le da el efecto de fe pública. Cambiando las funciones que existían hasta ese momento. (Artículos 288 al 298. Ley derogada).

Aún en la doctrina nacional, se señala la enumeración de los principios registrales, tales como el de inscripción (haciendo referencia a la inscripción que desempeña):

*“La constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales”.*¹⁷

El de legalidad (haciendo la aclaratoria que varía según el tipo de registro) que se considera esencial en este tipo de organismo:

*“Consiste en la atribución que tiene el registrador de examinar el título cuya inscripción se solicita, a fin de verificar los requisitos necesarios para su ingreso en el registro”.*¹⁸

También tenemos el principio de publicidad, el principio de legitimación, el fedatario o depositante de la fe pública, el de tracto sucesivo, el de rogación (a instancia de parte). Todos estos principios sirven para guiar y orientar no sólo al funcionario en el desenvolvimiento de su función, sino al juez que tenga que juzgar la función de éste en algún proceso.

Cabe señalar que consideremos que las funciones de otorgarle fe pública a los actos emanados de las oficinas de registro, como funcionarios públicos que son, le otorga dicha categoría de fe pública, y por lo tanto, también otorgan el efecto frente a los terceros, no sólo entre las partes como suele suceder en nuestro régimen notarial.

4) Responsabilidad Civil de los Registradores y Notarios. Noción de Responsabilidad. Contenido. Tipos. Acumulación. Análisis

Según nos cuenta la doctrina, inicialmente se aceptó la total irresponsabilidad del Estado en los resultados dañosos que sus actos produjeran o los hechos dañosos que ocasionara un funcionario, basado en el concepto de soberanía, según el cual no podía ser limitada y, por lo tanto, el Estado no podía asumir ninguna responsabilidad por aquellos daños que pudiera originar o producir por su propia actividad.

Posteriormente, se fue produciendo por evolución un cambio de esta noción, se aceptaba que el Estado no era responsable pero, que si podía serlo el funcionario que había actuado en nombre del Estado que había ocasionado el daño; surgiendo así a nuestro juicio, dos nociones fundamentales, por un lado surgió la responsabilidad del funcionario público, mas no la del Estado, y por el otro lado, surge la noción de la existencia del daño para que se configure aquella (la responsabilidad).

Con los cambios que produjo en el mundo la revolución francesa, y todo su contenido ideológico, se comenzó a aceptar que el Estado sí asumía responsabi-

¹⁷ CALVO BACA, Ob. Cit., pág. 52

¹⁸ Ibídem. Pág. 54

dad civil, y por lo tanto, la obligación de indemnizar, si lesionaba el patrimonio de un particular, cuando se tomaban determinadas decisiones públicas, regulando dicha responsabilidad con la normativa del Código Civil. Recientemente, se acepta la obligación de indemnizar que tiene el Estado, pero las normas que regulan esa responsabilidad, no son las mismas que las normas que regulan la responsabilidad entre los particulares. Todo ello porque se exige la aplicación de normas de derecho público y se estipulan ciertas consideraciones a nivel doctrinario, en relación a la tesis que sostiene o fundamenta a esa responsabilidad en **la falla del servicio**, lo cual consideran una labor fundamental del Estado, o las que consideran la tesis del **riesgo creado** que establece la presunción del Responsabilidad del Estado, cuando en la ejecución o desarrollo de su actividad pública, se presenta el hecho dañoso o lesivo al patrimonio de un particular, bien sea material, moral, etc.

En cuanto a esta responsabilidad, la doctrina especializada ha señalado dos posiciones diametralmente opuestas; por un lado los llamados “corriente independentista”, por aquello de querer separar la responsabilidad administrativa de la civil; que la responsabilidad civil es subjetiva porque supone culpa del causante del daño y la del Estado siempre es objetiva, basta con la falla del servicio así no haya culpa del funcionario; pero tratadistas especializados, quienes han estudiado ampliamente el punto como el profesor Tamayo Jaramillo Javier ha sostenido que:

“...Podemos afirmar que desde el punto de vista psicológico, la culpa civil es absolutamente idéntica a la falla del servicio administrativo...”

Prosigue el autor su análisis sistematizando:

“En primer lugar, los vocablos falla del servicio, no son otra cosa que culpa del servicio. Solo que por cuestiones de traducción, la doctrina de habla hispana ha traducido del francés el concepto de faute du service, como falla del servicio. Es decir, falla del servicio es sinónimo de culpa o falta de servicio. Y esa falla o culpa servicio unas veces debe probarse, como lo acepta incluso la jurisprudencia actual del estado, mientras que otras se presume”.¹⁹

Coincidimos también con el autor que la falta puede ser individualizada o anónima tanto en materia civil como administrativa; así el estado responderá cuando el daño se realizó y comprometió la responsabilidad de éste pero no se puede identificar al causante culposo del daño. Transpolando al caso particular que nos

19 TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo I. Editorial Temis. Colombia 1.999. Ver también la específica obra del mismo autor titulada La Responsabilidad del Estado.

ocupa, habrá responsabilidad del Estado cuando sea funcionario (Registrador o Notario) haya causado culposamente un daño en el ejercicio de su función o con ocasión a su función pero extralimitándose o no cumpliendo cabal y legalmente esta. De igual forma se reputa la responsabilidad al Estado o Administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso basta con demostrar que el daño, antijurídico, derivó de la conducta inadecuada de la autoridad.²⁰

Para una gran parte de la doctrina, la responsabilidad del Estado se manifiesta a través de diferentes actividades, como son la actividad legislativa, administrativa, jurisdiccional; en las cuales, como actos en sí del Estado, al ser violatorios o lesivos sobre algún delito o hecho en particular, podrán ser generadoras de responsabilidad por parte del Estado, siempre y cuando, claro está, se genere un daño específico.

En una forma clara y directa la doctrina más especializada ya había señalado desde tiempos muy lejanos esta responsabilidad del Estado; a saber:

“La naturaleza pública de la función no sirve de obstáculo para la responsabilidad. El ejercicio de una función pública no excluye responsabilidad directa por el daño producido en su ejercicio o con motivo del mismo, violando un derecho ajeno (artículo 28 de la Constitución). Basándose en la referida norma constitucional el funcionario público está sujeto a la normal Responsabilidad Civil, con arreglo al Principio de Igualdad que garantiza la tutela justa de los intereses privados, incluso contra las lesiones que puedan sufrir a consecuencia de las funciones públicas”.

Más adelante el autor puntualiza:

*“El que una función pública pueda clasificarse de pública no sustrae al que la ejecuta de la Responsabilidad”.*²¹

El tratadista enfatiza que esa responsabilidad persiste y se mantiene en cabeza del funcionario, además de... el estado o institución, aun cuando el acto ilícito sea imputable al ente público en virtud de la relación de “inmediatividad orgánica”, en donde se considera que el funcionario ostenta la paternidad de la trasgresión de la obligación de ejercer su función sin causar daño a otro.

Aun cuando, para otra corriente de la doctrina, la actividad legislativa por tener un carácter general e impersonal, y por ser “una manifestación de la soberanía del Estado”, (según refiere Martínez Rave en su obra),²² no origina respon-

20 Sobre este punto nos apoyamos en TAMAYO J. Javier. La Responsabilidad del Estado. Reimpresión Temis 2000. Colombia. Página 36

21 DE CUPIS A. Chirinos. El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Pág. 733-734

22 MARTÍNEZ RAVE, Gilberto: Ob. Cit., página 515.

sabilidad, ya que las leyes generalmente, no se individualiza o se dirige a un individuo en especial de la sociedad, sino que tiene un carácter genérico y aplicable a todo grupo social al cual va dirigido. De igual forma, sostiene que la actividad jurisdiccional a través de la sentencia o actos administrativos, como gozan del carácter de la cosa juzgada, no pueden generar responsabilidad en contra del Estado; podríamos agregar que según nuestro criterio, y para no salirnos dentro del punto central de nuestra disertación, consideramos que sí procede la solicitud de indemnización por daños y perjuicios, cuando el funcionario que realiza el acto jurisdiccional lo hace en contravención de las leyes, del ordenamiento, de la Constitución, de los principios generales, de los derechos, de los principios fundamentales de los derechos humanos, de la ética o la moral, respondiendo individualmente y quizás en forma conjunta el Estado, que fue el encargado de su designación (Responsabilidad “in eligendo”), más aún si logra demostrar que el hecho es reiterado o doloso, o que no se siguieron las pautas o requisitos necesarios para que dicho funcionario ejerciera esa función o cargo público, esta es una precisión muy particular al respecto, que obtenemos nosotros.

De igual forma, la responsabilidad penal del funcionario conlleva, después de la evolución del pensamiento jurídico con relación a este punto, a admitir la acumulación de la responsabilidad del funcionario y de la administración del Estado, aun cuando éste conserva siempre su acción de ir o de repetir contra el funcionario cuando hubiese sido condenado a pagar en un proceso determinado de indemnización.

Nuestra doctrina, ha sido clara al señalar que:

“La responsabilidad de los funcionarios públicos es una institución esencial del Estado de Derecho. Poco valdría la definición de las atribuciones y deberes de los agentes públicos, si éstos pudieran impunemente extralimitarse en el ejercicio de las primeras y dejar de observar el cumplimiento de los segundos. No es suficiente con la declaración de la nulidad de los actos administrativos contrarios a derecho. Es necesario además, que mediante sanciones de diverso orden, se mantenga a los funcionarios dentro del círculo preciso de las atribuciones y deberes que las normas jurídicas les trazan”.²³

Este principio, está consagrado en nuestra Carta Magna de la Constitución, cuando específicamente señala:

23 LARES MARTÍNEZ, Eloy: Ob. Cit., página 431.

“Artículo 25: Todo acto dictado en ejercicio del poder público, que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución ante la Ley, es nulo; y los funcionarios públicos y las funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten, y que incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa o de órdenes superiores”.²⁴

Es decir, que con esta norma se consagra expresamente, reiterando la antigua norma del artículo 121 de la Constitución derogada de 1961, una responsabilidad triple, una responsabilidad penal, civil y administrativa de los funcionarios públicos, recordemos que estamos analizando los funcionarios públicos, notarios y registradores, y por lo tanto, a ellos son aplicables estas normas. Ratificada además en el artículo 19, ya referido, de la Ley vigente de Registros Públicos y del Notariado y el artículo 39 2do. Párrafo ejusdem.

De igual forma, vale la pena acotar, en forma bastante sumaria, que los elementos de la responsabilidad civil enumerados por la doctrina, son los siguientes:

“1.-) Un incumplimiento.

2.-) Los daños y perjuicios causados a un sujeto a derecho.

3.-) Una culpa o como lo afirman algunos autores, el carácter culposo del incumplimiento.

4.-) La relación de causalidad entre el incumplimiento culposo y el daño”.²⁵

Aun cuando escaparía de nuestro objetivo central analizar cada uno, remitimos para ello, a la doctrina especializada.

Los autores patrios, ha señalado con relación a la responsabilidad civil de los funcionarios ante los particulares, lo siguiente:

“Con motivo de la actividad administrativa, los particulares pueden sufrir daños que directa o indirectamente afecten su patrimonio”.

“En todos estos casos, se plantea el problema de saber de quién es el titular de la responsabilidad, esto es, a quién corresponde indemnizar las consecuencias del acto de omisión dañosos: Al Estado o al funcionario que realizó el acto, o quien incurrió en la omisión.

24 Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial (Extraordinario) N° 5.253, del 24-03-01. Se encuentra relacionada con estas normas, el artículo 144, 145, 146, 147, 148, 149 ejusdem.

25 MADURO LUYANDO, Eloy: Curso de Obligaciones. Derecho Civil III. Fondo Editorial Luis Sanojo, Colección Grandes Juristas, Maracaibo, 1980, página 139. Remitimos al lector para que revise las obras sobre responsabilidad civil de connotados autores (patrios como extranjeros) tales como MELICH ORSINI, José. Ob. Cit. o TAMAYO JARAMILLO, Javier. Responsabilidad Civil, Editorial Temis).

Hay varios intereses en conflicto, que es necesario tener en cuenta en el sistema de determinación de la responsabilidad: el interés del particular agraviado, el de la Hacienda Pública, el del funcionario y del servicio público. El interés del particular agraviado, aconsejaría que en todo caso pudiera ejercer su acción contra el Estado, que con seguridad sería más solvente que el funcionario.

Igualmente, el interés del funcionario, impulsaría a que se le reconociese al Estado, como titular de la Responsabilidad y se librase de la misma a aquel. Si se considera el interés de la Hacienda Pública, la solución escogida sería a la inversa, la responsabilidad personal del funcionario.

El interés del servicio público conduce las siguientes consideraciones: No es juicioso librar de toda responsabilidad al funcionario, porque ello estimularía las faltas y diligencias en el personal de la administración; no es tampoco recomendable, abrumar al funcionario con el peso de una responsabilidad excesiva, porque ello retardaría su acción y paralizaría sus iniciativas en perjuicio del buen funcionamiento de los servicios públicos”.²⁶

Quiere esto decirnos, en primer lugar, si se cumplen los requisitos exigidos para la configuración de la responsabilidad. De igual forma, precisar que aun cuando puede existir esta acumulación de responsabilidad tanto del Estado como la del funcionario, habrá que determinar en primer lugar si se cumplen los requisitos exigidos para la configuración de la responsabilidad. De igual forma, precisar exactamente, cuándo comienza una (responsabilidad del Estado o del funcionario) y en dónde termina la otra, en virtud de conocer si el funcionario estaba cumpliendo cabalmente, la ordenanza del Estado; en cuanto al acto en sí, cabría preguntarnos si procede por esto la responsabilidad. Habría que analizar qué se entiende por “cumpliendo cabalmente la ordenanza del Estado”. En dicho caso, evidentemente, la respuesta tendría que ser negativa, en virtud de que esto traería un deterioro en la actividad del funcionario ante el temor de ser demandado injustamente por daños y perjuicios, pero si en este ejercicio de función se excede o incumple el mismo o es negligente o imprudente en este, cabe real y absolutamente la posibilidad de accionar por daños y perjuicios contra dicho funcionario.

Como bien señala este autor al respecto, en la doctrina no hay un absoluto acuerdo entre los autores en cuanto a las condiciones requeridas para que una falta sea considerada como separable de la función o falta personal del funcionario. La dificultad estriba en aquellas ocasiones en que el funcionario está en el ejercicio de sus funciones, revisar si las realiza con intención extraña al servicio público, y que por ello pueden ser consideradas separables de su función. En tal

26 LARES MARTÍNEZ, Eloy. Ob. Cit., página 434-435.

hipótesis, la doctrina habla “*falta intelectualmente separable*”;²⁷ aun cuando no existe un criterio de los autores para definirlo. Así, se ha señalado que:

*“Aunque la falta se cometa en el ejercicio material de la función pública, puede tener un carácter personal, si a su autor le anima una intención malévola”.*²⁸ (Subrayado nuestro. Hecho difícil de demostrar por pertenecer al fuero interno del funcionario).

Es de agregar que en efecto es así, si se logra demostrar la intención malévola del funcionario, aun cuando se dice que no toda fidelidad incorrecta, perseguida por el funcionario, basta para configurar una falta personal, en virtud de que el acto puede estar viciado por desviación de poder, sin que resulte una falla personal de su autor. El interés, a juicio de esta distinción, consiste en poder determinar la responsabilidad y precisar cuál es el derecho aplicable, si es el derecho de la acción contra el funcionario correspondiente, deberá realizarse la misma ante los tribunales ordinarios.²⁹

En nuestra consulta también pudimos observar que el criterio establecido por el tratadista José Guillermo Andueza, quien, con relación a la responsabilidad contractual, señala:

“La responsabilidad contractual del Estado se produce en razón de los hechos ilícitos, cometidos por estos funcionarios en el ejercicio de sus funciones. Para que esta responsabilidad se produzca, tiene que existir una culpa civil por parte del Estado, un daño producido en el patrimonio de un particular, y por último, la relación de causalidad entre el daño y la culpa”.

*“Los funcionarios públicos son responsables civil, penal y administrativamente”.*³⁰

Con relación a la responsabilidad del funcionario junto con la del Estado, analiza el Dr. Andueza, la situación que el Estado y los funcionarios públicos están obligados a resarcir los daños y perjuicios ocasionados en el ejercicio de sus funciones públicas. A su juicio, esta responsabilidad es solidaria, aun cuando la doctrina venezolana se inclina en hacer la distinción hecha en el Derecho Francés en la falta personal, y la falta de hecho o servicio. Recordemos que es la posición que señala Lares Martínez, y que hemos referido anteriormente.

A juicio del Prof. Allán Brewer Carías:

27 LARES MARTÍNEZ, Eloy. Ob., Cit., página. 436. (Remitimos al lector a las páginas 434 y siguientes de la misma obra).

28 Ibídem. página 437.

29 Ibídem. páginas 434 y siguientes.

30 ANDUEZA, José Guillermo. El Control en Venezuela de los Actos ilegales de la Administración Pública. Publicaciones del Ministerio de Justicia, República de Venezuela, Caracas, 1959, Pág. 33.

*“La responsabilidad de la administración se encuentra comprometida, cuando con intención, negligencia o imprudencia, la actividad administrativa ha causado un daño al administrado. La actividad administrativa es aquella actividad realizada por una autoridad pública y legítima, actuando en ejercicio de la función administrativa, y se manifiesta por medio de actos administrativos, hechos-jurídicos administrativos y relaciones jurídico-administrativas. Por tanto, hay responsabilidad de la administración extracontractual cuando, con intención, negligencia o imprudencia los actos y hechos jurídico-administrativos, han causado un daño a la administración”.*³¹

A juicio del connotado autor Brewer Carías, no siempre la exigencia de la responsabilidad de la administración requiere la individualización del agente:

*“En efecto, fuera de los casos en que el daño es causado con intención por la actividad administrativa, en que sí es necesaria la individualización del funcionario que ha obrado con intención para comprometer la responsabilidad de la administración, en los casos de negligencia o imprudencia, no es siempre necesaria la individualización”.*³²

Para ilustrar su posición, el autor utiliza nociones de la jurisprudencia francesa, al referirse al mal funcionamiento, o funcionamiento tardío, o la negligencia, imprudencia en el actuar de los funcionarios encargados de hacer bien el servicio, basta con que esos hechos hayan producido un daño al administrado reclamante. No es necesario identificar al funcionario, ya que esto es suficiente para comprometer la responsabilidad de la administración.

A juicio del mencionado autor, la responsabilidad de la administración opera por todos los daños que causen sus autoridades legítimas en ejercicio de la función administrativa, sean estos que se ocasionen intencionalmente o por dolo, culposamente, por negligencia o impericia. Pero a su vez reconoce que este hecho no excluye la posibilidad de la responsabilidad penal del funcionario que realizó el acto, esto constituye el cúmulo de responsabilidad que ya hemos mencionado anteriormente. La responsabilidad personal del funcionario y la responsabilidad del Estado.

De igual forma señala, que la responsabilidad civil, puede o no generar responsabilidad en la administración, cuando el hecho ilícito por el funcionario cometido, no tiene relación alguna con el ejercicio de sus funciones, cuando no tiene relación con el servicio público que es propio de su desempeño. Estaríamos hablando quizás aquí de una responsabilidad personal y única del funcionario,

31 BREWER CARÍAS, Allan Randolph. Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana. Colección tesis de Doctorado, volumen IV, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, Pág. 422.

32 Ibídem. pág. 59

aun cuando esto no resta que en algún momento la administración pueda ir contra el funcionario reclamándole la responsabilidad de sus actuaciones, en virtud de los daños causados a la administración por sus hechos ilícitos y el pago por responsabilidad solidaria, artículo 1195 del Código Civil; pero si es el funcionario público quien paga, este no tendrá derecho de ir contra su coobligado, la administración, por ser de él la totalidad de la falta. Claro está, en los casos de dolo del funcionario en el ejercicio de sus funciones y no en otros casos, a juicio de autores como Brewer Carías.³³

Finalmente, podemos agregar que el tercero afectado podrá actuar entonces bien sea contra el funcionario o contra la administración o el Estado, en virtud del Derecho que le asiste, ha de ser indemnizado por el daño sufrido, como bien lo han señalado algunos autores extranjeros:

“La indemnización es una reparación de vida por la administración pública al titular de ciertos derechos que ceden ante el ejercicio legítimo de una potestad legislativa”.

Se ha planteado desde la obra de vieja data del autor José González Palomino,³⁴ qué tipo de responsabilidad es la del Notario.

¿Se trata de una responsabilidad contractual o de una responsabilidad extracontractual?

En su análisis, plantea que la problemática excede el ámbito teórico en virtud de su influencia en la “medida de la responsabilidad y en la fijación de las normas que la regulen”. Todo ello en virtud de la variante que el tipo acarrea en la imposición de la sanción.

Así, señala el autor:

“Las dos expresiones (responsabilidad contractual o responsabilidad extracontractual) son técnicamente equívocas, pueden hacer creer que se refieren, respectivamente, a responsabilidades originadas en el campo de la ejecución de un contrato, o fuera de toda previa relación contractual, Pero el criterio para la diferenciación no es éste, sino el de la existencia o inexistencia de cualquier relación jurídica previa de obligaciones que vincule a las partes, con ocasión de cuyo cumplimiento, mal cumplimiento o incumplimiento, surja la responsabilidad. Esta previa relación de obligaciones no precisa que sea de naturaleza contractual. Puede tratarse de obligaciones legales”.

33 BREWER CARÍAS, Allan-Randolph, Ob. Cit. Pág. 426

34 GONZÁLEZ PALOMINO, José. Instituciones de Derecho Notarial, Tomo Primero, Editorial Reus, Madrid, 1948, págs. 398 y ss.

A juicio de este autor, basado en la regulación legal de la época, existe una relación jurídica entre el Notario y los que requieran la prestación de sus funciones de tipo extracontractual, en virtud de que el Notario no puede negar su consentimiento, no es libre de negarse, salvo causa justificada.

“Esta obligatoriedad no proviene de un derecho que tengan los particulares a los servicios del notario, sino de un deber de su relación de empleo, como funcionario. Mas, una vez aceptado el requerimiento, el notario y el requirente constituyen una relación obligatoria a la que el primero es deudor, como prestación suya, de un instrumento público autorizado con todos los requisitos formales que la legislación exija, y el segundo es deudor de los derechos y gastos del notario, originados por su prestación. Se trata de una relación obligatoria derivada de una obligación legal. Las responsabilidades que derivan del mal cumplimiento de su prestación por el notario son responsabilidades contractuales, por más que no estén basadas en ningún contrato”.³⁵

El autor afirma que la doctrina ha querido encajar la relación jurídica del notario y el requirente en alguno de los contratos típicos del derecho civil (mandato. Doctrina francesa e italiana), o pasarlo al campo de la responsabilidad civil extracontractual (doctrina española).

A juicio de este doctrinario, los requisitos de la responsabilidad civil son:

1. Elemento objetivo (incumplimiento o mal cumplimiento).
2. Elemento subjetivo (imputabilidad del hecho dañoso).

Otros agregan un elemento fundamental como es el nexo causal, pero a nuestro juicio no se da en todos los casos, de una forma tan precisa como es en algunos casos de omisión o incumplimiento del deber de cuidado, deber ser.

De igual forma estipula:

“Esta responsabilidad del notario puede ser contractual o extracontractual dependiendo de la causa que la origine.

Debemos señalar que como el notario es un perito en derecho responde, no sólo de la culpa grave y leve, sino también de la levisima”.³⁶

En nuestro sistema, es clara la doctrina al señalar la existencia de la responsabilidad del funcionario público por imperio de la Ley (Constitución, Código Civil, Ley de Registro Público, en forma explícita e implícita en el Reglamento de Notarías Públicas). Ahora bien, el punto sobre si es responsabilidad contractual o

35 GONZÁLEZ P. José: Ob. Cit., pág. 400

36 RÍOS HELLIG, Jorge: Ob. Cit., págs. 205-6

extracontractual, en virtud de las funciones de ambos (registradores y notarios), como han sido previstas en la Ley con el rango de funcionario público (funcionario de carrera), no existe, en nuestro parecer, a pesar de lo álgido del asunto, un hecho puntual que pueda originar que toda la responsabilidad es de un tipo o de otro. Sabemos que se establece una relación entre el funcionario (registrador o notario) y el requirente, que para algunos es obligatoria, quizás desde el momento que pague los aranceles, pero esto, creemos, no obliga al funcionario a “otorgar” el documento, porque puede negarse por justa causa (falta de recaudos, solvencias, planillas de liquidación de impuesto, cédulas vigentes, cédulas defectuosas, etc.), y no por ello ha incumplido un contrato que origine un resarcimiento. Por ello, creemos que si tenemos que encuadrarla en algún supuesto, veremos que el mismo “calza”, o se puede subsumir, en el de responsabilidad extracontractual. Habrá que estudiar cada caso en concreto.

5) Inquietudes personales ante la Ley y algunas antinomias

Reflexiones necesarias que consideramos pertinentes hacer, en virtud de algunos artículos del analizado Decreto Ley, los cuales nos hacen dudar y pensar que pudiese haber colisión de normas.

Como bien sabemos la doctrina ha estudiado el problema de las antinomias, las cuales se plantean cuando hay normas incompatibles entre sí; aun cuando muchos autores sostienen que “el derecho no admite antinomias”.³⁷

En líneas generales la antinomia ha sido definida como:

*“Aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento”.*³⁸

Pero deben cumplirse dos condiciones para que se dé la antinomia a saber; deben pertenecer ambas normas a un mismo ordenamiento y deben tener el mismo ámbito de validez.

La doctrina reconoce la validez de elaborar la Jurisprudencia algunas reglas con el fin de resolver antinomias, esto ha sucedido no sólo en nuestra jurisprudencia patria sino en el extranjera; aun cuando se presenta la dificultad que hay casos en que no se les puede aplicar ninguna de las reglas para solucionar la antinomia o que a un mismo caso se le puede aplicar a la vez dos o más reglas.

37 BOBBIO, Norberto. Teoría general del Derecho. Pág. 184

38 Ibídem. Pág. 188

En líneas generales, podemos señalar tres reglas fundamentales con la finalidad de resolver las antinomias; uno es el criterio cronológico, otro es el criterio de la especialidad; pero estos criterios han llevado a concluir que se puede presentar una insuficiencia al momento de aplicarlos; qué puede entonces hacer el sujeto receptor de una norma que le impone un “deber positivo” y otra “un deber negativo” podría pensarse, y de hecho así lo hizo una parte de la doctrina, que se “eliminan mutuamente”.

De igual forma la doctrina ha considerado tres posibilidades, las cuales oscilan desde eliminar una de las normas o las dos, o conservan las dos, estas alternativas al ser aplicadas darán resultados diferentes; lo cual es preocupante:

Nuestra Jurisprudencia ha establecido:

“La colisión de normas parte de la existencia de diferentes disposiciones que estén destinadas a regular en forma diferentes una misma hipótesis. De allí que, este recurso implica a la aplicación de los siguientes criterios interpretativos:

a) Puede plantearse cuando la presunta colisión se da entre cualquier tipo de normas, e incluso, tratarse de diferentes disposiciones de un mismo texto legal.

b) El conflicto de normas se manifiesta cuando la aplicación de una de las normas implica la violación del objeto de la otra norma en conflicto; o bien cuando impide la ejecución de la misma.

c) No se exige que exista un caso concreto de conflicto planteado cuya decisión dependa del predominio de una norma sobre otra; sino que el conflicto puede ser potencial, es decir, susceptible de materializarse en cualquier momento en que se concretan las situaciones que las normas regulan.

d) No debe confundirse este recurso con el de interpretación, previsto en el numeral 6 del artículo 266 de la Constitución de 1.999 y en el ordinal 24 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

e) No se puede pretender que a través de este mecanismo, se resuelvan cuestiones de inconstitucional”.

(Tribunal Supremo de Justicia Sentencia del 22/03/2002, Expediente N°00-1910, con ponencia del Magistrado Antonio J. García G.)

Dicho criterio ha sido reiterado por la Jurisprudencia de ese alto Tribunal en Sentencia de fecha 23/05/2000. Expediente N° 00-1195. Sentencia 451; Sentencia de fecha 25/04/2000, Expediente N° 00-0690. Sentencia 265; ambas decisiones con ponencias del Magistrado Héctor Peña Torrelles.

Visto lo anterior se nos plantean las siguientes inquietudes; el decreto ley en su artículo 53 establece:

“La acción para demandar la nulidad de una asamblea de accionista de una sociedad anónima o de una sociedad o de una sociedad en comandita por acciones, así como para solicitar la nulidad de una reunión de socios de las otras sociedades, se extinguirá al vencimiento del lapso de un año, contados a partir de la publicación del acto registrado”. (Resaltado nuestro).

Si revisamos las normas pertinentes a las sociedades mercantiles nos encontramos el derecho de oposición a las decisiones que tienen los socios y el lapso de ejercicio del mismo; así citamos

Artículo 290 del Código de Comercio Venezolano:

“A las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley puede hacer oposición todo socio ante el juez de comercio del domicilio de la sociedad, y éste oyendo previamente a los administradores, si se encuentra que existen las faltas denunciadas, puede suspender la ejecución de esas decisiones, y ordenar que se convoque una nueva asamblea para decidir sobre el asunto

La acción que da este artículo dura quince días, a contar de la fecha en se da la decisión...” (Es resaltado nuestro)

Esta norma del Código de Comercio, evidentemente, se refiere a las decisiones de la Asamblea, que por supuesto se toman en la Junta y el derecho que tiene **todo socio** de hacer uso de su “derecho de oposición”.

Los que hemos estudiado un poco la doctrina mercantil, sabemos los conflictos de interpretación e implicaciones de la referida norma del artículo 290 del Código de Comercio Venezolano; las cuales solo referimos en relación a la acción de nulidad si es sobre las Nulidades Absolutas o Relativas y el lapso para su ejercicio, lo que sí es claro es que:

*“El artículo 290 consagra un derecho de <oposición> del socio en contra de las <decisiones de la asamblea manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley>. Este derecho se ejercita ante el juez con competencia en lo mercantil que tenga jurisdicción en el domicilio de la sociedad”.*³⁹

La Jurisprudencia ha revisado cuidadosa y analíticamente la norma del 290 ejusdem y ha señalado que existe paralelamente al recurso de impugnación del

39 HUNG VALLANT, Francisco. Sociedades. 5ta. Edición puesta al día. Vadell hermanos editores. Valencia. Venezuela. 1999. Página 190. Se puede consultar también diferentes autores patrios doctrinarios especialistas en Derecho Mercantil, tales como GOLDSCHMITH, Roberto, BORGAS, Leopoldo, MORALES H, Alfredo., entre otros; quienes han analizado y desarrollado el punto en particular.

290, la acción de nulidad de dicha decisión basado en el artículo 1.346 del Código Civil.

El procedimiento de la referida norma (290 Código de Comercio) es un procedimiento contencioso revisable en apelación, el lapso para ejercer el recurso es de 15 días continuos contados a partir de la celebración de la Asamblea ante un Tribunal de primera instancia mercantil, del domicilio de la sociedad. Es un procedimiento sui generis cautelativo, no se aplican los trámites del juicio ordinario ni del juicio breve.

En cuanto al lapso tanto la jurisprudencia como la doctrina sostiene que el lapso es de quince días; ahora bien autores como José Melich Orsini, el cual sostiene, según cita el autor Hung:

“Sin embargo debe recordarse en este lugar la tesis de Melich Orsini en el sentido de que la prescripción quincenal es aplicable sólo a los casos de nulidad relativa y en los casos de nulidad absoluta la prescripción debe ser la prescripción decenal”.⁴⁰

Uno de los puntos de reflexión de la doctrina especializada consiste en el tipo de nulidad lo cual hará variar el lapso de prescripción, pero en ningún caso dicha prescripción, la propia del Derecho Mercantil (15 días continuos según el artículo 290) ni la del Derecho Común (10 años según el Código Civil) coincide con la establecida en el Decreto Ley de Registros y Notarios, (1 año) ni prevé la legislación mercantil la posibilidad de otro lapso en una Ley distinta a las referidas; por ello creemos que existe una verdadera colisión de normas donde no puede regir la aplicación preferente del Decreto Ley de Registro ya que en el caso específico de acción por oposición a la Asamblea no le atribuye ni la Ley especial (Código de Comercio) ni la doctrina o la jurisprudencia faculta para fijar lapsos distintos a los ya establecidos en la legislación especial, a un decreto ley cuya función tiene injerencia en cierta parte de la actividad de las sociedades pero no a este extremo; hecho distinto es darle fe pública a los actos, validez frente a terceros etc. y otro es que se creen lapsos distintos no facultados para ello.

A nuestro parecer existe una antinomia o colisión ya que una norma concede un lapso específico para ejercer una acción y otra de rango legal igual otorga un lapso mayor sin ser esta su especialidad creando una falta de seguridad jurídica en el acto; más aún cuando duda del hecho de por qué esta norma se establece en esta ley (nos referimos al Decreto Ley de Registro y del Notariado) ya que sistemáticamente no parece mantener armonía jurídica con las normas que le anteceden

40 HUNG, V., Francisco. Ob. Cit. Página 199.

o suceden en el capítulo del Registro Mercantil; o es que se debe interpretar que esta acción se puede intentar ante los registradores mercantiles, esto nos parece inconcebible ya que la ley también aquí es clara y directa al señalar que es ante el juez de primera instancia mercantil. Esta antinomia debe ser resuelta, o los abogados tendrán que obviarla hasta que se presente el caso, que vencido el lapso establecido en el Código de Comercio se presente una solicitud de oposición de Asamblea y se tambalee jurídicamente todo el estamento jurídico de certeza del poder de decisión de voluntad de la compañía; no creemos que se deba esperar todo, se debe solucionar antes que se presente el problema jurídico planteado.

De igual forma el Decreto Ley otorga muy amplias facultades para el Registrador Mercantil en el artículo 54 ordinales 1 y 4 al señalar que deberá:

“1-Rechazar la inscripción de las sociedades con capital insuficiente, aplicando criterios de razonabilidad relacionados con el objeto social”.

“4-Homologar o rechazar el término de duración de la sociedad, respetando la manifestación de voluntad de los socios a menos que la duración sea estimada excesiva”

En ambos casos hay una exigencia de la norma de rechazar o de homologar la inscripción o término, según sea, en los supuestos allí planteados, dejando al libre criterio del “análisis interpretativo del funcionario”, lo cual es muy amplio y ambiguo. Creemos que se debe definir más la situación a fin de evitar inseguridad jurídica o posibles abusos en algunos supuestos.

También el artículo 54 establece la sustitución de publicaciones en prensa de circulación (ver artículo 253 último párrafo, 277, 281 del Código de Comercio) por los boletines oficiales del Registro Mercantil; deberá verificarse si en la práctica tendrán la misma función que la prensa nacional, por vía ordinaria de circulación y/o por consulta electrónica; amén de lo ya dicho sobre la colisión de normas de un mismo rango.

El artículo 74 del tan referido Decreto Ley establece:

“Los Notarios son competentes en el ámbito de su jurisdicción para dar fe pública de todos los actos, hechos y declaraciones que autoricen con tal carácter, particularmente de los siguientes:

5.- Otorgamiento de testamento abierto de conformidad con los artículos 852 al 856 del Código Civil.

6.- Presentación y entrega de testamentos cerrados con expresión de las formalidades requeridas en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 857 del Código Civil.

7.- *Apertura de testamento cerrado de conformidad con lo previsto en los artículos 986 y 989 del Código Civil y 913 al 920 del Código de Procedimiento Civil. El Notario tendrá potestades para realizar los actos que se atribuyen al Registrador Subalterno en el Código Civil.*

10.- *Autorizaciones de administración de bienes de menores e incapaces.*

16.- *Transacciones que ocurran en medios electrónicos.*

18.- *Auténticas firmas autógrafas, electrónicas y huellas digitales”*

Art. 77 La publicidad notarial reside en las bases de datos del sistema automatizado de las Notarías, en la documentación archivada que de ellos emanan y en las certificaciones que se expidan. (Destacados Nuestro).

Nuestro comentario en relación a las normas transcritas consiste en tres grandes puntos; a saber:

En primer lugar los ordinales 5, 6, 7 del citado artículo 74 otorga facultades, dentro de las funciones para los cuales son competentes los notarios, que eran atribuidas originalmente por la ley especial (código civil materia sucesiones, áreas testamento) a los registradores, sometiendo incluso los testamentos a la formalidades extrínsecas de redacción, autenticación y actuación según lo señalado en la ley de registro. Es el caso del ordinal N°7, la apertura del testamento cerrado es facultad expresa del juez civil de primera instancia, aun cuando las leyes de registro de los años 04/04/78, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2209; 30/12/93 Gaceta Oficial Extraordinaria N°4665; y 22/10/99 Gaceta Oficial Extraordinaria N°5391, no se otorgaba esta facultad de apertura al registrador sino sólo para el “Otorgamiento y registro de testamento abierto y cerrado...” ver artículo 95 Ley del 78, art.110 Ley del 93 y art 110 Ley del 99. En el reglamento de Notaria Pública del 05/04/76 Gaceta Oficial N°30956, se expresaba claramente las prohibiciones de las notarías y en las facultades de los notarios tanto en el reglamento derogado art.10 literal e); como en el actual artículo 14 literal e), se le atribuía a los notarios facultad para la apertura de testamento cerrado; la razón práctica la entendemos, celeridad, efectividad y eficacia pero el basamento jurídico no; ya que un reglamento no puede modificar un código que además no previa la función en estos funcionarios públicos, muchos menos en sus normas de reglamento por lo tanto se nos presta a duda la legalidad de dicha norma aunque por tradición legislativa, como vimos anteriormente ya existía la previsión legal; pero esto no convalida el vicio original de dicha facultad.

En cuanto al ordinal 10° no encontramos en los citados reglamentos de notarios una facultad similar; más aún cuando esta potestad esta otorgada expresamente a los jueces de primera instancia en lo civil por mandato expreso de la ley.

Código Civil art.267 “El padre y la madre que ejerzan la patria potestad representan en los actos civiles a los menores y aun simplemente concebidos y administran sus bienes.

Para realizar actos que exceden de la simple administración tales como hipotecar, gravar, enajenar muebles o inmuebles, renunciar a herencias...deberán obtener la autorización del juez de menores...”

Artículo 269: “La autorización judicial, en los casos contemplados en el artículo 267 se concederá a solicitud de cualquiera de los progenitores que ejerzan la patria potestad y previa notificación al Ministerio Público.

El juez de menores no dará autorización sin examinar detenidamente el caso en sí y en sus antecedentes y después de haber oído al otro progenitor y al hijo cuando tenga más de dieciséis (16) años...”

No creemos que esta facultad pueda ser concedida a los notarios por decreto ley que lo faculte para ello, porque el código faculta a otro organismo o funcionario; se presenta aquí una colisión de leyes; qué debe hacer el funcionario de notaria; es responsable civil, penal y administrativamente en caso de cumplimiento o incumplimiento. Estas normas que chocan en su ámbito de aplicación crean un vacío de seguridad y estabilidad jurídica; por ello deben conocerse y resolverse a fin de evitar estos efectos. No por esto desvirtuamos la intención del legislador de dar mayor celeridad y efectividad al Ejercicio del derecho, descongestionado la ya sobre cargada función de los tribunales, pero esto se debe hacer respetando la legalidad y eficacia jurídica del ordenamiento.

Es también relevante denotar que el decreto ley se refiere en varias oportunidades a los siguientes términos:

- Firma electrónica (art. 5) (art. 74 N° 18)
- Base de datos (art.4) (art.24) (art.29) (art.77)
- Transacciones por medios electrónicos (artículo 74 N°16) (art. 67)

Todos estos conceptos son manejados en el decreto en diversas oportunidades, distintas normas, pero en diferente forma a la establecida en la Ley Especial que rige la materia la cual es el “decreto con fuerza de ley mensajes de datos y firmas electrónicas” (G.O. N° 37. 148 del 28/02/2001) por pertenecer a un mismo sistema jurídico debe guardar coordinación y armonía sistemática por lo tanto

se deben unificar criterios a fin de que no se presente vacíos de ley o dudas al momento de su aplicación.

Prueba de ello, basta comparar los citados artículos, con los artículos del decreto ley de mensajes de datos y firmas electrónicas capítulo I, Ámbito de Aplicación y definiciones artículo 2 y artículo 3; el primero establece todas las definiciones pertinentes a la ley; el segundo (art.3) establece el principio que, todos los organismos público deben desarrollar sus funciones utilizando los mecanismos electrónicos que el decreto ley establece define y regula; por lo tanto debe mantenerse esta armonía jurídica.

Finalmente queremos señalar otra contradicción o colisión, entre la norma de los artículos del decreto ley de registros y del notariado para el caso de los requisitos para ocupar el cargo de Registrados y Notario; así se establece el artículo 17 que para la elección de Registradores titulares se efectuará concurso de oposición para cada especialidad registral; lo mismo se exige para los Registradores suplentes más no parece ser así para los registradores auxiliares.

En el artículo 68 se establece la elección de notarios por concursos de oposición, ratificado este en el art 71, el cual remite al Reglamento de Notarios, ya que el del decreto-ley no está vigente aún; el reglamento de notarios establece dicho concurso de oposición el artículo 3, si revisamos la “Ley sobre el estatuto de la función pública” en su artículo 53 establece:

“La administración pública podrá realizar concursos para selección a los funcionarios de libre nombramiento y remoción. Los resultados de los concursos para estos cargos no tienen carácter vinculante” (destacado nuestro).

El artículo 16 del Decreto de Registro y del notariado señala que estos son cargos de confianza de libre nombramiento y remoción por lo tanto existe una antinomia entre ambas normas, la que obliga a presentar el concurso de oposición y la que señala que es facultativa; otro problema de incompatibilidad o de oposición de normas que debe resolverse antes que el ministerio realice los concursos de oposición a fin de evitar impugnaciones de estos o suspensión de estos después de quizás haber invertido grandes cantidades de dinero a la ejecución de estos.

Sabemos que en esta colisión de leyes de un mismo rango, a juicios de algunos, no hay derogatoria, pero entonces qué hay; acaso una modificación o añadidura de atribuciones o modificaciones.

Lo que buscamos con estas reflexiones es llamar la atención de los legisladores y Tribunal Supremo a fin de resolver lo antes posible las disyuntivas aquí planteadas, desde nuestra especialidad, quizás otros especialistas consideren otras observaciones; no queremos con ellos entorpecer un gran avance al tratar la ley del Derecho Mercantil formal a la par de la realidad comercial; de ponerse a la par de la tecnología lo cual va a favorecer notablemente el desarrollo de la actividad registral y notarial y del “Nuevo Derecho Tecnológico” de hoy día; pero como hemos dicho, sin romper con los principios de la sistemática jurídica, en donde podría verse involucrado, incluso, la responsabilidad personal y civil del funcionario.

Por ello nuestra reflexión aquí hecha sobre algunas inquietudes ante la ley y sus antinomias.

6) Jurisprudencia:

Nuestra jurisprudencia ha señalado en diferentes oportunidades, que la acción civil basada en la responsabilidad civil de un funcionario, debe ser propuesta ante la jurisdicción civil. Como bien ya vimos, la doctrina sostiene exactamente lo mismo, remitimos al lector a las jurisprudencias siguientes:

1. Sentencia del 18-10-85, Juzgado Superior Tercero, Ministerio Público contra F.E. González. **Las acciones basadas en la responsabilidad civil de un funcionario, debe ser propuestas mediante la jurisdicción civil.**⁴¹

2. Sentencia del 06-08-87, Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, la República contra M.E. Lara. **La Contraloría General de la República tiene contradicción para sustanciar y decidir acerca de la responsabilidad administrativa acerca de un funcionario público, pero corresponde al tribunal las acciones civiles o penales.**⁴²

3. Sentencia del 13-06-90, Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, Fiscalía General de la República, contra M. Martín, **sobre la Responsabilidad Civil exigida a un funcionario por la Fiscalía General de la República. Esta senten-**

41 Venezuela. Jurisprudencia de los Tribunales de la República de Venezuela, Ramírez & Garay, 878-85, año 1985, 4º Trimestre, página 29 a la 31.

42 RAMÍREZ & GARAY. Jurisprudencia de los Tribunales de la República de Venezuela. Tomo C, Nº 789-87 año 1987, 31 trimestre, página 31 y siguientes.

cia hace referencia especial a la sentencia ya señalada el 06 de agosto de 1987, donde reitera su criterio, en relación a la jurisdicción ordinaria civil.⁴³

4. Sentencia del 27-05-87, Juzgado Superior Décimo, Fiscalía General de la República, contra M. Martín, **intervención previa de la Contraloría General de la República, para poder demandar por daños y perjuicios a un funcionario público.**⁴⁴

Es oportuno citar el criterio esbozado en sentencia del Tribunal Supremo, Primera Sala, Madrid, 5 de febrero del 2.000, ponente Dr. Villagómez Rodil; en donde se establece que la Responsabilidad Civil del Notario por actuación negligente es extracontractual. Así dice:

“Responsabilidad civil extracontractual del notario por actuación negligente en la identificación del sujeto otorgante del documento”.

Como podemos observar, todas estas sentencias reiteran casi por completo el criterio de que la acción civil debe ser ejercida, aun cuando sea contra funcionarios públicos, por la vía ordinaria civil, es decir, ante los tribunales civiles ordinarios, y no ante el tribunal administrativo o de carrera administrativa, o contencioso administrativo.

Ideas Finales

Como se desprende de nuestra exposición, está clara la intención del legislador y de la doctrina en establecer la responsabilidad de los funcionarios públicos en general, como bien pudimos observar la propia Constitución, vértice fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, señala el establecimiento de esta responsabilidad (ratificando el principio ya existente en la Constitución anterior).

Bien lo señalan los autores, los actos del hombre no siempre generan una consecuencia jurídica. Existen algunas conductas que a la luz del derecho resultan indiferentes a la norma jurídica, como son entre otros, las reglas de cortesía, las reglas de urbanidad, etc., otras conductas están investidas en una trascendencia normativa fundamental, por ejemplo, todas aquellas conductas que afecten a otros ciudadanos de la sociedad. Son estos comportamientos trascendentes a un mundo jurídico que nos interesaba analizar en virtud de que los mismos no sólo no eran realizados por un ciudadano común de un grupo social, sino por un personaje investido de carácter especial que le otorgaba el ejercicio de una función muy particular. Es el caso que hemos analizado de los registradores y

43 *Ibidem.* Año 1990, 2º Trimestre, página 543-544, Nº 458-90.

44 RAMÍREZ & GARAY. *Ob. Cit.* Tomo IC, 1980, II Trimestre, página 187-189, Nº 325-87.

notarios, quienes en el desempeño de su función tan importante, tan delicada y tan trascendente, pueden incurrir en hechos que pueden ser calificados como falta o como ilícito según la gravedad de la misma. Lo importante es que el Estado ha ido evolucionando tanto él como sus miembros integrantes y la ciudadanía, al extremo de pasar de una completa irresponsabilidad del Estado, a una concientización de que la misma responsabilidad puede ser calificada como ilícita, imperita, negligente o imprudente, generará un efecto jurídico específico, y esto generará el efecto del nacimiento de una acción de resarcimiento por daños y perjuicios. Dándole así mayor seguridad y certeza al Estado de Derecho que debe imperar en su sistema jurídico, democrático y responsable.

Pudimos ver, que la nueva Ley de Registro Públicos y Notarios regula todo un procedimiento administrativo disciplinario pero esto no obsta para acudir a la vía jurisdiccional por acción de resarcimiento derivada de la responsabilidad originada del ejercicio de su función o del incumplimiento de este o el cumplimiento parcial; este sentir se desprende del articulado de la Ley al ratificarlo en diferentes oportunidades.

El proceso disciplinario (regulado en el título IV estará a cargo de la Dirección Nacional de Registro y del Notariado) paralelo e independiente del respectivo por Responsabilidad Civil; se inicia de oficio o a instancia de parte, a través de denuncia ante dicha Dirección, suficientemente sustentada y motivada. Las causas para aperturar este proceso son específicas señaladas en el artículo 86 en sus cinco ordinales.

Pero en realidad en cada uno de dichos numerales se refieren a las funciones otorgadas por la Ley a dichos funcionarios; las cuales son muy amplias, ya que se refieren en el caso de los Notarios a las funciones propias de la Ley en análisis pero también las otorgadas o referidas en el Código Civil y Procedimiento Civil, en caso de testamento. Así como “otras leyes” (artículo 74 N°19) además se refiere en forma implícita a la Ley de firma electrónica (Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, Gaceta Oficial N° 37.148 del 28/02/2001)

Aun cuando tampoco hace referencia directa, a las normas respectivas a la citación personal la misma puede ser realizada por Notarios de acuerdo al artículo 218 párrafo único del Código de Procedimiento Civil y 345 ejusdem; asumimos que se pueden cumplir por imperio del Código de Procedimiento y por el N° 19 del artículo 4 en marras; por el artículo 19 las demás que le atribuyen otras leyes. (Funciones del Registro Civil y Mercantil).

Esta responsabilidad de los funcionarios puede surgir por un incumplimiento de la Ley o un mal cumplimiento de sus funciones, pero una vez que se accione por la responsabilidad inherente a su función ante la Dirección Nacional de Registro y del Notariado o ante la Comisión designada, se apertura el mismo, con la consagración respectiva del Derecho a la defensa y el debido proceso culminando éste con acciones de suspensión temporal, remoción u otras según el caso.

Por ello, es que hemos querido analizar la responsabilidad de estos importantes funcionarios, quienes podrán ser condenados por la Jurisdicción Civil, al resarcimiento del daño sufrido por el particular, lo cual genera, a través de la acción de responsabilidad civil la indemnización acordada por el tribunal competente; independientemente de la responsabilidad penal (solidaria) del Estado. Dicha acción, que se sustancia ante un tribunal civil competente (de la jurisdicción donde se encuentre la oficina de registro o la notaría), ha de estar suficientemente fundamentada y analizada por la parte al momento de realizar su petición en el libelo, ante el tribunal civil ordinario.

Por ende, en virtud de la justicia, y de la equidad, esta responsabilidad de los funcionarios registradores y notarios, está plenamente consagrada en nuestro ordenamiento y es el reflejo del Estado de Derecho en que está concebido nuestro régimen jurídico, tratando así en la medida de lo posible que no puedan impunemente realizarse actos, en el ejercicio de las funciones públicas, y dejar de observar sus deberes y obligaciones y por lo tanto, las consecuencias que éstos generen, no siendo suficiente, como lo dijo ya la doctrina, la nulidad del acto, sino que es necesario sancionar directamente al funcionario que incurrió en dicha realización de estos actos.

Por ser en este caso específico de análisis, los Registradores y Notarios los destinatarios de esta acción de Responsabilidad Civil generadora del incumplimiento o mal cumplimiento o cumplimiento parcial de sus funciones es que hacemos un llamado a la reflexión en virtud de la existencia y posibilidad efectiva del particular de ejercer su derecho ante esta situación en contra del funcionario; evitando así lo que hasta hace poco existía la impunidad del ejercicio de la función pública. Hacemos extensiva esta meditación a todos los funcionarios públicos que al activar no piensan en las consecuencias de su acto; esto ya cambio y aun cuando ya existían estas previsiones legales y doctrinales de Responsabilidad, ahora están más presente y vigente en la mente y sentir del particular de no seguir permitiendo la impunidad.

8) BIBLIOGRAFÍA CITADA

ANDUEZA, José Guillermo. El Control en Venezuela de los Actos ilegales de la Administración Pública. Publicaciones del Ministerio de Justicia, República de Venezuela, Caracas, 1959.

BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Tercera reimpresión de la segunda edición. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia 1.999.

BREWER CARÍAS, Allan Randolph. Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana. Colección tesis de Doctorado, volumen IV, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964.

CALVO BACA, Emilio:

Régimen Legal del Notario en Venezuela. Caracas, 1983.

Derecho Registral y Notarial. Tomo I, Ediciones Libra, Caracas, 1996.

DE AGUIAR DÍAZ, José. Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo II. Traducción de los Drs. Juan Agustín e Ignacio Moyano, Editorial José L. Cajica Jr., S.A., México, D.F., 1957

DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Traducción Segunda edición italiana y preliminares por Ángel Martínez Sarrión. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona- España. 1975.

GAXIOLA YDEHARO, Francisco José. Los Altos Funcionarios Públicos y la Irresponsabilidad. México, D.F., 1967. S/ed.

GHERSI, Carlos, A.-CURRUCHEAGA, Melchor. Responsabilidad de los Funcionarios Públicos. Brevarios Amorabi, N° 1. Buenos Aires, Argentina, 1987.

LARES MARTÍNEZ, Eloy:

Manual de Derecho Administrativo, 4º Edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1978.

MADURO LUYANDO, Eloy:

Curso de Obligaciones. Derecho Civil III. Fondo Editorial Luis Sanojo, Colección Grandes Juristas, Maracaibo, 1980.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Biblioteca Jurídica Diké, 6º Edición, 1990. Medellín (Colombia), página 23.

MELICH ORSINI, José. La Responsabilidad Civil por Hechos Ilícitos. Tomo I. Serie Estudios Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1994.

PARRA BERNAL, Juan. La Evolución histórica de la Institución del Registro Público en Venezuela. Lex Nova. Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia. Año 2001. N° 238. Venezuela

PIESCHACÓN GORRONDONA, Hernán. Elementos para un Estudio cerca de la Responsabilidad Notarial. Bogotá, 1986.

RAMÍREZ & GARAY. Jurisprudencia de los Tribunales de la República de Venezuela: 878-85, año 1985, 4º Trimestre, página 29 a la 31.

Tomo C, N° 789-87 año 1987, 31 trimestre, página 31 y siguientes.

Año 1990, 2º Trimestre, página 543-544, N° 458-90.

Tomo IC, 1980, II Trimestre, página 187-189, N° 325-87.

RÍOS HELLIG, Jorge. La Práctica del Derecho Notarial. Mac Graw Hill. México 1997, Tercera edición.

RODRÍGUEZ R., Gladys J. Responsabilidad Social y Moral de los jueces. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. N°90. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1.993

TAMAYO JARAMILLO, Javier.

De la Responsabilidad Civil, Tomo I. Editorial Temis. Colombia 1999

La responsabilidad del Estado, reimpresión. Editorial Temis 2.000. Colombia

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN CITADA

Constitución de la República de Venezuela (1961). Gaceta Oficial Extraordinaria N° 662 del 23/01/1961

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Gaceta Oficial N° 36.860 del 30/12/1999

Código Civil Venezolano (1982)

Código de Comercio Venezolano (26/07/1955)

Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 3.694 del 22/01/1986

Ley de Registro Público. Derogadas

Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2.209 del 04/04/1978

Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.665 del 30/12/1993

Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.391 del 22/10/1999

Reglamento de Notarías Públicas.

Gaceta Oficial N° 30.956 del 05/04/1976 (Derogado)

Gaceta Oficial N° 36.588 del 24/11/1998 (Vigente)

Ley de Arancel Judicial.

Gaceta Oficial Extraordinaria N° 496 del 17/08/1956 (Derogada)

Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.391 del 22/10/1999 (Vigente)

Decreto Ley de Registro Público y del Notariado. Gaceta Oficial N° 5.556 Extraordinaria del 13/11/2001

Decreto con fuerza de Ley Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Gaceta Oficial N° 37.148 del 28/02/2001

Ley sobre el Estatuto de la Función Pública. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.557 del 13/11/2001

(Footnotes)

1 DIARIO MÉDICO, Recoletos Grupo de Comunicación, Madrid, 14/10/04.

Responsabilidad Civil y del Estado

N° 19
Noviembre
de 2005

- LA REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO
Saúl Uribe García
- REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SU APLICABILIDAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE DAÑOS
Hugo A. Cárdenas
- PROCEDENCIA DE ACUMULACIÓN DE INDEMNIZACIONES Y LAS PRESTACIONES DERIVADAS DEL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES
Néstor Alejandro García Franco
- ANÁLISIS DE LA SENTENCIA SOBRE ACCIONES POPULARES Y CONTRATOS ESTATALES, CONSEJO DE ESTADO, Octubre de 2005
Luis Felipe Botero Aristizábal



**INSTITUTO ANTIOQUEÑO
DE RESPONSABILIDAD
CIVIL Y DEL ESTADO**

- SENTENCIA CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA: ACCIONES POPULARES Y CONTRATOS ESTATALES, Octubre 5 de 2005

LA REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO

Saúl Uribe García¹

CONTENIDO:

1. Conciliación preprocesal
2. Conciliación en el incidente de reparación integral
3. Mediación
4. Incidente de reparación integral
5. Preacuerdos y negociaciones
6. Principio de oportunidad
7. Conclusiones

El delito es fuente de obligaciones según prescripción del artículo 1.494 del C.C. y origina la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con la conducta punible según prescripción del artículo 94 del Código Penal. Aun, prescindiendo la víctima de utilizar el proceso penal para hacer efectivos los perjuicios ocasionados con la conducta punible, se presentan situaciones en las que se torna imperiosa la necesidad de pronunciamiento acerca de aspectos netamente civiles, bien directa o indirectamente relacionados con los perjuicios ocasionados.

Los aspectos de la responsabilidad civil en el proceso penal no únicamente tienen relación con la víctima, también tienen relación con terceros ajenos a la responsabilidad penal y tienen relación con la situación procesal del imputado, acusado o condenado.

Se presenta el proceso penal como solución, entre otros, a la llamada victimización primaria. La víctima primaria tiene relación directa con el daño ocasionado

1 ^{*} Abogado Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín. Profesor de Pregrado y Posgrado de la misma Universidad.

y en el caso de que a través del proceso penal no se satisfaga su reparación, no se establezca la verdad y no se imparta justicia, se pasa a la victimización secundaria. En no pocas veces, la víctima, además de padecer con el simple daño ocasionado, le corresponde enfrentar un proceso con trabas, impedimentos, obstáculos y en ocasiones, sin resultado positivo para sus pretensiones. En el proceso penal, además de permitirle intervenir y ejercer su pretensión patrimonial, también se disponen una serie de medidas para proteger y garantizar sus derechos.

No es gratuita entonces, la permisión para que la víctima haga valer en el proceso penal su pretensión patrimonial, se disponga una serie de medidas tendientes a lograr tal fin y se prive al imputado, acusado o condenado de ciertos derechos en caso de que no indemnice los perjuicios ocasionados con la conducta que se reputa punible.

El 31 de agosto de 2004 fue sancionada la ley 906 de 2.004 (Código de Procedimiento Penal), la misma que entró en vigencia en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira a partir del 1° de enero de 2.005. A partir del 1° de enero de 2006, entrará en vigencia en los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal. A partir del 1° de enero de 2.007 entrará en vigencia en los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio. A partir del 1° de enero de 2008, entrará en vigencia en los distritos Judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar. Se dice que es un Sistema Procesal Penal de corte acusatorio, caracterizado por la igualdad de las partes; por la existencia de un tercero imparcial que profiere decisiones y no la Fiscalía (Juez de Control de Garantías y Juez de Conocimiento; adversarial; por la oralidad; se desarrolla por audiencias y por la práctica de pruebas en el juicio oral, público, concentrado, con intermediación, confrontación y contradicción.

En este sistema procesal penal, la víctima adquiere un protagonismo jamás reconocido en precedentes sistemas procesales penales y de esta manera se puede afirmar que estamos frente a un moderno concepto de víctima del derecho penal, aunque sin desconocer que es la culminación de los modernos estudios de victimología y de Estatutos internacionales, estudiados y analizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 228 de 2002 y recogidos de manera positiva por el legislador Colombiano en la ley 906 de 2.004. En esta ley, se establecen una serie de derechos a favor de la víctima, a saber:

1. Derecho a su reconocimiento.
2. Derecho a su protección.
3. Derecho a información.
4. Derecho a la asistencia.
5. Derecho al restablecimiento.
6. Derecho al respeto de su dignidad e intimidad.
7. Derecho a que se establezca la verdad.
8. Derecho a que se haga justicia.
9. Derecho de intervención.
10. Derecho a la no afectación de la decisión penal.
11. Derecho a la protección de la indemnización.
12. Derecho a la garantía de la indemnización
13. Derecho a la reparación.

En esta oportunidad, reconociendo la limitación para tratar en extenso cada uno de los derechos, sólo se analiza el derecho a la reparación y concretamente a la reparación económica (indemnización de perjuicios) que tiene la víctima en la ley 906. Se asume el término genérico de reparación, porque en el moderno concepto de víctima, la reparación adquiere doble modalidad: Reparación económica por los perjuicios ocasionados (Daño emergente, lucro cesante, perjuicios morales, etc.) y reparación simbólica (Memoria histórica, abstención de determinada conducta, no repetición de los hechos victimizantes, prestación de servicios a la comunidad y pedimento de disculpas o perdón). En esta oportunidad, únicamente se analiza la forma cómo la víctima puede hacer efectiva la reparación económica y para ello, la ley 906 cuenta con varios mecanismos:

1. Conciliación preprocesal.
2. Conciliación en el incidente de reparación integral.
3. Mediación.
4. Incidente de reparación integral.
5. Preacuerdos y negociaciones.

6. Principio de oportunidad.

1. CONCILIACIÓN PREPROCESAL.

La conciliación preprocesal es uno de los tres mecanismos de justicia restaurativa.² El artículo 518 de la ley 906, prescribe: “Se entenderá por programa de Justicia Restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador. Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la integración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.” y el artículo 521 *ibídem*, prescribe que son mecanismos de justicia restaurativa: la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación.

El capítulo II, del Libro VI de la ley 906 (Justicia Restaurativa), tiene como título “Conciliación Preprocesal”, consta de un artículo (522), que a la letra reza: “La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el Fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal. En el primer evento, el Fiscal citará a querellante y querellado a diligencia de conciliación. Si hubiere acuerdo procederá a archivar las diligencias. En caso contrario, ejercitará la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación. Si la audiencia de conciliación se realiza ante un centro o conciliador reconocidos como tales, el conciliador enviará copia del acta que así lo constate al fiscal quien procederá al archivo de las diligencias si fue exitosa o, en caso contrario, iniciará la acción penal correspondiente, si fuere procedente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación. La inasistencia injustificada del querellante

2 “La Justicia Restaurativa constituye una visión alternativa del Sistema Penal que, sin menoscabar el derecho del Estado en la persecución del delito, busca, por una parte, comprender el acto criminal en forma más amplia y en lugar de defender el crimen como simple trasgresión de las leyes, reconoce que los infractores dañan a las víctimas, comunidades y aun a ellos mismos y, por la otra, involucrar más partes en respuesta al crimen, y en vez de dar papeles clave solamente al Estado y el infractor, incluye también a las víctimas y a la comunidad. En pocas palabras, la Justicia Restaurativa valora en forma diferente el éxito frente al conflicto, en vez de medir cuánto castigo fue infringido, establece si los daños son reparados o prevenidos”. SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. ¿Qué es y para qué sirve la Justicia Restaurativa? En: Derecho Penal Contemporáneo. Nro. 12. Legis. Julio – Sept. 2005. Bogotá.

se entenderá como desistimiento de su pretensión. La del querellado motivará el ejercicio de la acción penal, si fuere procedente. En cualquier caso si alguno de los citados fuere incapaz, concurrirá su representante legal. La conciliación se ceñirá, en lo pertinente, a lo establecido en la Ley 640 de 2001”.

Del análisis del artículo 522, se puede extraer las siguientes conclusiones:

1.1. La conciliación preprocesal procede únicamente para delitos querellables y los delitos querellables son los siguientes: 1. Delitos que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad. 2. Las siguientes conductas: Inducción o ayuda al suicidio (Art. 107 C.P.); Lesiones personales sin secuelas que produjeran incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta días (Art. 112 Inc. 1 y 2); Lesiones personales con deformidad física transitoria (Art. 113 Inc. 1. C.P.); Lesiones personales con perturbación funcional transitoria (Art. 114 Inc. 1.); Parto o aborto preterintencional (Art. 118 C.P.); Lesiones personales culposas (Art. 120 C.P.); Omisión de socorro (Art. 131 C.P.); Violación a la libertad religiosa (Art. 201 C.P.); Injuria (Art. 220 C.P.); Calumnia (Art. 221 C.P.); Injuria y calumnia indirecta (Art. 222 C.P.); Injuria por vías de hecho (Art. 226 C.P.); Injurias recíprocas (Art. 227 C.P.); Violencia intrafamiliar Art. 229 C.P.); Maltrato mediante restricción a la libertad física (Art. 230 C.P.); Inasistencia alimentaria (Art. 233 C.P.); Malversación y dilapidación de los bienes familiares (Art. 236 C.P.); Hurto simple cuya cuantía no exceda de 150 salarios mínimos mensuales legales vigentes (art. 239 Inc. 2°); Alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (art. 243 C.P.); Estafa cuya cuantía no exceda de 150 salarios mínimos mensuales legales vigentes (Art. 246 Ins. 3°); Emisión y transferencia ilegal de cheques (Art. 248 C.P.); Abuso de confianza (Art. 249 C.P.); Aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito (Art. 252 C.P.); Alzamiento de bienes (Art. 253 C.P.); Disposición de bien propio grabado con prenda (Art. 255 C.P.); Defraudación de fluidos (Art. 256 C.P.); Acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones (Art. 257 C.P.); Malversación y dilapidación de bienes (Art. 259 C.P.); Usurpación de tierras (Art. 261 C.P.); Usurpación de aguas (Art. 262 C.P.); Invasión de tierras o edificios (Art. 263 C.P.); Perturbación de la posesión sobre inmuebles (Art. 264 C.P.); Daño en bien ajeno (art. 265 C.P.); Usura y recargo de ventas a plazo (Art. 305 C.P.); Falsa autoacusación (art. 437 C.P.); Infidelidad a los deberes profesionales (Art. 445 C.P.);

1.2. La primera parte del artículo 74 prescribe: “Para iniciar acción penal será necesario querrela en los siguientes delitos, excepto cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad: (...)”. Significa lo anterior, que en tratándose de menor de

edad, sujeto pasivo de cualquiera de los delitos querellables, la investigación penal se inicia de oficio, pero para efectos de la conciliación preprocesal no se convierte en obstáculo la oficiosidad de la acción penal, ya que el numeral 3° del artículo 37 de la ley 906, autoriza aplicar los efectos propios de la querrela para beneficio y reparación integral a la víctima. Prescribe la norma: "(...) La investigación de oficio no impide aplicar, cuando la decisión se considere necesaria, los efectos propios de la querrela para beneficio y reparación integral de la víctima del injusto".

1.3. El Ministerio Público o Defensor de Familia pueden presentar querrela cuando el sujeto pasivo sea incapaz; estuviere imposibilitado para hacerlo; carezca de representante legal; el mismo representante legal es el autor o partícipe de la conducta; cuando la conducta sea de inasistencia alimentaria o se afecte el interés público o colectivo. En los casos anteriores, se tiene al Ministerio Público o al defensor de Familia como querellante legítimo y puede cualquiera de estos dos servidores públicos, conciliar. El artículo 71, último inciso de la ley 906, prescribe: "La intervención de un servidor público como representante de un menor incapaz, no impide que pueda conciliar o desistir. El juez tendrá especial cuidado de verificar que la causa de esta actuación o del acuerdo, se produzca en beneficio de la víctima para garantizar la reparación integral o la indemnización económica". Se soluciona así la discusión existente cuando la querrela la presentaba el Ministerio Público o el Defensor de Familia, acerca de si podían o no conciliar.

1.4. La conciliación puede realizarse ante el mismo fiscal que dirige y coordina la investigación, en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido, éstas dos últimas situaciones de conformidad con la ley 640 de 2001 y de lograrse acuerdo conciliatorio, se aporta al fiscal copia del acta que contiene el acuerdo para que proceda a fenecer la investigación penal.

1.5. El fiscal es quien debe citar al querellante y al querellado a la audiencia de conciliación y enterarlos de la fecha y hora. La asistencia injustificada del querellante, se entenderá como desistimiento de su pretensión. Pero ¿qué debe entenderse como desistimiento de su pretensión? Indiscutiblemente debe entenderse como desistimiento de la querrela y con los mismos efectos del desistimiento de la querrela que prescribe el artículo 76 y 77 de la ley 906, esto es: extinción de la acción penal con efectos de cosa juzgada. Aunque sea un contrasentido argumentar que sin haberse celebrado la conciliación por la ausencia injustificada del querellante, se extinga la acción penal, cuando la misma conciliación es requisito

para que se inicie la acción penal. No puede entonces, el querellante legítimo que no asiste injustificadamente a la audiencia de conciliación, solicitar que se fije nueva fecha para conciliación o ante la negativa del fiscal o conciliador para fijarla, formular nuevamente querrela por los mismos hechos, alegando que todavía no se ha presentado la caducidad de la misma de conformidad con el artículo 73 de la ley 906. Si el querellado no asiste a la audiencia de conciliación, se inicia el ejercicio de la acción penal, si fuere procedente, esto es, siempre que no haya prescrito la acción penal.

1.6. El acuerdo conciliatorio no únicamente puede circunscribirse sobre aspectos netamente patrimoniales, también puede consistir en otra clase de acuerdos entre víctima y victimario para solucionar el conflicto. ¿Puede el acuerdo conciliatorio someterse a plazo para el cumplimiento del mismo? El artículo 41 de la ley 600, expresamente prescribe que el Juez o Fiscal, puede suspender la actuación hasta por un término máximo de sesenta días, para el cumplimiento de lo acordado y de no cumplirse en su totalidad lo acordado, se continuará inmediatamente con la actuación. La conclusión que arroja la interpretación del artículo 522 de la ley 906, es que basta el acuerdo, bien que se cumpla inmediatamente o posteriormente, para que se entienda que la conciliación fue exitosa y se proceda a fenecer la actuación penal, sirviendo el acta de conciliación como título ejecutivo, bien por obligación de dar, hacer o no hacer. Pero nada impide que víctima y victimario soliciten un término prudencial, que puede ser de sesenta días tal como lo prescribe el artículo 41 de la ley 600 y advertirle al conciliador (fiscal o conciliador) que suspenda la audiencia de conciliación, para que posteriormente se plasme el acuerdo conciliatorio. De no pensarse en esta solución, es regresar a épocas ya superadas, en las que con el simple acuerdo o garantía del mismo (regularmente a través de cheques, letras o pagarés) era suficiente para fenecer la investigación penal y el cumplimiento del acuerdo quedaba en entredicho, ya que lo único buscado por el victimario era fenecer la investigación penal porque carecía de bienes para hacer efectivo el acuerdo. Nada impide que si no hubo acuerdo conciliatorio, posteriormente las partes concilien, sin importar que tan avanzada se encuentre la investigación penal.

1.7. El monto del acuerdo conciliatorio o cualquier otro acuerdo, deberá contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito (Art. 519. N° 2° ley 906). Significa lo anterior que por parte del funcionario debe existir control para que el acuerdo no sea irrisorio, ni burle los derechos de la víctima o del victimario, porque lo irrazonable o desproporcionado del acuer-

do debe estar para ambas partes. Tan irrazonable o desproporcionada es una suma irrisoria o cualquier otro acuerdo en contra de los intereses de la víctima, como irrazonable y desproporcionada es una suma astronómica en contra de los intereses del victimario.

1.8. ¿Qué hacer cuando la víctima se niega a conciliar, es decir, asiste a la audiencia pero no se presta para un acuerdo, que en muchas ocasiones lo querido es ver condenado y en la cárcel al victimario; o citada oportunamente no asiste a la audiencia? La solución pertinente es acudir al mecanismo de la suspensión del procedimiento a prueba y se sigue el trámite del artículo 325 de la ley 906. El imputado (puede ser a través de su defensor) solicita al fiscal la suspensión del procedimiento a prueba, de manera oral le presenta un plan de reparación del daño (plan en el que puede utilizar la mediación o no) y las condiciones a cumplirlo. El fiscal consultará con la víctima y fijara las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado. En el numeral 3 (mediación), se hace análisis de la norma para concluir que el trámite de suspensión del procedimiento a prueba obliga a la víctima y por tanto es un equivalente a lo que es en la ley 600, la figura procesal de la indemnización integral.

1.9. En la conciliación preprocesal, puede intervenir el tercero civilmente responsable e inclusive el asegurador, nada lo impide porque son garantes para solucionar el conflicto.

1.10. La ley no prescribe la obligatoriedad de asistencia de abogado para llevar a cabo la conciliación preprocesal, pero las partes pueden contar con abogado para la respectiva asesoría (Art. 519 Numeral 6° Ley 906)

1.11. El artículo 522 prescribe que si se llega a acuerdo conciliatorio, bien ante el fiscal, ora en centro de conciliación, ora ante el conciliador o el querellante no asiste injustificadamente a la audiencia de conciliación, el fiscal, mediante una orden, ordena archivar las diligencias y produce efectos de cosa juzgada. En este punto se hace claridad que esta norma tiene que ser declarada inexecutable en el punto concreto de que el fiscal profiere la decisión de archivar las diligencias, por las siguientes razones. La Corte Constitucional mediante sentencia C - 591 de 2005 declaró la inexecutable parcial del Art. 78 de la Ley 906, el cual facultaba al fiscal para archivar las diligencias mediante orden sucintamente motivada, cuando antes de formular imputación se presentara una causal de extinción de la acción penal. La Corte determinó que con el nuevo sistema Penal Acusatorio el

fiscal no puede proferir decisiones ya que se trata de una orden eminentemente judicial que escapa al ámbito de los fiscales en el nuevo esquema constitucional. Si en el Art. 78 el fiscal no puede archivar las diligencias, sino que siempre tendrá que solicitar el juez de conocimiento la preclusión, la misma solución tiene que presentarse para cuando se produzca acuerdo conciliatorio en la conciliación preprocesal ya que el fiscal no tiene facultad para archivar las diligencias mediante decisión, sino que, tendrá que solicitar la preclusión ante el juez de conocimiento. Se concluye que el Art. 522 tiene que ser declarado inexecutable en el punto concreto de la decisión que profiere el fiscal para archivar las diligencias, cuando la conciliación sea exitosa.

1.12. La conciliación preprocesal puede ser parcial, con respecto a determinadas conductas que la admitan y otras no. Cuando se trate de varios victimarios y sólo uno de ellos concilia, se extiende de derecho los efectos de la conciliación y por ende los efectos de la misma, así como contra todos los autores se extiende de derecho la querrela, aunque únicamente se haya presentado contra uno de los autores. Si bien la obligación para con la víctima es solidaria, si uno de los autores paga a la víctima, se convierte en una obligación divisible entre ellos, a prorrata.

2. CONCILIACIÓN EN EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

La conciliación en el incidente de reparación integral es otro mecanismo de Justicia Restaurativa. Consiste en la posibilidad de conciliar entre el penalmente responsable y la víctima en el desarrollo del incidente de reparación integral regulado en los artículos 102 a 108 de la ley 906. Las diferencias entre la conciliación preprocesal y la conciliación en el incidente de reparación integral, son las siguientes:

2.1. La conciliación preprocesal se lleva a cabo antes de que se inicie la acción penal y la conciliación en el incidente de reparación integral, se lleva después de que se declara la culpabilidad del acusado, en desarrollo del incidente de reparación integral.

2.2. La conciliación preprocesal procede únicamente para delitos querrelables, en cambio la conciliación en el incidente de reparación integral procede para cualquier delito.

2.3. La conciliación preprocesal procede ante el fiscal, conciliador o centro de conciliación, en cambio la conciliación en el incidente de reparación integral

procede únicamente ante el Juez de conocimiento que profirió la emisión del sentido del fallo.

2.4. Los efectos de la conciliación preprocesal, en caso de que sea exitosa, llevan a la extinción de la acción penal con efectos de cosa juzgada, en cambio, los efectos de la conciliación en el incidente de reparación integral, en caso de lograrse acuerdo, fenece con el incidente, para nada incide en la responsabilidad penal ya que previamente tuvo que haberse emitido pronunciamiento acerca de la culpabilidad.

2.5. En la conciliación preprocesal, actúa como victimario, el indiciado, en cambio, en la conciliación en el incidente de reparación integral, actúa como victimario, el declarado penalmente responsable.

2.6. La conciliación preprocesal es obligatoria como requisito de procedibilidad de la acción penal, en cambio la conciliación en el incidente de reparación integral es facultativa, como quiera que es facultativa la iniciación del incidente de reparación, es decir, si la víctima no inicia el incidente de reparación, de ninguna manera tiene cabida la conciliación.

Cuando se aborde el Incidente de Reparación Integral, se volverá sobre la conciliación en el incidente de reparación integral.

3. MEDIACIÓN

El tercer mecanismo de justicia restaurativa es la mediación. El artículo 523 de la ley 906, prescribe: “Mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que se confronten sus puntos de vista y, con ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta. La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón”.

Se advierte que la mediación se encuentra pendiente de ser reglamentada mediante manual que fije las directrices de funcionamiento por parte del Fiscal General de la Nación. Se quedó corto el legislador colombiano al regular la mediación ya que únicamente tiene en cuenta a víctima y victimario como protagonistas para solucionar el conflicto y olvidó tener en cuenta a la comunidad y las

familias de víctima y victimario. El artículo 524 de la ley 906, prescribe los requisitos y trámite para la mediación: “La mediación procede desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de penal no exceda de cinco (5) años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa. En los delitos con penal superior a cinco (5) años la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción”.

3.1. La solicitud para la mediación puede ser presentada por la víctima o por el imputado o acusado ante el fiscal, juez de control o juez de conocimiento, pero dicha solicitud siempre tendrá que ser tramitada por el Fiscal General de la Nación o su delegado quien procederá a designar el mediador, que puede ser un particular o un servidor público. En cualquier momento del trámite de la mediación, cualquiera de las partes podrá retirar el consentimiento, caso en el cual se termina.

3.2. La mediación procede desde la formulación de imputación y hasta antes del inicio del juicio oral, situación no entendible puesto que perfectamente la mediación también habría podido establecerse en la fase de indagación y después de iniciado el juicio oral, incluido el incidente de reparación integral. Si de lo que se trata es de solucionar alternativamente el conflicto por fuera de las sanciones penales, existe también conflicto en la etapa de indagación y después de que se inicia el juicio oral.

3.3. La mediación admite dos modalidades para su trámite. La primera es la procedencia para delitos perseguibles de oficio (se incluyen también los querellables por disposición del artículo 522); que el mínimo de pena no exceda de cinco años de prisión; que el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado y la víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter el caso a la mediación (art. 524 inciso 1º). En este evento, se utiliza la suspensión del procedimiento a prueba que prescribe el artículo 325 de la ley 906:

“Art. 325. El imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir. El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas, en los casos en que esta sea procedente, la repara-

ción integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en la forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa. Presentada la solicitud, el fiscal consultará a la víctima y resolverá de inmediato mediante decisión que fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, conforme a los principios de justicia restaurativa establecidos en este Código. Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad (...).”

En esta modalidad de trámite de la mediación, el imputado solicita al fiscal la suspensión del procedimiento a prueba de manera oral, manifiesta el plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir, si de manera inmediata o a plazos. Se advierte que en este caso, tiene que existir voluntad de víctima y victimario para someter su caso a la mediación, porque de no existir voluntad mutua, no resulta procedente. El fiscal consultará a la víctima, para determinar su voluntad libre; fija las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento a prueba y aprueba o modifica el plan de reparación propuesto. Conserva facultad el fiscal, para aprobar o modificar el plan de reparación propuesto y si la situación es compleja, puede asesorarse de perito para obtener el respectivo informe pericial.

626 ¿Qué ocurre si la víctima manifiesta su voluntad de someter el caso a la mediación, es más, puede la víctima solicitar la aplicación de la mediación (art. 525), pero no está de acuerdo con el plan de reparación propuesto por el imputado o acusado para suspender el procedimiento a prueba? Dos soluciones: la primera, el fiscal puede modificar el plan de reparación y lograr acuerdo con la víctima; la segunda, ante la modificación, ya el imputado o acusado decide declinar su consentimiento por no estar dentro de sus planes o reafirmarlo y estar de acuerdo. En estos casos, el fiscal tiene que cumplir labor de mediador, porque si antes de suspender el procedimiento a prueba una de las partes retira su consentimiento (art. 519. N° 1°), es suficiente para culminar con la actuación, sin perjuicio que se intente posteriormente ya que la norma no limita el sometimiento a la mediación. Más adelante se exponen argumentos, los cuales llevan a concluir cuál es la verdadera incidencia de la voluntad de la víctima cuando no acepta el plan de indemnización propuesto por el imputado o acusado.

La suspensión del procedimiento a prueba no podrá ser superior a tres años y una vez fijadas las condiciones por el fiscal bajo las cuales se suspende, creo que no es procedente que la víctima retire su consentimiento y si el imputado o

acusado cumple con el plan de reparación propuesto y las condiciones impuestas por el fiscal, éste renuncia a la persecución penal y aplica el principio de oportunidad a favor del imputado o acusado. Si el imputado o acusado incumple el plan propuesto o las condiciones fijadas, la investigación continúa su curso normal.

La segunda modalidad de trámite de la mediación es para conductas con pena superior a cinco años (debe entenderse el mínimo) (art. 524 inc. 2º), casos en los cuales no se somete al trámite del art. 325 (suspensión del procedimiento a prueba), sino que su trámite lo adelanta el mediador e informará de los resultados al fiscal o juez para que valoren los resultados de la mediación, no para fenecer la investigación, sino para considerarlos con respecto del ejercicio de la acción penal; individualización de pena y dosificación de la misma.

3.4. La reparación en la mediación (en cualesquiera de sus dos modalidades) adquiere doble connotación: Reparación económica por los perjuicios ocasionados (Daño emergente, lucro cesante, perjuicios morales, etc.) y reparación simbólica (Memoria histórica, abstención de determinada conducta, no repetición de los hechos victimizantes, prestación de servicios a la comunidad y pedimento de disculpas o perdón).

3.5. Efectos de la mediación

El Art. 526, Inc. 1º de la Ley 906, prescribe: “La decisión de víctima y victimario de acudir a la mediación tiene efectos vinculantes. En consecuencia, excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral (...)”. La anterior afirmación normativa es cierta siempre y cuando la mediación haya comprendido todos los perjuicios causados con la conducta punible, porque no resulta lógico que se repare a la víctima únicamente mediante la reparación simbólica, antes por el contrario, la reparación simbólica va más allá de la reparación económica, inicialmente la reparación económica y posteriormente, la reparación simbólica.

La exclusión del ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral opera para ambas modalidades de trámite de la mediación. El Art. 526 de la Ley 906, si bien excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral, la norma general es que la extinción de la acción penal produce efectos de cosa juzgada y no se extiende a la acción civil derivada del injusto. Lo anterior significa que el contenido del Art. 57 de la Ley 600 no lo contempla la ley 906, esto es, que ya no se tiene en cuenta si la decisión del funcionario penal tuvo como causa que la conducta causante del

perjuicio no se realizó; que el imputado o acusado no lo cometió; o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa, para que tenga efectos en la acción civil derivada del delito. Con la entrada en vigencia de la Ley 906 cualquiera sea la causal de preclusión o para que se emita sentencia absolutoria, no tiene ningún efecto en la acción civil y por tanto le queda la vía libre a la víctima para que demande en proceso civil ordinario. Las causales de preclusión están contempladas en los artículos 77 y 332 de la ley 906.

4. INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

El incidente de reparación integral está regulado en los Art. 102 a 108 de la Ley 906. Si bien, no existe la posibilidad de demanda para constitución en parte civil, como si se permite en la Ley 600 de 2001, sigue existiendo acción civil. La acción civil en la ley 600 se ejerce a través de la constitución en parte civil, previa presentación de demanda, la acción civil en la Ley 906 se ejerce a través del incidente de reparación integral.

4.1. El incidente de reparación integral no es mecanismo de justicia restaurativa, ya que la decisión que pone fin a éste se presenta, no por consentimiento libre y voluntario de víctima y victimario para solucionar el conflicto, característica propia de la justicia restaurativa en cualquiera de sus tres mecanismos (conciliación procesal, conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación), sino que, se presenta una verdadera relación jurídico procesal en la cual se ejerce una pretensión, hay un sujeto pasivo de la misma y puede concluirse que existen intereses resistidos ajenos a lo que es el concepto de justicia restaurativa, salvo que dentro del trámite del incidente, las partes concilien con lo cual se pone fin al incidente pero no mediante decisión de fondo, sino porque las partes así lo acordaron. En el incidente de reparación integral se ejerce una verdadera pretensión patrimonial.

4.2. El requisito sine qua non para que se pueda iniciar el incidente de reparación integral es la emisión del sentido de fallo de culpabilidad y tiene que ser de culpabilidad, porque si la emisión del sentido del fallo es de no culpabilidad o como antitécnicamente prescribe el Art. 446 de la Ley 906 “Declaratoria de inocencia”, lo anterior porque la inocencia no se declara, ésta se presume, no puede iniciarse el incidente de reparación integral. La emisión del sentido del fallo la profiere el juez que conoce del juicio y concretamente el juez que dirigió el juicio oral, una vez terminados los alegatos de las partes (Art. 446). Equivale lo anterior a que el incidente de reparación integral se puede iniciar antes de que se

profiera la respectiva sentencia condenatoria, porque ésta de conformidad con el Art. 447, se profiere dentro de los quince días siguientes a la emisión del sentido del fallo. Entonces, una cosa es la emisión del sentido del fallo de culpabilidad y otra bien diferente es la sentencia condenatoria, que entre otras cosas, tiene que estar acorde con la emisión del sentido del fallo de culpabilidad, porque no puede el juez emitir el sentido del fallo de culpabilidad y proferir sentencia absolutoria.

4.3. Lo expuesto en el anterior párrafo conlleva al análisis de dos situaciones bien importantes. La primera, se puede iniciar el incidente de reparación integral a partir del día siguiente de la emisión del sentido del fallo de culpabilidad, sin que se haya proferido aún sentencia condenatoria y cuando ésta se profiere, ya se encuentra en trámite el incidente de reparación integral y la sentencia condenatoria es apelada. El superior revoca la sentencia condenatoria y se pregunta, ¿En qué queda el incidente de reparación integral que se encontraba en trámite? La respuesta es que no puede continuar el incidente de reparación integral porque el requisito principal ha desaparecido, cual es: la responsabilidad penal. La segunda situación se puede plantear con el siguiente interrogante y es, ¿cómo va a interponer la víctima el recurso de casación si su legitimación está dada por la cuantía en la providencia que resuelve el incidente y causales que regulan la casación civil? (Art. 181. N° 4° ley 906). Lo anterior conlleva a la reflexión con la debida técnica jurídica, de que el incidente de reparación integral se puede iniciar con la ejecutoria de la sentencia condenatoria como si está estipulado en otros estatutos procesales penales foráneos. Cuando la sentencia condenatoria es confirmada no se presenta problema con el desarrollo del incidente de reparación integral ya que la decisión que pone fin al incidente, que en la práctica va a ser posterior a la sentencia de primera y segunda instancia, se incorporará a la sentencia, bien de primera instancia no apelada, ora a la unidad inescindible que se conforma con la decisión del superior.

4.4. Existe vacío normativo en dos aspectos concretos con relación a la no existencia de emisión del sentido del fallo de culpabilidad como requisito para iniciar el incidente de reparación integral. El primero se presenta cuando existe aceptación de culpabilidad por parte del imputado o acusado en aplicación de los preacuerdos y negociaciones de conformidad con los Art. 348 a 353 de la Ley 906. Prescribe la norma que aprobados los preacuerdos por el juez, procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente (Inciso 5° Art. 351). De presentarse esta situación no existe emisión del fallo de culpabilidad porque de manera lógica no hubo juicio oral y al no existir juicio oral tampoco se

presentó emisión del sentido del fallo. Se pregunta, ¿A partir de qué momento puede la víctima iniciar el incidente de reparación integral? Ante el vacío puede tenerse como parámetro el día siguiente a partir de que se profiera la sentencia y por treinta días para guardar coherencia cuando sí existe emisión del sentido del fallo. En los casos de preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, el último inciso del Art. 351 de la Ley 906, prescribe que la víctima puede aceptar o rehusar la reparación propuesta por el imputado o acusado y en caso de no estar de acuerdo con la reparación propuesta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes. No significa esta última parte que la víctima tenga que acudir obligatoriamente al proceso civil ordinario para hacer efectivos los perjuicios porque el incidente de reparación integral, también es una vía judicial pertinente.

El segundo aspecto concreto ante la ausencia de emisión del sentido del fallo de culpabilidad se presenta cuando la emisión del sentido del fallo es de no culpabilidad o de inocencia como antitécnicamente se refiere el legislador. La sentencia absolutoria se profiere dentro de los quince días siguientes, es apelada, el superior la revoca y en su lugar profiere condena, es decir se declara la responsabilidad penal. No hubo emisión de sentido de fallo de culpabilidad, requisito para iniciar el incidente de reparación integral, se pregunta, ¿a partir de qué momento puede la víctima iniciar el incidente de reparación integral? Sin duda, la solución más acorde con la situación, es a partir del día siguiente de la decisión del superior y por treinta días. Se itera, debió el legislador contemplar el inicio del incidente de reparación integral, una vez quedara ejecutoriada la sentencia condenatoria.

4.5. El incidente de reparación integral lo puede iniciar el fiscal, el Ministerio Público o la víctima directa. Cuando la pretensión sea exclusivamente económica, la solicitud para el inicio del incidente únicamente podrá ser presentada por la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes. Surge el interrogante y es el siguiente, ¿cuándo se puede iniciar el incidente de reparación integral cuya pretensión no sea exclusivamente económica, para que el fiscal y el Ministerio Público adquieran legitimación por activa? La respuesta puede obtenerse cuando se trate de daños a los derechos e intereses colectivos, ya que conforme el Art. 132 de la Ley 906, la víctima es la persona natural o jurídica y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto. También el Fiscal y el Ministerio Público podrían adquirir legitimación por activa en los casos de reparación simbólica.

4.6. Trámite del incidente.

El trámite del incidente de reparación integral se inicia con una simple solicitud por escrito que se presenta ante el mismo Juez que emitió el sentido del fallo, en el cual se acredita sumariamente la calidad de víctima si es que aún no se ha reconocido y se solicita al Juez que dentro de los ocho días siguientes, convoque a audiencia pública para iniciar el incidente. En la petición aún no se concreta la pretensión, pero sí debe indicarse quién va a ser el sujeto pasivo de la misma para que pueda citarse con anterioridad. Una vez presentada la solicitud, el Juez, mediante auto, debe fijar fecha y hora para que se inicie el incidente dentro de los ocho días siguientes. Para tener una visión completa de la forma como se desarrolla el incidente y analizar cada situación en detalle, se torna pertinente transcribir los artículos que contienen el desarrollo del mismo.

“Art. 103. Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer. El juez examinará la pretensión y deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y éste fuere la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de recurso de impugnación en los términos de este código. Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del declarado penalmente responsable y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente y lo allí acordado se incorporará a la sentencia. En caso contrario el juez fijará una nueva audiencia dentro de los ocho días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse el declarado penalmente responsable deberá ofrecer sus propios medios de prueba”.

“Art. 104. El día y hora señalados el juez realizará la audiencia, la cual iniciará con una invitación a los intervinientes a conciliar. De lograrse el acuerdo su contenido se incorporará a la decisión. En caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oirá el fundamento de sus pretensiones. Parágrafo. La ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas. Si injustificadamente no compareciere el declarado penalmente responsable se recibirá la prueba ofrecida por los presentes y, con base en ella, se resolverá. Quién no comparezca, habiendo sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente”.

De la transcripción textual de los dos artículos anteriores, se pueden extraer las siguientes conclusiones puntuales:

4.6.1. La pretensión se formula de manera oral por el incidentista, la cual debe contener la narración de los hechos; lo acontecido desde el punto de vista procesal; naturaleza del daño o daños (daño emergente, lucro cesante, morales etc.); las pruebas que hará valer y cuantía de la pretensión. Con respecto a las pruebas, el incidentista deberá acreditar, verbigracia, los registros civiles respectivos; ingresos de la víctima; pérdida de capacidad laboral, para lo cual será necesario que concurra la persona experta que dictaminará acerca de tales situaciones; si se trata de daños a cosas, las respectivas facturas y nombre de los testigos con los cuales pretende probar los hechos. También se puede solicitar la presencia de peritos para que evalúen el quantum de los perjuicios cuando la situación se presente compleja.

4.6.2. Antes de que el juez admita la pretensión y la ponga en conocimiento de los sujetos pasivos de la misma, debe examinar los siguientes aspectos:

4.6.2.1. Reconocimiento o no de la calidad de víctima. En el proceso penal (ley 906), existen tres momentos en los cuales se reconoce la calidad de víctima. La primera de ellas es de manera sumaria para que la víctima o su representante actúen en audiencias y realicen solicitudes antes del incidente de reparación integral. El artículo 136, inciso primero, prescribe que a quien demuestre sumariamente su calidad de víctima, la Policía Judicial y la Fiscalía General de la Nación le suministrarán información. También, para que la víctima directa pueda solicitar el embargo y secuestro de bienes del imputado, deberá acreditar sumariamente su calidad de víctima (art. 92 inc. 2°). La víctima también puede intervenir en la audiencia de preclusión (art. 333), en la audiencia de control judicial en aplicación del principio de oportunidad (art. 327), en los preacuerdos y negociaciones (art. 351) e intervenir también en los recursos de apelación contra los autos y sentencias, manifestando sus argumentos con respecto a la sustentación de la parte recurrente (art. 178 y 179). La segunda situación para el reconocimiento de la víctima, ya es de manera formal en la audiencia de formulación de acusación (art. 340) y la tercera y última oportunidad para el reconocimiento formal de la calidad de víctima, es en el incidente de reparación integral. Si ya la calidad de víctima está reconocida desde la audiencia de formulación de acusación, no es necesario que el juez entre en este análisis, lo debe hacer sólo si antes del incidente no se ha reconocido su calidad de manera formal y no sumariamente.

4.6.2.2. También debe examinar el juez, si no se ha procedido al pago de los perjuicios y la pretensión sea únicamente económica. Se pregunta, ¿se restringe únicamente la verificación del juez al pago efectivo de los perjuicios o se puede hacer extensiva a las otras formas de extinción de las obligaciones tal como lo prescribe el artículo 1625 del C.C.? Creo que si está acreditada la extinción de la obligación de indemnizar los perjuicios por otros modos de extinguir las obligaciones, puede someterse a estudio por parte del juez y tenerla en cuenta. Otra situación a tener en cuenta por el juez, es cuando la víctima decide presentar demanda en proceso civil ordinario para hacer efectivos los perjuicios y a la vez pretende iniciar el incidente de reparación integral. En este caso, debe el juez rechazar la pretensión, salvo que en la demanda en el proceso civil funja como demandado, persona distinta al sujeto pasivo de la pretensión en el incidente.

4.6.2.3. Verifica también el juez, que la solicitud para el incidente se haya presentado dentro de los treinta días siguientes a la emisión del sentido del fallo de culpabilidad, salvo los casos ya vistos para cuando no se emite sentido de fallo de culpabilidad (preacuerdos y negociaciones y emisión de sentido del fallo de no culpabilidad, pero la sentencia absolutoria es revocada).

4.7. Corolario de lo anterior se tiene, que si el juez encuentra que la pretensión la ejerció quien no es víctima directa; ya está acreditado el pago de los perjuicios; se encuentra en curso demanda civil en proceso ordinario o la solicitud se presentó después de los treinta días de emitido el sentido del fallo, debe rechazar la pretensión, después de escuchar los argumentos de las partes y contra esta decisión proceden los recursos ordinarios. La decisión que rechaza la pretensión, no tiene efectos de cosa juzgada, en los siguientes casos: cuando se rechaza la pretensión porque la solicitud fue presentada más allá de treinta días después de la emisión del sentido del fallo, caso en el cual queda abierta la vía del proceso civil ordinario; cuando se rechaza la pretensión, porque quien la promovió no era víctima directa, caso en el cual también queda abierta la vía civil; tampoco, cuando existe demanda civil con identidad de parte, objeto y causa, caso en el cual, continúa el proceso civil. En el caso de que se acredite el pago de los perjuicios, la decisión que rechaza el incidente sí hace tránsito a cosa juzgada.

4.8. Queda la otra opción y es que ante petición para que se inicie el incidente de reparación por parte de quien no tiene la calidad de víctima y el juez observa de bulto tal situación; o se presente la solicitud después de los treinta días de haberse emitido el sentido del fallo; o se acredite que se presentó demanda civil en proceso ordinario o que se pagó el valor de los perjuicios, puede el juez proceder

a rechazar, ya no la pretensión porque no la ha habido, sino la solicitud?. Creo que no lo puede hacer e indefectiblemente tendrá que citar para la primera audiencia de formulación de la pretensión y de esa manera salvaguardar garantías, se escuchen las partes y decidir definitivamente el incidente. De tener facultad el juez para rechazar la solicitud, sería lo mismo como afirmar que el juez civil tiene facultad para rechazar la demanda cuando antes de admitirla y ordenar traslado del auto que la admite, se entere que se solucionó la obligación; que el demandante carece de legitimación por activa; que reposa otra demanda con identidad de causa, objeto y partes o que se presenta la prescripción.

4.9. Una vez examinadas las causas que pueden dar lugar al rechazo de la pretensión, sin que prospere el rechazo, el juez procede a admitir la pretensión y la pone en conocimiento del penalmente responsable. También, como se verá más adelante, si se vincula al tercero civilmente responsable, también contra él deberá dirigirse la pretensión y se le pone en conocimiento. Es la oportunidad para que el sujeto pasivo de la pretensión se pronuncie al respecto, ya no frente a causales de rechazo de la pretensión porque ya previamente se decidió acerca de las mismas, sino frente a la pretensión como tal. ¿Si son varios los declarados penalmente responsables, puede la víctima dirigir la pretensión contra uno o varios de ellos, a elección? Sin duda que lo puede hacer ya que la obligación de indemnizar los perjuicios provenientes de la comisión de una conducta punible, es solidaria. El artículo 2344 del C.C. prescribe: “ Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”. La característica de la obligación solidaria es que el acreedor puede dirigirse contra uno, o varios de los obligados. Si la persona sujeto pasivo de la pretensión en el incidente, paga, entre los declarados penalmente responsables se convierte en una obligación divisible.

4.10. Una vez se haya puesto en conocimiento del sujeto pasivo, la pretensión, se ofrece la posibilidad de una audiencia de conciliación, que de llegar a acuerdo, culmina el incidente, se incorpora a la sentencia y hace tránsito a cosa juzgada. En caso contrario, el juez fijará fecha para que se lleve a cabo nueva audiencia de conciliación dentro de los ocho días siguientes, que de no lograrse acuerdo, el sujeto o los sujetos pasivos de la pretensión, ofrecerán los propios medios de prueba. La actuación siguiente es la práctica de prueba, ofrecida por cada parte. Se quiere llamar la atención, que la norma se refiere a los medios de prueba

ofrecidos por cada parte, lo que significa que se sigue las mismas reglas para la práctica de pruebas en el juicio oral, esto es, que el juez no decreta pruebas de oficio, sino que atiende a las que le ofrece cada parte, pero lo anterior no obsta para que el juez decida acerca de la práctica de la misma, previa observancia de la conducencia, pertinencia y legalidad, como lo hace en la audiencia preparatoria, antes de la práctica en el juicio oral (artículos 357, 359 y 360). El filtro lo hace el juez y no puede ordenar la práctica de cuanta prueba ofrezcan las partes, sin que guarde conducencia, pertinencia o se advierta su legalidad. En esta segunda audiencia, es el momento oportuno para que el juez decida acerca de la práctica de la prueba, tanto la solicitada por el incidentista al formular la pretensión, como la solicitada por el sujeto pasivo de la pretensión, porque ya se conoció la ausencia de ánimo conciliatorio entre las partes. Creo que el auto que niega la práctica de pruebas, admite los recursos ordinarios, de conformidad con el artículo 20 de la ley 906, porque afecta la práctica de pruebas.

4.11. Para la práctica de pruebas, se siguen las mismas reglas establecidas para el juicio oral, es decir, que el dictamen pericial, la prueba documental, la inspección y la prueba testimonial, se van a producir a través del interrogatorio y contrainterrogatorio al testigo y no a través del aporte de documentos.

4.12. Una vez concluida la práctica de pruebas, se escuchan los argumentos de las partes y se decide de manera oral el incidente. La decisión tiene efectos vinculantes y de cosa juzgada entre quienes fueron parte en él y admite los recursos ordinarios. La decisión del incidente, en caso de que haya condena en perjuicios, presta mérito ejecutivo, ante el juez civil y hasta que prescribe la acción ejecutiva de conformidad con la ley 794 de 2.003.

4.13. La ausencia injustificada del incidentista implica el desistimiento de la pretensión, archivo de la solicitud y condenatoria en costas, decisión que debe proferirse mediante auto, admite los recursos ordinarios y una vez ejecutoriado, hace tránsito a cosa juzgada. Lo anterior, tiene los mismos efectos prescritos en el artículo 342 del C.P.C. para el desistimiento de la pretensión. Se llama la atención en este punto, ¿por qué la ausencia injustificada a la cual se refiere la norma (art. 104, parágrafo), tiene que ser a partir de la formulación de la pretensión, para poder afirmar que se renuncia a ella, porque, como se va renunciar a algo que no se ha hecho? Conforme lo anterior, se puede presentar la solicitud ante el juez que emitió el sentido del fallo para que inicie el incidente y el peticionario no asiste injustificadamente a la primera audiencia para formular la pretensión, caso en el cual no se puede derivar la consecuencia de desistimiento implícito de

la pretensión porque ésta no se presentó. Debe entenderse que el desistimiento implícito de la pretensión se presenta ante la inasistencia injustificada a partir de la formulación de la pretensión.

4.14. Si quien no comparece injustificadamente, es el sujeto pasivo de la pretensión, el incidente continúa, se practican las pruebas y la decisión tiene efectos vinculantes. En este caso no presenta problema la no asistencia, ya que quien formula la pretensión es el incidentista.

4.15. Se prevén algunas situaciones que la norma expresamente no regula, pero que con seguridad se van a presentar en la práctica. La primera de ellas es, ¿qué hacer cuando el sujeto pasivo de la pretensión no se pueda ubicar para formularle la pretensión? Se puede presentar el caso de que aunque la persona fue declarada penalmente responsable, no se ha enterado, bien, porque fue declarado persona ausente, ora, porque se enteró del sentido del fallo pero no sabe si la víctima desea iniciar el incidente de reparación. Indiscutiblemente que se tendrá que recurrir a las normas procesales civiles, concretamente al emplazamiento (art. 318 del C.P.C., modificado por el artículo 1° del Decreto 2282 de 1.989 y éste a su vez modificado por el artículo 30 de la ley 794 de 2.003) y realizado el emplazamiento se le debe designar curador ad lite. Lo anterior para salvaguardar el derecho de defensa y en virtud del principio de integración en materia procesal (art. 25 ley 906).

4.16. La segunda situación es cuando se encuentran bienes embargados. Desde la audiencia de formulación de imputación se puede solicitar el embargo y secuestro de bienes del imputado (art. 92 ley 906) y en el momento de iniciar el incidente de reparación integral, los bienes aún permanecen embargados. Si el incidente no se promueve dentro de los treinta días siguientes a la emisión del sentido del fallo de culpabilidad, se presenta la caducidad (art. 106 ley 906) y por tanto, se puede solicitar el desembargo de los bienes. El desembargo tendrá que presentarse ante el juez de control de garantías y no ante el juez de conocimiento que emitió el sentido del fallo, lo anterior de conformidad con el artículo 153 de la ley 906, ya que todo aquello que no deba decidirse, adoptarse o resolverse en audiencia de formulación de acusación, audiencia preparatoria o audiencia de juicio oral, obligatoriamente tendrá que decidirse, adoptarse o resolverse en audiencia preliminar, ante el juez de control de garantías. Si la víctima pretende presentar demanda civil en proceso ordinario, no podrá solicitar el embargo y secuestro de los bienes propiedad del demandado ya que la norma no lo permite

cuando se trate de procesos ordinarios (artículos 690, 691 y 692 del C.P.C.), únicamente la inscripción de la demanda.

En el caso concreto de embargo y secuestro de vehículos automotores con los que se haya causado daño a las personas en su integridad personal o en su vida, tampoco existe la posibilidad de que la se solicite el embargo y secuestro del mismo en el proceso civil ordinario, en virtud de la sentencia C- 039 de la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del inciso 2° del artículo 146 de la ley 769 de 2.002 (Código Nacional de Tránsito), artículo que en consideración de la Corte, subrogó al numeral 6° del artículo 690 del C.P.C. que expresamente sí permitía el embargo y secuestro del vehículo con el cual se había ocasionado daño a las personas o cosas.

En conclusión, cuando se encuentren bienes embargados en el proceso penal, lo mejor es iniciar el incidente de reparación integral y no el proceso civil ordinario porque se pierde la garantía del embargo y secuestro.

4.17. Existe vacío normativo, cuando el daño producido afecte los derechos e intereses colectivos, es decir, con el actor popular que regula la ley 600 de 2.001. La ley 906 guarda silencio al respecto, pero lo cierto es que la víctima también puede entenderse de manera colectiva (art. 132), con respecto a los derechos e intereses colectivos. Únicamente el artículo 111, numeral 2°, literal b. de la ley 906, prescribe como función del Ministerio Público, en representación de la sociedad: “Procurar la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y la restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos, solicitar las pruebas que a ello conduzcan y las medidas cautelares que proceden”. Por eso, este es uno de los casos en los cuales el Ministerio Público adquiere legitimación para iniciar el incidente de reparación integral. Creo que así la norma no lo prescriba, el actor popular continúa vigente y cualquiera persona, si el Ministerio Público no lo hace, puede presentar la solicitud para que se inicie el incidente de reparación cuando se trate de daños a los derechos colectivos. Tan arraigado con la sociedad se encuentra el interés colectivo, que la Corte Constitucional hizo extensivo el interés colectivo a la verdad y la justicia cuando se pretenda proteger “los mínimos de civilidad”, en los graves atentados contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario o conductas punibles que comprometan gravemente la paz o el uso racional de la fuerza de la fuerza militar. En estos casos, cualquiera persona puede intervenir como actor popular. (T.589 de 2.005). Mal haría entonces la ley restringir la acción del actor popular, cuando la Corte

Constitucional extiende su marco de acción, ya no únicamente a los derechos e intereses colectivos, sino a los “mínimos de civilidad” como interés colectivo.

La ley guarda silencio acerca de quién administra los recursos provenientes de una condena por daño a los derechos colectivos. Creo que continúa vigente el Fondo administrado por el Defensor del Pueblo, conforme lo regula el artículo 56 de la ley 600 de 2.001.

4.18. La última inquietud, se refiere a si el incidentista debe presentar la solicitud del incidente a través de abogado, o no. Todo indica que tiene que ser a través de representante, que puede ser un abogado contractual, de oficio, o estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada (artículo 137, numerales 3° y 5°). Aunque la última parte del artículo 135 faculta a la víctima para que de manera directa presente el incidente de reparación integral, el artículo 11, literal h. exige que la víctima, en el incidente de reparación integral, deberá estar asistido por un abogado que podrá ser designado de oficio. Esta última norma es rectora y tiene prevalencia sobre las demás, conforme el artículo 26 de la ley 906.

4.19. Tercero civilmente responsable.

Con respecto al Tercero Civilmente Responsable, Prescribe el artículo 107 de la ley 906: “Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado. El tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima, del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente”. Sin duda, el tercero civilmente responsable puede ser vinculado al incidente reparación integral, está contemplado en norma rectora, que prima sobre las demás. El artículo 11 de la ley 906, prescribe como derecho de la víctima: “c). A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código”. Tercero civilmente responsable, es la persona que sin haber tomado parte en la conducta delictiva, tiene la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados por la conducta del declarado penalmente responsable, según la ley civil. La ley civil son los artículos 2346 a 2349 del C.C., esto es, el padre con respecto al hijo; el empleador con respecto a su trabajador; el que ejerce una actividad riesgosa a través de otras personas o quien permite que se ejerza la actividad riesgosa con su consentimiento sin vínculo de dependencia.

El tercero civilmente responsable interviene en el incidente de reparación integral previa citación por parte de la víctima, del declarado responsable o el defensor del declarado responsable. En la solicitud debe indicarse de manera sumaria la calidad de tercero civilmente responsable y la dirección para ser citado a la audiencia de formulación de la pretensión para que tenga la oportunidad de ejercer el derecho de defensa; se le ponga en conocimiento la pretensión; tenga la posibilidad de conciliar y de no prosperar la conciliación, ofrecer los medios de prueba que tenga. También va a determinar el juez su calidad de tercero civilmente responsable, caso en el cual de no tener tal calidad, rechaza la pretensión dirigida contra el tercero, más no contra el declarado responsable, así como de la misma manera rechaza la pretensión cuando quien la presenta no tiene la calidad de víctima directa. Surge el interrogante, si la víctima puede presentar la solicitud para que se inicie el incidente de reparación integral directamente contra el tercero civilmente responsable, sin ejercer la pretensión contra el declarado penalmente responsable. Es factible que así ocurra ya que en el incidente no se va a discutir acerca de la responsabilidad o no del declarado penalmente responsable, sino que, se va a discutir el monto de los perjuicios y sobre ello va a girar la controversia. La controversia del tercero civilmente responsable gira en torno a su calidad y el monto de los perjuicios.

Es factible que se utilice el incidente de reparación integral para ejercer la pretensión económica en contra del declarado penalmente responsable y se utilice el proceso civil ordinario para demandar al tercero civilmente responsable. En este caso no existe pleito pendiente porque no se trata de la misma parte, aunque exista identidad de objeto e identidad de causa.

La decisión que ponga fin al incidente tiene efectos vinculantes tanto para el declarado penalmente responsable cuando actuó como parte, como también para el tercero civilmente responsable.

4.20. Citación del asegurador.

El Art. 108 de la Ley 906 prescribe: “Exclusivamente para efectos de la conciliación de que trata el Art. 103, la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable podrán pedir la citación del asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado, quien tendrá la facultad de participar en dicha conciliación”. El tenor literal del artículo es claro y de conformidad con el Art. 27 del C.C. no se puede desconocer su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Quiso el legislador que el ase-

gurador de la responsabilidad civil amparada en virtud de contrato válidamente celebrado, pueda ser citado exclusivamente para efectos de la conciliación en el incidente de reparación integral. Si el asegurador, a través de su representante, asiste a la audiencia de conciliación y no hay acuerdo conciliatorio, ahí culmina la intervención del asegurador en el incidente y la decisión de fondo no tiene efectos vinculantes con respecto al asegurador. Surge el interrogante, ¿qué ocurre si citado el asegurador para efectos de la conciliación, no concurre? Podría incurrir el representante legal de la aseguradora en fraude a resolución judicial que tipifica el Art. 454 del C.P., ya que mediante auto se dispuso la citación del asegurador y es obligación después de que se cite, comparecer. También podría imponerse por parte del juez de conocimiento medidas correccionales a quién impida u obstaculice la realización de cualquier diligencia (Art. 143 N° 3° Ley 906).

La vinculación de la aseguradora al incidente de reparación integral con efectos vinculantes se puede lograr a través del llamamiento en garantía porque es en este incidente que se va a decidir la responsabilidad civil del penalmente responsable o del tercero civilmente responsable, cuando aquél o éste, figuren como tomadores de un seguro de responsabilidad civil. Perfectamente pueden llamar en garantía al asegurador. El Art. 25 de la Ley 906, establece la integración normativa en materias que no estén expresamente reguladas en el código y autoriza expresamente la aplicación de normas del Código de Procedimiento Civil y de otros ordenamientos procesales cuando no se oponga a la naturaleza del procedimiento penal. El Art. 57 del C.P.C. regula el llamamiento en garantía. No resulta desnaturalizada a las normas procesales penales y concretamente al incidente de reparación integral, la figura del llamamiento en garantía. Ya la responsabilidad penal quedó definida o al menos, nada tiene que ver el incidente con el aspecto responsabilidad penal y precisamente el declarado responsable penalmente o el tercero civilmente responsable tienen derecho contractual de exigir a un tercero (Asegurador) la indemnización del perjuicio que llegaren a sufrir con la decisión de fondo del incidente de reparación.

5. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El principio de oportunidad es la excepción a la obligatoriedad del Estado, de perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible. Algunos afirman que el principio de oportunidad es excepción a la legalidad, pero tal afirmación carece de sustento lógico, ya que el mismo principio de oportunidad es reglado y su aplicación tiene que estar

sometido a la ley. La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado, pero esta es la hora que no se conoce cuál es la política criminal del Estado para aplicar el principio de oportunidad. El artículo 330 de la ley 906, somete la aplicación del principio de oportunidad a la reglamentación que expida el Fiscal General de la Nación. A través de las resoluciones 6657 y 6658 de diciembre 30 de 2.004, el Fiscal General de la Nación reglamentó la aplicación del principio de oportunidad.

En aplicación del principio de oportunidad, la Fiscalía puede interrumpir, suspender o renunciar a la acción penal. La interrupción y la suspensión de la acción penal, son procedimientos previos a la renuncia, que en última instancia es la que determina la culminación de la persecución penal. Las causales para aplicar el principio de oportunidad se encuentran taxativamente establecidas, su aplicación puede darse en cualquier etapa de la actuación y con respecto a la reparación concreta de la víctima, se tienen las siguientes causales, contempladas en el artículo 324 de la ley 906.

Art. 324, numeral 1°: “Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse ésta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal”.

Art. 324, numeral 14°: “Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse”. Es otra forma de lograr la reparación, cuando el delito afecte un derecho colectivo.

Art. 324, numeral 15: “Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas”.

En los tres casos anteriores, aunque es potestad del Fiscal dar aplicación al principio de oportunidad porque en última instancia es él quien renuncia a la acción penal, no sobra que el defensor o imputado, incluso hasta la misma víctima, le soliciten la suspensión del procedimiento a prueba conforme el artículo 325 de la ley 906. Se sigue el mismo trámite de la mediación, con la diferencia de que en la mediación procede si se dan los requisitos del artículo 524 inciso primero y el principio de oportunidad, en este último caso, procede por las causales 1°,

14 y 15 del artículo 324. Pero el trámite, para ambas figuras, es el indicado en el artículo 325, al cual se hizo alusión en la mediación.

Tanto la aplicación de la mediación conforme los artículos 524 inciso primero y 325 de la ley 906 y la aplicación del principio de oportunidad conforme los numerales 1°, 14 y 15 del artículo 324*ibídem*, se presentan como solución, en primer lugar, para la indemnización a la víctima y no llegar al incidente de reparación integral y en segundo lugar, como solución adecuada para ciertas conductas que expresamente no están reguladas para que se les aplique la figura de la conciliación o reparación integral como sí lo hace la ley 600 de 2.001, en los artículos 41 y 42. Si se observa, las únicas conductas susceptibles de conciliación antes del incidente de reparación integral, son las que constituyen delitos querellables, pero existen eventos en los cuales el imputado o acusado quiere conciliar, no lo puede hacer en la conciliación preprocesal porque la conducta no es querellable; porque la víctima no quiere conciliar o no asiste a la conciliación y así, habría que conducirse obligatoriamente hasta el incidente de reparación integral para conciliar, pero con una consecuencia funesta para sus intereses y es que ya prácticamente está condenado y no es justo que en determinadas conductas, si bien no son querellables o porque la víctima no quiere conciliar, resulte el victimario condenado, cuando de haber conciliado, aplicado la mediación o el principio de oportunidad, la investigación habría terminado. Si se instaura la justicia restaurativa, no es para incrementar el número de sentencias condenatorias, antes por el contrario, se procura la solución del conflicto y valorar en forma diferente el éxito frente al conflicto, en vez de medir cuánto castigo fue infringido, establecer si los daños son reparados o prevenidos.

En los casos en que la víctima no desea conciliar o no asiste a la conciliación preprocesal; no esté de acuerdo con el plan de reparación propuesto y tampoco con la modificación hecha por el fiscal; o manifieste que no le interesa la indemnización económica, sino que se establezca la verdad y justicia y por ende lo que quiere es ver condenado al victimario, se recurre a principios de raigambre constitucional. Estos principios son los de ponderación, razonabilidad y proporcionalidad. Determinar que entre el derecho del imputado o acusado para que se aplique la figura y fenezca la investigación a su favor y el derecho de la víctima para que sea indemnizada, no existen extremos ni tienen el carácter de absolutos. Así lo expresó la Corte Constitucional en recientes sentencias (T. 589 junio 5 de 2.002 y C- 823 agosto 10 de 2.005). Por tanto, habrá que ponderar los intereses y evitar que el capricho de la víctima obstaculice la aplicación, sin más, de

mecanismos establecidos para solucionar el conflicto y no para prolongarlo. El fiscal conserva facultad para evaluar y cuantificar los daños causados, inclusive los morales ya que no pueden ser objeto de dictamen pericial (art. 207 inciso 3°), pero de resultar complejo el asunto, puede el fiscal asesorarse de perito para que evalúe los daños ocasionados y de esa manera cumplir con el requisito de la integralidad de la indemnización. Si el imputado consigna el valor fijado por el fiscal y/o perito, según el caso y cumple con los demás requisitos adicionales impuestos (art. 326), la actuación procedente es la aplicación del principio de oportunidad (art. 327). Ya vendrá el control posterior por parte del juez de control de garantías cuando el fiscal decida renunciar a la persecución penal con la consecuente extinción de la acción penal, que se concreta con decisión del juez, la cual no admite recursos. El tenor literal de las normas no permite otra opción para cuando la víctima quiera obstaculizar la aplicación de figuras procesales que redundan en beneficio de imputado o acusado, pero se itera, la solución se encuentra en fundamentos constitucionales como los de proporcionalidad, ponderación, razonabilidad y necesidad, por encima de los fundamentos legales.

Para demostrar que el argumento expuesto en el párrafo anterior no es una mera disquisición dogmática, sino que tiene sustento jurisprudencial, la Corte Constitucional mediante sentencia C-899 de octubre 7 de 2003 trató diferentes temas relacionados con la indemnización a la víctima y la culminación de la investigación penal. Cuatro temas fundamentales esbozó la Corte en la referida sentencia:

El primero:

“El proceso penal no tiene como finalidad la vindicación o retaliación por parte de la víctima”. Con respecto a este punto, la Corte acotó: “En el caso particular, el derecho a la verdad y a la justicia ceden ante la realización de los principios de Economía procesal y de Gastos, redunda en beneficio de la víctima, del inculpado y de la propia funcionabilidad del aparato punitivo del estado, y contribuye necesariamente a la racionalización del sistema penal, ya que la extinción de la acción penal por reparación integral del daño posee la virtud de asegurar en cierto modo la justicia material. Lo anterior, dado que el proceso penal no es retaliatorio y su finalidad no consiste, exclusivamente, en sancionar al infractor”.

El segundo:

“El derecho de las víctimas a la verdad y la justicia, tiene límites razonables”. Con respecto a este punto, la Corte acotó: “En segundo, porque el derecho de las víctimas a obtener la verdad y la justicia en el proceso penal no es absoluto y,

por tanto, puede estar sometido a limitaciones razonables”. “En otros términos, la parte civil en el proceso penal no está habilitada para ejercer sus derechos a la verdad y a la justicia hasta el extremo de convertir el proceso penal en un mecanismo que persiga únicamente el castigo del infractor y olvide de (sic) intereses de mayor jerarquía”.

El tercero:

“La indemnización de perjuicios es mecanismo ajustado a la Constitución e idóneo para realizar el ideal de justicia, por tanto, son compatibles los derechos a la verdad y la justicia con la indemnización integral”. Con respecto a este punto, la Corte acotó: “Por último, al establecer que la indemnización integral de perjuicios extingue el proceso penal, el legislador no desconoce los derechos de las víctimas a la verdad y la justicia. Esto, porque, en primer lugar, dicha indemnización tiene implícito un ideal de justicia que consiste en reparar el daño causado por el delito, dejando a la víctima y a los perjudicados por el hecho punible en la situación más próxima a la que existía antes de la ocurrencia del mismo. En segundo término, porque el derecho de las víctimas a obtener la verdad y la justicia en el proceso penal no es absoluto y, por tanto, puede estar sometido a limitaciones razonables”. “Asumir la responsabilidad de indemnizar el daño también es una manera de cumplir el cometido de justicia para el que la Administración de justicia ha sido instituida”.

El cuarto:

“La proporcionalidad y razonabilidad juegan papel importante para la aplicación de la indemnización integral, como mecanismo para culminar con la investigación penal”. La figura de la indemnización integral y el cumplimiento de otras condiciones adicionales, no están contempladas para toda clase de conductas punibles, sólo para algunas, las cuales el legislador, sustentado en razones de política criminal, de manera taxativa, determinó a cuáles conductas se aplica la figura de la indemnización integral (art. 325 ley 906). Con respecto a este tópico, la Corte se pronunció así: “La interpretación correcta es que la ley prefiere dar por terminado un proceso en el que el orden social no ha sido gravemente afectado o en el que la conducta no responde a la voluntad positiva de causar el daño -dolo-, en lugar de sancionar a la víctima y de ocasionar, por dicha sanción, un perjuicio mayor para el orden social. En este orden de ideas, resalta lo dicho por la doctrina penal en el sentido que la indemnización de perjuicios en el proceso es un mecanismo para desjudicializar conflictos sociales, mecanismo que responde a los postulados de la criminología crítica”.

Conforme los argumentos de la Corte, no resulta proporcionado ni razonable, que la finalidad para la cual se estableció la figura de la suspensión del procedi-

miento a prueba para las conductas que la admita y posterior fenecimiento de la investigación, se vea frustrada por el simple capricho de la víctima en no aceptar la indemnización integral. Intereses de mayor jerarquía se colocan en juego, como el de la economía procesal; funcionabilidad del aparato punitivo Estatal; racionalización del sistema penal y se evita que la víctima convierta el proceso penal con un fin vindicativo y retaliatorio.

Aunque la sentencia de la Corte Constitucional tiene fecha anterior a la vigencia de la ley 906, sus argumentos cobran actualidad y los principios constitucionales allí expuestos, continúan incólumes, por una razón simple: la Constitución Política es la misma. Se trata de amoldar los fundamentos de la sentencia a la ley 906, porque en realidad, la indemnización integral a la víctima está contemplada como mecanismo para fenecer la investigación penal, sólo que él no consentimiento de la víctima no puede ser fundamento para la no aplicación, porque más allá, se encuentran fundamentos de estirpe constitucional.

6. PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO O ACUSADO

A través de los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, éste podrá declararse culpable del delito imputado o de uno relacionado con pena menor a cambio de que el fiscal elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, también para que el fiscal tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena. El imputado o acusado también podrá aceptar los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación (Art. 350 y 351 Ley 906). En estos casos, el fiscal y el imputado o acusado deberán también conversar acerca de la reparación efectiva a la víctima, cuyo monto puede aceptarse por ésta y en caso de rehusarlo, le quedan abiertas las vías judiciales pertinentes, entre ellas, el incidente de reparación integral. Lo importante en el caso de preacuerdos y negociaciones, es que no se puede olvidar a la víctima, pero no se le puede obligar para que acepte el monto acordado entre la fiscalía y el imputado o acusado y es una etapa de obligatorio agotamiento, so pena de que se incurra en nulidad, tal como ocurrió hace poco con el denominado caso del aeropirata, que no se tuvieron en cuenta los intereses de la víctima en el momento en que se celebró el preacuerdo entre la fiscalía y el imputado.

Existe marcada diferencia entre la no aceptación de la víctima en el caso de preacuerdos y negociaciones y la no aceptación en los casos de mediación y principio de oportunidad (art. 325). En el primer caso, obligatoriamente tendrá el juez que proferir sentencia condenatoria en contra del imputado o acusado, con la consecuente rebaja de penal, salvo que se desconozcan garantías fundamentales y de ahí que la víctima puede acudir a las vías judiciales pertinentes. En el segundo caso, lo que impide que la investigación fenezca a favor del imputado o acusado, previos los requisitos de indemnización integral y las demás condiciones impuestas en la suspensión del procedimiento a prueba, es la no aceptación de la víctima, que en caso de aceptar, se evita el imputado o acusado, una sentencia condenatoria en su contra. Por eso, en los preacuerdos no se refiere a indemnización integral, sino al monto acordado entre fiscalía e imputado o acusado y en la suspensión del procedimiento a prueba se refiere a indemnización integral.

7. CONCLUSIONES

Cambia sustancialmente la forma como la víctima puede ser indemnizada al interior del proceso penal, con la vigencia de la ley 906 de 2.004. En el fondo la situación es similar a la que establece la ley 600 de 2001 ya que la obligación de reparar el daño ocasionado con la conducta punible, en ambos regímenes requiere un elemento común y es: la responsabilidad penal. Si bien en la ley 906 no se admite la demanda para constitución en parte civil, contempla una serie de derechos (art. 11, 136 y 137) que le permiten a la víctima intervenir a través de apoderado y de carecer de recursos, el fiscal está en la obligación de nombrarle abogado de oficio o estudiante de consultorio jurídico de universidad. Cuando se establezca la responsabilidad penal, le permite a la víctima ejercer su pretensión en pro de sus intereses a través de incidente de reparación integral.

Resulta más práctico esperar a que se defina la responsabilidad penal y de esa manera la víctima puede actuar con mayor seguridad para el logro de sus pretensiones, pero no significa lo anterior, que como no existe demanda para que le reconozcan la calidad de víctima sus derechos no los pueda hacer efectivos. Existen tres momentos procesales para que se le reconozca la calidad de víctima, uno de manera sumaria y dos de manera formal. La ley 906 puede considerarse de avanzada en el tema de la víctima y sus derechos.

Existe enorme vacío por parte del legislador al no prescribir de manera clara y expresa, que de no estar de acuerdo con el monto indemnizatorio propuesto, se recurra a informes periciales y el monto determinado se consigne a favor de

la víctima. Una vez cumplido lo anterior y las otras condiciones impuestas en la suspensión del procedimiento a prueba, se procede a renunciar a la persecución penal. Son fundamentos constitucionales los que van a permitir en la práctica que la víctima impida que se aplique la figura de la suspensión del procedimiento a prueba, tal como se expuso.

REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SU APLICABILIDAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE DAÑOS

Hugo A. Cárdenas¹

CONTENIDO:

Introducción

1. La cuestión causal: especial referencia al caso chileno
2. Sobre la teoría de la imputación objetiva
3. A modo de conclusiones
4. Bibliografía

Advertencia:

Las consideraciones que a continuación se encontrarán, están hechas tomando como punto de referencia el sistema jurídico, y en especial el sistema de responsabilidad civil chileno. De cualquier modo, debido a las eminentes coincidencias entre el sistema de responsabilidad civil chileno y el colombiano, amén de lo maleable de la teoría que se expone, creemos que el artículo puede resultar de interés para el futuro desarrollo del Derecho de daños.

INTRODUCCIÓN

Como ha sido observado por la doctrina especializada a lo largo de las últimas décadas, el sistema de responsabilidad civil codificado ha entrado indefectiblemente en un proceso de crisis, pues las exigencias de un mundo cada vez más tecnificado, unidas a una mayor consideración de la persona, han ido dando lugar al

¹ Abogado. Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Responsabilidad Civil. Universidad Andrés Bello (Chile) Doctorado. Pontificia Universidad Católica de Chile.

paso de un sistema de reparación personal de daños, a un sistema de reparación basado en la socialización de los riesgos.

Por otro lado, al no haberse dado el correlativo cambio legislativo, han sido los propios elementos tradicionalmente considerados esenciales de la responsabilidad civil, los que han experimentado importantes transformaciones,² cuando no auténticas deformaciones. Ello es precisamente lo que ha venido ocurriendo con la relación de causalidad, sin duda uno de los terrenos más oscuros, espinosos y menos explorados por la doctrina de la responsabilidad civil;³ y un perturbador elemento para la jurisprudencia (al menos en los países en donde se le ha prestado más atención al problema), la cual se ha visto compelida a ir elaborando teoría tras teoría, para delimitar cuando una acción o una omisión del hombre puede ser considerada causa del daño.

En este orden de ideas, nos ha parecido oportuno revisar y realizar algunas consideraciones en torno a la moderna teoría de la imputación objetiva. Y es que dicha teoría, si bien no resulta novedosa para la ciencia jurídico-penal que desde hace algún tiempo la ha colocado en el centro de sus discusiones,⁴ lo cierto es que en el ámbito civil, salvando a autores de la doctrina alemana (entre ellos su postulador Karl Larenz),⁵ a Pantaleón y Cavanillas Múgica entre otros en España,⁶

2 DÍEZ-PICAZO, Luís. “La responsabilidad civil hoy”, en *Anuario de derecho civil*, t. 32, fascículo 1º, enero-marzo, pp. 727-738.

3 A pesar de la complejidad del problema, son varios e importantes los autores que han señalado la importancia de una correcta conceptualización del problema causal, llegando algunos a convertirlo en la clave del problema de la teoría de la responsabilidad civil. Cfr. De CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 44 y 45, con referencias.

4 Sobre este tema véase REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1994, pág. XIII. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, p. 27; ZAFARONI, Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Tomo III, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1981, pp. 277 y ss. y pp. 488 y ss.

5 LARENZ, Karl. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig, 1927.

6 PANTALEÓN PRIETO, Fernando. “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación objetiva”, en *Centenario del código civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, t. II, Centro de Estudios Ramón Arces, Madrid, 1990, pp. 1561-1591. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1988”, en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, nº 17, abril-agosto, 1988, pp. 379-388. Cfr. También INFANTE RUIZ, Francisco José. *La responsabilidad por daños: nexos de causalidad y causas hipotéticas*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

a Trimarchi en Italia,⁷ y a Corral y Baraona⁸ en el ámbito chileno, la distinción entre causalidad e imputación objetiva y las consecuencias prácticas de tal distinción, no han sido suficientemente atendida.

El presente escrito, además de tener un carácter descriptivo, tiene como objetivo preponderante esbozar la ubicación, importancia y función de la teoría de la imputación objetiva en el sistema de responsabilidad civil, aunque como se percatará el lector atento, la teoría que abordamos podría localizarse y funcionar en cualquiera de los otros subsistemas de responsabilidad.

En atención a este objetivo general es que debemos partir por esclarecer en primer lugar, cómo ha venido entendiendo la doctrina y la jurisprudencia nacional la relación de causalidad, y qué teorías se han empleado para determinar cuándo un hecho o una conducta pueden ser considerados causa de un resultado. Ahora bien, si queremos sacar en limpio alguna de las consecuencias prácticas que la implementación de esta teoría tendría, o más aún, si derechamente queremos comprobar si se justifica la implementación de una teoría de este tipo en el ámbito chileno, una incógnita anterior ha de ser develada: ¿resuelven satisfactoriamente las teorías en uso los problemas que la causalidad presenta?, o por el contrario ¿hay algunos casos en que va siendo necesario buscar otras alternativas que nos entreguen soluciones más justas, más eficaces, y más económicas?

A la resolución de estos tópicos dedicaremos nuestros esfuerzos en las próximas páginas de este trabajo. Posteriormente expondremos las líneas maestras de la teoría de la imputación objetiva en la versión de uno de sus más lúcidos defensores en el ámbito civil (PANTALEÓN), nos haremos cargo de las críticas que a la misma se le han hecho, y por último presentaremos las consideraciones y conclusiones a que el trabajo nos haya abocado.

7 TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*, Ed. Giuffrè, Milano, 1967. También en Italia, Visitini, Giovanna, *Trattato Breve Della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Dano risarcibile*, Ed. Cedam, Padova, 1996.

8 CORRAL TALCIANI, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica, Santiago, 2003, pp. 191 y ss. BARAONA, Jorge. "La causa del daño en la jurisprudencia reciente", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, n° 2, mayo-agosto, 2003, pp. 345 a 379.

1. LA CUESTIÓN CAUSAL: ESPECIAL REFERENCIA AL CASO CHILENO

1.1 Generalidades

Los problemas de la relación de causalidad parten propiamente de la base de la definición legal. Cuando el Código Civil prescribe que quien “ha inferido daño a otro” —art. 2314—, o “el que hizo el daño está obligado a la indemnización” —art. 2316—, o “el ebrio es responsable por el daño que cause” —art. 2318— lo que está haciendo es determinar implícitamente la exigencia del requisito de la causalidad.⁹ Mas, como no deja de ser recalcado por la doctrina, el problema atiende más propiamente a discernir “cuándo se es causa y qué es lo que es causa del daño”.¹⁰

Pero el problema de la causalidad se complica y se multiplica¹¹ en ordenamientos como el chileno, en los que en el actuar del hombre entran también:

a) las *conductas omisivas*. Es sabido que en puridad y más aún, si se usa una teoría empirista de la causalidad, no se puede afirmar con propiedad que la inacción es causa de algo;

b) o cuando en el transcurso del análisis se avistan varias “*causas concurrentes*”. En este tipo de supuestos, dos cursos causales de diverso origen concurren simultáneamente a la producción del evento dañoso, siendo que cualquiera de los dos hubiera bastado para producirlo en la misma forma, tiempo y lugar;

c) o cuando nos encontramos en supuestos de “*causalidad superadora, o adelantadora*”. En estos supuestos, inicialmente se pone en marcha una cadena causal con capacidad para producir el resultado, pero, al mismo tiempo o con posterioridad, opera otra cadena causal que adelantando o superando a la primera produce efectivamente el resultado;

9 ARAYA JASMA, Fernando. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2003, p. 7. En otros artículos del Código civil, sí utiliza el legislador la expresión causa. Así puede cotejarse el art. 2318 que dispone que “el ebrio es responsable por el daño *causado*”; o el art. 2326 que hace responsable al “dueño de un animal por los daños *causados* por éste”. Más explícitamente se pronuncia el legislador cuando ha tenido la oportunidad de regular los sistemas sectoriales de responsabilidad, v. gr., en el art. 171 de la Ley de Tránsito N° 18.290, dice: “El mero hecho de la infracción no determina necesariamente la responsabilidad del infractor si no existe relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido por el accidente”. Un tanto de lo mismo sucede en la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente N° 19.300, y en la Ley de Bases generales del Estado N° 18.175.

10 DÍEZ-PICAZO, L., Ob. Cit., p. 735. El problema se resuelve en algunas legislaciones en las que es el propio legislador adscribe a alguna de las teorías sobre la causalidad, más lo normal es que éste no se pronuncie, y se deje el problema a la prudencia judicial.

11 Cfr. INFANTE R., F., Ob. Cit., p.13.

d) o cuando encaramos “*cursos causales irregulares o anómalos*”. Los cuales pueden suponer tanto una causalidad sucesiva o desviación del curso causal que lo haga totalmente inverosímil, como una causalidad única pero irregular desde el principio;

e) o cuando aparecen los llamados “*cursos causales hipotéticos*”. Supuestos en que un hecho dañoso es efectivamente desencadenado por la conducta del agente frente al cual se pretende establecer la obligación de indemnizar, pero se demuestra que igual daño se hubiera producido como consecuencia de un evento natural o en función de la conducta de un tercero que daría lugar a su responsabilidad; o bien, cuando el comportamiento ilícito del sujeto agente, que efectiva y culpablemente ha causado un daño, resulte irrelevante, pues, el daño de todas maneras se hubiera producido aunque su actuar hubiese sido diligente;

f) o, sencillamente, cuando la causa no puede ser rigurosamente establecida: los *cursos causales no verificables*. Cuando reiteradamente se produce igual resultado para varias personas que se han relacionado de la misma manera con un factor, pero se desconoce exactamente cuál es el mecanismo o el proceso productor del daño porque las correspondientes ciencias empíricas no han sido capaces de reconstruirlo *a posteriori*.

Como vemos, pues, son variados y complejos los problemas que presenta la relación de causalidad en la responsabilidad civil, lo que contrasta poderosamente con la escasa atención que al mismo le ha dispensado la doctrina nacional. De cualquier manera, no se pueden dejar de resaltar los importantes trabajos de los profesores DOMÍNGUEZ,¹² BARAHONA,¹³ CORRAL,¹⁴ y la reciente memoria de Fernando ARAYA¹⁵ publicada por Lexis Nexis.

Por su parte, la jurisprudencia nacional tampoco parece adscribir claramente a una teoría de la causalidad determinada, ni responder a criterios fijos y estables, de donde se deduce que el tema de la causalidad tampoco ha tenido un gran desarrollo en esta sede. Pero esta afirmación debe hoy en día ser matizada, ya que aunque es cierto que las Cortes chilenas en la inmensa mayoría de los casos

12 DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno”, en *Roma e America Diritto Comune*, 10/2000, Mucchi Editores, pp. 115-127.

13 BARAHONA, Jorge. Ob. Cit., pp. 345 a 379.

14 CORRAL T., H. Ob. Cit., pp. 179-207.

15 ARAYA J., F. Ob. Cit.

siguen aplicando sin más la clásica teoría de la equivalencia de las condiciones,¹⁶ una nueva vía interpretativa sobre la que volveremos más abajo, parece abrirse

paso en la jurisprudencia de la más alta corporación de justicia.¹⁷

Acertadamente ha sido observado por la doctrina, que el fracaso de todas las teorías totalizadoras —aquellas que pretenden entregar al juez un criterio único que resuelva el problema causal—, se debe a que “el juez no se ve enfrentado a determinar leyes o generalizaciones que descubran la o las conexiones entre diversos eventos, sino a resolver si en una determinada oportunidad el daño se puede atribuir al demandado, vistos los hechos y considerando que, siendo de enorme diversidad, no quedan sujetos a un solo y único criterio”.¹⁸ (lo subrayado es nuestro).

Nosotros concordamos plenamente con esta postura, y ello constituye uno de los motivos que nos ha llevado a estudiar la teoría en comento, pues, es precisamente en este punto, como se verá más abajo cuando volvamos sobre el tema, donde la teoría de la imputación objetiva presenta sus mayores encantos. Y es que siendo la imputación objetiva una teoría eminentemente tópica (pero una teoría al fin), la misma se desdobra en diversos criterios, que entran en juego según el “tipo” de casos que pretende resolver. La teoría logra así sus mejores resultados en la solución de supuestos de alta complejidad causal, lo que a su vez

16 Chile. Cfr. C. Sup. 16 de octubre de 1954, *RDJ*, t. LI, sec. 1ª, p. 488. En esta sentencia la Corte afirma que la relación de causalidad “debe entenderse en su sentido natural y obvio... Entre un acto ilícito y un determinado daño si el primero engendra al segundo y este no puede darse sin aquel”. Nótese que es la misma concepción que se maneja en la obra de uno de los clásicos del derecho chileno, así cfr. Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, n° 151.

17 Chile. Nos referimos a Corte Suprema, 26 de enero de 2004, *GJ*, n° 283, enero, 2004, pp. 121 a 136, sentencia sin “precedentes” en la jurisprudencia chilena, en donde la Corte Suprema marca un punto de quiebre con sus pronunciamientos anteriores. En efecto, la Corte Suprema casa una sentencia que incurrió en error de derecho en cuanto a la imputación normativa del daño al hecho ilícito (es lo que técnicamente se denomina imputación objetiva del resultado), y que en los considerandos que más interesan a este trabajo dice: “Quinto: Que la responsabilidad por culpa supone una infracción a un deber de cuidado, de modo que la calificación reparatoria tiene como condición que el responsable haya incurrido en un hecho ilícito y de modo que para contravenir dicho deber de cuidado, el autor del hecho debe reparar los daños resultantes. En este contexto se plantea un problema de atribución de los daños al hecho, si a pesar de haberse realizado un acto que civilmente es ilícito, no existe, sin embargo relación entre el daño y el equívoco fin de protección de la norma.” (nosotros subrayamos). “Sexto: Que, con todo, la causalidad es una cuestión estrictamente de hecho en su primer aspecto — el naturalístico —, esto es, entendido como condición necesaria de responsabilidad; pero la atribución normativa del daño al hecho ilícito (daño directo) encierra elementos y aspectos de derecho y, como tal, es susceptible de ser revisado por la Corte Suprema mediante el presente recurso de casación en el fondo.” (nosotros subrayamos).

18 DOMÍNGUEZ Á., R., *Ob. Cit.*, p. 118.

la convierte en instrumento apto para ser utilizada por el sistema de responsabilidad civil.

Empero, si indagamos en las circunstancias que han llevado en la práctica, tanto a la jurisprudencia como a la doctrina nacional a brindar tan parca atención al problema causal, tal vez nos arrojen algo más de luz sobre el problema, y nos coloque en una mejor posición para enjuiciar las ventajas y las desventajas de utilizar una teoría causal u otra. Aún más específicamente, para enjuiciar si una teoría como la de la imputación objetiva podría encontrar algún ámbito de aplicación en el sistema de responsabilidad civil chileno. Veámoslo.

1.2 Razones del descuido, problemas de la actual forma de enfrentar el problema y alternativas que se plantean

Pues bien, en opinión del profesor DOMÍNGUEZ ÁGUILA,¹⁹ autor que ha estudiado el tema en profundidad, la despreocupación por el tema de la causalidad puede tener su origen en el fundamento culpabilístico del sistema general de responsabilidad, que no ha requerido un profundo análisis de la relación causal. En opinión del autor, en los sistemas de responsabilidad subjetiva “existe un criterio básico y determinante de todo juicio de atribución del daño y que es el de la previsibilidad”, y en tal supuesto, “la determinación de la causalidad puede hacerse sin grandes inconvenientes, con un criterio primario y amplio, como es el que ofrece el *test* de la *conditio sine qua non*, porque éste permite seleccionar aquéllos que han sido relevantes en el resultado y retener la responsabilidad sólo si ese hecho es imputable al demandado. Si el sistema de responsabilidad está basado en la culpa, concebida bajo la base de la previsibilidad, es esta noción la que limita el alcance de la responsabilidad y lo hace determinando no solamente si ha existido o no negligencia, sino, además, para indicar cuáles daños han entrado en el deber de conducta del sujeto que actúa”.

No es nuestra intención en este momento, la de entrar a valorar las bondades o maldades que la utilización del criterio de la previsibilidad pueda ocasionar, pero una cuestión si debe ser notada. Resolver de esta manera los problemas de determinación de la responsabilidad y de la extensión de la reparación, no solo le resta importancia a la relación de causalidad, sino que la vacía completamente de contenido. Además, a nuestro juicio, de esta manera se enturbia aún más, el de por sí nada fácil y controvertido juicio de previsibilidad-culpabilidad.²⁰

19 *Ibidem.* p.116.

20 Obsérvese, que la doctrina civil suele hablar de previsibilidad en, al menos, tres lugares de la teoría de la

De cualquier manera, aun aceptando que esta forma de realizar el juicio de responsabilidad (resolviendo los problemas propiamente causales en sede de culpabilidad) pueda ser aceptada por su eficiencia y efectividad en la mayoría de los casos que se presentan en la práctica, no nos puede ello llevar a relajar la búsqueda de otros instrumentos o teorías que nos

resuelvan los problemas donde la *conditio sine qua non* no llega, y por tanto falla.²¹ El caso más patente es sin duda el de las conductas omisiones, debido a la imposibilidad lógica que se produce en ellas, y que tan bien expresada por el aforismo latino *ex nihilo nihil fit*. En este caso, si se insiste en aplicar la teoría de la *conditio sine qua non*, debe hacerse una reconstrucción mental hipotética inversa, es decir, preguntarse por lo que habría pasado si se hubiese desplegado la conducta debida por parte del posible responsable. Comprobado ello, si el resultado dañoso no se hubiera producido, entonces la omisión podría considerarse “causa del resultado”.

Que en este caso nos encontramos ante un caso de pura causalidad jurídica, es decir, de imputación objetiva del resultado es tan claro, que no requiere mayor comentario.²²

Al hilo de lo comentado, es clásica la crítica que se le hace a la teoría de la *conditio sine qua non*, en el sentido de que su excesiva amplitud (*regressus ad infinitum*)

responsabilidad civil, a saber: en primer lugar, se menciona al tratar de la causa del daño (al intentar determinar la extensión de la reparación, al tratar de determinar la carga de la indemnización); en segundo lugar, al tratar de la culpabilidad; y en tercer lugar, al verificar el caso fortuito).

- 21 En los casos de causalidad adelantada, causalidad concurrente y de los cursos causales alternativos hipotéticos anteriormente referidos (ver p. 4), existe consenso en la doctrina en que la teoría de la equivalencia de condiciones falla. En este sentido puede verse, GIBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 126; LUZÓN PEÑA, Diego. Voz “Causalidad”, en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 980; ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, t. I, trad. de la 2ª ed. alemana, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 350. En la doctrina civil puede verse, PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en *Centenario del Código Civil*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1561, nota 2; Infante R., F., ob. cit., p.143. En el ámbito civil chileno cfr. DOMÍNGUEZ A., R., Ob. Cit., p. 117 y Corral T., H., ob., pp., 191 y 192.
- 22 Cfr. BARAONA, J., Ob. Cit., p. 357. El autor hace ver la confusión que se produciría entre este juicio y el juicio de culpabilidad, porque la negligencia es un defecto de la conducta, una falta de un comportamiento debido. Por otra parte nos dice FIERRO, Guillermo, *Causalidad e imputación*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 368, que “si la sola omisión es considerada desde un enfoque normativo y, más específicamente, como un no hacer algo debido y exigido por la ley, entonces la imposibilidad lógica derivada del *ex nihilo nihil fit*(...) pierde su significación y, por otra parte, cobra toda su fuerza el verdadero sentido, reiteradamente señalado, de que antes de encontrarnos frente a una relación causal estamos frente ante una relación imputativa, mediante la cual el derecho enlaza una situación determinada, con el incumplimiento de una obligación que era concretamente exigible al sujeto.”

produce resultados indeseables,²³ y de que no aprehende de forma inmediata la relación de causalidad, sino que la presupone lógicamente. En este último caso, es incuestionable que solo cuando ya se ha establecido la relación de causalidad entre la causa y el resultado, es posible afirmar que sin la causa tampoco se hubiera producido el resultado.

A pesar de lo dicho, ha sido tradicional en la doctrina chilena defender la solución de los problemas de concausas o causalidad concurrente utilizando la teoría de la equivalencia de condiciones por su simplicidad inmanente.²⁴ Esta postura quizás tuvo como punto de partida la regla de la solidaridad prescrita por el artículo 2317 del Código civil, que a la sazón dice: “si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito...”.

En efecto, de lo prescrito en el citado artículo podría pensarse que el hecho de que la acción de dos personas concurren a causar un daño no presenta problema ni desde el punto de vista de la víctima, que podría dirigirse contra cualquiera de ellos, ni desde el punto de vista del deudor que efectúa el pago, pues, en última instancia podrá repetir contra el otro coautor o coautores. Con respecto a esta forma de resolver el problema solo nos queda precisar, que ella solo será aplicable a acciones donde pueda detectarse semejante nexo de causalidad,²⁵ quedando fuera de esta estructura a nuestro modo de ver, los problemas causales que describimos más arriba, ya que en todos ellos es precisamente el determinar el nexo causal lo que constituye el núcleo de su complejidad (v. gr., los cursos causales no verificables, los cursos causales hipotéticos, etc.).

Por otro lado, y aún en caso de que se entienda, como entiende la doctrina dominante, que la regla se aplica tanto si hay concierto como si no lo hay,²⁶ lo que no se podrá negar es que esta disposición, si bien funciona como una garantía para la víctima, no resuelve el problema de la distribución de la carga de la indemnización, lo que puede ocasionar situaciones muy injustas. La necesidad de utilizar otro criterio o método para resolver el problema causal, se hace nuevamente presente.

23 Chile. Cfr. C. Suprema, 20 de junio de 1996, en *FM*, n° 451, pp. 1258 a 1255. El fallo juzgó un error en la operación quirúrgica a que se sometió el Ministro Beraud. La condena llegó incluso hasta la arsenalera, cuestión que parece a todas luces excesiva.

24 ALESSANDRI R., A., Ob. Cit., N° 156.

25 En este sentido puede verse DÍEZ-PICAZO, Luis. “El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictiva en el derecho español”, en RIDC, 1962, p. 62.

26 DOMÍNGUEZ A., R., Ob. Cit., p. 124.

Por último, es en el terreno de la cada vez más frecuente recurrida responsabilidad objetiva, donde la necesidad de una teoría causal de corte normativo que permita determinar la procedencia de la responsabilidad civil, así como fijar la extensión y la carga de la indemnización resulta más evidente. En efecto, quedando excluido el juicio de culpabilidad en este tipo de responsabilidad, la utilización de una teoría empirista como la *conditio sine qua non*, nos facturaría resultados sencillamente desastrosos.²⁷ Y aunque supera en mucho las pretensiones de este trabajo sí podemos decir, a fin de apuntalar la necesidad de utilizar una teoría de imputación, que en supuestos de responsabilidad objetiva, la utilización de la “creación del riesgo” como único criterio de atribución de la responsabilidad, sumando a la irrupción del principio *pro damnato*, lo más probable es que conduzca al establecimiento de una responsabilidad mecánica o automática, es decir, a una responsabilidad sin causa.

Creemos pues, de esta manera, que el sugestivo método que propone la teoría de la imputación objetiva, a pesar de no haber alcanzado aún un acabado desarrollo en el ámbito penal, y de encontrarse todavía en un estado embrionario en el civil, permite resolver de mejor manera varios de los problemas causales más arriba mencionados.²⁸

2. SOBRE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

2.1. Planteamiento general: la causalidad es una cuestión de hecho y la imputación objetiva una cuestión de derecho.

Normalmente cuando se estudia la teoría de la causalidad, no se atienden o diferencian las distintas fases que han de cumplirse en su resolución. En los sistemas jurídicos de raigambre romanista, las Cortes civiles “suelen partir de un concepto global de “causalidad jurídica” que engloba a la vez lo puramente fáctico y lo jurídico”,²⁹ pero como subraya el profesor PANTALEÓN, no es el único método de análisis, ni tampoco el más correcto desde un punto de vista técnico.³⁰

27 Constantes muestras de este tipo de excesos se pueden apreciar cuando se exige la responsabilidad del Estado. Al respecto puede verse recientemente en la jurisprudencia chilena, Corte Suprema, 24 de enero de 2002, rol 3665-2000. Citada por BARAONA, J., Ob. Cit., p. 362 a 363.

28 Esta posición, aunque de momento sin mayor desarrollo dogmático, ya ha sido referida por la doctrina nacional al menos como un factor a tener en cuenta. En este sentido ARAYA J., F., ob. cit., pp., 173-174. Pronunciándose a favor de la teoría de la imputación objetiva, CORRAL T., H., Ob. Cit., p. 192.

29 YZQUIERDO TOLZADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Ed. Dickinson, Madrid, 2001, pp.193 y ss.

30 PANTALEÓN P., F., Ob. Cit., pp. 1563.

Afirma PANTALEÓN, que:

“el problema de la de la existencia o no del nexo de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso —lo que los anglosajones llaman *causation in fact*—, no debe ser en modo alguno confundido con el problema, radicalmente distinto, de si el resultado dañoso, causalmente ligado a la conducta en cuestión, puede o no ser <<puesto a cargo>> de aquella conducta como obra de su autor, de acuerdo con los criterios establecidos al efecto por el legislador, o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de responsabilidad correspondientes. No debe ser en modo alguno confundido, en suma, con el problema de si el resultado dañoso es objetivamente imputable a la conducta del demandado, lo que se ha llamado, en forma muy imprecisa <<causalidad jurídica>> (la *causation in law*, *legal causation* o *remoteness of damages* de los anglosajones) y lo que la doctrina alemana con más precisión denomina *objektive zurechnung*”.³¹

Como vemos, el problema de si existe un nexo de causalidad entre la conducta del actor (acción humana), al igual que el de cualquier otro nexo de causalidad no es un problema jurídico; el legislador no tiene injerencia —ni puede tenerla— en el mundo eminentemente fáctico de la causa-efecto. Como bien nos dice YZQUIERDO TOLSADA,³² “a lo más que puede llevar la intervención del jurista es a seleccionar entre las diferentes concausas aquella o aquellas que, desde el punto de vista jurídico, debe interesar para fundamentar el juicio de responsabilidad, y a determinar cuántas de las consecuencias que causalmente se encuentran unidas a la acción del hombre pueden ser puestas a su cargo a través de la obligación de resarcimiento.” Y esto último, sí corresponde a un problema de valoración jurídica, o por lo que a nosotros interesa, a un problema de imputación objetiva del resultado al que el concepto de causa resulta totalmente extraño.

Entonces, para la resolución de los problemas propios del nexo causal, un criterio o una teoría empírica como lo es la teoría de la *conditio sine qua non* resulta del todo pertinente, pues si bien no nos sirve para incluir o valorar a cuál de las conductas que participaron en el hecho dañoso es a la que se le puede atribuir el resultado, si nos resuelve el problema de a cuales definitivamente no, pues, no se relacionan fácticamente con el resultado dañoso: la *conditio sine qua non* resultará muy útil entonces como criterio de exclusión de la causalidad. Visto de este modo, la existencia o inexistencia de la relación de causalidad sería entonces

31 *Ibidem*.

32 YZQUIERDO T., M., *Ob. Cit.*, pp. 193 y ss.

una auténtica cuestión de hecho, que quedaría sujeta a la libre apreciación del tribunal de instancia.

Pero, lo que constituiría el objeto de la siguiente etapa, tras haberse afirmado el nexo causal, y de haber contribuido varios protagonistas a la perpetración del hecho dañoso, es decir, decidir a cargo de quién y en qué medida deben ponerse los resultados del hecho dañoso, constituye un problema de valoración jurídica o imputación y no de causalidad. Y es precisamente por ello, que esta cuestión escapa a la exclusiva competencia de los tribunales de instancia, correspondiendo a la Corte Suprema unificar en casación los criterios de valoración que se empleen.

La distinción recién tratada no tiene un mero interés teórico, sino que en determinados casos puede tener importantísimos efectos prácticos.³³ Es precisamente lo que sucede, o sucedió hasta hace escasamente un año de manera regular en el sistema jurídico chileno, en donde el tratamiento global que se daba a la “causalidad jurídica” (suma de lo fáctico y lo jurídico) llevaba a considerar que la relación de causalidad no era susceptible de ser revisada

en casación, por ser una cuestión de hecho en la que el tribunal de instancia era soberano.³⁴ Decimos que fue lo que ocurrió de manera regular en Chile al menos hasta el pasado año, porque fue precisamente en sentencia de 26 de enero de 2004, donde por primera vez la Corte Suprema no solo efectuó la distinción entre causación e imputación, sino que casó una sentencia conociendo de una relación de causalidad.³⁵

Y aunque quizás todavía es demasiado pronto para hablar de una nueva línea jurisprudencial, creemos que el razonamiento contenido en la sentencia que emitió la Corte Suprema, y que ya transcribimos unos folios más arriba, se re-

33 En este sentido advierte PANTALEÓN, que no es correcto “considerar las que verdaderamente son teorías sobre imputación objetiva —entre ellas la mal llamada teoría de la causalidad adecuada— como si se tratara de teorías sobre la relación de causalidad. Incorrección que puede llevar aparejado el grave error de calificar como <<simple cuestión de hecho>>, sólo excepcionalmente controlable en casación, el problema claramente jurídico de la determinación, en cada caso concreto, de los límites objetivos de la obligación de indemnizar: el problema de la imputación objetiva de los daños causados.”

34 Chile. Prueba de ello es la Sentencia que emitió la Corte Suprema el 4 de enero de 1996, y que en lo medular dice que “determinar la relación de causalidad es una cuestión de hecho que los jueces del fondo establecen privativamente y que escapa a la potestad del tribunal de casación en el fondo, por cuanto el recurso de casación, por su propia naturaleza, no tiene otra finalidad que la de examinar errores de derecho contenidos en la sentencia sobre la base de los hechos establecidos y considerados en el ámbito exclusivo de sus atribuciones.” La misma argumentación fue mantenida sistemáticamente en Corte Suprema, 7 de mayo de 1992, en RDJ, t. 89, sec. 1ª, pp. 41 y ss.; Corte Suprema, 16 de octubre de 1954, en RDJ, t. 51, sec. 1ª, pp. 488 y ss.; Corte Suprema, 14 de abril de 1953, en RDJ, t. 50, sec 4ª, pp. 40 y ss.

35 Ver nota 15.

producirá y desarrollará en los fallos que en adelante emita tan alta corporación. Sin ninguna duda, ello contribuirá de manera determinante a que se preste una mayor atención a la relación de causalidad.

Pero volvamos al tema central. En esta segunda fase, para realizar la valoración jurídica (imputación objetiva) que nos permitiría determinar quién y en qué medida ha de ser considerado responsable, podrían servir varios de los criterios que la dogmática civil, de una manera más o menos acusada, ha venido empleando: el criterio de la adecuación, el de la causa próxima, el de la causa eficiente, etc. Y es aquí donde da la vuelta de tuerca PANTALEÓN, pues propone que la dogmática civil acoja los criterios de imputación objetiva desarrollados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia penal, entre los que podemos mencionar: “el criterio del riesgo general de la vida”, el criterio de la “prohibición de regreso”, el criterio de la “provocación”, el

criterio del “incremento del riesgo”, el criterio del “fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad”, y por último, el criterio de la “adecuación”.³⁶

2.2 Los criterios de imputación objetiva

En el actual desarrollo en que se encuentra la teoría de la imputación objetiva, los criterios de que se sirve para realizar la imputación no presentan siempre y en todo momento contornos bien definidos, ni su catálogo ha sido cerrado. Por lo anterior, antes de referirnos a ellos, resulta conveniente realizar un par de advertencias, que no por repetidas han sido suficientemente atendidas.

En primer lugar, es necesario tener presente que los criterios de imputación objetiva se extraen de un concreto sistema de responsabilidad y que por tanto hay que tener cuidado cuando se intenta la extrapolación de alguno. Por lo que a nosotros interesa, esta advertencia alude al sistema angloamericano, pues con

36 Nótese que hemos mencionado en último lugar el criterio de adecuación, aunque en un orden lógico sería el primero en aplicarse por su mayor amplitud de aplicación. Empero, lo hemos mencionado de último deliberadamente, para recalcar el hecho de que este criterio fue agregado en un trabajo posterior al que postuló inicialmente la teoría, donde no se hacía referencia a él. Específicamente en PANTALEÓN P., F., “Comentario del art. 1092 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil*, Ed. Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pp. 1.987 y ss. Ha de notarse también, que aunque ciertamente y de momento estos criterios no han sido acogidos con mucho entusiasmo en el mundo civil latino, los mismos ya son con frecuencia utilizados por la civilística alemana y en el Derecho civil angloamericano. Cfr. INFANTE R., F., Ob. Cit., p.152 y 153; FLEMING, John, *The law of torts*, pp. 234 y ss.

los sistemas continentales, los resultados en principio deberán ser los mismos. En segundo lugar, que al tener los criterios un marcado carácter instrumental, a la hora de implementarlos habrá que tener muy presente la función del sistema de responsabilidad en que se pretenda su aplicación. Dicho esto, pasemos sintéticamente revista de los criterios de imputación objetiva.

2.2.1 El criterio de la adecuación. Según este criterio, no cabrá imputar un resultado dañoso a la conducta causante del mismo, cuando la producción del evento habría sido descartada, como altamente improbable, por un observador experimentado que, contando además en su caso, con los especiales conocimientos del dañante, hubiese considerado la cuestión *ex ante*: en el momento en que el dañante se dispuso a realizar la conducta que desembocó en el evento dañoso de cuya imputación objetiva se trata.

La recepción en el seno de la teoría de la imputación objetiva de un criterio como el de la adecuación, a nuestro parecer muestra claramente al menos dos particularidades de este planteamiento. En primer lugar, señala su vocación absorbente y lo flexible de su estructura; y en segundo lugar, trasluce que a pesar de su nombre, la teoría de la imputación objetiva tiene marcados componentes subjetivos.

2.2.2 El criterio del riesgo general de la vida. Este criterio propone negar la imputación de los eventos dañosos que sean realización de riesgos habitualmente ligados a la existencia natural del perjudicado: tanto los ligados a formas de conducta ordinaria o que cabe siempre esperar en el transcurso de su vida, como los ligados de una manera muy general a la existencia humana, en la forma de socialización y civilización correspondientes.

El ejemplo típico es el del viajero, que debido a la negligencia del taxista que lo transporta al aeropuerto pierde su avión y se ve obligado a viajar en un segundo avión en el que perece a consecuencia de un accidente. En el caso no se le podría cargar la muerte del viajero al taxista porque lo que se materializó en el resultado fue un riesgo cotidiano de la vida.

2.2.3 El criterio de la prohibición de regreso. Propone negar la imputación del evento dañoso a un agente, cuando en el proceso causal que desembocó en el daño producido, se ha incardinado sobrevenidamente la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero; salvo que dicha conducta se haya visto decisivamente favorecida por la imprudencia del responsable o, con más claridad, sea una de aquéllas que la norma de cuidado infringida tenía como finalidad impedir.

La intervención meramente culposa de un tercero no basta para excluir la imputación objetiva, y menos aún, la de un tercero incapaz de culpa.

Un caso fallado por la jurisprudencia chilena nos permite observar cómo pueden conseguirse resultados distintos utilizando diferentes formas de imputación. Así, en fallo de 1997 la Corte de Santiago se pronuncia en el siguiente sentido:

“El empresario no cumplió con la obligación de procurar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida e integridad física y mental del actor en el desempeño de sus funciones (...) se advierte claramente la omisión del demandado consistente en no haber proporcionado al actor alguna medida de protección cuando le fuera encomendado el depósito bancario de una apreciable suma de dinero en efectivo, en circunstancias que es público y notorio el incremento de delitos contra la propiedad perpetrados mediante actos de violencia (...) Que lo anterior queda de manifiesto con la propia decisión de la demandada de contratar seguridad inmediatamente después de la ocurrencia de los pleitos que motivan el presente pleito”.³⁷

En este caso podrían entrar en juego simultáneamente dos criterios de imputación objetiva. En primer lugar, se podría decir que no supone aumentar el riesgo permitido enviar a un empleado sin seguridad, cuando de lo que se trata es de realizar un simple depósito bancario; de tal manera que no sería posible cargarle la muerte del empleado al empresario que lo envió. En segundo lugar, se podría usar el criterio que comentamos.

En este último caso observa PIÑA al comentar este fallo,³⁸ que los juzgadores pasan por alto que en el hecho obra dolosamente un tercero que asalta al empleado mientras va al banco, y que el incremento de los delitos violentos no crea de por sí una obligación especial de seguridad que afecte al empleador, so pena de responder civilmente. De ahí, que de haberse utilizado este criterio, se habría tenido que negar la imputación del evento dañoso (muerte del empleado) al empleador, porque intervino la conducta dolosa del asaltante, y porque el empleador al mandar al banco al empleado no infringió ningún deber de cuidado y no actuó negligentemente (recuérdese que no se trata de una empresa que transporta valores, sino de un simple depósito de dinero).

2.2.4 El criterio de la provocación. Este criterio nos sirve para solucionar dos “tipos” distintos de casos:

37 Chile. Corte de Santiago, *RDJ*, t. 94, sec. 3^a, p. 137.

38 PIÑA ROCHEFORT, Juan. “La imputación de responsabilidad penal en los órganos de la empresa y sus efectos en sede civil”, (en prensa), p. 14.

A. El caso de que una persona resulta dañada, o cause daño a un tercero, en accidente ocurrido en persecución de un delincuente o de un dañante que huía de la escena del hecho. Pues bien, según este criterio, dichos daños le serán objetivamente imputables al perseguido, cuando pueda estimarse que la persecución fue “provocada” por él, en el sentido de poder ser considerada una conducta no irrazonable, atendida la condición del perseguidor, mediante una ponderación *ex ante* de los riesgos reconocibles de la persecución, de la importancia de llevarla a cabo en ese momento y manera, y de sus probabilidades de éxito. Se da por supuesto, que el accidente sufrido por el perseguidor ha sido la realización del aumento del riesgo que supuso la persecución. Es decir, si lo mismo le hubiera sucedido sin perseguir a nadie, la imputación se excluiría en aplicación del criterio del riesgo general de la vida.

B. El caso en que una persona sufra daños o causa daños a otra, en el intento de salvar su vida, su integridad o sus bienes, o la vida, la integridad o los bienes de otro, de una situación de peligro culpablemente creada por el posible responsable.

En este caso, habrá de afirmarse la imputación objetiva de los daños, haya o no tenido éxito el intento de salvamento, salvo que este deba estimarse altamente irrazonable, por existir una enorme desproporción entre el riesgo asumido y el valor del bien en peligro, en relación con la probabilidad de salvarlo. En su caso, el titular del bien amenazado estará también obligado a resarcir al dañado, junto al creador culpable de la situación de peligro.

2.2.5 El criterio del incremento del riesgo. Según este criterio, no cabe imputar a una determinada conducta un concreto evento dañoso, si dicha conducta no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento en cuestión: cuando, suprimida mentalmente dicha conducta, o introducida mentalmente la acción debida en los casos de omisión, el evento dañoso en su consideración totalmente concreta, se habría producido con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza.

Conforme al mismo criterio, no podrá imputarse un concreto evento dañoso a una determinada conducta negligente, si la misma, en comparación con su alternativa diligente, no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión: cuando, de haber obrado el dañante diligentemente, el evento dañoso, en su configuración totalmente concreta, se hubiera producido también con seguridad, o con una probabilidad rayana en la certeza. No bastará para

negar la imputación, la mera posibilidad de que el evento se hubiera producido también, de haberse obrado diligentemente.

Aunque algo confusamente, la Corte de Santiago ya ha tenido la oportunidad de aplicar este criterio.³⁹ Nos referimos al caso en que un helicóptero aterrizó en un terraplén de la mina La disputada de Las Condes. En este caso se condenó a la empresa minera entendiendo el juzgador, que la conducta desplegada por el empleado de la minera al permitir el aterrizaje, había creado riesgos extraordinarios.

Así, en su considerando 17º la Corte decía “Que conforme a tales antecedentes resulta establecido el deber de cuidado de quien actuaba por la compañía minera La Disputada de Las Condes S. A., en orden a que sus conocimientos específicos sobre el sector, le obligaban a abstenerse de señalar a sus contratista de la existencia de un terraplén que servía de helipuerto ocasional, puesto que estaba en antecedentes de los riesgos extraordinarios o anormales que importaba operar en ese lugar, los que excedían los normalmente aceptables tanto por la cantidad de cables existentes en el lugar, como por la falta de señalización de los mismos, o si se quiere, por el hecho que de señalarse ese lugar como helipuerto eventual, no se especificó adecuadamente los factores de riesgo desmedido del sector, esto es la existencia de multiplicidad de cables de alta tensión en el lugar, dejando de adoptar las medidas de precaución mínimas que le son exigibles en tales condiciones, de acuerdo a las circunstancias y situación específicas de éstas personas, atendido el conocimiento que tenían del terreno”. Y sigue diciendo en el considerando 18º, “que a lo anterior se une el hecho que se transgredí con la conducta expresada el principio de confianza de los contratistas, quienes haciendo fe de lo apropiado de los medios...” (Lo subrayado es nuestro).

Resulta imposible no advertir la influencia de la teoría de la imputación objetiva en el razonamiento de la Corte, “que imputa la conducta en virtud de la primera actuación del trabajador de la compañía, que propone el aterrizaje en el terraplén sin advertir de los peligros anormales que existían, o lo que es lo mismo, lo que es lo mismo que exponer a la víctima a un riesgo no permitido”.⁴⁰

39 Chile. Corte de Santiago, 4 de abril de 2002, rol 2.802-99.

40 BARAONA, J., Ob. Cit., p. 360 y ss, el autor descubre razonamiento en clave de imputación objetiva también en, Sentencia de 10 de agosto de 2000 del Juzgado Civil de la Unión, Rol 36.981, confirmada por la Corte de Apelaciones de Valdivia, y recurso de casación rechazados por Sentencia de la Corte Suprema de enero de 2002, Rol 4972-2000).

2.2.6 El criterio del ámbito o fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad. Según el cual, no cabe imputar objetivamente al posible responsable de un resultado dañoso que caiga fuera del ámbito de protección de la norma sobre la cual pretenda fundarse su responsabilidad.

No basta, pues, con haber transgredido una norma, sino que es necesario que el daño que se produjo se encuentre dentro de los que la norma infringida intenta evitar. Es lo que entendió la Corte Suprema cuando afirmó,

“Que la responsabilidad por culpa supone una infracción a un deber cuidado, de modo que la calificación reparatoria tiene como condición que el responsable haya incurrido en un hecho ilícito y de modo que por contravenir dicho deber de cuidado, el autor del hecho debe reparar los daños resultantes. En este contexto, se plantea un problema de atribución de los daños al hecho, si a pesar de haberse realizado un acto que civilmente es ilícito, no existe sin embargo relación entre el daño y el equívoco fin de protección de la norma”.⁴¹ (Lo subrayado es nuestro).

2.3 Crítica a esta teoría

Varias y variadas son las críticas que se le han dirigido a la teoría de la imputación objetiva desde el inicio de su desarrollo. Sin ánimo de exhaustividad, en lo que sigue nos haremos cargo de las más recurrentes, y de aquellas que nos permitan de alguna manera explicitar algunas de las razones que apoyan la implementación de esta teoría.

En primer lugar, se suele criticar la excesiva complejidad de la imputación objetiva. En este sentido se han dicho cosas como, que en general, “el problema causal en materia de responsabilidad estaba hecho para seducir los espíritus de los juristas de Alemania”.⁴² Pero dicha complejidad si bien es innegable, no es tanta como se pretende. Lo que sucede es que nos encontramos ante una teoría tópica, que a diferencia de otros enfoques como el finalismo, que se refieren a aspectos concretos bien definibles desde un punto de vista ontológico, “la categoría de la imputación objetiva se derrama por numerosos y variados ámbitos heterogéneos, sea desde el punto de vista ontológico o desde el punto de vista normativo”.⁴³

41 Chile. Corte Suprema, 26 de enero de 2004, *G.J.*, N° 283, p.136.

42 MARTY, Gabriel., “La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civil”, en *Reveu Trimestrielle de Droit Civil*, 1939, p. 689.

43 FIERRO, G., Ob. Cit., p. 380.

En este sentido nota CANCIO MELIÁ, que el desarrollo dogmático que dio paso a este moderno enfoque creció a partir de una serie de supuestos prácticos (unos tradicionales y otros ideados o recogidos principalmente por ROXIN), de tal manera que su construcción ha ido creando “un cuerpo de *topoi* que se agrupa bajo la denominación de la imputación objetiva” con la que ahora es conocida. Y ello hasta el punto, que según el autor, el principal déficit que aqueja a la teoría es el de la indefinición sistemática de su construcción dogmática, considerando en definitiva que ésta en su desarrollo, aún no ha alcanzado una formulación dogmática clara y más o menos definitiva; circunstancia que impide conceptualizarla de un modo unitario ya que, en razón de su juventud, es abordada de distintas formas por diferentes autores.⁴⁴

En segundo lugar, a la teoría de la imputación objetiva se la ha objetado por el lado de la tipicidad. De ella se ha dicho, que no procede su aplicación en el ámbito del ilícito civil, pues, por el contrario de lo que sucede con el ilícito penal, que admite dentro del tipo componentes subjetivos y objetivos, el ilícito civil carecería de estos elementos.⁴⁵ Al respecto, y aunque no podemos detenernos todo lo que sería necesario, nos parece que, si bien es irrefutable que la función de la descripción de la conducta humana que hace el derecho penal es diferente, también es innegable que en la actualidad, el legislador civil a través de las legislaciones especiales, ha ido configurando tipos civiles en toda regla que participan de las características formales de los tipos penales. Además, y aún en la ausencia de estos concretos tipos civiles, no es del todo cierto que el juicio de culpabilidad esté solamente subjetivamente informado y apegado a la acción humana, pues, aunque suene un poco perturbador, el pretendido juicio subjetivo de culpabilidad de la responsabilidad civil se realiza siempre bajo parámetros objetivos como el del <<hombre medio>>, o el <<buen padre de familia>>. Precisamente es esa circunstancia la que ha llevado a hablar a algunos autores de la culpa objetiva,⁴⁶ y más modernamente de las prescripciones de un rol.⁴⁷

44 CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pp. 23 y 24.

45 DE CUEVILLAS, M., I. Ob. Cit., p. 66 y ss.

46 Por todos puede verse, TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la responsabilidad civil. Teoría general de la responsabilidad civil*, t. i, Ed. Temis, Bogotá, 1999, p. 19 y ss. Sobre el tema también hay un completo análisis en PIÑA ROCHEFORT, Juan. “Rol social y sistema jurídico. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, en *El funcionalismo en el Derecho penal. Libro homenaje a Günter Jakobs*, t. II, (coord. Montealegre Lynett), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 39 a 60.

47 CORRAL T., H., Ob. Cit., pp. 212 y ss.

Pero es que además, detrás de esta crítica parece estar algo que con frecuencia se afirma, y que a nuestro modo de ver no ha sido suficientemente estudiado. Nos referimos a las diferencias entre los mecanismos de imputación de la responsabilidad civil y de la responsabilidad penal. Al respecto, concordamos con la postura que, aunque reconoce diferencias entre los dos subsistemas de responsabilidad, niega que los mecanismos de imputación sean completamente diferentes.

En este sentido dice PIÑA,⁴⁸ que el “problema de la imputación es bastante más compartido de lo que civilistas y penalistas hemos estado dispuestos a asumir”.

En tercer lugar, y en la misma línea de lo anterior, también se ha dicho que, alejar los criterios de imputación fuera del estricto campo de la acción humana, implicaría necesariamente tener que aplicarlos en el juicio de reprochabilidad, o lo que es lo mismo, en el campo de la culpabilidad, lo que se considera incorrecto, pues, además de superponer la causalidad a la culpabilidad, ello implicaría asignarle a la relación de causalidad una función distinta a aquella para la que fue concebida: precisar la acción.⁴⁹ Pero es que la función que se le dé a la relación causal depende enteramente de la concepción que se maneje. Afirmar que a la relación de causalidad solo compete precisar la acción, nos parece una posición demasiado restrictiva. Como se sabe, al menos tres son las cuestiones que la relación de causalidad puede suscitar, y que dicen relación con establecer si existe o no responsabilidad y si el deber de indemnizar pesa sobre una o varias personas; con la fijación de la carga o quantum de la reparación, de recaer la responsabilidad sobre varios sujetos; y por último, con limitar la extensión de la reparación.⁵⁰

En cuarto y último lugar, aunque quizás el argumento que más se utiliza para rechazar una metodología como la que propone la imputación objetiva, está la pregonada, tradicional y pretendida benevolencia de la intuición del civilista. En este sentido se ha dicho, que no se puede acusar a la jurisprudencia civil de no utilizar los criterios de imputación objetiva, y que en todo caso, la “operación

48 PIÑA R., J. Ob. Cit. En relación con este tema puede verse unas muy interesantes reflexiones en CANCIO MELIÁ, Manuel. “Sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”, en *El funcionalismo en el Derecho penal. Libro homenaje a Günter Jakobs*, t. II, (coord. Montealegre Lynett), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 211 a 228.

49 *Ibidem*.

50 FLOUR, Jacques y AUBERT, Jean-Luc. *Les obligations*, vol. 2, Nº 667, Edit. Armand Colin, París, 1981, p. 184 y ss. ARAYA, J., F., Ob. Cit., p. 11 y ss.

mental del juzgador pasa por la operación de anudar jurídicamente los procesos causales a uno u otro de los intervinientes. Lo que sucede es que no siempre son explicitados”.⁵¹ Además se mantiene, que en la resolución de los problemas causales, “los jueces civiles no siguen el ejemplo de los jueces penales y prefieren el cómodo pragmatismo al análisis técnico-jurídico, pero que tal práctica no suele traer consigo un resultado distinto, pues la imputación acaba situándose por lo común en el mismo lugar”.⁵²

Nosotros no podemos estar más en desacuerdo con este tipo de justificación, pues la misma, además de ser técnicamente inferior, violenta derechos y garantías individuales constitucionalmente consagrados. En efecto, la única manera de que las partes del proceso puedan fundamentar correctamente sus apelaciones y casaciones, es que el juzgador haya explicitado de alguna forma, cuáles fueron los criterios que lo llevaron a la decisión. Lo anterior, no solo posibilita que las partes puedan ejercer de mejor manera los derechos y recursos que el ordenamiento jurídico les consagra, sino que también posibilita o facilita el control que puede hacer el tribunal de alzada de las sentencias; lo que redundaría a fin de cuentas en la reducción de la arbitrariedad, en un mejor ejercicio del derecho al debido proceso de esta forma el mismo se llena de contenido-, y en general, en un fortalecimiento del Estado de Derecho.

Dibujada a grandes rasgos la teoría de la imputación objetiva y pasada revista de algunas de las críticas que a la misma se le suelen hacer, por ahora no nos queda más que realizar algunos comentarios y recapitulaciones que a modo de conclusiones, nos permita cerrar esta intervención.

3. A MODO DE CONCLUSIONES

La promoción de una nueva figura o teoría suscita por lo general poca simpatía, pues, su contribución aumenta el desconcierto, máxime si se trata de resolver un tema tan arduo como el tema de la relación de causalidad.

La teoría de la imputación objetiva es una teoría que se acomoda a los tiempos actuales, tiempos en los que el señalado paso de un sistema de atribución personal a un sistema de reparto y socialización de los riesgos no ha hecho más que reafirmarse, pues tiene su centro de atribución de la responsabilidad en categorías objetivas que miran a un hombre actuando en sociedad.

51 YZQUIERDO T., M., Ob. Cit., pp. 196.

52 Ibídem.

La pretendida complejidad de la teoría no es tanta como podría pensarse después de un primer acercamiento. Lo que sucede es que nos encontramos ante una teoría tópica, que debido a su juventud, todavía no ha alcanzado una formulación dogmática clara y más o menos definida, circunstancia esta que impide conceptualizarla de momento de una forma unitaria.

La teoría resuelve muy satisfactoriamente los difíciles problemas de las concausas, y tiene el potencial para atribuir las cuotas de responsabilidad correspondientes en los cada vez más frecuentes casos de responsabilidad colectiva (v. gr. equipos médicos), y de responsabilidad objetiva.

Sus buenos resultados se deben en gran medida a su presupuesto metodológico, que parte por separar secuencialmente los problemas físicos de la causalidad y los problemas jurídicos de la imputación objetiva. Muestra así claramente, que los primeros son una cuestión de hecho donde los jueces de instancia tienen competencia exclusiva; pero que lo segundo, es decir, la imputación, es una auténtica cuestión de derecho, y por tanto susceptible de ser conocida por la Corte Suprema en casación. Como vimos, esta tesis fue acogida por la Corte Suprema de la nación en una recentísima sentencia.

Reconocer la utilidad de la construcción de la teoría de la imputación objetiva no implica negar la existencia o coexistencia de otro sistema de imputación cuyo fundamento sea la culpa, empero, no se puede desconocer la vocación absorbente de la teoría, pues, en principio admite en su seno tantos criterios de atribución como casos puedan resolver, sin más limitación que la función y estructura del sistema de responsabilidad civil.

A pesar de la terminología empleada (subjetiva/objetiva), las operaciones que se realizan en ambos sistemas no son tan diferentes como se pretenden. En parámetros como “el hombre medio” utilizados en la imputación culpable hay muchos más aspectos objetivos de los que se quiere reconocer; y en los criterios de “la adecuación” y del “rol social” utilizados por la teoría de la imputación objetiva, hay muchos más componentes subjetivos de los que usualmente se admiten.

En Chile, a pesar del escaso desarrollo que se le ha dado a la teoría de la imputación objetiva por parte de la doctrina civil, la jurisprudencia ha comenzado una incipientemente apertura hacia esta nueva metodología, lo que a nuestro juicio resulta positivo, ya que como venimos sosteniendo, la teoría de la imputación objetiva se adapta muy bien a las actuales exigencias de la vida en sociedad.

4. BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, nº 151.

ARAYA JASMA, Fernando. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2003.

BARAONA, Jorge. “La causa del daño en la jurisprudencia reciente”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, nº 2, mayo-agosto, 2003, pp. 345 a 379.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.

———, “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”, en *El funcionalismo en el Derecho penal. Libro homenaje a Günter Jakobs*, t. II, (coord. Montealegre Lynett), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 211 a 228.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1988”, en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, nº 17, abril-agosto, 1988, pp. 379-388.

CORRAL TALCIANI, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica, Santiago, 2003.

DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio. *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

DIEZ-PICAZO, Luís. “La responsabilidad civil hoy”, en *Anuario de derecho civil*, t. 32, fascículo 1º, enero-marzo, pp. 727-738.

———, “El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictiva en el derecho español”, en *RIDC*, 1962.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. “Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno”, en *Roma e America Diritto Comune*, 10/2000, Mucchi Editore, pp. 115-127.

FIERRO, Guillermo. *Causalidad e imputación*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002.

FLOUR, Jacques y AUBERT, Jean-Luc. *Les obligations*, vol. 2, Nº 667, Edit. Armand Colin, París, 1981.

GIBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

INFANTE RUIZ, Francisco José. *La responsabilidad por daños: nexos de causalidad y causas hipotéticas*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

LARENZ, Karl. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig, 1927.

LUZÓN PEÑA, Diego. “Causalidad e imputación objetiva dentro del tipo de injusto (comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1981)”, en *Actualidad Jurídica*, VII, 1981, pp. 78-86.

——— “Causalidad”, en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 976-981.

MARTY, Gabriel. “La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1939, pp. 685 a 742.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación objetiva”, en *Centenario del código civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil*, t. II, Centro de Estudios Ramón Arces, Madrid, 1990, pp. 1561-1591.

———, “Comentario del art. 1092 del Código Civil”, en *Comentario del Código civil*, Ed. Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pp. 1.987 y ss.

PIÑA ROCHEFORT, Juan. “Rol social y sistema jurídico. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, en *El funcionalismo en el Derecho penal. Libro homenaje a Günter Jakobs*, t. II, (coord. Montealegre Lynett), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 39-60.

———, “La imputación de responsabilidad penal en los órganos de la empresa y sus efectos en sede civil”, (en prensa).

REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1994.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, t. I, trad. de la 2ª ed. alemana, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la responsabilidad civil. Teoría general de la responsabilidad civil*, t. I, Ed. Temis, Bogotá, 1999.

TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*, Ed. Giuffrè, Milano, 1967.

VISITINI, Giovanna. *Trattato Breve Della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Dano risarcibile*, Ed. Cedam, Padova, 1996.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Ed. Dikinson, Madrid, 2001.

ZAFARONI, Raúl. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo III, Ediar S.A., Buenos Aires, 1981.

PROCEDENCIA DE ACUMULACIÓN DE INDEMNIZACIONES Y LAS PRESTACIONES DERIVADAS DEL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES

ESTADO ACTUAL DEL CONFLICTO

Néstor Alejandro García Franco¹

CONTENIDO:

- X. Planteamiento
- XI. Naturaleza de la responsabilidad laboral
- XII. Aspectos conflictivos del problema jurídico planteado por el cúmulo de indemnizaciones
- XIII. Bibliografía

673

I. PLANTEAMIENTO

A pesar de la divergencia conceptual y procedimental que tienen entre sí la responsabilidad civil y la seguridad social, es un hecho innegable, que la acelerada tecnificación de los sistemas de producción humanos, ha generado un fortalecimiento inusitado de la relación entre ambas instituciones, principalmente en lo que respecta al estudio de las formas de resarcimiento de los perjuicios generados por los daños sufridos por los operarios en desarrollo de su actividad laboral.

¹ Abogado litigante, miembro fundador del Instituto de Responsabilidad Civil y del Estado - Eje Cafetero -, socio de González - Vanegas & Asociados.

De lo anterior, ha resultado de especial interés para la comunidad jurídica dedicada al estudio de estos temas, el debate surgido a partir del álgido debate que se suscita al analizar si es de derecho o no permitírsele a la víctima de un daño de origen laboral en el que ha mediado la denominada culpa patronal (más técnicamente culpa del empleador), acumular las sumas provenientes del sistema general de riesgos profesionales con las sumas indemnizatorias derivadas de la responsabilidad civil común (o del Estado si es del caso).

La responsabilidad civil común por los delitos y las culpas, que se genera una vez un sujeto de derecho por acción u omisión ocasiona a otro un daño, obligándole frente a la víctima al resarcimiento de los perjuicios irrogados, tiene de entre los temas que le componen, como uno de los de mayor importancia, el análisis del establecimiento del monto de las indemnizaciones a que correlativamente estará obligado el responsable a favor de la víctima. Dicho monto no está determinado por la Ley y su tasación se deja a un sano criterio judicial.

Por su parte, la seguridad social, y específicamente su componente de riesgos profesionales, se erige como la institución protectora de las vicisitudes a que se encuentran expuestos los trabajadores en el desarrollo de la actividad para la que han sido contratados. En tanto ocurra un accidente de trabajo o una enfermedad de origen profesional, una entidad (en Colombia, Administradora de Riesgos Profesionales -A.R.P.-) a la que el patrono ha trasladado los riesgos asumidos, pagará a la víctima unos montos preestablecidos, conocidos por la doctrina como indemnizaciones *à for fait*.

Ante la ocurrencia de un hecho generador de perjuicios podrán surgir entonces diferentes fuentes de indemnización, para el caso concreto basados en la responsabilidad civil y los riesgos profesionales, ¿serán acumulables las sumas provenientes de estas dos fuentes en tanto medie la ocurrencia de culpa del empleador?

Para este propósito será necesario indicar y analizar separadamente cuáles son aquellos puntos de conflicto que el planteamiento anterior genera, pero inicialmente establecer cuál es la naturaleza de la responsabilidad derivada de la relación laboral y en qué consiste la culpa del empleador.

II. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD LABORAL.

A. Obligaciones de seguridad y protección surgidas a partir de la relación de trabajo.

El vínculo laboral entre dos sujetos de derecho tiene su origen en el contrato de trabajo, convenio por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.²

Como bien es sabido, de todo contrato se derivan obligaciones, y dada la naturaleza bilateral del contrato de trabajo, las obligaciones nacen para ambas partes.

De entre esas obligaciones surgen para el patrono, en materia de protección laboral, las siguientes:

1. De modo general: obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores (artículo 56 del C.S.T.).

2. De carácter especial: - Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores. - Procurar a los trabajadores, locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud. - Prestar inmediatamente los primeros auxilios en caso de accidentes o enfermedad.³

Correlativamente y en el mismo sentido se obliga el trabajador a:

- Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el patrono o sus representantes. - Prestar la colaboración posible en caso de siniestro o de riesgo inminente que afecten o amenacen las personas o cosas de la empresa o establecimiento. - Observar las medidas preventivas higiénicas prescritas por el médico del patrono o por las autoridades del ramo. - Observar con suma diligencia y cuidado las instrucciones y

2 Colombia. Código Sustantivo del Trabajo Art. 22 núm. 1.

3 Colombia. Código Sustantivo del Trabajo Art. 57 numerales 1,2 y 3.

órdenes preventivas de accidentes o de enfermedades profesionales.⁴

Precisamente es el contenido del artículo 56 del C.S.T. el que asigna al empleador la calidad de deudor de una obligación de seguridad, que le convierte en garante de la integridad y la salud de sus trabajadores y por ello debe velar porque los locales, instalaciones, equipos, instrumentos y circunstancias ambientales, no comprometan la integridad y la salud de sus dependientes.

B. Teorías fundamentadoras de la responsabilidad laboral (del riesgo creado y riesgo provecho).

El fundamento de la responsabilidad del empleador lo encontramos en las teorías del riesgo creado y del riesgo provecho. Su origen se remonta hacia 1888 en Alemania y 1897 en Italia y Francia, con postulantes como Saleilles y Josserand.

Para los defensores de esta teoría todo aquel que crea un riesgo debe sufrir las consecuencias que del mismo se deriven. Así quien con su actividad irroga un daño debe, por tanto, repararlo, haya o no habido dolo o culpa de su parte. Y es que el autor del daño no es responsable porque lo haya causado con culpa o dolo, sino porque lo causó.

La teoría del riesgo se despoja de la noción de dolo o culpa y únicamente tiene en cuenta el daño. El problema de la responsabilidad es en ella un problema de causalidad y no de imputabilidad. Así las cosas basta que se haya causado un daño en la persona o bienes ajenos, sea por hecho u omisión de otra, para que ésta deba repararlo, cualquiera que haya sido su conducta y aunque ese hecho u omisión no pueda imputarse a dolo o culpa suya, salvo naturalmente que pruebe que el daño provino de un caso fortuito o de fuerza mayor, del hecho exclusivo de la víctima o de un tercero, casos en los cuales cesaría toda responsabilidad de su parte.

En conclusión: Es el *hecho perjudicial liso y llano*, y no el *hecho doloso o culpable*, el que engendra la responsabilidad; el que causa un daño no responde de él en cuanto *culpable*, sino en cuanto *autor del mismo*.⁵

La teoría del riesgo fundamentada en el provecho que se obtiene de la explotación de una actividad económica, se desarrolla en los mismos términos antes expuestos, pero su fuente viene a ser diferente a la de creación del riesgo, pues

4 Colombia. Código Sustantivo del Trabajo Art. 58 numerales 1, 6,7 y 8.

5 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. 2 ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda., 1983. Tomo I.

aquí el título a partir del cual se imputa la responsabilidad objetiva, lo da el aprovechamiento económico obtenido de una actividad económica que genera riesgos, y para nuestro caso concreto, riesgos que se pueden traducir en contingencias de las que pueden ser víctimas los trabajadores, respecto de la actividad que despliegan en desarrollo del contrato de trabajo, al respecto expresa la doctrina:

La llamada doctrina del riesgo se formula estableciendo que toda actividad que crea para los demás un riesgo especial, hace al autor de tal actividad responsable del daño que dentro de ese marco de riesgo se pueda causar, sin que haya que buscar si ha existido o no culpa por su parte. Se justifica con una elemental idea de justicia: si con su actividad una persona se procura un beneficio es justo que repare los daños que causa.⁶

La responsabilidad laboral se encuentra regulada en el Título VIII, Capítulo II del C.S.T. denominado *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, articulado del que a pesar de la expedición de las ya comentadas Ley 100 de 1993, Decreto 1295 de 1994 y Ley 776 de 2002, conservan vigencia algunas normas, entre ellas, el artículo 216 del C.S.T. que cobra especial importancia dentro del estudio que actualmente nos ocupa.

El contenido de las normas recién mencionadas obliga al patrono a desplazar los riesgos generados por su actividad respecto de sus trabajadores a las entidades administradoras de riesgos profesionales - A.R.P. -, mediante el pago de una cotización. Así ante la ocurrencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, el trabajador se beneficiará de las prestaciones asistenciales o económicas derivadas de las normas reguladoras, sin que sea necesario requisito adicional a probar la ocurrencia del hecho, pues la culpa no se exige como requisito indemnizatorio como ya señalamos.

De tal forma que de la relación laboral pueden surgir dos clases de responsabilidades, una de carácter objetivo, que no requiere prueba alguna de culpa en cabeza del empleador y que da lugar al otorgamiento de las prestaciones asistenciales y económicas normadas por el Decreto-Ley 1295 de 1994 y la Ley 776 de 2002 y otra responsabilidad de carácter civil, común y ordinaria, en tanto medie la existencia de culpa del empleador en la ocurrencia del daño, fundamentada ésta en lo dispuesto en el artículo 216 del C.S.T. y cuya consecuencia no es otra que la obligación de pagar una indemnización plena de perjuicios a la víctima o a sus herederos.

6 DIEZ PICAZO, Luis. Derecho de daños. Madrid: Editorial Civitas, 1999. p. 108.

C. Responsabilidad civil derivada de la relación laboral, indemnización plena de perjuicios por existencia de culpa del empleador en la ocurrencia del daño laboral.

Recién ha quedado establecido que de la relación laboral surge para el empleador una responsabilidad objetiva ante la creación de unos riesgos susceptibles de concretarse en detrimento del trabajador y, que tales riesgos, por mandato de la Ley, serán trasladables a una entidad del Sistema de Seguridad Social Integral denominada A.R.P., pero esa responsabilidad derivada de la relación laboral no necesariamente se agota allí, sino que puede trascender hasta los dominios de la responsabilidad civil, con todas las consecuencias que esto pueda conllevar, situación que se concreta específicamente a partir del contenido del artículo 216 del C.S.T.:

C.S.T. Art. 216 – **Culpa del patrono.** Cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente del trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo. (Negrillas y subrayado fuera del texto).

Para que surja esta responsabilidad patronal es preciso que se pruebe la culpa del empleador, lo cual puede hacerse por *activa* dada su negligencia, impericia, imprudencia, violación de reglamentos, desconocimiento de normas de salud ocupacional, etc. o por *pasiva*, cuando el empleador no destruye la presunción de culpa que existe en su contra, presunción que encuentra su fuente en lo preceptuado en el artículo 1604 del C.C.⁷ dada su calidad de deudor de obligación de seguridad a la luz de los artículos 57 y s.s. del C.S.T., situación confirmada por la Sala de Casación Laboral colombiana en fallos tales como los del 26 de febrero de 2004, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, expediente 22175 y 16 de marzo de 2005, M.P. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza, expediente 23.489.

7 Colombia. C.C. Art. 1604. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. (...)

Cuando un contrato conlleva la obligación de seguridad, de garantía, surge una obligación de resultado, motivo por el cual el deudor está presumido en culpa al presentarse el hecho dañoso y si pretende liberarse de responsabilidad debe probar que actuó diligente y prudentemente como se lo exige la obligación de garantía, de seguridad, a que se comprometió en el contrato (artículos 56 y 57 num. 1 y 2 del C.S.T.). Enfatizada tal obligación con lo preceptuado en el inciso primero del artículo 56 del Decreto 1295 de 1994: “*La prevención de Riesgos Profesionales es responsabilidad de los empleadores*”.

El tratadista Leonardo A. Colombo, citado por el profesor Martínez Rave, señala a propósito de la obligación de seguridad que le asiste al empleador frente a su operario:

En pocas palabras estriba en lo siguiente: la causa generatriz de la responsabilidad del empleador se halla en el propio contrato de trabajo que lo liga con el obrero. Al lado de las obligaciones generales que la convención impone como principales como el pago del salario y el suministro de las máquinas, existe otra no menos importante, que a pesar de ser implícita, no es menos evidente: la de restituir al obrero sano y salvo una vez concluida la labor. Es algo así como una garantía de seguridad en favor del asalariado cuya consecuencia más inmediata consiste en que la víctima del siniestro no debe probar otra cosa que la subsistencia del contrato y el perjuicio recibido, incumbiéndole al demandado demostrar que el acontecimiento no le es imputable por provenir de causas a que es ajeno.⁸

Al respecto otros tratadistas coinciden en afirmar que efectivamente de la relación laboral se desprenden obligaciones de seguridad, no obstante se deja claro en qué casos derivarán obligaciones de resultado y en qué casos de medio, distinción bien importante para efectos probatorios como ya hemos esbozado:

Aunque la responsabilidad por accidentes aparece regulada en el Código Sustantivo del Trabajo, no por ello dejan de serle aplicables los principios generales sobre la distinción entre obligaciones de medio y de resultado. En ese sentido podemos afirmar que en cuanto a la indemnización básica por el accidente de trabajo, que generalmente pagan las diversas entidades de la seguridad social, como el Instituto de Seguros Sociales, la obligación del patrono es de resultado, ya que la misma Ley solo lo permite exonerarse de responsabilidad si prueba una culpa grave o intencional del trabajador. En cambio, si el trabajador pretende la indemnización plena del daño sufrido, entonces, según el artículo 216 ibídem, deberá probar la culpa del patrono, lo que significa que, mirada desde este punto, la

8 MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. Responsabilidad Civil Extracontractual. 11 ed. Bogotá: Temis. 2003. p. 449.

obligación de seguridad que pesa sobre el patrono es de medio. Aquí se ve confirmada nuestra apreciación según la cual las obligaciones de seguridad unas veces pueden ser de medio y otras veces pueden ser de resultado. En el caso examinado, el patrono tiene, por expresa disposición legal, una obligación de seguridad frente al trabajador. Pero en relación con la indemnización de base a esa obligación de seguridad es de resultado, mientras que frente a la indemnización plena, se trata de una obligación de medio.⁹ (Negrillas y subrayas fuera del texto).

Como consecuencia de la prueba de esa culpa patronal se verá obligado el empleador a la reparación ordinaria de perjuicios, esto es, deberá cubrir toda clase de perjuicios que el trabajador pruebe haber sufrido, Vg. materiales en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante e inmateriales tales

como morales, daño a la vida de relación - alteración en las condiciones de existencia, etc.¹⁰

III. ASPECTOS CONFLICTIVOS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO POR EL CÚMULO DE INDEMNIZACIONES.

Ante la ocurrencia de una contingencia de origen laboral con culpa del empleador y consecuencias dañosas para el operario, se plantea un interesante conflicto jurídico, que se concreta en establecer:

9 TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil. Bogotá: Temis, 1999. Tomo I. p. 383.

10 A propósito de la responsabilidad del empleador, pueden consultarse, entre los fallos más recientes, las siguientes sentencias: De la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia: - 15 de noviembre de 2001, M.P. Dres. Fernando Vásquez Botero y José Roberto Herrera Vergara. - 19 de febrero de 2002, M.P. Dr. Germán Valdez Sánchez, expediente 17.429. - 10 de julio de 2002, M.P. Dr. José Roberto Herrera Vergara, expediente 18.323. - 24 de julio de 2003, M.P. Dr. Germán Valdez Sánchez, expediente 20.332. - 10 de marzo de 2004, M.P. Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez, expediente 20.240. - 4 de noviembre de 2004, M.P. Dr. Camilo Tarquino Gallego, expediente 22.835. - 28 de febrero de 2005, M.P. Dra. Isaura Vargas Díaz, expediente 23.244. - 10 de marzo de 2005, M.P. Dres. Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio López., expediente 23.656 - 16 de marzo de 2005, M.P. Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez, expediente 20.240. - 16 de marzo de 2005, M.P. Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez, expediente 23.017. - 16 de marzo de 2005, M.P. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza, expediente 23.489. - 30 de abril de 2005, M.P. Dra. Isaura Vargas Díaz, expediente 22.656. - 4 de mayo de 2005, M.P. Dr. Carlos Isaac Ander, expediente 24.174. - 1º de junio de 2005 M.P. Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez, expediente 23.534. - 30 de junio de 2005, M.P. Dra. Isaura Vargas Díaz, expediente 22.656.

De la Sección Tercera del Consejo de Estado: - 23 de agosto de 2001, C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez, expediente 13.188. - 3 de octubre de 2002, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, rad. 14.207. - 24 de febrero de 2005, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, expediente 15.125. - 10 de marzo de 2005, C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra, expediente 15.204 - 13 de julio de 2005, C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra, expediente 14.716.

¿Será admisible o no la acumulación de las indemnizaciones derivadas de las prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales con las emanadas de la responsabilidad civil derivada de la relación laboral?

El conflicto no es ni mucho menos fútil. La jurisprudencia nacional se ha mostrado confusa, difusa y voluble. La doctrina no ha sido concreta y mucho menos clara a la hora de proponer soluciones jurídicas plausibles al respecto y, como si fuera poco, la legislación nacional no ha regulado adecuadamente el tema, encontrándose vigentes actualmente normas contradictorias de dificultosa dilucidación hermenéutica, razones por las cuales se pretende dejar establecido, a partir del análisis del problema planteado, el estado actual del derecho colombiano vigente frente al tema del cúmulo de indemnizaciones provenientes de los riesgos profesionales y de la responsabilidad civil común, dentro de los términos y parámetros antes planteados, encontrándose que son tres los aspectos que dificultan la obtención de respuestas concretas a la cuestión y que se son: A. La indemnización de perjuicios debe responder al principio *restitutio in integrum*, B. Determinación de la naturaleza de las fuentes resarcitorias provenientes del daño, C. La reparación del daño no puede constituirse en fuente de enriquecimiento para la víctima o sus herederos y D. La subrogación.

A. La indemnización de perjuicios debe responder al principio *restitutio in integrum*.

Atendiendo al sistema de derecho itinerante en nuestro territorio, donde la responsabilidad civil tiene un carácter simplemente indemnizatorio, la reparación del daño debe dejar indemne a la persona, tal como si el daño nunca hubiera ocurrido, y si esto no fuere posible que se deje a la persona en la situación más cercana a la que existía antes de su ocurrencia, y así lo ha expresado la jurisprudencia: “*El resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, más no puede superar ese límite*”.¹¹

Es por esto que se dice que el daño es la medida del resarcimiento.

No es igual el tratamiento que se da al tópico en el sistema del derecho anglosajón donde se aceptan los *punitive damages*, consistentes en la condena al pago de indemnizaciones que superan drásticamente el contenido del daño infringido, como consecuencia de una función punitiva atribuida al *right of torts* o derecho de los daños.

11 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-197 del 20 de mayo de 1993.

Así las cosas, el principio de la *restitutio in integrum*, regula el derecho de la responsabilidad civil, exigiéndole que el daño sea indemnizado en la misma medida en que éste sea estimado por el juzgador. A esta conclusión ha arribado la jurisprudencia colombiana, señalando que el daño “*debe ser indemnizado de acuerdo con el postulado de la reparación integral que debe presidir todo el tema de la responsabilidad*”.¹² (Art. 16 Ley 446 de 1998).

No obstante la aparente claridad del postulado, algunos doctrinantes proponen discusiones al respecto, veamos:

A pesar de lo elemental del enunciado de la regla que opera en estos dos países (Colombia y Francia), su aplicación práctica plantea problemas mayúsculos, porque “es preciso reconocer, no obstante, que el principio de la *restitutio in integrum* no es un postulado absoluto y que, en los últimos tiempos, se encuentra sometido a una profunda revisión doctrinal”. Son entonces múltiples los problemas prácticos que la doctrina y aún la legislación han generado en la aplicación de la regla.

Unos se generan por el aspecto subjetivo que siempre rodeará a la indemnización del daño: las partes del proceso y el juez bien pueden tener concepciones diferentes sobre la forma de concretar la regla de la indemnización plena. Es decir, aunque el derecho genera la ficción según la cual la reparación supone que el daño se indemniza totalmente, en términos subjetivos, la víctima puede cuestionar por este aspecto lo que a su favor se haya decidido en la sentencia. Es un problema de valoración subjetiva que resuelve el juicio de responsabilidad, midiendo lo más exactamente posible, y con valor de cosa juzgada, la reparación del daño

(...)

No se quiere así indicar que no se pueda cuestionar la decisión judicial o la doctrina sobre la que se apoya, sino que dicha decisión se impone de todas formas sobre la valoración de la víctima, porque es la que aplica, en lo concreto, la regla de indemnización plena.¹³

Aplicado el principio de la *restitutio in integrum* al caso concreto de las indemnizaciones *à for fait* o predeterminadas provenientes de la seguridad social, específicamente del Sistema General de Riesgos Profesionales (S.G.R.P.), encontramos que no se cumple cabalmente, dado que los amparos de este tipo de prestaciones excluyen la indemnización de perjuicios tales como los inmateriales en sus ya mencionadas categorías (hoy aceptadas por la jurisprudencia nacional)

12 Colombia. Consejo De Estado. Sección Tercera, 9 de octubre de 1997. Magistrado Ponente: Ricardo Hoyos Duque, expediente 10605.

13 HENAO, Juan Carlos. El daño. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998., p. 49.

de morales y por el daño a la vida de relación – alteración en las condiciones de existencia, entre otros.

Por tanto no es equivocado señalar que las prestaciones de la seguridad social no atienden al principio aquí estudiado, lo que nos remite a plantear ¿qué ocurre con la indemnización de tales perjuicios en tanto ocurra la culpa patronal, si es que no se admite el cúmulo de estas prestaciones con las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad civil?

Para analizar las implicaciones de tal planteamiento, empezaremos por señalar que el estudio de la procedencia de la acumulación de indemnizaciones en virtud de la ocurrencia de un mismo daño respecto de una misma víctima, remite a lo que la doctrina internacional en cabeza de Adriano De Cupis ha denominado la *compensatio lucri cum damno*, la cual es definida como: “La disminución proporcional que el daño experimenta cuando con él concurre un lucro (ventaja), o con otras palabras, la reducción del montante del daño resarcible por la concurrencia de un lucro”, agregando:

“... daño no es más que el perjuicio causado a la esfera del interés de un sujeto y si esa esfera experimenta a su vez un detrimento y un incremento, la entidad del daño que realmente soporta – y que es la que jurídicamente hay que considerar -, es la resultante de detrimento e incremento. La responsabilidad que asume el culpable corresponde a la incidencia perjudicial de su acción, la cual es proporcional a la medida en que se contrastan y compensan las consecuencias favorables y las desfavorables de la misma acción. El resultado comparativo de todas estas consecuencias constituye la entidad del efecto peyorativo producido, y del daño a resarcir. Si las ventajas no se compensasen con los daños, el resarcimiento desorbitaría su función equilibradora de los intereses perjudicados, dado que una vez producido el daño, el perjudicado quedaría restituido a una situación mejor que la que con anterioridad tenía”.¹⁴

Algunos autores nacionales consideran que estos postulados provenientes de la *compensatio lucri cum damno*, son perfectamente aplicables al caso concreto en que se obtengan indemnizaciones provenientes de diferentes fuentes, como la seguridad social, los seguros privados, las donaciones de personas, etc.¹⁵

No obstante, algún sector de la jurisprudencia nacional ha disentido parcialmente al respecto y ha asumido posiciones novedosas:

14 DE CUPIS, Adriano. El daño. Barcelona: Editorial Bosch, 1975. p. 327.

15 HENAO, Ob. Cit. p. 51.

“... no es cierto que un delito o cuasidelito, no pueda ser motivo de enriquecimiento para la víctima. Este resultado se dará (...) cuando exista un título o causa que justifica ese enriquecimiento”.¹⁶

Posición de la que se extrae que el lucro o ventaja que la víctima recibe a raíz del daño, puede superar el valor de éste. Lo que contraría la idea de quienes consideran que la víctima en tanto al daño sufrido, sólo puede aspirar como máximo a quedar en situación idéntica a la que se tenía antes de su ocurrencia.

Doctrinantes como el doctor Juan Carlos Henao, haciendo eco de la jurisprudencia recién citada, consideran que el asunto en estudio debe basarse en la determinación de la causa o título que justifica la mejoría de la víctima, para así establecer si esa causa o título es compatible o no con la indemnización obtenida por medio del proceso de responsabilidad. Así las cosas, el asunto se podrá plantear de manera diferente, pues ya no se determinará si la víctima podrá resultar o no enriqueciéndose con la acumulación de los beneficios, por obtener beneficios por encima del monto del daño, sino si la víctima tiene derecho a quedar en mejor situación porque existen causas que lo justifican. Concluye al respecto el citado autor:

A este propósito se puede sentar la siguiente regla: si existe un título o causa que justifica el cúmulo de compensaciones, por ejemplo – un seguro, una pensión, una donación, etc.- y si, además, dicha causa o título no se excluye con la propiamente indemnizatoria debida por el directamente responsable, procede aceptar la acumulación.

Si el cúmulo de compensaciones se acepta porque proviene de causas o títulos diferentes que no son excluyentes entre sí, no se viola la regla de la indemnización plena de sólo el daño. Nótese que se habla de cúmulo de compensaciones y no necesariamente de indemnizaciones, porque bien puede ocurrir que no todos los ingresos que tenga la víctima a raíz del daño sean indemnizatorios. Aún más, como bien lo enuncia el profesor Tamayo Jaramillo, “la única prestación que tiene carácter indemnizatorio es la que extingue la obligación del responsable”, con independencia de la forma de la prestación, que bien se puede presentar mediante una restitución, una reparación, una reconstrucción, una indemnización dineraria, una compensación, etc.¹⁷ (Negrillas y subrayas fuera del texto).

B. La diversidad de fuentes resarcitorias originadas a partir del daño – dos posiciones –

16 Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de septiembre de 1991. Magistrado Ponente Dr. Uribe Acosta. Expediente 6572.

17 HENAO. Ob. Cit. pág. 52.

Como hemos dejado ya claro, la ocurrencia de un daño generador de perjuicios para una víctima o sus herederos, ocasiona el nacimiento de una obligación indemnizatoria cuyo deudor será el responsable del daño, según las normas aplicables al caso concreto.

Al respecto habremos de estudiar para nuestro caso concreto de acumulación de indemnizaciones derivadas de una contingencia de origen laboral, el carácter y la naturaleza que le son atribuibles a las prestaciones establecidas por las Leyes de seguridad social (Decreto 3170 de 1963, Ley 100 de 1993, Decreto 1295 de 1994, Decreto 1771 de 1994, Ley 776 de 2002, etc.).

Primera posición: Naturaleza indemnizatoria de las sumas derivadas de la seguridad social. Para un sector de la doctrina y jurisprudencia nacionales, las prestaciones derivadas de la seguridad social, tienen un carácter indemnizatorio por las razones que a continuación se exponen.

El Dr. Ricardo Hoyos Duque, en su artículo “*El cúmulo de indemnizaciones*”, publicado en el ejemplar número 13 de la Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, condensó las apreciaciones por él mismo expuestas como ponente de la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendarada el día 3 de octubre de 2002, expediente 14.207, donde sentó su posición, frente a la naturaleza de las indemnizaciones provenientes de la seguridad social, señalando que tales prestaciones sí tenían el carácter de indemnizatorias, tal como se extraía de normas tales como el artículo 16 del Decreto 1295 de 1994, el cual establece la obligatoriedad de las cotizaciones en forma exclusiva a cargo del empleador durante la vigencia de la relación laboral.

Señala también que el artículo 98 del Decreto Ley 1295 de 1994 derogó en forma expresa varias disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, no obstante, no derogó el artículo 216 sobre responsabilidad total y ordinaria del patrono, lo cual significaría que actualmente de la indemnización plena a cargo de éste se descuenta lo recibido de la seguridad social (pago parcial pero definitivo por cuenta del empleador que le trasladó los riesgos profesionales derivados de la relación laboral).

Y reforzó su posición apoyándose en lo anotado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-452 del 12 de junio de 2002:

El Sistema de riesgos profesionales se estructura a partir de la existencia de un riesgo creado por el empleador. El Legislador acoge en esta materia la teoría del

riesgo creado en la que no se toma en cuenta la culpa del empleador sino que se establece una responsabilidad objetiva por cuya virtud resulta obligado a reparar los perjuicios que sufre el trabajador al desarrollar su labor en actividades de las que el empresario obtiene un beneficio.

Actualmente la Ley con el propósito de proteger a los trabajadores de las contingencias o daños que sufran como consecuencia de la relación laboral, ha impuesto la obligación a los empleadores de trasladar ese riesgo a entidades especializadas en su administración, mediando una cotización a cargo exclusivamente del empleador y ha determinado claramente las prestaciones a las que tendrán derecho los trabajadores que se vean afectados por una contingencia de origen profesional.

En ese orden de ideas las entidades Administradoras de Riesgos Profesionales, bajo un esquema de aseguramiento,- en el que las cotizaciones o primas, que el empleador entrega al sistema por cada uno de los trabajadores afiliados, generan una mutualidad o fondo común, con el cual se financian las prestaciones anotadas-, deben ocuparse de brindar a los trabajadores la prestación de los servicios de salud que requieran, así como asumir el reconocimiento y pago oportuno de las prestaciones económicas establecidas en el Decreto Ley 1295 de 1994 –incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, pensión de invalidez, pensión de sobrevivientes, auxilio funerario-, al tiempo que deben realizar actividades de prevención, asesoría y evaluación de riesgos profesionales, y promover y divulgar programas de medicina laboral, higiene industrial, salud ocupacional y seguridad industrial.” (Negritas y subrayas fuera del texto).

Al respectó comentó Hoyos Duque en el mismo foro:

Esta interpretación jurisprudencial coincide con lo expresado por la doctrina extranjera. En efecto, Cavanilla Múgica, citado por Ricardo de Ángel Yagüez expresa lo siguiente:

“La naturaleza de la seguridad social, determina que la indemnización laboral y civil sean o no totalmente compatibles. No es posible examinar aquí la compleja cuestión de la naturaleza de la seguridad social,...pero sí interesa, destacar dos argumentos que, mientras no se acentúe la tendencia moderna a establecer una seguridad social asistencial con cargo principal a los presupuestos del Estado en sustitución de la actual seguridad social contributiva basada fundamentalmente en las cuotas de las cotizaciones, inclinan la balanza a favor de la tesis del seguro de responsabilidad civil, con el corolario de no resultar plenamente compatibles las indemnizaciones civiles y las laborales: 1º.) La seguridad social procede históricamente de un seguro obligatorio de responsabilidad civil del empresario; 2º.) La

cotización de las primas correspondientes a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales recae exclusivamente sobre el empresario....”

Un criterio similar formula Adriano de Cupis al afirmar que la *compesatio lucri cum damno* no opera cuando la adquisición de un incremento patrimonial como el derecho a una pensión de invalidez, “no está separado de un sacrificio económico (entrega mensual a cargo del funcionario Público) y, por tanto, no constituye un lucro en el sentido propio de la palabra. Debe recordarse aquí cuanto ya se ha dicho: Para que se produzca una reducción del daño resarcible se requiere que con el daño concurra un verdadero lucro originado por el daño mismo, o sea, una ventaja gratuita. Sólo así es justo que este enriquecimiento surgido con el daño, se tome en cuenta a la hora de establecer el resarcimiento. Pero cuando el culpable simplemente da entrada, con su acción, a una atribución patrimonial (pensión) que tenga su justificación en un correspondiente y previo sacrificio (contribución mensual del funcionario público) entonces no puede encontrarse aquel lucro que únicamente él puede compensarse con el daño y reducir el montante de la responsabilidad.

Se podría objetar que la aportación con que contribuye el funcionario es muy reducida, siendo solamente para aliviar un poco la carga financiera que incumbe al Estado en relación con las pensiones. Pero, cualquiera que sea su volumen, siempre imponen al funcionario público un sacrificio económico que condiciona el carácter de la pensión, cuya adquisición no presente el carácter de gratuidad. En consecuencia, concurren plenamente el derecho al resarcimiento y el derecho a la pensión, sin que el resarcimiento pueda sufrir disminución por efecto de la pensión”.

Finalmente concluye que, si a través de las cotizaciones el empleador traslada los riesgos a otra entidad (ISS, Cajanal o administradora de riesgos profesionales) las prestaciones derivadas del accidente de trabajo tienen una naturaleza indemnizatoria, el daño ha sido reparado y la seguridad social extingue en forma parcial la obligación del patrono causante del daño. Por lo tanto, en el evento de que exista culpa suficientemente comprobada del patrono la indemnización por accidente de trabajo o la pensión de invalidez constituyen un pago parcial de la indemnización plena a cargo de éste, independientemente de que le asista o no el derecho de subrogación frente al patrono, cosa que por lo demás no resultaría lógica, en tanto el asegurador se estaría volviendo contra el asegurado en un seguro de responsabilidad civil.

No debe dejar de comentarse el hecho de que en cuanto a los riesgos profesionales, en Colombia las cotizaciones están exclusivamente a cargo del empleador,

razón por la cual no son admisibles los comentarios citados por el profesor de Ángel Yagüez (Decreto Ley 1295 de 1994 art. 4 lit. h).

Jurisprudencialmente se cuenta con antecedente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que en fallo del 9 de septiembre de 1991, con ponencia del Dr. Pedro Lafont Pianetta, también ha calificado como indemnizatoria la naturaleza de las sumas pagadas por las entidades administradoras de riesgos profesionales, señalando: *“Por lo tanto, como quiera que estos beneficios laborales, si bien tienen una fuente mediata distinta (la relación laboral) ..., que tienen su causa y finalidad en la protección social del trabajo a cargo del empleador para con el trabajador; no es menos cierto, que se trata de prestaciones funcionalmente indemnizatorias, de reparación inmediata que se le impone (por la utilidad que deriva de la labor)...”*

Segunda posición: Naturaleza no indemnizatoria o simplemente prestacional de las sumas derivadas de la seguridad social. La segunda gran corriente jurisprudencial y doctrinaria imperante en Colombia, disiente de quienes quieren atribuir un carácter indemnizatorio a las sumas que otorga la seguridad social, especialmente las entidades del S.G.R.P.

En un reciente artículo publicado también en el No. 16 de la Revista *Responsabilidad Civil y del Estado*, el doctor Enrique Gil Botero, tratadista y Conjuez de la Sección Tercera del Consejo de Estado, basa su postura defensora de la inexistencia del carácter indemnizatorio de las prestaciones de la seguridad social, entre otros, en interesantísimas posiciones jurisprudenciales y doctrinarias tanto nacionales como de derecho comparado, señalando:

Sin embargo, se debe destacar que se confunde indemnización con prestación laboral. Las prestaciones sociales son pagos que se hacen al trabajador con el fin de cubrir los riesgos o necesidades del mismo y se originan durante la relación de trabajo o con motivo de ella; en cambio, la indemnización es el resarcimiento económico del daño o perjuicio causado, es decir, se diferencian en que las prestaciones sociales no reparan perjuicios causados por el empleador.¹⁸ (Negrillas y subrayas fuera del texto).

Para el profesor Javier Tamayo Jaramillo, a propósito de la situación del tercero responsable, la reparación que la víctima recibe de la seguridad social, no puede beneficiar al responsable de dicho daño pues ello contribuiría a su impunidad, lo que, considera, a todas luces, viene a reñir con los principios jurídicos de extinción de las obligaciones y de equidad:

¹⁸ GIL BOTERO, Enrique. Concurrencia de la indemnización y las prestaciones de la seguridad social. *En: Responsabilidad civil y del Estado* No. 16 (feb. 2004); p. 55.

Ello significa que, bajo ese parámetro general, el responsable del daño debe indemnizar, bien sea a la misma víctima, bien sea al tercero que pagó a ésta el seguro, la pensión o cualquiera otra prestación tendiente a deshacer el hecho material del perjuicio causado. La Ley determina a quien corresponde reclamar dicha indemnización.

La explicación de esta premisa radica en que quien pagó la prestación a la víctima asegurada, no estaba extinguiendo la deuda reparadora del responsable. Estaba extinguiendo su propia deuda o, simplemente, teniendo un acto de benevolencia en favor de la víctima y no del responsable. Es decir, al producirse el pago del seguro o la liberalidad para con la víctima, la obligación del responsable no se extingue, y, entonces, debe averiguarse quien sea el titular de esa acción en responsabilidad contra el tercero causante del daño.¹⁹

Jurisprudencialmente es respaldada esta posición por pronunciamientos tanto de la Sala Civil como de la Laboral de la Corte, pudiéndose citar de la primera el fallo de casación del 24 de junio de 1996, que cambió radicalmente la posición asumida años atrás en la también citada sentencia del 9 de septiembre de 1991, exclamando:

“(los herederos de la víctima) adquirieron el derecho a devengar la suma correspondiente a la pensión de sobrevivientes, que tiene su origen en la relación de índole laboral que ligaba al de cujus con la empresa mencionada y en su carácter de afiliado al I.S.S., prestación esta que es por completo independiente del derecho que asiste a las demandantes a ser indemnizadas por la responsabilidad civil extracontractual cuya declaración solicitaron...”.

Por su parte, la jurisprudencia, por demás reiterada, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es clara al establecer que las prestaciones sociales son pagos que se hacen al trabajador con el fin de cubrir los riesgos o necesidades del mismo y que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de ella; en cambio, la indemnización es el resarcimiento económico del daño o perjuicio causado, es decir, se diferencian en que las prestaciones sociales no reparan perjuicios causados por el empleador:

“No le es dado a quien causó el perjuicio descontar suma alguna del valor de las prestaciones en dinero pagadas por el Instituto de Seguros Sociales, pues ello conduciría a que el empleador culpable resultara a la postre obteniendo beneficios del daño que causó, o al menos exonerándolo de la responsabilidad en un riesgo producido por su acto intencional o culposo”.²⁰

19 TAMAYO JARAMILLO. Ob. Cit. T. IV. p. 213.

20 Colombia. Corte Suprema De Justicia. Sala Plena de Casación Laboral. Sentencia del 12 de noviembre de

Precisamente el Código Sustantivo del Trabajo otorga el carácter de prestación al cubrimiento de las consecuencias derivadas de los accidentes y enfermedades de origen profesional que sufran sus empleados, tal como se desprende de la ubicación de tales disposiciones en el capítulo II “Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales” contenido en el título VIII “Prestaciones patronales comunes”.

A la misma conclusión arriba el doctor Juan Carlos Henao quien después de un juicioso análisis de la jurisprudencia existente al respecto, expresa:

“Ha establecido entonces claramente el juez colombiano que son independientes la indemnización que se causa con el hecho dañino y la prestación laboral o legal que se genera por el mismo hecho, porque estas últimas tienen una causa jurídica diferente”.²¹

C. La reparación del daño no puede constituirse en fuente de enriquecimiento para la víctima o sus herederos.

Otro de los puntos críticos planteados por el cúmulo de indemnizaciones, en tanto se admita su procedencia, lo constituye la posibilidad de que tal situación conlleve a un enriquecimiento sin causa a favor del operario o de sus herederos, con motivo del recibimiento de dos erogaciones, una proveniente de las prestaciones de la seguridad social y otra, de la indemnización plena de perjuicios a que se obligue el causante del daño.

Quienes asumen una postura crítica frente a la admisión de la acumulación de indemnizaciones, especialmente por considerar que la naturaleza de las prestaciones de la seguridad social son de carácter indemnizatorio, estiman que la víctima o sus herederos se estarían beneficiando doblemente sin mediar causa jurídica distinta a la obligación de reparación del daño, lo que a todas luces constituiría un enriquecimiento sin causa, prohibido en derecho.

Al respecto, el citado tratadista Adriano De Cupis, en cuyas opiniones se fundamenta el Consejo de Estado en su fallo del 3 de octubre de 2002 para negar la procedencia de la acumulación, invoca nuevamente la figura de la *compensatio lucri cum damno*, esto es, trata de explicar la posibilidad de enriquecimiento sin causa a favor de la víctima, como circunstancia nugatoria de admisión del cúmulo de indemnizaciones, a partir de la reducción que podrá experimentar el daño (y consecuentemente su resarcimiento), en virtud de la obtención de una ventaja

1993.

21 HENAO, Ob. Cit. p. 52.

económica obtenida como consecuencia de la obtención de ese mismo daño, veamos:

Y tampoco parece que deba darse entrada a la c.l.c.d. por cuanto el incremento patrimonial, correspondiente a la adquisición de tal derecho, no está separado de un sacrificio económico (entrega mensual a cargo del funcionario público) y, por tanto, no constituye un lucro en el sentido propio de la palabra. Debe recordarse aquí cuanto ya se ha dicho: Para que se produzca una reducción del daño resarcible se requiere que con el daño concorra un verdadero lucro originado por el daño mismo, o sea, una ventaja gratuita. Sólo así es justo que este enriquecimiento surgido con el daño, se tome en cuenta a la hora de establecer el resarcimiento. Pero cuando el culpable simplemente da entrada, con su acción, a una atribución patrimonial (pensión) que tenga su justificación en un correspondiente y previo sacrificio (contribución mensual del funcionario público) entonces no puede encontrarse aquel lucro que únicamente él puede compensarse con el daño y reducir el montante de la responsabilidad.

Se podría objetar que la aportación con que contribuye el funcionario es muy reducida, siendo solamente para aliviar un poco la carga financiera que incumbe al Estado en relación con las pensiones. Pero, cualquiera que sea su volumen, siempre imponen al funcionario público un sacrificio económico que condiciona el carácter de la pensión, cuya adquisición no presenta el carácter de gratuidad. En consecuencia, concurren plenamente el derecho al resarcimiento y el derecho a la pensión, sin que el resarcimiento pueda sufrir disminución por efecto de la pensión.²²

Si nos atenemos a las previsiones recién citadas del autor italiano, tendríamos que para el caso de la responsabilidad laboral, las sumas pagadas por la seguridad social, específicamente, aquellas que provienen de las entidades administradoras del sistema de riesgos profesionales, vendrían a ser *ventajas gratuitas* para el operario afectado, dado que las contribuciones que se hacen al sistema respecto de cada trabajador, son cubiertas exclusivamente por el empleador (Decreto 1295 de 1994, artículo 4, literal h).

Por tanto, tendríamos que no sería procedente el cúmulo de indemnizaciones en estos casos, y más bien en el evento de obtenerse un pago de prestaciones de las determinadas por el Sistema General de Riesgos Profesionales, estaríamos frente a un cubrimiento o pago parcial de la indemnización plena a cargo del patrono a quien se le haya comprobado culpa en el evento ocasionante del daño para el trabajador, o por lo menos eso se desprende del sentir del citado fallo del 3 de octubre de 2002 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

22 DE CUPIS. Ob. Cit. p. 338.

Para la corriente que admite la posibilidad de acumular ambos rubros derivados de la ocurrencia de la contingencia laboral, la pretendida configuración del enriquecimiento sin causa a favor de la víctima o sus herederos, no se estructura desde ningún punto de vista.

Para ello acuden al criterio ya expuesto de que dada la diversidad de fuentes en que se originan de un lado las indemnizaciones *à for fait*, y de otro, la indemnización derivada de la responsabilidad civil, las sumas que obtendría el operario nunca podrían consistir en fuentes de enriquecimiento pues su obtención se deriva de las naturales consecuencias que el derecho ha creado para garantizar la reparación del daño a quien ha sido víctima de una contingencia perjudicial.

La conducta de la víctima que recibe ambas fuentes de indemnización no tiene vocaciones enriquecedoras, sino simplemente indemnizatorias.

No obstante, como ya se expuso, existen posiciones jurisprudenciales bastante particulares que van más allá de estos planteamientos, y han expuesto:

“... no es cierto que un delito o cuasidelito, no pueda ser motivo de enriquecimiento para la víctima. Este resultado se dará (...) cuando exista un título o causa que justifica ese enriquecimiento”.²³

Como ha sido expuesto reiteradamente, para los defensores de la procedencia de la acumulación, su sustento ontológico se resume en la diversidad de fuentes resarcitorias.

Es aún más drástica la posición adoptada por otro sector de la doctrina que no solo no está de acuerdo en plantear que se produce un enriquecimiento de la víctima en los eventos de acumulación, sino que considera que el verdadero enriquecimiento se presentaría en cabeza del empleador si es que no se admitiera tal.

Podría pensarse, que esa legitimación para descontar el valor de las prestaciones asumidas por la seguridad social de la indemnización legal total y ordinaria por perjuicios a que está obligado el empleador cuando obra con culpa suficientemente comprobada, se trasladó exclusivamente a la entidad de seguridad social que hizo el reconocimiento y pago de dichas prestaciones, pero no podrá concluirse como se hizo en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (3-X-2002), razonando en síntesis así: como el hecho dañoso es imputable al empleador y éste había trasladado los riesgos que pudieran sufrir sus empleados a la seguridad social, la pensión que aquélla le reconoció a la víctima “constituye pago

23 Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera, 12 de septiembre de 1991, C.P. Dr. Uribe Acosta. Expediente 6572.

parcial de la indemnización plena a cargo de la última y por lo tanto, tiene naturaleza indemnizatoria”, no solo se torna así falsamente plausible una conducta reprochable, “la culpa del empleador”, sino que además automáticamente el juez lo enriquece y le traslada parte de la indemnización a la seguridad social quien no asegura actos ilícitos, sino que como ya se dijo asume riesgos laborales amparados en la licitud, esto es, en el derecho.²⁴ (Subrayas y negrillas fuera del texto).

D. La subrogación.

Resulta ser éste el acápite más álgido de los que conforman el aspecto conflictivo que plantea la institución del cúmulo de indemnizaciones para los efectos aquí planteados. En efecto, la Ley, la jurisprudencia y la doctrina se muestran aún más confusas y contradictorias a la hora de desentrañar la esencia de esta institución, como alternativa de solución al problema planteado.

El análisis de la subrogación para los efectos aquí planteados, se concentrará en establecer su papel a la hora de determinar en qué casos procederá o no la acumulación de indemnizaciones, exponiendo el actual estado de la normatividad, la jurisprudencia y la doctrina al respecto.

En este punto (siendo quizá el único), coinciden varios doctrinantes defensores de tesis y visiones encontradas con respecto al tema estudiado, en tanto que es a partir de la determinación de la procedencia o no de la acción subrogatoria, que se puede establecer si es o no viable la admisión del cúmulo de indemnizaciones.

De una parte así lo considera la Sección Tercera del Consejo de Estado en la parte motiva de la ya citada sentencia del 3 de octubre de 2002:

La definición sobre la procedencia o no de la acumulación de la indemnización de perjuicios con las prestaciones pagadas a la víctima por la seguridad social, sea que se demande la responsabilidad plena del patrono o empleador o de un tercero, debe efectuarse a partir de la naturaleza jurídica de la seguridad social y de la existencia o no de la subrogación en los derechos de la víctima por parte de la entidad de la seguridad social que paga. (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Por su parte el profesor Tamayo Jaramillo plantea al respecto:

Esa situación da lugar a un complejo conflicto jurídico pues el tercero que pagó a la víctima, a menudo pretende recuperar del responsable, el equivalente de la prestación otorgada al perjudicado. De su lado, la víctima, invocando causas jurí-

24 GIL BOTERO, Enrique. Ob. Cit. p. 56.

dicas diferentes, pretende acumular la prestación que le ha sido entregada por el tercero y la indemnización que le debe el responsable. Finalmente, este pretende eludir cualquiera responsabilidad bajo el argumento de que el perjudicado ya fue indemnizado y que quien pagó la indemnización no se subrogó en los derechos y acciones de la víctima, pues simplemente estaba cumpliendo obligaciones contractuales o legales propias, más no pagando a nombre de ese responsable.

Esta triple relación nos permite preguntarnos, pues, si el perjudicado tiene derecho a acumular las dos prestaciones o, si, por el contrario, el tercero que pagó la prestación se subroga contra el responsable del daño. La respuesta no puede ser uniforme y todo depende de la teoría general de las obligaciones por un lado, y lo que para casos especiales resuelva el Legislador por el otro.²⁵ (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Dado que a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 y su séquito de decretos reglamentarios, la seguridad social en Colombia se escindió en tres negocios distintos, pensiones, salud y riesgos profesionales, permitiéndose además la participación del sector privado en la administración y explotación de dichos sistemas, a la par con las instituciones públicas que desde hacía varias décadas venían ejerciendo dichas funciones, al amparo de diversas y dispersas normatividades (I.S.S., Cajanal, Caprecom, etc.), razón por la cual, en la práctica se vino a presentar un auténtico galimatías a la hora de establecer la vigencia de la legislación aplicable.

Esta situación se vio especialmente reflejada a la hora de establecer la procedencia y funcionamiento de la figura de la subrogación, particularmente en lo que respecta al Sistema General de Riesgos Profesionales, pues la normatividad existente al respecto tiene en entredicho, inclusive, su validez, como se expondrá más adelante.

En efecto, entre las normas reguladoras de la materia, podemos citar el Decreto 3170 de 1964, por medio del cual se aprobó el Acuerdo 155 de 1963 de la Junta Directiva del I.S.S., en virtud del cual se reguló lo relacionado con accidentes de trabajo, disponiendo en el artículo 83 que:

El otorgamiento de las prestaciones establecidas por el presente Reglamento por parte del Instituto, exonera al patrono de toda otra indemnización según el Código Sustantivo del trabajo o según el derecho común por culpa del mismo accidente o enfermedad profesional. Pero si el riesgo se hubiere producido por un

25 TAMAYO, Ob. Cit. Tomo IV p. . 211.

acto intencional o por negligencia o culpa del patrono o sus representantes, o de un tercero, y diere lugar a indemnización común, el Instituto procederá a demandar el pago de esta indemnización, la que quedará a su favor hasta el monto calculado de las prestaciones que el Instituto acordare por el accidente o enfermedad, debiendo entregar a los beneficiarios el saldo, si lo hubiere.

Así las cosas, queda claro que la acción subrogatoria a favor de la A.R.P. del I.S.S., encuentra su fundamento en esta disposición, situación que no ocurre en los otros dos negocios en los que participa el Instituto dentro del Sistema de Seguridad Social Integral, pues el art. 37 de la Ley 90 de 1946 que le sustentaba fue derogado expresamente por el artículo 37 del Decreto 433 de 1971.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos surgió una nueva forma de organización de la Seguridad Social en Colombia, con lo que, como es apenas lógico en todo cambio radical, surgieron inconvenientes a la hora de establecer la aplicación normativa, teniéndose en cuenta la dualidad de regulaciones que quedaron, de un lado las que venían imponiéndose antes del 1º de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 100), como el citado decreto 3170 de 1964 y de otro las que reglamentaron dicha norma, como el Decreto 1771 de 1994.

Frente al tema de la subrogación, se presentan entonces tres grandes problemas por resolver: 1. La vigencia del Decreto 3170 de 1964 en tanto pudo haber sido derogado o no en forma tácita con la expedición de la Ley de seguridad social de 1993. 2. La validez del Decreto 1771 de 1994, que por su carácter reglamentario no podría regular situaciones de estricta regulación legislativa y 3. Establecer ¿contra quién procede la subrogación?

La importancia de la dilucidación de estos puntos radica en el hecho de que si se establece la existencia de una acción subrogatoria a favor de las entidades de seguridad social (A.R.P.) y en contra del causante del daño, no sería procedente la acumulación de indemnizaciones como ha sido planteada, mientras que si aquella no existe, será procedente la tan mencionada concurrencia de sumas, veamos.

Por su parte, el Decreto 3170 de 1964 en su artículo 83, establece la acción subrogatoria a favor del I.S.S., y a pesar de no haber sido derogado expresamente por norma alguna, el efecto pretendido con la expedición de la Ley 100 de 1993, cuál era la regulación global de la seguridad social en Colombia, da pie para poner en tela de juicio su validez pues precisamente el objeto del legislador de 1993 era no dejar cabos sueltos frente a los distintos aspectos de la seguridad social, salvo las excepciones que expresamente estatuye en cuanto a su campo

de aplicación (art. 279). Precisamente, una vez expedido el Decreto – Ley 1295 de 1994, el Gobierno Nacional lo que hizo fue normar en forma integral el sistema de riesgos profesionales, reglamentando posteriormente el mismo a través del Decreto 1771 del mismo año, que en su artículo 12 establece la acción subrogatoria a favor de las A.R.P.,²⁶ sin distinguir si eran estas de carácter público o privado. No coincide esta posición con la expuesta por el profesor Tamayo Jaramillo quien frente a este punto, escinde claramente el tratamiento que debe dársele al aseguramiento prestado por las entidades de capital estatal frente al de las de capital privado,²⁷ situación no comprensible si se tiene en cuenta que uno de los objetivos del sistema de seguridad social era poner a competir en igualdad de condiciones a los sectores público y privado (arts. 4 y 8 Ley 100/93), en aras de lograr una pronta y amplia cobertura de estos servicios.

De otro lado, emerge una nueva vicisitud no menos traumática y se concreta en establecer la validez del Decreto 1771 de 1994, pues por ser reglamentario y expedido por el Gobierno, podría haberse excedido en sus mandatos al regular aspectos propios del legislador, como es la creación de acciones subrogatorias,²⁸ además de regular aspectos no contemplados en las normas que reglamenta, pues ni el Libro III de la Ley 100 de 1993 ni el Decreto-Ley 1295 de 1994 contemplaron la acción subrogatoria para el componente de riesgos profesionales.

Ahora bien, si aceptáramos que el artículo 12 del Decreto reglamentario 1771 de 1994 es válido, nos vemos en la necesidad de salvar un nuevo obstáculo: ¿Procede aquí la acción subrogatoria a favor de las A.R.P. y en contra del empleador culpable?

Frente al artículo 83 del Decreto 3170 de 1964 es clara la expresa mención en cuanto a la procedencia de la acción de subrogación en contra del empleador culpable, pero no tiene tal claridad el artículo 12 del Decreto 1771, pues simplemente menciona al tercero responsable. Al respecto Tamayo Jaramillo se pronuncia:

26 Colombia. Art. 12: La entidad administradora de riesgos profesionales podrá repetir, con sujeción a las normas pertinentes, contra el tercero responsable de la contingencia profesional, hasta por el monto calculado de las prestaciones a cargo de dicha entidad administradora, con sujeción en todo caso al límite de responsabilidad del tercero.

Lo dispuesto en el inciso anterior no excluye que la víctima, o sus causahabientes, instauren las acciones pertinentes para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicios, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las prestaciones asumidas por la entidad administradora de riesgos profesionales.

27 TAMAYO. Ob. Cit. Tomo IV p. 234 y ss.

28 La subrogación solamente tiene como fuentes la Ley (expedida por el Congreso de la República) y la convención entre las partes: Código Civil. Art. 1666. La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga. Art. 1667. Se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de la Ley, o en virtud de una convención del acreedor.

No sobra anotar que si se aplica el artículo 12 del Decreto 1771, la subrogación solo procede contra el tercero y no contra el patrono, pues la norma para nada se refiere a éste. La legislación siempre distingue entre tercero y patrono. Luego si este último no fue mencionado por el artículo citado, fue porque la intención del Legislador era la de no permitir la subrogación en su contra. Con todo, pensamos que así la norma nada diga al respecto, de todas formas la acción subrogatoria procede contra el patrono si éste o sus empleados actuaron con dolo o culpa grave, pues la Ley no puede condonar ni asegurar el comportamiento doloso del patrono.²⁹

Ahora bien, de la redacción del citado Decreto resulta preciso determinar si al empleador se le puede tener como tercero para efectos de la subrogación. Si así se aceptare, en caso de ocurrir el accidente o producirse la enfermedad con la mediación de culpa de parte de éste o de sus agentes, no estaría llamada a ser aceptada la acumulación, por ser de recibo la acción subrogatoria, pues el empleador se vería abocado a pagar el total de los perjuicios al trabajador y posteriormente a restituir a la A.R.P. las sumas que ésta debió pagar como prestaciones de la seguridad social. Lo que sí se acepta es que el empleado no sólo obtenga de la A.R.P. las correspondientes prestaciones, sino además que reciba del patrono aquellos rubros indemnizatorios que ésta no cubre, tales como los inmateriales que llegaren a configurarse.

Según lo expuesto por el Dr. Gil Botero, no obstante constituir el anterior planteamiento la solución actual que se le quiere dar al conflicto, su fundamentación puede ponerse en tela de juicio, pues con base en los principios del derecho de los seguros (por considerarse la seguridad social como una forma de aseguramiento), se presentaría la simple discordancia lógica surgida en tanto se permitiese a la entidad aseguradora (A.R.P.) irse en contra de su asegurado para que le restituyera lo pagado al beneficiario del seguro. A más, se estaría aceptando el controvertido carácter indemnizatorio de las prestaciones derivadas de la seguridad social.

Como solución justa al conflicto planteado, este mismo autor propone que para evitar un enriquecimiento sin causa a favor del empleador en tanto se le permita descontar de su obligación indemnizatoria el pago de las prestaciones efectuadas por la A.R.P., se debería llamar al proceso a esta entidad en calidad de parte litisconsorcial, o bien permitírsele que ésta repita contra el trabajador que recibió la indemnización plena concurrente con las prestaciones sociales, o

29 TAMAYO JARAMILLO. Ob. Cit. p. 247.

que se subrogue y demande al empleador culpable cuando éste no ha cubierto la indemnización plena a que está obligado por el art. 216 del C.S.T.³⁰

En síntesis, la solución al conflicto planteado debe provenir de una urgente regulación legislativa, aunada a un pronunciamiento certero de los representantes del derecho laboral (ausente por el momento) que explique la real naturaleza de la obligación dispuesta en el artículo 216 del C.S.T. Debe satisfacerse en forma íntegra la necesidad de justicia resarcitoria, entendida en su sentido más puro como la forma de restablecimiento de los derechos vulnerados a través de hechos dañosos provenientes, en este caso concreto, de actividades laborales en las que media el actuar culposo del empleador o sus representantes, de tal forma que en una sola actuación procesal se pueda obtener un resarcimiento pleno y ordinario de los perjuicios causados al operario o a sus herederos; se evite que el causante del daño tenga que indemnizar dos veces los perjuicios y paralelamente se impida que se beneficie económicamente de su propio actuar antijurídico.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. 2 ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda., 1983. Tomo I.

ALTERINI, Jorge H, et. al. Derecho de daños (homenaje al Profesor Jorge Mosset Iturraspe). Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1991. 762 p.

ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). Madrid: Editorial Civitas S.A. 1995. 241 p.

ASOCIACIÓN COLOMBIANA DEL DERECHO DE LOS SEGUROS (ACOLDESE): www.acolde.com.co/accumulationofclaims

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO DE LOS SEGUROS (A.I.D.A.): www.aida.org.uk.

AYALA CÁCERES, Luis Carlos. Legislación en Salud Ocupacional y Riesgos Profesionales. Bogotá: Ediciones Salud Laboral Ltda., 2001. 939 p.

CETINA VARGAS, Oswaldo. Derecho Integral de la Seguridad Social. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986. p. 421.

DE CUPIS, Adriano. El daño. Barcelona: Editorial Bosch, 1975. p. 327.

DIEZ PICAZO, Luis. Derecho de daños. Madrid: Editorial Civitas. 1999. 1ra edición. 367 Pág.

30 GIL BOTERO, Ob. Cit. p. 61.

GIL BOTERO, Enrique. Concurrencia de la indemnización y las prestaciones de la seguridad social. En: Responsabilidad civil y del Estado. No. 16 (feb. 2004); p. 56.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA SOBRE ACCIONES POPULARES Y CONTRATOS ESTATALES, CONSEJO DE ESTADO, Octubre de 2005.

Luis Felipe Botero Aristizábal¹

CONTENIDO:

1. Consideraciones preliminares
2. El contenido de la sentencia
3. Comentario

“La noción de derechos colectivos ha sido estudiada de vieja data por la doctrina en el derecho comparado. (...) La bibliografía existente es de tal envergadura, que tener la osadía de intentar agotarla sería por lo menos pretencioso e ilusorio. Es pues un tema al cual se debe acercar el jurista con la humildad suficiente que exigen los múltiples y reiterados aportes de la comunidad científica, y con la conciencia de que ha sido y sigue siendo uno de los de mayor trascendencia para el derecho”.²

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Los seis años de vigencia de la Ley 472 de 1998 (“Ley 472”), no han sido suficientes para que la jurisprudencia defina el alcance de la acción popular en la protección de los derechos colectivos. Persisten aún en los estrados judiciales y con gran intensidad, las discusiones sobre el control de legalidad de las distintas

1 ^o Abogado de Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Especialista en Derecho administrativo de la misma universidad. Actualmente es abogado de la firma Baker & Mckenzie y docente del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Miembro del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado. Colaboró en la obra de acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil, escrita por el Dr. Javier Tamayo Jaramillo. Autor de la obra Acción popular y nulidad de actos administrativos. Serie Lex Nova. Legis, 2004.

2 HENAO, Juan Carlos, ¿Se defienden de la misma manera los derechos colectivos en derecho colombiano y en derecho francés?, en V.V.A.A. IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, primera edición, octubre de 2003, p. 411 y ss.

manifestaciones de voluntad de la Administración en las acciones diseñadas por la Ley 472.

La indiscutible bondad de este análisis jurisprudencial contrasta con la inseguridad jurídica creada con su variabilidad, originada –entre otras- por la liberación inconsciente de nuestro juez hacia los precedentes, la desafortunada redacción de la ley y por el volumen agobiante de decisiones que fácilmente entran en contradicción, incluso a pesar del importante esfuerzo de armonización que intentó crear el Acuerdo 55 de 2003 del Consejo de Estado.

Con la humildad que reclama este complejo tema, se presentan los siguientes comentarios orientados a contribuir en la lucha por la coherencia de nuestro sistema jurídico.

2. EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA

La sentencia que ahora se comenta, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 5 de octubre de 2005, dentro del expediente 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, altamente debatida al interior de la Sección como lo muestran sus dos salvamentos de voto, enfrentó como problema jurídico principal la posibilidad de discutir en el ejercicio de una acción popular la anulación de un contrato estatal y su acta de liquidación; debate éste que no era nuevo para nuestro supremo tribunal contencioso y que –a diferencia del control de legalidad de los actos administrativos en la acción popular-, ha dado como resultado varias decisiones anulatorias.

En el presente caso, se resolvió amparar los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, vulnerados con el acta de liquidación del contrato No. 038 de 2 de octubre de 1999, suscrita el 2 de octubre de 2000, por Lucas Segundo Gnecco Cerchar, entonces Gobernador del Departamento del Cesar, y Amadeo Tamayo Morón, luego de estimar que el acta de liquidación fue celebrada con desviación de poder, para lo cual se ordenó su suspensión.

Dicha acta de liquidación recogió una serie de acuerdos y compromisos ejecutados por un abogado a favor del Departamento del Cesar, anteriores a la existencia del contrato de prestación de servicios y que le hubieran representado al Departamento como contraprestación por sus servicios el pago de un multimillonario y desproporcionado honorario.

Para facilitar la comprensión de este comentario jurisprudencial –y sin perjuicio del esfuerzo del lector a quien se le recomienda la íntegra lectura de la sentencia- hemos agrupado en tres grandes temas las que consideramos son las conclusiones más importantes de la providencia y que sintetizamos así: (2.1) la naturaleza de la acción popular, (2.2) el derecho colectivo de la moralidad administrativa (2.3) la existencia y legalidad de los contratos estatales.

(2.1) Naturaleza de la acción popular

(i) La acción popular es una acción principal y autónoma. (ii) El juez popular evaluará la existencia o no de violación del derecho colectivo invocado, al tiempo que habrá de determinar la medida procedente por adoptar, toda vez que la violación del mismo no está necesariamente determinada por la ilegalidad del contrato. (iii) Es posible vulnerar los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa con la celebración de contratos estatales, en los dos eventos consignados en la Ley 472 (sobrecostos e irregularidades provenientes de la contratación). (iv) Corresponderá al juez, en cada caso concreto, definir si se configura o no esa trasgresión, para lo cual podrá examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta, incluso oficiosamente. (v) El juez popular evaluará con suma atención la procedencia de la medida anulatoria que al mismo tiempo permita la protección del derecho colectivo vulnerado, sin atentar contra la seguridad jurídica, pilar básico de todo Estado de Derecho. (vi) La acción popular no pretende sustituir las acciones ordinarias, sino la defensa de un derecho o interés colectivo dentro del marco de un conflicto en interés general.

(2.2) El derecho colectivo de la moralidad administrativa

(i) Definir normativamente la moralidad administrativa es un cometido complejo que podría lesionar el pluralismo consignado como una de las características distintivas de nuestro Estado Social de Derecho (art. 1 C.P.). (ii) La moralidad administrativa tiene una textura abierta que llama al juez en el caso concreto a configurarla, pero no de forma subjetiva, sino atendiendo a la finalidad legal que ha de orientar la acción u omisión de la autoridad pública o del particular que haya violado o amenace violar dicho derecho. (iii) Se ha entendido como contraria a la moralidad administrativa toda actuación no coherente con el interés de la colectividad y, en particular, con los fines que persiguen las facultades asignadas al funcionario que las ejerce.

(2.3) Contratos estatales

(i) El contrato estatal es solemne o formal y no consensual. Su perfeccionamiento sólo tiene lugar mediante el lleno de la forma escrita prevista por la ley 80 y el registro presupuestal ordenado por las normas orgánicas de presupuesto. (ii) La inobservancia de esas solemnidades especiales “*impide el nacimiento de cualquier efecto contractual*”, y por lo mismo carece de relevancia jurídica al quedar por fuera del derecho. (iii) La regla allí contenida se predica sin excepción respecto de todo tipo de contrato, incluso de aquellos en los que su valor podría en principio resultar indeterminado al momento de su suscripción (vgr. Cuota litis) dada la naturaleza de la obligación adquirida, toda vez que las partes en estos eventos tendrían la carga adicional de estimar el valor de la cuantía en orden a cumplir con dicho precepto. (iv) El acta de liquidación del contrato no será el documento idóneo para involucrar obligaciones que no tengan por fuente dicho contrato. (v) Al juez de esta acción popular le corresponde examinar el contrato en cuestión, a la luz del régimen jurídico aplicable y el acervo probatorio obrante en el expediente, para establecer si se presenta de manera evidente una nulidad de carácter absoluto que invalide el contrato y que sea en consecuencia declarada oficiosamente, siempre y cuando la misma comporte vulneración a un derecho colectivo y el asunto no haya sido sometido a estudio de la jurisdicción competente.

3. COMENTARIO

Las jurisprudencias extensas en su texto corren el riesgo de perder su coherencia interna. Tal parece ser el caso con la que ahora se comenta. De poco sirvieron las numerosas páginas de la providencia para sostener la autonomía de la acción popular, si al decidir de fondo supeditó su alcance, por razón de la existencia de una acción contractual sobre la misma materia. Si pudiera resumirse el resultado de esta decisión: la acción popular es principal, pero también subsidiaria cuando existe otra acción “ordinaria” que se refiera al mismo asunto tratado en la popular.

La autonomía de la acción popular como herramienta procesal se justifica no sólo desde el procedimiento –ninguna norma le otorga carácter subsidiario-, sino desde la naturaleza misma de los derechos que se pretenden proteger. Los derechos colectivos como categoría jurídica autónoma, tienen asignada constitucionalmente una acción especial, en consecuencia, es allí en donde se deben tomar todas las medidas que la Ley 472 le faculta al juez para su efectiva tutela, sin condicionamiento alguno –distinto a la Constitución y la ley-.

La probada ilegalidad del acta de liquidación, que causalmente afectaba derechos colectivos, debió ser razón suficiente para el juez para anularla, tanto porque tal fue la petición hecha por el actor popular, como porque se daban las condiciones para el decreto de su nulidad oficiosa (ilegalidad manifiesta y citación de las partes del contrato).

Lo único que hizo la declaración de suspensión fue dilatar la efectividad de la acción popular y si se quiere, dejar el acta de liquidación en una condición jurídica indefinida a la que no se supeditó el resultado de la acción contractual. Como bien se alertó en el salvamento de voto del doctor Alier Hernández, el riesgo de que en la acción contractual no se anule el contrato crearía un estado de cosas nefasto, totalmente contrario a la defensa de los derechos colectivos.

En pocas palabras, si está probada la ilegalidad del acta de liquidación o del contrato; las partes del mismo participaron en el proceso y dicha ilegalidad es causa adecuada de la violación o amenaza a los derechos colectivos, el juez está plenamente facultado por el ordenamiento para anular el acta o contrato, incluso si existe una acción contractual en la que se ha formulado también una pretensión anulatoria. ¡No debe olvidarse que en las acciones ordinarias (nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, contractual), el bien jurídico protegido es distinto!, por lo que tampoco parece válido sostener que la acción popular no pretende sustituir las acciones ordinarias, sino la defensa de un derecho o interés colectivo dentro del marco de un conflicto en interés general. No es un problema de sustitución sino de especialidad del bien tutelado.

Respecto de la moralidad administrativa, la sentencia comentada tampoco parece tener la fuerza suficiente para convertirse en un precedente sólido. La indefinición normativa del derecho colectivo de la moralidad administrativa en la Ley 472 no la convierte en un concepto jurídico indeterminado, como lo sostiene el Consejo.

La propia Ley 472 orienta al juez sobre cómo interpretar los derechos colectivos. En efecto, la Ley 472 adoptó lo que se conoce como el criterio normativo para definir los intereses colectivos, en tal sentido, intereses colectivos son aquellos que han sido tipificados como tal por la Constitución, la ley o los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia (art. 88 de la C.N. y art. 4º de la L. 472). Esta solución salva en apariencia los problemas que se presentan en otros ordenamientos jurídicos, donde la construcción de estos intereses es más

difícil, pues su existencia se deduce a partir de situaciones de hecho no descritas en norma alguna.

Por su parte, el artículo 7º de la Ley 472 estableció que los derechos colectivos se “observarán y aplicarán de acuerdo a como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia”, es decir, el criterio normativo vendría a cumplir una doble función: a) Califica o tipifica el derecho colectivo, y b) regula su contenido y ejercicio.

Estas dos características deberían servir para delimitar el ámbito de protección del derecho colectivo de la moralidad administrativa así como la responsabilidad predicable del sujeto que vulnere ese ámbito de protección, tal y como acaece con los derechos subjetivos. La normativización del contenido del derecho colectivo presupone, entonces, que los juicios de responsabilidad por violación de tales derechos se tornen normalmente en juicios típicos de legalidad, a los cuales el juez no puede escapar haciendo juicios de conveniencia.

Así las cosas, sea por la ilegalidad manifiesta del acuerdo o por la desviación de poder con la que se celebró, ambas hipótesis son controles de legalidad según los términos de ley y, por tanto, dentro del criterio normativo del derecho colectivo que deben permitir su anulación en la acción popular.

Finalmente, este comentario comparte la preocupación del salvamento de voto de la Doctora María Elena Giraldo según el cual no se podía desconocer la jurisprudencia adoptada en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en materia de acciones populares y la competencia del juez de la acción popular, para declarar la nulidad por objeto ilícito de un negocio jurídico y ordenar las restituciones correspondientes, ante la vulneración de los derechos colectivos, porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97,6 del CCA le corresponde a las Secciones remitir a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo los procesos en asuntos en los cuales se proyecta “*cambiar o reformar la jurisprudencia de la Corporación*”. En particular, en ésta se modificó lo dicho en la sentencia de 9 de diciembre de 2003 de la Sala Plena AP (IJ 1204). Sea pues el lector juez de este comentario y de la jurisprudencia que ahora se presenta.

**CONSEJO DE ESTADO.
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
-SECCIÓN TERCERA-**

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá D.C., 5 de octubre de dos mil cinco (2.005)

Actor: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Demandado: AMADEO TAMAYO MORÓN
Radicación: 20001-23-31-000-2001 (AP - 01588-01)

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, de fecha quince (15) de octubre de dos mil tres (2003), mediante la cual se ampararon los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, vulnerados en el acta de liquidación del contrato número 038 del 2 de octubre de 1999, suscrita entre el departamento del Cesar y el contratista Amadeo Tamayo Morón, en consecuencia, se ordenó que los pagos al contratista se sujetaran a lo expuesto en la parte motiva de dicha sentencia. La providencia impugnada, igualmente, fijó un incentivo de diez (10) salarios mínimos legales mensuales a favor del Fondo de Defensa de Intereses Colectivos (fl. 781 a 782).

707

I. ANTECEDENTES

La Demanda.

La PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN en ejercicio de la Acción Popular, actuando a través del Procurador Judicial II Agrario de Valledupar, presentó el 11 de diciembre de 2001 demanda en contra de AMADEO TAMAYO MORÓN.

Como **pretensiones** de la demanda se resaltan las siguientes:

1. Rescindir el contrato de prestación de servicios No. 38 de 1999 celebrado entre Amadeo Tamayo Morón y el Departamento del Cesar;

2. Declarar sin efecto la liquidación del mismo contrato;
3. Disponer que el Departamento no está obligado a pagar las sumas de dinero acordadas con el demandado;
4. Determinar el valor que justiprecialmente corresponda al abogado demandado por concepto de honorarios por las gestiones adelantadas en nombre del Departamento. (fl. 11 c. 1).

Como fundamento de las anteriores pretensiones, la parte actora formuló los **hechos** que a continuación se reseñan:

1. Previo un estudio de conveniencia, el 8 de abril de 1999 se suscribió el contrato No. 038 de 1999 denominado de asesoría, consultoría y gestión entre el entonces gobernador del Cesar Lucas Segundo Gnecco Cerchar y Amadeo Tama-yo Morón, cuyo objeto consistió en:

“EL CONTRATISTA, se compromete para con el Departamento a realizar todas las actividades necesarias de asesoría y gestión profesional, así como los estudios jurídicos y técnicos, informes y similares que se requieran para obtener las indemnizaciones o compensaciones por el no cumplimiento del Gobierno Nacional, a lo dispuesto en los artículos 23 y 40 de las Leyes 226 de 1995 y 344 de 1996, respectivamente en el proceso de privatización del sector eléctrico en la Costa Atlántica y a realizar todas las acciones que haya lugar para el reconocimiento de los derechos del Departamento dentro del proceso liquidatorio de ELECTROCE-SAR S.A. E.S.P. El desarrollo del objeto de este contrato realizará las siguientes labores: 1.1: Revisión y evaluación de la documentación existente para sustentar las reclamaciones y configurar la existencia de los derechos. 1.2: Hacer los trámites de agotamiento de la vía gubernativa. 1.3: Apoderamiento, gestión y trámite de las gestiones judiciales encaminadas a obtener las indemnizaciones o compensaciones respectivas y la efectividad de los derechos constitucionales y legales que le correspondan al Ente Territorial. 1.4: Como consecuencia de los anteriores, adelantar idénticas actividades y gestiones sobre derechos que se vayan generando y que puedan ser reivindicados a favor del Departamento del Cesar.”

El contrato dispuso que un término mínimo de duración de tres meses y que se extendería por el tiempo de duración del trámite de las actividades previstas en su objeto. El valor de los honorarios se pactó en un 16% del valor nominal de las acciones que *“por gestión comprobada del contratista, incremente el porcentaje del Departamento del Cesar”*, un porcentaje igual sobre el valor de los créditos o derechos que el contratista hiciere reconocer a favor del Departamento y un porcentaje idéntico sobre el valor de la indemnización o compensación previstas

en las leyes 226 y 344. En la cláusula decimonovena se previó que el acuerdo se entendía perfeccionado con la firma de las partes y que su ejecución sólo podía iniciarse una vez se aprobaran las garantías allí previstas.

2. El 9 de abril de 1999 las partes contratantes celebraron el contrato aclaratorio No. 1, por medio del cual se modificó el valor fiscal del contrato 038 de 1999, que en su cláusula 10ª establecía por error la suma de \$10'000.000 corrigiéndose por el valor de \$20'000.000.

3. El Departamento del Cesar, a título de anticipo y antes de entrar en ejecución el contrato, efectuó un pago de \$10.000.000 a favor del contratista.

4. El 13 de junio de 2000, las partes suscribieron el contrato aclaratorio No. 2 mediante el cual adicionaron un parágrafo a la cláusula 3ª, así:

“PARÁGRAFO: En todo caso el valor de los honorarios pactados no serán acumulativos, SINO SIEMPRE Y EXCLUSIVAMENTE, DE UN DIECISÉIS (16%), ya que como consecuencia de la gestión del contratista, se reconozcan a favor del Departamento del Cesar, Acciones (valor nominal), créditos o derechos, indemnizaciones o compensaciones. Se consideran vigentes las demás cláusulas del contrato No. 038-99, que no contradigan lo aquí pactado”. (fl. 7 c. 1)

5. El 2 de octubre de 2000, las partes contratantes suscribieron el acta de liquidación del contrato No. 038-99, donde se señaló que como consecuencia de la gestión del contratista se reconocieron al Departamento del Cesar los siguientes derechos:

5.1 Por concepto de estampillas Pro-electrificación Rural la suma de \$134'878.141, 63.

5.2 Por obras del programa Plan de Inversiones Prioritarias de la Costa Atlántica - PLANIEP, la suma de \$11.974' 783.523,20.

5.3 Por otras inversiones eléctricas (DRI, PRO ESTAMPILLA, CNR y RECURSOS PROPIOS) la suma de \$11.841'963.870.

Para un total de \$23.951'625.534,63. En el mismo documento, luego de afirmar que el contrato se encontraba debidamente ejecutado, las partes acordaron reducir los honorarios a un 10% de la suma reconocida a favor del Departamento, ascendiendo estos a la cantidad de \$2.385'162.553.

6. Las actuaciones del contratista se contrajeron a:

6.1 Presentar un memorial el 25 de marzo de 1999 al liquidador de ELECTRO-CESAR S.A., solicitando el registro de capitalización y la expedición de títulos accionarios a favor del Departamento del Cesar, representativos de los aportes efectuados mediante cofinanciación para ejecución de obras del Planiep por valor de \$11.974'783.523; obras de ensanche del sistema eléctrico entre 1995 y 1998 con recursos propios (\$6.000'000.000); obras ejecutadas con recursos del Fondo Nacional de Regalías y de fondos de cofinanciación; financiación de otras obras eléctricas con recursos de estampillas Pro-electrificación rural y reembolso de los dineros administrados por Electrocesar por concepto de la estampillas y devolución de las que reposaren en su sede.

6.2 Interponer un recurso de reposición contra la Resolución No. 038 de 1999 del liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P., para que se revocara el rechazo de la reclamación de la Gobernación del Cesar y se aceptara el crédito a su favor, el cual fue resuelto de forma negativa mediante la Resolución No. 076 de 1999.

6.3 Informes de actividades de fechas junio 30 y noviembre 22 de 1999.

6.4 Redactar carta dirigida al Ministerio de Hacienda el 13 de abril de 1999, pidiendo copia del concepto emitido por la División de Apoyo Fiscal del Ministerio.

6.5 Escribir carta de oposición a las reclamaciones de terceros el 19 de abril de 1999.

6.6 Elaborar carta de 1º de octubre de 1999 dirigida por el Gobernador al Superintendente de Servicios Públicos reclamando convocatoria de la asamblea general de accionistas de ELECTROCESAR S.A. E.S.P.

Las peticiones para obtener el pago de la liquidación fueron firmadas por el Gobernador del Cesar el 12 de abril de 2000 y dirigidas al liquidador de ELECTRO-CESAR S.A. E.S.P. para que contabilizara en los activos los valores correspondientes al DRI, PROESTAMPILLAS, CNR y RECURSOS PROPIOS, por \$11'841.963.870, la cual fue aceptada por Resolución No. 030 de 2000.

El actor resalta que las acciones emprendidas por Amadeo Tamayo Morón fueron efectuadas con anterioridad a la entrada en vigor del contrato No. 038 de 1999, esto es antes del 17 de noviembre de 1999, fecha de aprobación de la respectiva póliza (fls. 12 a 16 c. 1)

Se invocaron como **derechos colectivos vulnerados** los relativos a la **defensa del patrimonio público** y a la **moralidad administrativa**, al encontrar que la ges-

ción del contratista no guarda una adecuada proporción con la retribución acordada, al no tener en cuenta que para los abogados existen unas tarifas convenidas por los Colegios de Abogados, que sirven para establecer un patrón de medida en un caso particular, al contratar un abogado -sin experiencia ni formación especializada en el campo contratado- para adelantar unas gestiones que podían ser desplegadas por los empleados de planta, como en efecto sucedió y , por fin, al advertirse que el Departamento no obtuvo ningún beneficio derivado de la actuación del contratista.

En el mismo escrito se solicitó que se llamara como litis consorte necesario por activa al Departamento del Cesar, representado por el Gobernador.

Asimismo advirtió que si bien la Procuraduría había presentado antes una demanda de nulidad contra el contrato, no se configura pleito pendiente, por tratarse de acciones con objeto y procedimiento distintos.

La demanda fue admitida por auto del 11 de diciembre de 2001 y allí se dispuso notificar a Amadeo Tamayo Morón y al Gobernador del Departamento del Cesar (fls. 26 a 27 c. 1)

2. Contestación de la demanda.

Amadeo Tamayo Morón, mediante escrito presentado el 21 de enero de 2002, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y observó que es un imposible jurídico pretender que se rescinda o termine el contrato 038 de 1999 pues fue terminado y liquidado de mutuo acuerdo, según las normas que gobiernan la materia y de acuerdo con la jurisprudencia la liquidación le pone término a la vinculación de las partes.

Aseveró que frente a los hechos de la demanda se atenía al texto del contrato, sus modificaciones y el acta de liquidación.

Indicó que las gestiones y actuaciones realizadas en cumplimiento del contrato van más allá de las señaladas en la demanda popular y que *“[s]e trató de un trabajo complejo que implicó estudios profundos y redacción de documentos para la firma de las autoridades correspondientes, tal y como se desprende de los múltiples anexos con que se acompañan la cuenta e informes correspondientes”*. (fl. 38 c. 1)

Adujo que él elaboró la petición del entonces Gobernador del Cesar al Liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P. Agregó que el actor popular parece desconocer que la abogacía no sólo se ejerce a través del derecho de postulación, cuando

la ley y la jurisprudencia indican que la profesión de abogado no sólo involucra el litigio sino también la asesoría y la asistencia legal, entre otros.

Añadió que si bien la aprobación de la póliza fue hecha el 17 de noviembre de 1999, ésta amparaba con efecto retroactivo los riesgos comprendidos desde el 8 de abril de 1999 hasta el 8 de abril de 2000; luego, las gestiones realizadas con anterioridad a la aprobación quedaron amparadas por ella. Además, esta omisión no genera inexistencia ni nulidad absoluta del contrato, toda vez que en virtud del artículo 41 de la ley 80 de 1993 el contrato estatal se perfecciona con el acuerdo sobre el objeto y éste se eleva a escrito. A lo sumo generaría una nulidad relativa, la cual fue saneada con la aprobación de la póliza.

Propuso la *excepción de “inexistencia de intereses amenazados”*, la cual fundamenta en que la discusión sobre los honorarios está supeditada a la decisión del que profiera el juez natural del contrato al resolver la acción contractual interpuesta por el mismo Ministerio Público. Por lo demás, el Ministerio Público ordenó suspender de manera inmediata e indefinida cualquier pago correspondiente al acta de liquidación del contrato. Bajo esta perspectiva no era procedente iniciar *“una acción residual y especial”* como la establecida en la ley 472.

Se opuso también mediante la *excepción de “pleito pendiente entre las partes”*, puesto que la acción popular y la contractual son excluyentes en tanto persiguen fines diversos, debiéndose adecuar la acción a la que corresponda.

Interpuso igualmente la *excepción de “inexistencia de las causales invocadas”*, en relación con la moral administrativa, pues se ‘reivindicó’ para el Departamento del Cesar la suma de \$23.951’625.534,63 producto de actividades realizadas por un contratista calificado y con amplia experiencia profesional acompañado por un grupo interdisciplinario, las cuales no se hubiesen podido llevar a cabo por el personal de planta de la Gobernación debido a su falta de experiencia y conocimiento especializado en este tema. Además como la propuesta fue estructurada a iniciativa del contratista el Gobernador no podría trasladar esa tarea a uno de los abogados de planta *“puesto que ello tipificaría un aprovechamiento ilegal de mi derecho (sic) de autor, de mi derecho al trabajo y generaría un enriquecimiento sin causa a favor del Departamento”*.

En relación con la lesión al patrimonio público, manifestó que solo le ha sido pagada la suma de \$10’000.000 por gastos del contrato, y en cuanto a la cuantía de los honorarios, ésta debería ser fijada por el juez contencioso administrativo que conozca de la acción contractual, pues la complejidad de su gestión no

permite establecerlos por las tarifas de los Colegios de Abogados. Además, no resulta aplicable la ley 598 de julio 28 de 2000, por la cual se crea el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal-SIC, en razón a que no estaba vigente al momento de la celebración del contrato (ley 153 de 1887, arts. 38 y 39).

Frente a la solicitud de la actora de llamar como litisconsorte necesario por activa al Departamento del Cesar, señaló que no es al actor a quien corresponde calificar el carácter en que debe actuar un sujeto procesal, ello le compete al juez. (fls. 37 a 61 c. 1).

3. Admisión de la demanda.

Por auto de 11 de diciembre de 2001 el Tribunal Administrativo del Cesar admitió la acción popular interpuesta y ordenó la notificación personal de la admisión de la misma al demandado y al Gobernador del Departamento del Cesar, así mismo ordenó correr traslado por el término de 10 días para que contestaran la demanda (fls. 26 a 27 c. 1.).

4. Suspensión del trámite de pago del Acta de liquidación del contrato

Mediante comunicación 1374 de 9 de octubre de 2001 el Procurador General de la Nación solicitó al Gobernador del Departamento del Cesar la suspensión del trámite de pago del acta de liquidación del contrato No. 038 de 1999, con base en lo dispuesto en el numeral 37 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000. A juicio del Ministerio Público el contrato se encuentra viciado de nulidad, y por lo mismo se ejerció la acción de controversias contractuales (art. 87 C.C.A.). Los motivos de nulidad que invocó el Procurador son los siguientes:

4.1 Haber incurrido en la causal consagrada en el numeral segundo del artículo 44 de la ley 80, en cuanto no se llevó a cabo el procedimiento de selección del contratista;

4.2 Desatender normas legales de orden público (art. 1502 C.C. y art. 44 núm. 2 Ley 80 de 1993), al desconocer las directrices de austeridad contempladas en los Decretos 1737 de 1998 y 2209 de octubre de 1998, que establecen la imposibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios cuando existiera personal de planta de la entidad que pudiera llevar a cabo las labores correspondientes, y la propia política departamental de austeridad en el gasto público

(Decreto Departamental 766 de 11 de noviembre de 1998. Esta situación también comporta mediar causa ilícita en el contrato (núm. 4 1502 CC).

Para el Ministerio Público el acta de liquidación también está viciada de nulidad por falsa motivación, carencia de causa y de objeto. Los derechos señalados como razones de pago fueron obtenidos con anterioridad a la firma del contrato; no aparece constancia de que haya mediado reconocimiento alguno a favor del Departamento por la gestión del contratista, por el contrario, las peticiones elevadas por el contratista fueron negadas por el liquidador; otras sumas no fueron obtenidas por el contratista sino por gestión directa del Gobernador. De modo que “la motivación incorporada como origen contractual del pago a favor del contratista es ajena a la realidad de los hechos”. Además, agrega el Procurador, las acciones emprendidas por el contratista fueron efectuadas con anterioridad a la entrada en vigor del contrato, esto es, antes del 17 de noviembre de 1999, *“por fuera del marco contractual, en forma previa a la ejecución del contrato”*

Concluye el escrito del Ministerio Público destacando que según el artículo 1525 del C.C. no procederían las restituciones mutuas por mediar objeto y causa ilícitos en este negocio jurídico (fl. 80 a 91 c. 1).

Mediante Resolución 000410 de 20 de febrero de 2002 el Gobernador del Departamento del Cesar (E) dio cumplimiento estricto a lo ordenado por el Procurador General de la Nación en la comunicación antes citada y suspendió *“de manera inmediata e indefinida el trámite de pago de los honorarios pactados y conciliados en el Acta de liquidación bilateral, de fecha 2 de octubre de 2000, suscrita entre el Gobernador de la época y el Doctor Amadeo Tamayo Morón, en relación con el contrato 038 de 1999”* (fl. 267 a 268 c. 2 y 305 a 306 c. 2).

5. Reforma de la demanda

Por memorial de 5 de febrero de 2002 el actor presentó escrito en el cual señaló que los Gobernadores de la Costa Atlántica, el Viceministro de Minas, el Presidente de la Comisión Nacional de Regalías, el Director de la Financiera Eléctrica Nacional y el Director del Programa PLANIEP de CORELCA en reunión de 10 de febrero de 1999 acordaron reconocer a favor del Departamento del Cesar, once mil novecientos setenta y cuatro millones setecientos ochenta y tres mil quinientos veintitrés pesos *“por concepto de participación en la Electrificadora del César (sic) por recursos correspondiente (sic) a Inversiones del programa Planiep”*. Este acuerdo de voluntades se protocolizó por escritura pública 841 de 21 de mayo de 1999 de la

Notaría Segunda de Valledupar. De modo que la cantidad fue reconocida antes de suscribirse el contrato y muchísimo tiempo antes de la aprobación de las garantías que permitió su ejecución.

Agregó que el demandado cumplió las gestiones que le sirven de fuente para reclamar el pago antes de la suscripción del contrato. Si los contratos estatales son solemnes, mientras no se formalicen en un documento no existen, *“de tal manera que las diligencias cumplidas con anterioridad a la celebración del mismo, no son contractuales, no tienen su fuente en el contrato sino fuera de él, y no pueden ser esgrimidas para justificar pagos con fundamento en el negocio”*. Indicó que el contrato sólo se puede ejecutar después de la aprobación de las garantías, de tal manera que las diligencias cumplidas antes de esta aprobación no son fuente para reclamar el pago del contrato. Se trata, entonces, de un caso típico de apoderamiento sin que existiera contrato alguno y no de mandato, como parece confundirlo el demandado (fls. 206 a 209 c. 1).

Este escrito fue rechazado por extemporáneo mediante auto de 12 de febrero de 2002 (fl. 215 a 217 c.1), el cual fue repuesto por el Tribunal por auto de 1 de marzo de 2002 al advertir que no existe norma en la parte general del C.C.A. que regule la corrección de la demanda dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 89 del C. de P. C. (fl. 256 a 269 c. 1).

El 3 de abril de 2002 Amadeo Tamayo Morón dio contestación al escrito de reforma de la demanda y aseguró que la reunión de los Gobernadores de la Costa Atlántica, el Viceministro de Energía, el Presidente de la Comisión Nacional de Regalías, el Director de la Financiera Eléctrica Nacional y el Director del Programa Planiep en donde se acordó reconocer a favor del Departamento del Cesar la suma de once mil novecientos setenta y cuatro millones setecientos ochenta y tres mil quinientos veintitrés pesos *“constituye un mero acto si se quiere de buenas intenciones(sic) puesto que todos los funcionarios anteriores carecen de competencia absoluta para decidir tal determinación...es exclusivamente el liquidador la autoridad que puede reconocer o desconocer tal derecho en un proceso como el que nos ocupa...Esta Acta perfectamente pudo inclusive ser pasible de acción de nulidad ante la Jurisdicción Contenciosa”* (fl. 277 a 279 c. 2).

6. Impedimento del Gobernador

El Gobernador del Cesar planteó un impedimento para representar al Departamento en este proceso, en razón a que el demandado es su apoderado especial

en un proceso electoral y solicitó se oficie al Presidente de la República para que designe un Gobernador Ad-hoc (fl. 226 c. 1). El A Quo aceptó este impedimento y la solicitud mediante auto de 15 de febrero de 2002 (fl. 235 a 237 c. 1), el cual fue confirmado por auto de 1 de marzo de 2002 (fl. 256 a 269 c. 1).

El Gobierno Nacional mediante Decreto 263 de 2002 nombró al Secretario de Gobierno del Departamento como Gobernador Ad hoc para que represente al Cesar en este proceso de acción popular (fl. 280 a 281 reverso c. 2 y 449 a 450 c. 2).

7. Pacto de cumplimiento

Con asistencia de las partes, y en presencia de representantes del Ministerio Público, se llevó a cabo la audiencia especial de Pacto de Cumplimiento el día 20 de febrero de 2002. La diligencia fue suspendida por la ausencia del representante legal del Departamento del Cesar, hasta tanto el Presidente de la República nombre un Gobernador *ad hoc* para que intervenga en esta diligencia y en este proceso (fl. 244 a 250 c. 1).

La audiencia se continuó el 2 de mayo de 2002, con la asistencia de las partes, la Contraloría Departamental, la Defensoría del Pueblo y la Procuradora y fue declarada fallida, ante la imposibilidad de llegar a un pacto de cumplimiento (fl. 296 a 300 c. 2).

8. Alegatos de conclusión

El A Quo abrió a pruebas el juicio el día 6 de mayo siguiente y después corrió traslado para alegar de conclusión, el 8 de mayo de 2003 (fls. 302 y 701 c.2).

La parte demandada reiteró el contenido de su contestación. Añadió que se practicaron varios informes de cinco peritos “*con miras a establecer la realidad económica del contrato*” los cuales fueron objetados por el actor por error grave. Ante lo cual el Tribunal designó dos nuevos peritos quienes guardaron silencio sobre el oficio de 12 de abril de 2000 dirigido por el demandado al Gobernador. El Tribunal, agregó, nombró a un nuevo perito ante la disparidad de cifras de los anteriores, éste se pronunció coincidiendo con el experticio emitido por los dos primeros “*y el actor después de haber dejado vencer su oportunidad procesal, para referirse al dictamen de los segundos peritos, y de no haber solicitado nada más en relación al primer peritasgo (sic), decide solicitar al Honorable Tribunal...que ordene una nueva situación que él no pidió en su momento*”. Indicó que es justo que se le pague al contratista máxime cuando éste “*en un gesto por demás plausible y admirable, se*

desprende del 6 por ciento del total ganado por su gestión, o sea dona al departamento la suma de \$ 1.431'097.531,80". (fls. 703 a 706 c. 2).

La Procuraduría General de la Nación, en su condición de actor popular, señaló que está demostrado dentro del juicio que el 10 de febrero de 1999 los Gobernadores de la Costa Atlántica, el Viceministro de Energía, el Presidente de la Comisión Nacional de Regalías, el Director de la Financiera Eléctrica Nacional, el Director del Programa Planiep acordaron reconocer al departamento del Cesar \$11.974.783.523.20 por concepto de participación en la Electrificadora del Cesar por recursos correspondientes a inversiones del programa Planiep. Hasta entonces se trataba de una empresa de propiedad del Estado que se liquidó “en desarrollo de las nuevas políticas consignadas en la ley 142”. Este compromiso político que tiene consecuencias jurídicas vinculaba al liquidador, pues son los propietarios de la participación quienes convienen con uno de los socios su cuota parte y el traslado de bienes representados en dinero dentro de la liquidación. Este acuerdo está contenido en la escritura pública de 21 de mayo de 1999 de la Notaría de Valledupar.

Agregó que luego de esta reunión, tal y como se acepta en la contestación de la demanda, el Gobernador y su secretario de Hacienda decidieron contratar un abogado que realizara estudios jurídicos especializados e interviniera en el proceso liquidatorio, sin que se señalara en el documento de justificación del contrato cómo se haría el proceso de selección, ni la forma de acreditar las condiciones profesionales que debía reunir el abogado *“aspirante a ganarse en este solo contrato más (sic) de siete mil millones de pesos, suma equivalente al 32% originalmente pactado”*.

Subrayó que el 8 de abril de 1999 el Gobernador celebró con el demandado el contrato 38 de 1999 que, de acuerdo a lo probado, *“la voluntad de las partes limita el pago a los valores reconocidos por la gestión del ciudadano apoderado, después del perfeccionamiento del contrato, contrato que se suscribió el día ocho de abril de 1999”*. Destacó que según la cláusula decimonovena del contrato su ejecución sólo podría iniciarse una vez se aprobaran las garantías, lo cual tuvo lugar el 17 de noviembre de 1999, como se acreditó dentro del proceso. Indicó que el anticipo se pagó, como aparece probado plenamente en los antecedentes administrativos, antes de dicha aprobación de la garantía.

Resaltó que está demostrado que el Gobernador del Departamento del Cesar y Amadeo Tamayo Morón acudieron a liquidar bilateralmente el contrato el 2 de octubre de 2000 y en el acta se incluyeron

“como valores obtenidos por la reclamación...las cantidades que el 10 de febrero de 1999, el gobierno nacional reconoció al departamento, en cuantía de once mil millones novecientos setenta y cuatro mil setecientos ochenta y tres pesos, cuando quiera que el contrato se firmó el ocho de abril de 1999, y se aprobaron las garantías en noviembre siguiente. Es mi interés resaltar que: el gobierno nacional reconoce esos dineros en febrero, el contrato con el demandado se firma en abril y el aparece cobrando por las gestiones para su reconocimiento en octubre el año siguiente”.

Añadió que no existe pleito pendiente en razón a que se ha interpuesto también la acción de nulidad contractual, toda vez que los bienes jurídicos que se buscan proteger son distintos.

Aclaró que la vinculación del Departamento como litis consorte necesario se solicitó por activa por tratarse del beneficiario directo de las pretensiones que se pretenden reducir o hacer desaparecer.

Respecto del dictamen pericial solicitado, señaló que “[l]os peritos designados haciendo clara muestra de su ignorancia concluyeron que ese era un problema de la autonomía de la voluntad, para significar que se podía pactar cualquier suma de dinero”, cuando el pacto arbitrario de honorarios sin tener en cuenta unos valores objetivos y justos se sanciona disciplinariamente (art. 54.1 Decreto 196 de 1971). Por esta razón fue objetado el dictamen pericial. En igual error incurrió el tercer perito designado frente a la diferencia insalvable del segundo.

Aseguró que no puede argüirse autonomía de la voluntad cuando median unos honorarios desproporcionados como los que se pretenden pagar con este contrato.

Afirmó que en este caso se omitió un proceso de selección del contratista, razón por la cual la Procuraduría sancionó al Gobernador y a sus asesores en decisión definitiva de primera instancia:

“La selección de Amadeo Tamayo se hizo a dedo, sin confrontar sus conocimientos en la materia, sin acreditar sus particulares condiciones profesionales, sin confrontarlas con los demás abogados de la plaza...”

El demandado fungió de apoderado sin mandato, tal y como lo reconoció en la contestación de la demanda, de modo que

“los servicios profesionales prestados sin contrato de mandato no pueden incluirse dentro de la liquidación de éste. La liquidación que se hace del contrato en este caso, no puede servir para encubrir la solución de una irregularidad: la

circunstancia que Tamayo se apresurar (sic) a gestionar antes de suscribir el correspondiente contrato....La pregunta es: ¿Si algo se debía por una gestión útil al Departamento, por qué no acudir a una transacción?, ¿por qué no acudir a una conciliación prejudicial? ¿Por qué no acudir a un proceso de responsabilidad extracontractual?"

Añadió que las normas sobre aprobación de la garantía en tanto que son normas de derecho público, su trasgresión genera nulidad absoluta, de suerte que todas las actuaciones surtidas antes se hicieron con desconocimiento de la ley, no pueden invocarse como ejecución del contrato y "*mal podrían incluirse en el proceso de liquidación bilateral*" (fl. 707 a 722 c. 2).

9. Decisión apelada

El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante sentencia de 15 de octubre de 2003, decidió amparar los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, vulnerados en el acta de liquidación del contrato No. 038 de 2 de octubre de 1999, suscrita entre el departamento del Cesar y el contratista Amadeo Tamayo Morón. En consecuencia, declaró sin efectos el acta de liquidación, ordenó que los pagos se sujetarían a lo dispuesto en la parte motiva de la providencia, negó las demás pretensiones, fijó un incentivo a favor del Fondo de Defensa de Intereses Colectivos y a cargo del demandado por valor de 10 salarios mínimos y ordenó integrar un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia.

Consideró que si bien la acción popular se dirigió contra una persona natural, por tratarse de un contrato estatal, en el cual interviene una entidad pública, es competente la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer del proceso al tenor del artículo 15 de la Ley 472 de 1999.

Estimó que no está llamada a prosperar la excepción de pleito pendiente, debido a que según el núm. 10º art. 97 C. P. C., esta excepción procede cuando existe otro proceso entre las mismas partes y sobre el mismo asunto y, el demandado no probó lo anterior, pues no aportó copia de la demanda del otro proceso para determinar si las partes, pretensiones y hechos coincidían. Además, según la jurisprudencia del Consejo de Estado la acción popular procede así existan otros medios de defensa, pues su finalidad es la de proteger los derechos o intereses colectivos.

Indicó que frente a las otras dos excepciones, “inexistencia de las causales invocadas” e “inexistencia de intereses colectivos amenazados”, por tratarse de asuntos sobre los que versa el proceso, al final de las consideraciones se determina lo relativo a su prosperidad.

Manifestó que el escrito dirigido por el contratista el día 25 de marzo de 1999 al liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P. no fue en cumplimiento del contrato No. 038 de 1999, por cuanto se realizó cuando el contrato no había sido suscrito. De consiguiente, el reconocimiento que hiciera el liquidador en la Resolución 038 de junio 8 de 1999, luego de negar la mayoría de reclamaciones del contratista, sobre los dineros de estampilla pro electrificación rural no pueden tenerse en cuenta como obtenidos en desarrollo del objeto del contrato, pues fue una actuación realizada antes de la firma del mismo.

Señaló que el reconocimiento de las inversiones que corresponden al Departamento del Cesar por obras realizadas con recursos del PLANIEP, no fue producto de la actuación del contratista, ya que la petición fue hecha antes de la suscripción del contrato y, fue negada posteriormente tanto en la resolución inicial, como en la que resolvió la reposición. Además, estos recursos ya habían sido reconocidos inicialmente en la reunión de Gobernadores de la Costa Atlántica del 10 de febrero de 1999, elevada a escritura pública No. 841 de 21 de mayo de 1999, de la Notaría Segunda de Valledupar, sin que aparezca probada actuación alguna del contratista.

En cuanto a otras inversiones del Departamento (distintas del PLANIEP), con dineros provenientes del Fondo Nacional de Regalías, del Fondo DRI, de recursos propios y de recursos de estampillas pro-electrificación rural; el contratista por intermedio del Gobernador Departamental, envió un escrito al liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P. el 12 de abril de 2000, solicitando proceder a la contabilización en sus activos, de los bienes que el Departamento del Cesar le entregó a la electrificadora, por los valores reajustados que se determinaron en un anexo a dicho escrito. Mediante Resolución 030 de 21 de junio de 2000, el liquidador de ELECTROCESAR ordenó la contabilización de unas obras realizadas como aporte en especie por el Departamento del Cesar a ELECTROCESAR S.A. E.S.P. (DRI \$4.475'720.860; Pro-estampillas \$1.617'263.635; CNR \$3.210'174.894; Recursos Propios \$2.538'804.481), para un total de \$11.841'963.870, contabilizado como pasivo interno a favor del Departamento del Cesar, que quedará contabilizado en la cuenta de depósito para futuras suscripción de acciones por igual valor.

Estimó que la indexación de este valor con base en lo dispuesto por el art. 68 del Decreto 2649 de 1993, art. 4º núm. 8º de la Ley 80 de 1993 y el art. 1º del Decreto 679 de 1994, no es viable, puesto que el inversionista o accionista de una empresa tiene derecho a los dividendos o ganancias obtenidas por la empresa en un periodo determinado, en ejercicio de una actividad industrial o comercial. Además, algunas de las normas citadas se refieren a indexación en materia de contratos estatales y no a inversiones en empresas, por lo que no resultaban aplicables al caso, de modo que la suma recuperada solo asciende a \$6.994'289.932.

Adicionalmente, sobre este último valor tampoco pueden liquidarse los honorarios del contratista, porque para ello se requiere primero que esa inversión sea convertida en acciones y luego del proceso liquidatorio de ELECTROCESAR S.A. E.S.P. se determine el valor a favor del Departamento del Cesar. La conversión de ese valor en acciones, al final del proceso liquidatorio de la empresa no va a ser el mismo, ya que tendrán que pagarse primero los pasivos externos, con prelación de créditos al tenor de lo dispuesto en la Resolución 038 de 1999, que estableció la masa de la liquidación, para finalmente cancelar con el dinero que quede las acciones de los socios.

El objeto del contrato señala que el contratista se compromete a realizar todas las acciones a que haya lugar para el reconocimiento de derechos del departamento dentro del proceso liquidatorio, actuación que no puede dejarse “a mitad de camino”, sólo luego de hacerse efectivas esas acciones se liquidarán los honorarios del contratista, para que el reconocimiento de derechos a favor del departamento sea real y no teórico.

Aclaró que si bien la solicitud de reconocimiento de otras inversiones fue firmada por el Gobernador, esta fue elaborada por el contratista y presentada con posterioridad a la aprobación de las garantías.

Decretada dentro del proceso la práctica de una prueba pericial en razón a que la parte actora consideró que los valores fijados como honorarios para el contratista en el acta de liquidación eran excesivos, los peritos consideraron que se le debía reconocer al contratista la totalidad de los honorarios fijados en el acta de liquidación del contrato, por primar la autonomía de la voluntad de las partes. Ante la objeción del dictamen por la parte demandante se nombraron otros peritos, uno de los cuales dictaminó como correcto un 10% y el otro un 5% de lo reconocido a favor del Departamento del Cesar, proveniente de las actividades por él realizadas.

Consideró el Tribunal Administrativo del Cesar que este último porcentaje era el que debía ser aceptado, ya que la labor realizada por el contratista se limitó a obtener una información mediante una petición elevada ante el Superintendente de Servicios Públicos, quien a su vez solicitó a los directores de las entidades que manejan esos recursos un informe sobre las obras realizadas en el Departamento del Cesar para electrificación. De esta manera, según el A Quo, el contratista obtuvo la información

“sin que él realizara estudio alguno para establecer las obras que habían realizado esas entidades, solamente su actuación se limitó a actualizar los valores de esos informes, y hacer la petición al liquidador por intermedio del Gobernador... en donde solicita se contabilicen unos activos y no el reconocimiento a favor del Departamento de un pasivo interno para futura suscripción de acciones, esto último se hizo oficiosamente por parte del liquidador en la Resolución 030 de 2000, artículo segundo de la parte resolutive”.

Arguyó que en el fondo no hubo dictamen pericial, pues no se hizo ninguna valoración por parte de los peritos, quienes se limitaron a afirmar que debían aceptarse los acordados por las partes, mientras no se anulara el contrato.

Subrayó que en el acta de liquidación del contrato se tuvo en cuenta para fijar los honorarios del contratista, reconocimientos por actuaciones realizadas antes de la suscripción del contrato (devolución dinero de estampillas y estampillas), y otros que no fueron el resultado de la actuación del contratista (obras del Planiep), lo que aumentó desproporcionadamente el valor de los honorarios, cuando el contratista sólo tiene derecho a los honorarios por reconocimientos de otras inversiones (DRO; FNR, recursos propios y obras pro estampilla), sobre la cantidad de \$6.994.289.932, honorarios que serán liquidados en un 5% del valor real que reciba el Departamento por el incremento accionario.

Encontró, entonces, que al haberse fijado en cuantía superior los honorarios que le correspondían al contratista, con esta acta de liquidación se violaron los derechos colectivos a la moral administrativa y a la defensa del patrimonio público, por tanto, las excepciones de “inexistencia de derechos amenazados” e “inexistencia de las causales invocadas” tampoco están llamadas a prosperar.

Ordenó dejar sin efectos el acta en mención, que al momento se encontraba vigente y, que aunque existe una orden de la Procuraduría de suspender el pago, ello no obsta para que en algún momento pueda ser cobrada. Tal medida es sufi-

ciente para la protección de los derechos colectivos vulnerados, por lo que decidió denegar las demás pretensiones de la demanda. (fl. 759 a 782 c. 3)

10. Recursos de apelación

Las partes interpusieron recurso apelación, los cuales fueron concedidos mediante autos de 4 de noviembre de 2003 (fl. 787 c. 3).

La Procuraduría General de la Nación sostuvo que esta es una oportunidad para que el Consejo de Estado se pronuncie en torno a la autonomía constitucional que tienen las acciones populares y desvirtuar que estas son subsidiarias de las acciones contractuales, como afirma el demandado.

Aseguró que el acta firmada por los Gobernadores de la Costa Atlántica y altos funcionarios del Gobierno Nacional tiene pleno valor jurídico por tratarse de los responsables del sector eléctrico y los propietarios de la empresa, documento que luego fue protocolizado en Notaría. Por ello cuando se celebró el contrato atacado, el Gobernador lo hizo a sabiendas que el reconocimiento de los créditos ya había sucedido.

Añadió que la firma del Contrato No. 038-99 se sustentó en un documento contentivo de un estudio de planeación, el cual se advierten dos necesidades: Vigilar el proceso de liquidación y obtener que las obras físicas construidas con recursos del Departamento sean reflejados en la composición de capital de la Electrificadora. Se trataba entonces de necesidades de orden jurídico, sin embargo en la contestación de la demanda se admitió que tuvo que contratar los servicios de un ingeniero, porque se trataba de reconocer e inventariar las redes eléctricas.

Aseveró que el contrato se firmó dos meses después del reconocimiento de los créditos por las máximas autoridades del sector eléctrico. Así, *“el contrato debe entenderse como que reconoce un 16% sobre los créditos aún no reconocidos, y no sobre los que la administración ya tiene asegurados en un documento público suscrito por los funcionarios del sector y protocolizado en una Notaría”*. De modo que el reconocimiento ulterior en la liquidación de porcentaje de honorarios sobre esta cantidad constituye una clara violación de la moralidad administrativa, al configurarse un traslado de recursos públicos en beneficio de particulares. Cuando el contrato exige que se debe acreditar el desarrollo de las gestiones *“que en todos los eventos el resultados sea posterior a la fecha de perfeccionamiento del contrato”*, se refiere naturalmente a las actuaciones realizadas después del perfeccionamiento del con-

trato “y no al éxito de las gestiones del Gobernador anteriores al mismo”. Las gestiones cumplidas antes del contrato en febrero de 1999, no pueden ser retribuidas a un particular que suscribe un acuerdo en abril siguiente.

Observó que cuando en la contestación a la reforma a la demanda se afirma que las gestiones cumplidas antes de la suscripción se entienden incorporadas al contrato, se está desconociendo que las normas que determinan la solemnidad del contrato estatal son de orden público y por tanto no pasibles de ser modificadas por acuerdo. En cuanto al perfeccionamiento del contrato sostuvo el apelante que al pagar al contratista honorarios por cantidades reconocidas con anterioridad a la firma del contrato, se efectuaría una violación a la moralidad administrativa por el traslado de recursos públicos en beneficio de particulares. Además, esta afirmación contradice la voluntad de las partes pues según el contrato se pagarán las gestiones ulteriores al perfeccionamiento.

Esgrimió que hoy en día la ausencia del otorgamiento y la ulterior aprobación de la garantías impiden el cumplimiento del contrato “y convierte su trasgresión en soluciones extra contrato”. De suerte que estando el contrato suscrito por las partes, no puede ser ejecutado hasta tanto no se apruebe la garantía, lo cual a la luz de la Ley 80 de 1993, constituye una condición de ejecución. Así, cualquier gestión cumplida con violación de ello, no puede ser remunerada por comportar una clara violación de la ley.

Sostuvo que no hay lugar a pago alguno a favor del demandado, en tanto que el grueso de las posibles prestaciones se cumplieron presuntamente antes de la suscripción del contrato, y en las restantes, antes de la aprobación de la garantía el 17 de noviembre de 1999.

Consideró que ante la afirmación del demandado según la cual liquidado un contrato no hay lugar a iniciar ningún tipo de acción, propicia una oportunidad para que el Consejo de Estado aclare este punto.

Estimó que, como lo señaló el A Quo, aunque teóricamente al Departamento se le reconoció una mayor participación en el globo accionario de ELECTROCESAR S.A. E.S.P., en la realidad no recibirá nada porque el valor de los activos se subsume en el pago de los pasivos, lo cual, sostuvo el apelante, permitiría confirmar el sustento de la demanda, es decir, que pagar honorarios al contratista sin que el Departamento reciba nada como fruto de la gestión contratada, no sería más que un traslado de fondos públicos a un patrimonio privado de manera ilegal.

Finalmente, manifestó que es deber de la Procuraduría la guarda de la ética pública y la moralidad administrativa, así como también la defensa del patrimonio de un ente territorial que se está viendo amenazado con el actuar convenido de un funcionario y un particular. (fl. 793 a 802 c. 3)

Por su parte, el demandado -inconforme con la decisión- interpuso recurso, pues a su entender la acción popular es improcedente porque la Procuraduría concurrentemente dispuso la suspensión de la ejecución del contrato e interpuso una acción contractual de nulidad absoluta del contrato, por tal razón es claro que no se presenta ninguna amenaza contra los intereses públicos invocados en la demanda y tampoco se presenta agravio contra los mismos. Las razones por las cuales se consagra la facultad de suspensión de contratos, defensa del ordenamiento jurídico y del patrimonio público (art. 160 ley 734), coinciden exactamente con la finalidad que puede perseguirse con el ejercicio de la acción popular.

Sostuvo que si bien se ha reiterado el carácter autónomo de la acción popular, la Ley no estableció que mediante ella pueda declararse la nulidad de un contrato y la jurisprudencia tampoco ha señalado que con el establecimiento de este mecanismo procesal, se haya eliminado el procedimiento ordinario previsto en el C.C.A. para obtener dicha declaración.

Anotó que las pretensiones de la Procuraduría tanto en la acción contractual como en la acción popular, persiguen los mismos efectos, lo que podría generar dos decisiones diferentes frente a un mismo asunto.

Aseguró que el A Quo se limitó a señalar que el demandado no probó la excepción de pleito pendiente, pues no trajo al expediente la copia de la demanda del otro proceso para determinar si son las mismas partes, pretensiones y hechos, desconociendo que la prueba fue oportunamente solicitada y decretada en el curso del proceso.

Manifestó que la acción popular es improcedente para resolver las pretensiones incoadas en la demanda, por cuanto en aquella se solicitó la rescisión del contrato, figura asimilable a la de nulidad relativa, petición que resulta improcedente en acciones populares porque sólo puede formularse mediante el ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 C.C.A. y porque el Ministerio Público no está facultado para solicitar tal nulidad relativa, pues el art. 87 C. C. A. solo lo autoriza a pedir que se declare la nulidad absoluta.

Apuntó que la segunda pretensión consistente en que se declare sin efectos la liquidación, no procede por cuanto no se señaló cual es la causal legal en que se funda. Al haberse decidido en la sentencia declarar sin efectos la liquidación sin señalarse que es producto de la declaratoria de nulidad del acto, se presentó un contrasentido, pues continúa dicho acto jurídico siendo válido, pero sin efectos.

En su sentir la decisión del A Quo de reducir sus honorarios a un 5% fue ilegal, ya que el Juez no está facultado legalmente para modificar una obligación válidamente pactada en un contrato, bajo la consideración de que dicha prestación es muy onerosa para una de las partes; pues en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, el Juez solo puede modificar lo pactado en los excepcionales eventos previstos legalmente. Adicionalmente, resulta ilegal hacer consideraciones respecto del costo de una prestación, cuando esta se ha pactado en un contrato aleatorio, donde el alea excluye la lesión.

Argumentó que si en gracia de discusión se admite que la acción popular faculta a ajustar el valor de un contrato, en este caso es ilegal por no estar soportada en las pruebas debidamente practicadas en el mismo (arts. 174, 177 C. de P. C. y 30 de la ley 472), pues el dictamen pericial -sin explicar las razones en que se basó- conceptuó que los honorarios debían reducirse al 5% de las sumas obtenidas por el departamento, desconociendo que las tarifas que fijan los colegios de abogados no tienen carácter obligatorio. Se trata entonces de un dictamen rendido irregularmente y cuyo contenido no fue apreciado y valorado por el juez de conformidad con lo dispuesto por el artículo 241 del C. de P. C.

Aseveró que el pago hecho por una actividad realizada por el contratista antes del perfeccionamiento del contrato *“podría contravenir normas presupuestales pero de ninguna manera atenta contra los intereses populares relativos al patrimonio público o a la moralidad administrativa, pues es claro que esta prestación debe serle reconocida al contratista con fundamento en el principio del no enriquecimiento sin causa, al cual acude reiteradamente la jurisprudencia del Consejo de Estado para ordenar el pago de obras o servicios realizados cuando no existe un contrato que los respalde”*. No incluir en sus honorarios lo referente a labores realizadas previamente a la celebración o ejecución del contrato, constituye un enriquecimiento sin causa a favor del Departamento. El contratista venía prestando sus servicios aún antes de la existencia del contrato, mediante poder otorgado el 25 de marzo de 1999, en razón de la urgencia que tenía el ente contratante de formular las reclamaciones ante el liquidador, dentro del término previsto en el artículo 300, numeral 2º del Decreto 663 de 1993.

Advirtió que en cuanto a la segunda reducción referente a reconocimientos de las sumas provenientes del PLANIEP, el Tribunal desconoce las pruebas que acreditan las gestiones desplegadas por el contratista al efecto ya que *“sin o se hubiese recurrido la resolución que la denegó, el Departamento no habría obtenido el reconocimiento de las sumas de dinero correspondientes al Planiep”*.

Enfatizó que el Tribunal no podía señalar que el reconocimiento hecho por el liquidador de sumas indexadas era ilegal, de ser así, la figura del contrato a “cuota litis” se desvirtuaría pues cualquier contratante podría argumentar un reconocimiento de derechos ilegal para no cancelar los honorarios a su abogado. Las opiniones del Tribunal respecto de la ilegalidad del reconocimiento de la indexación al Departamento contradicen abiertamente la ley y la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Finalmente, estimó que cuando el *a quo* dispuso que solo se podía reconocerle al contratista honorarios por los derechos efectivamente convertidos en acciones, desconoció lo pactado en el objeto del contrato: *“...reconocimiento de los derechos del Departamento dentro del proceso liquidatorio de Electrocesar S.A. E.S.P. (fls. 826 a 868 c. 3)*

11. Trámite de segunda instancia

Los recursos se admitieron el 9 de febrero y 10 de marzo de 2004 (fl. 791 y 819 a 824 c. 3) y luego el 19 de mayo de 2004, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fol. 893 c. 3).

El actor guardó silencio.

Por su parte, el demandado reiteró lo expresado en la contestación, las alegaciones de primera instancia y el recurso de apelación.

Puso de relieve que la Corte Constitucional en Sentencia T 1143 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre tuteló los derechos de un abogado con ocasión de la suscripción de un contrato de prestación de servicios profesionales con un municipio, cuyos honorarios habían sido pactados en la modalidad de cuota litis. En este fallo la Corte reiteró la autonomía de las partes al momento de pactar los honorarios profesionales y señaló: a) La tarifa se fija con observancia de las regulaciones de los colegios de abogados; b) Que no existe un deber jurídico de bajar tarifas cuando se obtiene un resultado exitoso en breve lapso y c) No basta el cobro desproporcionado de unos honorarios, es necesario el aprovechamiento

de la ignorancia o necesidad del cliente que debe aparecer probada en el proceso y que tratándose de la Administración no puede presumirse esta circunstancia. La Corte estimó que el porcentaje pactado del 19% y conciliado a un 17% no desborda las regulaciones o topes de los colegios de abogados.

Agregó “¿Es posible que el Tribunal en un prurito de moralidad que no se justificaba, llegue más halla (sic) de sus atribuciones perjudicándome solo (sic) a mí (sic), puesto que su decisión en nada afecta los derechos reivindicados a favor del Departamento y mucho menos los de la Electrificadora...?”

Concluyó señalando que al juez sólo le queda la posibilidad de declarar ajustado o no al ordenamiento jurídico el contrato estatal, pero no modificar los términos de las obligaciones máxime cuando estas no devienen en objeto o causa ilícitos (fls. 880 a 891 c. 3).

II. CONSIDERACIONES

Para entrar a resolver el recurso propuesto, la Sala estima que lo procedente es estudiar, en primer lugar, las excepciones propuesta por lo que es menester examinar las acciones populares frente al contencioso contractual, para luego hacer unas reflexiones sobre los problemas jurídicos planteados en torno a la liquidación del contrato, en especial los relativos a las actuaciones que se adelantan antes del perfeccionamiento de un contrato.

1. La acción popular no es subsidiaria, supletiva o residual.

Según el demandado la acción popular impetrada no es procedente por tratarse de “una acción residual y especial”.

La Carta Política de 1991 en su artículo 88, al constitucionalizar³ las acciones

3 “Las acciones populares y de grupo (o de clase) tienen antecedentes jurídicos valiosos en Colombia. El Código Civil consagra algunas formas de acción popular desde el siglo pasado (arts. 1005 y 2359), de igual forma existen en el Decreto 3466 de 1982 para protección de los consumidores, en la ley 9ª de 1989 para defensa del espacio público y en el Decreto 2303 de 1989 en materia agraria; la ley 45 de 1990 y el Decreto 653 de 1993 consagran igualmente acciones de clase o de grupo aunque no reciben tal denominación y su objetivo es proteger a las personas que sean perjudicadas por el ejercicio de prácticas contrarias a la libre competencia en el sector financiero y asegurador.

Todas esas normas se encuentran dispersas, pero lo más grave es que han permanecido ignoradas, salvo algunas excepciones, durante todos estos años. Graves críticas se han hecho a nuestras tradicionales acciones populares, en especial la limitación de los derechos que protege...” Exposición de motivos al Proyecto de ley 084 de 1995 Cámara, presentado por el Defensor del Pueblo en Gaceta Del Congreso No. 277, martes 5 de septiembre de 1995, p. 11 y ss.

“Las acciones populares han sido reconocidas por nuestra legislación desde hace varios años. En efecto, el Código Civil consagra algunas genéricas como las de los artículos 91, a favor del concebido y no nacido;

populares, institutos procesales inspirados en el viejo derecho romano⁴ y en el pragmatismo anglosajón,⁵ indicó de manera nítida su finalidad previendo que la ley regularía estos mecanismos de protección de los derechos “*para la protección de los derechos e intereses colectivos*”.⁶ Este proceso de constitucionalización, justamente obedeció, como señala la Corte Constitucional:

992, para evitar el peligro de un árbol mal arraigado; 994, contra las obras que corrompan el aire y lo hagan dañoso; 2355, para solicitar la remoción de una cosa que se encuentre en la parte superior de un edificio, y dos acciones que operan en el campo de la responsabilidad extracontractual, y se conocen más, sin que ello signifique su ejercicio de manera intensiva: la acción popular a favor de los bienes de uso público y de los usuarios, contemplada en el artículo 1005 del Código Civil, y la acción popular de daño contingente, regulada por el artículo 2359 del mismo ordenamiento.

Adicionalmente se encuentran acciones como la del consumidor, consagrada en el artículo 36 del Decreto Extraordinario 3466 de 1982, conocido como ‘Estatuto del Consumidor’, cuyo objeto es el cobro de perjuicios e indemnizaciones originadas en la violación a las disposiciones legales que favorecen y protegen al consumidor.

(...)

Por su parte la acción popular de protección del espacio público y el medio ambiente, consagrada en el artículo 8º de la denominada Ley de Reforma Urbana (Ley 9ª de 1989) pretende que los elementos constitutivos de uno y otro bien tengan para su defensa el mecanismo consagrado en el artículo 1005 del Código Civil.

Finalmente, aparecen las que podrían llamarse acciones populares de carácter agrario, contempladas en el Decreto 2303 de 1989, por medio del cual se organiza la jurisdicción agraria. La primera es una acción popular respecto de la preservación del ambiente rural y el manejo de los recursos naturales renovables de carácter agrario, y la segunda está constituida para la defensa de los bienes de uso público de que trata el artículo 1005 del Código Civil, que estén ubicados en zonas rurales (artículos 118 y 139 del Decreto 2303 de 1989).” Exposición de motivos Proyecto de ley No. 005 de 1995 Cámara presentado por la Representante a la Cámara Vivianne Morales Hoyos en GACETA DEL CONGRESO, No. 207, jueves 27 de julio de 1995, p. 14 y 15).

- 4 “la acción popular no fue para los romanos la acción abierta a todos en interés de la ley que hoy en día se concibe. Interpuesta en ocasiones por un interés privado, pero sirviendo siempre al interés público, tenía un carácter híbrido” (BORÉ, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, Paris, 1997, p. 145
- 5 Para un completo estudio de derecho comparado sobre el origen y evolución de las acciones populares ver PERRY, Guillermo et al. Ponencia para primer debate en Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, en Gaceta Constitucional No. 58, miércoles 24 de abril de 1991, p. 4 a 6; exposición de motivos al Proyecto de ley 084 de 1995 Cámara, presentado por el Defensor del Pueblo en GACETA DEL CONGRESO No. 277, martes 5 de septiembre de 1995; LOZANO CORBI, Enrique, *La legitimación popular en el proceso romano clásico*, Madrid, Bosch, 1992; SARMIENTO PALACIO, Germán. *Las acciones populares en el derecho privado colombiano*, Banco de la República, Bogotá, 1988, p. 16 y ss.
- 6 Se dijo en la Constituyente: “La Comisión considera que la protección constitucional a los derechos colectivos no debe circunscribirse exclusivamente a los relativos al medio ambiente y a los consumidores y usuarios, como lo sugiere el proyecto No. 2, el cual no prevé, por lo demás, que la ley o la jurisprudencia desarrollen otro tipo de derechos de la misma naturaleza. Tal protección debe cobijar, también, como lo propone la Subcomisión Preparatoria de Derechos Colectivos y Medio Ambiente y el Proyecto No.62, otros derechos que exhiben las mismas características de los dos aludidos” (PERRY, Guillermo et al. Informe Ponencia para primer debate en Plenaria, Asamblea Nacional Constituyente, en Gaceta Constitucional No.58, miércoles 24 de abril de 1991,)

“... a la necesidad de protección de los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o situaciones socio-económicas, en las que el interés afectado no es ya particular, sino que es compartido por una pluralidad más o menos extensa de individuos. Las personas ejercen entonces, verdaderos derechos de orden colectivo para la satisfacción de necesidades comunes, de manera que cuando quiera que tales prerrogativas sean desconocidas y se produzca un agravio o daño colectivo, se cuente con la protección que la Constitución le ha atribuido a las acciones populares, como derecho de defensa de la comunidad”.⁷

Para cumplir con lo ordenado por el artículo 88 Constitucional citado, la Representante a la Cámara Vivianne Morales Hoyos presentó el Proyecto de ley No. 005 de 1995 Cámara.⁸ En su exposición de motivos se lee:

“ Así como las acciones de tutela se han convertido en un trascendental instrumento para la efectiva protección de los derechos fundamentales a raíz de su consagración en la Carta Política, y posterior desarrollo legislativo, existe en el artículo 88 de la Constitución un no menos eficaz recurso para el amparo de los llamados derechos e intereses colectivos, como es el de las acciones populares, cuya existencia se remonta en la historia del Derecho, al Derecho Romano y al antiguo Derecho Inglés.

(...)

Estos ejercen verdaderos derechos colectivos para satisfacción de necesidades comunes y cuando quiera que tales prerrogativas son desconocidas se produce el agravio o daño colectivo, cuyo remedio ha sido atribuido en la Constitución a las acciones populares, auténtico derecho de defensa de la propia comunidad.⁹ (Se subraya)

A su vez, en el proyecto de ley 084 de 1995 Cámara, presentado por el Defensor del Pueblo, se indica:

“Las acciones colectivas consagradas en el artículo 88 de la Constitución, son el instrumento tutelar del interés público, allí radica el gran valor que tienen para la comunidad; son un instrumento o medio procesal de protección de derechos colectivos ante una autoridad judicial.

7 Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C 215 de 1999, M.P. Martha SÁCHICA.

8 El cual se acumularía a los Proyectos 024, presentado por el Representante Agustín Hernando Valencia Mosquera el 27 de julio de 1995, y 084 de 1995 Cámara, presentado el 31 de agosto siguiente por el entonces Defensor del Pueblo Jaime Córdoba Triviño. Varios proyectos habían sido presentados en la legislatura de 1993, pero vieron truncado su trámite por decisión de archivo tomada por la Cámara, según relata en su exposición de motivos Proyecto de ley No. 005 de 1995 Cámara presentado por la Representante a la Cámara Vivianne Morales Hoyos en Gaceta Del Congreso, No. 207, jueves 27 de julio de 1995, p. 13.

9 Gaceta Del Congreso, No. 207, jueves 27 de julio de 1995, p. 14 y 15.

(...)

Si miramos cada uno de estos derechos vemos que no pueden existir sin cooperación entre los grupos humanos, la sociedad civil y el Estado y las naciones en el contexto internacional. La solidaridad es el fundamento y valor axiológico que da origen y permite la existencia de los derechos colectivos.

Su carácter eminentemente colectivo genera un fenómeno de doble titularidad, individual y colectiva en su ejercicio".¹⁰ (Subrayas fuera de texto original)

Al paso que en la ponencia para primer debate en Cámara de Representantes a los proyectos de ley acumulados, que a la postre serían la ley 472, se dijo:

"Todo el ordenamiento jurídico debe abanderar los cambios en la estructura social, económica y política de la sociedad, ampliando los procedimientos tradicionales existentes para proteger los derechos comunitarios como tal y no solamente los circunscritos a cada individuo en particular.

De lo anterior se deduce que el mecanismo más idóneo para ello lo constituyen las acciones populares, que permitan a numerosos individuos interponer una sola acción en lugar de presentar varias demandas individuales, frente a una acción u omisión que vulnera derechos e intereses colectivos".¹¹ (Subrayas no originales)

Con esta perspectiva, el 5 de agosto de 1998 fue expedida la ley 472 de 1998, *"Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones"*,¹² la

10 Gaceta Del Congreso No. 277, martes 5 de septiembre de 1995, p. 11 y ss. El Proyecto de Ley 024 de 1995 Cámara, presentado por el representante Agustín Hernando Valencia Mosquera, en nombre de las comunidades afrocolombianas, fue publicado en Gaceta Del Congreso No. 217, agosto 2 de 1995.

11 Gaceta Del Congreso, jueves 28 de diciembre de 1995, Año IV, No. 493, p. 1, Coordinadores Ponentes José Félix Turbay Turbay y Mario Rincón Pérez. En la ponencia para segundo debate en Cámara se insiste también en que la especificidad de las acciones populares estriba en el carácter especial de los derechos que quieren ampararse con este instrumento: Gaceta Del Congreso, martes 28 de mayo de 1996, p. 5, Coordinadores Ponentes José Félix Turbay Turbay y Mario Rincón Pérez. Asimismo en la ponencia para primer debate en Senado se advierte de nuevo que se trata de un instrumento procesal de protección de derechos e intereses colectivo y que *"no está bien que avancemos tanto en la regulación de derechos individuales y olvidemos aquellos que afectan también al individuo pero considerado como ente cultural inmerso en un colectivo o comunidad, donde alcanza su pleno desarrollo y es verdaderamente valioso...El actor popular es un verdadero defensor del interés público..."* (GACETA DEL CONGRESO, Jueves 7 de noviembre de 1996, Año V, No. 498, P. 2, 3, Ponente Héctor Elí Rojas). En la ponencia para segundo debate en Senado se omite el análisis global para dar paso de las propuestas recibidas y acogidas en la ponencia (Gaceta Del Congreso, miércoles 28 de mayo de 1997, Año IV, No. 167, p. 1 y ss., Ponente Héctor Elí Rojas). Por Sentencia C 036 de 1998 la Corte Constitucional declaró infundadas algunas de las objeciones presentadas por el Gobierno Nacional al proyecto aprobado y se inhibió respecto de otras.

12 Diario Oficial. Año CXXXIV. N.43357, 6 de agosto de 1998, Pág. 9. La norma entró

cual dispone -con la misma claridad y precisión constitucionales- que estas acciones tienen por objeto la defensa de los derechos e intereses colectivos.

En efecto, el artículo 1 al señalar el objeto de la ley prescribe que “*Estas acciones están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos*”; a tiempo que el artículo 2 define las acciones populares como “*los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos*” y agrega que ellas 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*”; en tanto que el artículo 9 reitera que las acciones populares “*proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos*”; por fin, el artículo 34 al ocuparse de la sentencia prevé la posibilidad de condenar al pago de perjuicios “*cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo*” en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo.¹³

Estas disposiciones conjuntamente tomadas permiten inferir sin mayor dificultad el carácter autónomo de estas acciones constitucionales. Carácter principal¹⁴- y no residual como equivocadamente asevera el demandado- que tiene por propósito la plena garantía de los derechos objeto de su tutela. Se trata, pues, de la defensa especial de unos derechos o intereses cuya titularidad recae en toda la

a regir un año después de su promulgación de conformidad con lo dispuesto por su artículo 86.

13 Colombia. Según la Corte Constitucional “... *el carácter restitutorio de las acciones populares justifica de manera suficiente, la orden judicial de restablecer cuando ello fuere físicamente posible, la situación afectada al estado anterior a la violación del derecho. El objetivo esencial de una acción popular es la protección efectiva de derechos e intereses colectivos, de manera que se hagan cesar los efectos de su quebrantamiento, de manera obvia, si ello es posible. Por tal motivo, es al juez a quien corresponde determinar si ese restablecimiento es factible o si al no serlo, debe decretarse una indemnización, más aún, cuando la acción popular no persigue esencialmente un beneficio de tipo pecuniario*”. (Corte Constitucional, Sentencia C 215 de 1999, M.P. SÁCHICA).

14 “Su viabilidad es absolutamente autónoma y no está sujeta a condición alguna, como no sea, claro está, la de que se hayan configurado los supuestos de hecho necesarios para su procedencia” ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La Protección constitucional del Ciudadano, Ed. Legis, Bogotá, primera edición, 2004, p. 217.

comunidad¹⁵ y, por lo mismo, su prosperidad no puede desvirtuarse, por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias¹⁶ pertinentes.

Ahora bien, la tutela colectiva de estos derechos constitucionales impuso la consagración -como instrumentos jurídicos principales y no residuales- de estas acciones constitucionales, tal y como se destacó en la Asamblea Nacional Constituyente:

“(...) la dimensión e importancia de los derechos colectivos se evidencia cuando se vulneran o se desconocen los intereses que ellos encarnan, ya que, en tales circunstancias, se produce un agravio o daño colectivo. Así acontece, por ejemplo, cuando se afectan de manera negativa el medio ambiente y los intereses de los consumidores. La lesión resultante perjudica, con rasgos homogéneos, a un conjunto o a todos los miembros de la comunidad, y, por tanto, rebasa los límites de lo individual.

Los derechos en cuestión propenden por (sic) la satisfacción de necesidades de tipo colectivo y social, y se diseminan entre los miembros de grupos humanos determinados, quienes los ejercen de manera idéntica, uniforme y compartida. Por su naturaleza e importancia, requieren un reconocimiento en la nueva Carta que fomente la solidaridad entre los habitantes del territorio nacional para la defensa de vitales intereses de carácter colectivo y que propicie la creación de instrumentos jurídicos adecuados para su protección

(...)

Como se infiere de todo lo expuesto, las acciones populares han tenido una significativa acogida en los proyectos y propuestas de reforma constitucional, especialmente en aquellos que consagran derechos colectivos. Es esta una indicación clara de que tales acciones constituyen, ciertamente, un instrumento eficaz para la aplicación de dichos derechos

15 Sobre el origen de los derechos colectivos Vid. PISCIOTTI CUBILLOS, Doménico. Los Derechos de la tercera generación, los intereses difusos o colectivos y sus modos de protección, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 36.

16 “Su finalidad es pública; no persiguen intereses subjetivos o pecuniarios, sino proteger a la comunidad en su conjunto y respecto de sus derechos e intereses colectivos” (RODAS, Julio César. Marco Constitucional de los derechos colectivos, en Acciones Populares: documentos para debate, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1994, p. 175). En el mismo sentido Corte Constitucional, Sentencias T 008 de 1992, T 528 de 1992, T 427 de 1992, T 437 de 1992, T 067 de 1993, T 163 de 1993, T 225 de 1993, T 231 de 1993 y T 254 de 1993.

De otra parte, subsisten acrecentadas las razones que en la historia de las instituciones jurídicas justificaron en su momento la aparición de estas acciones para defender los intereses de la comunidad.¹⁷ (Subrayas de la Sala)

Así las cosas, la existencia de otros medios de defensa judicial (como son las acciones tradicionales objeto de la jurisdicción en lo contencioso administrativo) en modo alguno torna improcedente su interposición. En efecto, en los antecedentes históricos del artículo 88 Constitucional se puso de relieve que:

“Con la instauración a nivel constitucional de las acciones populares se habrá dado un paso fundamental en el desarrollo de un derecho solidario que responda a fenómenos nuevos de la sociedad, como es el daño ambiental, los perjuicios de los consumidores, los peligros a que se ven sometidas las comunidades en su integridad física y patrimonial, los daños que se le causan a las mismas por el ejercicio abusivo de la libertad económica, sin consideración a conductas leales y justas.

El texto recomendado reconoce la conveniencia de que la ley regule el ejercicio de las acciones populares, a la vez que les atribuye una autonomía que no excluye el recurso a acciones individuales de estirpe tradicional. Todo ello con el fin de legitimar a cualquier persona para actuar en defensa de la sociedad, protegiendo así tanto intereses que la doctrina engloba hoy bajo el significativo rótulo de ‘difusos’ como también los propios del actor”.¹⁸(Se subraya)

Se trata entonces de un bien jurídico distinto al que se pretende proteger con las acciones ordinarias, o lo que es igual, con ellas se busca la defensa de una categoría diferente de derechos,¹⁹ que un importante sector de la

doctrina denomina “intereses difusos colectivos”²⁰ referidos -como sostiene Bujosa Vadell- “a bienes no susceptibles de apropiación exclusiva, son intereses de cada uno y a la vez de todos los miembros del grupo, en los que

17 Colombia. Asamblea Nacional Constituyente, Informe de ponencia para primer debate sobre derechos colectivos, Ponentes Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas y Guillermo Guerrero, en Gaceta Constitucional No. 46, Bogotá, lunes 15 de abril de 1991, Pág. 21 y 25. En idéntico sentido Gaceta Constitucional No. 58, Bogotá, miércoles 24 de abril de 1991, p. 6.

18 Colombia. Asamblea Nacional Constituyente, Informe de ponencia...Ob. cit. p. 25.

19 Colombia. Corte Constitucional, Sentencia SU 067 de 1993, M.P. Fabio Morón y Ciro Angarita.

20 Mauro Cappelletti, profesor de las Universidades de Florencia y Stanford, al abordar este tema advierte que “...nuestra época, ya lo hemos visto, empuja violentamente al primer plano de nuevos intereses ‘difusos’, de nuevos derechos y deberes que, sin ser públicos en el sentido tradicional de la palabra, son ‘colectivos’; sin embargo, nadie es titular de ellos al mismo tiempo que todos, o todos los miembros de un grupo dado, de una clase o de una categoría, son los titulares de ellos. ¿A quién pertenece el aire que respiro? El antiguo ideal de la iniciativa procesal centralizada a la manera de un monopolio entre las manos del solo sujeto al cual ‘pertenece’ el derecho subjetivo, se revela impotente ante derechos que pertenecen al mismo tiempo a todos y a nadie” (CAPPELLETTI, Mauro, La protection d’intérêts collectifs et de groupe dans le procès civile -Métamorphoses de la procédure civile-, Revue Internationale de Droit

todos son titulares pero ninguno de ellos es propiamente el titular en sentido clásico..."²¹

Desde esta óptica, la doctrina nacional define la acción popular como “*el derecho que le permite a cualquier ciudadano formular demandas que tengan por objeto la protección de los intereses de la comunidad (...) la acción popular siempre se encamina a la salvaguardia y protección de la comunidad*”.²² Se trata, pues, dentro del marco de las modernas tendencias

del llamado “*derecho solidario*”,²³ de:

-
- Comparé- RICD, janvier-mars, 1975, conferencia pronunciada el 14 de marzo de 1975 ante la Asamblea General de la Sociedad de Legislación Comparada, en, p. 596 y ss.). “Los intereses difusos colectivos serían los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos en cuanto integrantes de grupos, comunidades ligadas en virtud de goce por parte de cada una de ellas de una misma prerrogativa, de forma tal que la satisfacción de la porción de intereses se extiende a todos, del mismo modo que la lesión afecta simultánea y globalmente a la comunidad”. GARRIDO CORDOBERA, Lidia. Los daños colectivos y la reparación, Buenos Aires, Universidad, 1993. “Reposan, además, en la noción de solidaridad social, provocando la unión de los individuos con fines de defensa sin descartar la congregación grupal o espontánea u ocasional, para hacer valer sus derechos respecto de la afeción que sufre cada individuo como miembro de la colectividad o como titular de un interés no particular o determinado, sino difuso, pero entrañablemente ligado a su esfera de desarrollo vital y a su libertad” CASABANE DE LUNA, Sandra Elizabeth, Lecturas sobre derecho del medio ambiente, tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 34. Ver igualmente, HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar, Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 111.
- 21 BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo. La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, Editorial José María Bosch, primera edición, Barcelona, 1995, p. 81. Una buena aproximación a algunas experiencias latinoamericanas en GONZÁLEZ MORALES, Felipe (Ed.), Las acciones de interés público: Argentina, Chile, Colombia y Perú, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Serie publicaciones especiales Cuadernos de Análisis Jurídico No. 7, Santiago de Chile, abril de 1997. “*La noción de derechos colectivos ha sido estudiada de vieja data por la doctrina en el derecho comparado. Se cita como primer trabajo doctrinario moderno la obra de BONAUDI, publicada en 1911. Procesalistas renombrados como MAURO CAPPELLETTI le dedicaron páginas enteras de reflexión y el tema ha sido trascendente en publicaciones colectivas de derecho comparado. La bibliografía existente es de tal envergadura, que tener la osadía de intentar agotarla sería por lo menos pretencioso e ilusorio. Es pues un tema al cual se debe acercar el jurista con la humildad suficiente que exigen los múltiples y reiterados aportes de la comunidad científica, y con la conciencia de que ha sido y sigue siendo uno de los de mayor trascendencia para el derecho*”: HENAO, Juan Carlos. ¿Se defienden de la misma manera los derechos colectivos en derecho colombiano y en derecho francés?, en V.V.A.A. IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, primera edición, octubre de 2003, p. 411 y ss. Allí aparece una cuidadosa referencia bibliográfica foránea.
- 22 BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. Las acciones populares, Ediciones Forum Pacis, 1993, p. 13.
- 23 “Con la instauración a nivel constitucional de las Acciones Populares, se habrá dado un paso fundamental en el desarrollo de un derecho solidario que responda a fenómenos nuevos de la sociedad...”: MARULANDA, Iván et al. Informe de Ponencia Derechos Colectivos, Asamblea Nacional Constituyente, en Gaceta Constitucional No. 46, p. 25. “Tienen (las acciones populares) como finalidad... proteger los derechos colectivos consistentes en garantías para la colectividad o para la humanidad, también llamados derechos solidarios o de tercera generación, para diferenciarlos de los de primera -libertades públicas y garantías individuales- y de los de segunda, asistenciales o prestacionales...” TREJOS JARAMILLO, Augusto, Teoría

“remedios procesales colectivos frente a agravios y perjuicios públicos. A través de ellas cualquier persona, perteneciente a un grupo de la comunidad, está legitimada procesalmente para defender al grupo afectado por unos hechos o conductas comunes, con lo cual simultáneamente protege su propio interés, y obtiene en ciertos casos el beneficio adicional de la recompensa otorgada en determinados eventos por la ley”.²⁴

Es innegable que le asiste razón a Nicotra cuando advierte que:

“La normatividad decimonónica del derecho del siglo XIX (sic) sólo reconocía categoría jurídica a los intereses legítimos y a los derechos subjetivos. Es decir, se exigía una relación directa entre la norma jurídica y el interés concreto, particular, individualizado que conformaba su contenido. Quedaban marginados todos los intereses colectivos, tildados de indefinición, ambigüedad o pluralidad dispersa en el sujeto.

Algunos autores (como Zanobini, Barbero) comienzan a hablar de derechos debilitados o intereses ocasionalmente protegidos, no tanto porque su fuerza sea jurídicamente menor, sino, porque la norma protege en forma directa el interés general, y sólo indirecta, consecutiva u ocasionalmente, los intereses individuales. Otros autores hablan de intereses simples o difusos.

Así Morillo, Hitters, Berizonce, Stiglitz, no aluden a difuso por oposición a preciso y concreto. En realidad, apuntan a una mayor amplitud conceptual. A una pluralidad de individuos que gozan de aptitud para activar el lenguaje judicial.

Creemos, personalmente, que correspondería hablar de una voluntad social activa que defiende sus intereses colectivos de pertenencia difusa. Lo difuso, en el peor de los casos, no es la esencia y el contenido de estos derechos sino la deter-

de las acciones constitucionales en Consejo De Estado, Memorias octavo encuentro de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2001, p. 31. Según la ponencia para primer debate en el Senado esta nueva generación de derechos es la generación de los derechos de solidaridad: “*La solidaridad es el fundamento y valor axiológico que da origen y permite la existencia de los derechos colectivos*”...superan la división derecho público-derecho privado. Son derechos de puente entre lo público y lo privado” (Gaceta Del Congreso, Jueves 7 de noviembre de 1996, Año V, No. 498, p.4, 5, Ponente Héctor Elí Rojas)

- 24 SARMIENTO PALACIO, Germán. Las acciones populares en el derecho privado, Cabildo, No. 14, mayo de 1989. El mismo autor señaló en otro texto que. “[as acciones populares son hoy el mecanismo procesal y jurídico más importante del Derecho anglosajón, con el cual el público en general ha podido enfrentar los daños colectivos producidos por la acción u omisión de grandes centros de poder económico

(...)

Este público recibe el agravio colectivo, al cual no se puede responder aislada o individualmente para evitar que el daño se extienda, continúe. La acción de defensa...tiene que ser colectiva como lo es también el daño causado” (SARMIENTO PALACIO, Eduardo. Las acciones populares en el derecho privado colombiano, Banco de la República, Bogotá, 1988).

minación del grupo social de pertenencia y su legitimación, porque el interés es, siempre, concreto y real.

Estos derechos de pertenencia difusa son verdaderos derechos públicos subjetivos (Vásquez Rossi). Así como no hay derecho subjetivo individual sin acción correlativa, no tendría sentido predicar sobre derechos públicos sin acceso a la jurisdicción. Y cuando en una normativa (como la de la ley 10000 en Argentina) son posibles la legitimación y la representación por cualquier ciudadano, la facultad es concreta y total”.²⁵

Entre nosotros, siguiendo las experiencias foráneas, no hay discusión en el sentido de que:

“La naturaleza de los derechos cuya protección se logra a través de las acciones cuya consagración se hizo en el artículo 88 constitucional es la de los de tercera generación, entendido por tal aquellos derechos relacionados con el mejoramiento y mantenimiento de la buena calidad de vida, aquellos derechos cuyo disfrute no corresponde a un titular determinado y concreto, sino que a todos corresponde, y por ende cualquiera puede solicitar su protección dado el interés que todos tienen en su conservación y mantenimiento, y cuya vulneración genera conflictos de carácter colectivo, dada la pluralidad de sujetos afectados con su alteración”.²⁶

25 NICOTRA, Norberto, La Defensoría del Pueblo y las acciones populares: experiencia argentina, en V. V.A.A. Acciones populares y de grupo, nuevas herramientas para ejercer los derechos colectivos, Memorias del Seminario Internacional de Acciones populares y de grupo, Santafé de Bogotá, septiembre 7, 8 y 9 de 1994, Defensoría del Pueblo-Delegada para los derechos colectivos, Biblioteca de Derechos Colectivo, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Beatriz Londoño Toro, editora, Bogotá, 1996, p. 74.

26 SUÁREZ HERNÁNDEZ, Daniel y CORREA PALACIO, Ruth Stella, Acciones Populares y de Grupo, Ley 472 de 1998, en V.V.A.A. XX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, primera edición, 1999, P. 554. En el mismo sentido se afirma que *“estos derechos han surgido de una nueva forma social: de la organización de la sociedad para institucionalizar el respeto del interés general”* (BENJAMÍN, Antonio Instrumentos colectivos para los nuevos derechos, en Su Defensor, octubre 15 de 1994, Bogotá, Defensoría del Pueblo, p. 7). Con igual criterio se sostiene que: *“La ley concibió las acciones populares como un mecanismo para suprimir o prevenir la amenaza del daño contingente que pudiese afectar los derechos colectivos...los daños colectivos son aquellos que afectan los bienes patrimoniales y extrapatrimoniales de personas determinadas. Y cuando esos daños individuales afectan a un número más o menos grande de personas, identificadas o identificables, estaremos frente a un daño grupal o masivo...el daño colectivo afecta intangiblemente la calidad de vida de todo un conglomerado, y la acción preventiva o reparadora debe ser ejercida a nombre de la comunidad, mediante una acción popular...”* (TAMAYO JARAMILLO, Javier. Acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil, Editorial Diké, Medellín, primera edición, enero de 2001, p. 31 y32). Desde idéntica óptica se estima que: *“Ese carácter público, implica que el ejercicio de las acciones populares supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, suponen la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés”* (ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro. La acción popular, aspectos sustanciales y procesales, en

De allí que no sorprenda que la Sala haya sostenido recientemente, en consonancia con lo expuesto por la doctrina,²⁷ que

“su titularidad radica en un colectivo debido a su carácter ‘supraindividual’, dando lugar a una legitimación colectiva que se otorga a un individuo como miembro de una colectividad afectada (art. 12 ley 472 de 1998)

(...)

De suerte que, a diferencia de lo que sucede con la acción de tutela (art. 86 C.N.), la protección de los derechos colectivos por vía popular no es excepcional²⁸ y por lo mismo se constituye en instrumento idóneo para la defensa de los mismos, en un plano distinto al individual, vale decir, desde su perspectiva abstracta y no concreta(...)

Y la acción popular no es subsidiaria sino principal debido a que la existencia de otros medios de defensa no la hace improcedente, pues es principal e independiente de otras acciones”.²⁹ (Negrillas originales)

CONSEJO DE ESTADO, Memorias octavo encuentro de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2001, p. 148)

27 Para el profesor Pérez Luño: “La experiencia de las últimas décadas ha mostrado que es necesario reconocer a la generalidad de los ciudadanos la legitimación para defenderse de aquellas agresiones a bienes colectivos o intereses difusos...De ahí, que se tienda a postular la admisión de formas de acción popular como medio idóneo para superar la concepción individualista del proceso, permitiendo la iniciativa de cualquier interesado -individual o colectivo- en la puesta en marcha de los instrumentos de protección de los nuevos derechos. De este modo, se han institucionalizado nuevos medios y estrategias para la defensa jurídica de intereses que no se pueden considerar privativos de una persona o un grupo, por coincidir en la calidad de los ciudadanos en su conjunto...” (PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, Las generaciones de derechos humanos en Revista del Centro de Estudios Constitucionales No. 10, Madrid, septiembre-diciembre 1991, p. 215).

28 Colombia. Vid. Corte Constitucional, Sentencia SU 257 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

29 Colombia. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP - 00254 Acción Popular, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto de mayo 24 de 2001, Exp. AP 076, C.P. Olga Inés Navarrete: “El hecho de que la mencionada actividad de la administración también pueda ser objeto de enjuiciamiento a través de otras acciones, no implica que deba acudir necesariamente al ejercicio de las mismas pues, estando de por medio un interés o derecho colectivo, también es viable el ejercicio de la acción popular” y Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de septiembre de 2004, Rad. 25000-23-27-000-2003-00571-01, AP 571, Actor Mario Efrén Sarmiento Riveros y otros contra la Superintendencia de economía solidaria.

En tales condiciones se tiene que la acción popular no resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, por no tener -como sucede con la acción de tutela (art. 86 inc. 3º) o la acción de cumplimiento (art. 9 de la ley 393 de 1997)- un carácter subsidiario.³⁰

A *contrario sensu*, tiene un trámite preferencial frente a las acciones ordinarias (art. 6 Ley 472 de 1998) y su titularidad o legitimación por activa la tiene toda persona (arts. 12 y 13 de la ley 472 y art. 1005 del C.C.) justamente por la índole de los derechos involucrados,³¹ como se vio anteriormente.

De allí que, de tiempo atrás la Sala tiene determinado que:

“El hecho de que la actividad de la administración también pueda ser objeto de enjuiciamiento a través de otras acciones, no implica que sólo pueda acudirse al ejercicio de las mismas, pues estando de por medio un interés o derecho colectivo, también es viable el ejercicio de la acción popular, con el fin de conjurar en forma oportuna aquellos hechos u omisiones que podrían afectar a la comunidad, antes de que generen un daño, para extinguirlo si éste se está produciendo, o bien para restituir las cosas a su estado anterior si ello todavía es posible. En este sentido se precisa que la acción popular es una acción principal y su procedencia no depende de la existencia o inexistencia de otras acciones.

A diferencia de la concepción tradicional de la protección judicial, basada en el derecho subjetivo, en la acción popular como quiera que no resultan vulnerados

30 La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado una y otra vez el carácter subsidiario del amparo constitucional. En la primera sentencia proferida por esa Corporación se afirmó sin ambages: *“la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta le reconoce.”* (Corte Constitucional, Sentencia T 001 de 1992)

31 Colombia. Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 6 de diciembre de 2001, Exp. AP 221, C.P. Alier E. Hernández Enríquez: Tales derechos *“intrínsecamente, deben poseer la virtualidad de comprometer en su ejercicio a toda la sociedad”* (Sentencia de 16 de marzo de 2000, Exp. AP 021), pues *“responden a la urgencia de satisfacer necesidades colectivas y sociales, y son ejercidos por los miembros de los grupos humanos de una manera idéntica, uniforme y compartida”* (sentencia AP 043 de 1 de junio de 2000). La defensa judicial de un derecho colectivo: *“no supone la existencia de una verdadera litis, pues su objeto no es la solución a una controversia, sino la efectividad de un derecho colectivo haciendo cesar su lesión o amenaza o que las cosas vuelvan a su estado anterior si fuere posible”* (Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de marzo de 2003, Exp. AP 11001031500020021011-01)

derechos o intereses particulares, sino los denominados “difusos” o colectivos, el análisis se debe centrar en el estudio de la vulneración de los derechos reconocidos a la colectividad.

El ámbito dentro del cual se define la acción popular es el relativo a la amenaza o vulneración de derechos colectivos (...), de lo cual pueden desprenderse además, investigaciones de tipo penal, fiscal o disciplinario, que en nada afectan la iniciación, trámite y culminación de la acción popular”.³² (Subrayas fuera de texto original)

Como quiera que el demandado propuso *la excepción de “pleito pendiente entre las partes”*, puesto que, a su juicio, la acción popular y la contractual son excluyentes en tanto persiguen fines diversos, debiéndose adecuar la acción a la que corresponda, es menester entrar a estudiar las grandes líneas jurisprudenciales expuestas por esta Corporación a ese propósito.

2. Las acciones populares frente al contencioso contractual

No ha sido pacífico el desarrollo jurisprudencial y doctrinario en punto a determinar el alcance de las competencias del juez popular cuando se enfrenta a la definición de los alcances de sus atribuciones, en particular, si la defensa de los derechos o intereses colectivos le permite adoptar decisiones que involucren pronunciamiento de legalidad de actos o contratos de la Administración.

La interpretación de las distintas Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sobre el alcance de las facultades del juez popular, en lo que hace a revisión de la legalidad de actos y contratos de la Administración, ha experimentado una evolución, no exenta de contradicciones, y sus diversos criterios pueden agruparse en dos grandes líneas jurisprudenciales. Hay que señalar que la falta de uniformidad de la jurisprudencia se debió -en parte- a que en un comienzo todas las secciones conocían de los más disímiles asuntos, circunstancia que vino a ser remediada con la expedición del Acuerdo 55 de 2003, por el cual se reformó el reglamento interno del Consejo de Estado, el

32 Colombia. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 31 de mayo de 2002, Radicación número: 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300), Actor: Contraloría General de la Republica, Demandado: La Nación-Ministerio de Transporte y la Sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y Cel Caribe S.A. Dragacol S.A., C.P. Ligia López Díaz En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Tercera, Exp. AP-166, Sentencia del 17 de junio de 2001, C.P. Alier E. Hernández Enríquez-

cual atribuyó exclusivamente a la sección tercera el conocimiento de las acciones populares interpuestas en materia contractual, lo mismo que las atinentes a la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa.³³

Una primera línea jurisprudencial,³⁴ si bien parte del reconocimiento del carácter principal y no subsidiario de la acción popular, exceptúa de su conocimiento el control de la legalidad del contrato, por tratarse de un tópico propio de la acción contractual.³⁵ En otras palabras, conforme a este criterio la acción popular no es de recibo para controvertir la legalidad del contrato estatal, como que al efecto la ley prevé otro medio de defensa judicial, esto es, la acción contractual prevista en el artículo 87 del C.C.A.,³⁶ corresponde entonces al juez natural de conocimiento resolver el asunto.³⁷

33 Cfr. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alíer. Las acciones populares y la validez de los contratos estatales, Conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, agosto de 2003: *“El Consejo de Estado conoce, hoy en día, de las acciones populares -en segunda instancia- por la disposición del parágrafo del artículo 16 de la ley 472 de 1998, competencia que, en el enunciado legal, es transitoria, hasta tanto se pongan en funcionamiento los juzgados administrativos que fueron creados por la ley 446 de 1998. Probablemente por la provisionalidad de la atribución legal, el conocimiento de tales acciones se distribuyó por igual, entre las cinco secciones que componen la Sala de lo Contencioso Administrativo para que las decidieran en última instancia, circunstancia que ha generado interpretaciones diversas, en ocasiones contrapuestas, sobre puntos que merecían idéntico tratamiento, sin que exista posibilidad alguna de unificación jurisprudencial, dado que por decisión de la propia corporación, frente a tales fallos no procede el recurso extraordinario de súplica. Por ello, el Consejo de Estado, mediante Acuerdo No. 55 de 2003, reformó su reglamento interno para lograr una distribución racional de las acciones constitucionales; concretamente, en cuanto atañe a las acciones populares, la reforma prevé que la sección tercera conocerá de las que versen sobre asuntos contractuales así como de las relacionadas con el derecho colectivo a la moralidad administrativa; en los demás casos, la competencia corresponderá a la sección primera de la Corporación.”*

34 Se han agrupado en dos grandes tendencias obviando las diferencias de matiz. Quizás es más procedente desde el punto de vista metodológico un estudio en función de cada Sección como el que se encuentra en HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alíer. Las acciones populares y la validez de los contratos estatales, Conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, agosto de 2003.

35 Colombia. En: Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, Auto del 24 de mayo de 2001, Exp. AP 076, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero. Pero esta postura no es uniforme al interior de las providencias expedidas por esta sección.

Es también el criterio de algunas de las providencias de la Sección Cuarta. Vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Auto de 30 de mayo de 2002, Exp. AP 0106; Sentencia de 16 de agosto de 2002, Exp. AP 1768.

36 Colombia. Fue el criterio adoptado por la Sección Segunda. Ver Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 23 de marzo de 2000, Exp. AP 025, C.P. Carlos Arturo Orjuela; Subsección A, Sentencia de 25 de enero de 2001, Exp. AP 156, C.P. Jesús María Lemos B.; Sentencia de 5 de julio de 2001, AP 068 C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda y Sentencia de 4 de abril de 2002, AP 897.

37 Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 3 de abril de 2001, Exp. AP 0089.

Esta postura restrictiva es la asumida por un sector de la doctrina, encabezado por el tratadista Javier Tamayo:

“Puede suceder que el origen del alegado daño real o contingente a un interés o derecho colectivo se encuentre en la existencia misma de un contrato o de un acto administrativo, en cuyo caso, la única forma de lograr la supresión del daño permanente o potencial será destruyendo o aniquilando el acto o contrato.

En nuestro concepto, la acción popular no es procedente en semejantes circunstancias y solo acudiendo a las vías especiales consagradas expresamente en la ley, será posible destruir el acto o contrato. Por lo menos, así se desprende del texto de la Ley 472. Ya anulado o desaparecido

el acto o contrato, sería procedente la acción popular”.³⁸

En contraste, una segunda tendencia jurisprudencial ha entendido que es posible examinar la legalidad del contrato estatal en orden a determinar si

amenaza algún derecho colectivo,³⁹ de modo que la acción popular en estos eventos resulta procedente, justamente, por su carácter principal y no subsidiario.

38 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. p. 111 y 112. En el mismo sentido BETANCUR JARAMILLO, Carlos, Las acciones populares y el contencioso de los contratos, Bogotá, Conferencia dictada en octubre de 2004: “Así, observamos como la tutela, las acciones de cumplimiento y las populares o de grupo fueron perdiendo especificidad propia y han venido invadiendo, con la pasividad o con la complacencia de los jueces, los campos de otras acciones creadas desde tiempo atrás con similares fines, produciendo con esta invasión un efecto alarmante para la seguridad y estabilidad de las situaciones jurídicas y para el desconocimiento de la autonomía de las acciones.

(...) Cuando se produce hoy un litigio derivado de un contrato estatal que deba definirlo el juez competente, no se puede olvidar: a) Que la ley preexistente a dicho conflicto es la ley 80 de 1993 y los principios generales de la contratación regulados en los códigos civil y comercial; b) Que el juez competente para dirimirlo es el administrativo (Tribunal Administrativo y Consejo de Estado), tal como se desprende de los arts. 132 n.l. 5 y 129 del c.c.a., en armonía con el art. 75 de la citada ley 80; c) Que ante la jurisdicción el proceso deberá tramitarse forzosamente por la vía ordinaria, si se quiere llenar la plenitud de las formas propias del juicio, tal como expresamente lo indica el art. 206 del c.c.a.; d) Que las acciones contractuales están, sin excepción, sometidas a la regla de la caducidad, tal como lo precisa el art. 136 n.l. 10 del c.c.a.; fenómeno que una vez producido extingue definitivamente la acción y tanto el acto como el contrato se vuelven irrevisables jurisdiccionalmente; y e) Que estas acciones se deben instaurar, sin excepción también, por personas legitimadas, ya que a partir de la ley 446 de 1998 ninguna de estas acciones, ni siquiera la de nulidad absoluta del contrato, tiene el carácter de pública o popular (arts. 87 del c.c.a., 45 y 46 de la ley 80 y 32 de la citada ley 446).”

39 Es el criterio de otro grupo de providencias de la Sección Primera, que sin ocuparse de teorizar al respecto entró a evaluar la legalidad de los contratos acusados vid. Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 25 de enero de 2001, Exp. AP 158, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia de 3 de mayo de 2002, Exp. AP 0308; Sentencia de 30 de noviembre de 2000, Exp. AP 115. En providencia de 19 de febrero de 2004, Exp. 20020055901, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta La Sección Primera fue explícita al señalar que “...la acción popular puede ejercerse respecto de actos administrativos y contratos

Criterio respaldado por varios comentaristas, que sostienen que:

estatales en la medida en que su existencia o ejecución implique un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, y por lo tanto con el único fin de evitar el primero o hacer cesar los segundos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, de suerte que sólo en esas circunstancias, esto es, cuando se vulnere o amenace un derecho colectivo y con el exclusivo fin de procurar su protección, es posible que en virtud de dicha acción se examine uno cualquiera de esos actos o la viabilidad o condiciones de su ejecución, sin que ello signifique que la misma sustituya, desplace o derogue las acciones contencioso administrativas previstas como mecanismos normales para el control de legalidad de los mismos, de suerte que el uso de la acción popular a esos fines es excepcional y restrictiva". La Sección Tercera desde un comienzo admitió la procedencia de la acción popular frente a contratos estatales, al encontrar determinado que no se trata de un instrumento procesal subsidiario. Aunque en un comienzo pareció negarlo desde el punto de vista conceptual (Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 6 de septiembre de 2001, Exp. AP 057, C.P. Jesús María Carrillo), en ocasiones ha reconocido su procedencia aunque no se haya ocupado de analizar la legalidad de los contratos atacados en la práctica ha terminado por suspender el contrato estatal (Sentencia de 17 de junio de 2001, Exp. AP 166, C.P. Alier E. Hernández Enríquez), mientras que en otras oportunidades ha admitido la posibilidad de decretar la nulidad de un contrato o un acto administrativo que afecte gravemente el disfrute y ejercicio de un derecho colectivo (Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. AP 1136 y Sentencia de 21 de marzo de 2002, Exp. AP 285, C.P. Jesús María Carrillo). De modo que “[a] partir de tal aceptación, la preocupación de esta Sala parece estar más encaminada a trazar los límites entre la acción contractual y la acción popular...mostrando preocupación por evitar fallos contradictorios” (HERNÁNDEZ, Alier, Las acciones...Ob. Cit.), vid. Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. AP 612, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Sentencia de 31 de octubre de 2002, AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia de 26 de septiembre de 2002, AP 537, C.P. María Elena Giraldo Gómez. La Sección Cuarta en Sentencia de 31 de mayo de 2002, Exp. AP 300, C.P. Ligia López Díaz revisó la legalidad de una conciliación: “el fallo...al parecer, entendió el asunto como de naturaleza contractual y aceptó que la acción popular procede en su contra” (HERNÁNDEZ, Alier, Las acciones...Ob. Cit.). En sentencia de 10 de julio de 2002, Exp. AP 0465, la misma sección avocó el conocimiento en sede popular del dominio.co. Por auto de 12 de mayo de 2003, Exp. 1300123310002003-90011-01 la misma Sala revocó la decisión del A Quo que rechazó una acción popular por estimar que las pretensiones que discuten la validez de un contrato no son susceptibles de estudio en sede popular. La Sección Quinta también admitió en su momento la procedencia de la acción popular en tanto se acredite la vulneración del derecho colectivo invocado e incluso ordenó la suspensión del contrato o anuló las estipulaciones de algunas cláusulas por ser contraria a los valores que tutelan la moral administrativa: vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia 1 de febrero de 2001, Exp. AP 151, C.P. Darío Quiñones P.; Sentencia de 12 de febrero de 2001, Exp. AP 008; Sentencia de 24 de agosto de 2001, Exp. AP 100, C.P. Darío Quiñones; Sentencia de 19 de julio de 2002, Exp. AP 098; Sentencia de 4 de septiembre de 2003, Exp. AP 435, C.P. Reinaldo Chavarro; Sentencia de 29 de mayo de 2003, Exp. AP 2599, C.P. Reinaldo Chavarro.

“ (...) En el caso de los contratos, la acción popular es procedente, sólo para conjurar el daño contingente, siempre y cuando la medida preventiva no conlleve adoptar decisiones que sean del resorte del juez del contrato en ejercicio de la acción prevista en el artículo 87 del C.C.A., sino únicamente las que tengan relación directa con la amenaza del daño colectivo. A manera de ejemplo, es factible una acción popular para obligar a un contratista a restituir el tránsito de una carretera deteriorada por la ejecución de una obra cuando quiera que esta circunstancia origine una amenaza a un derecho colectivo. Al igual, creemos que el juez de la acción popular si observa vicios de ilegalidad en la celebración del contrato, deberá señalarle al demandante que existe el camino de las acciones contenciosas.

La posibilidad de suspensión de la ejecución de un acto administrativo o de un contrato mediante la herramienta de la acción popular, a nuestro juicio deviene porque el juez no está facultado para negar esta acción aduciendo que existe otro medio de defensa judicial, basta únicamente que advierta la violación del derecho colectivo para que proceda a decidir de fondo el asunto”.⁴⁰ (Subrayas originales)

Desde una similar óptica se ha considerado que:

“De conformidad con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución, la actividad contractual del Estado, en tanto modalidad de la función administrativa, debe guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad. Esto significa que a través de los contratos también pueden vulnerarse, entre otros, los derechos colectivos a la moralidad y el patrimonio públicos.

(...)

40 ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro Ob. Cit. p. 161 y 162. Al decir de Botero “...nos referimos exclusivamente a los actos jurídicos bilaterales (contrato estatal, actas de acuerdo, actas de liquidación por mutuo acuerdo, etc.), que contienen tanto voluntad administrativa como voluntad privada y que pueden, bien desde su celebración (v. gr. violatorio de la seguridad pública o del patrimonio público) violar o amenazar un derecho colectivo.

(...)

Como ocurre con los actos administrativos, en ninguna parte se incluyó una causal de nulidad expresa sobre la violación o amenaza de derechos colectivos. A pesar de ello, en nuestra opinión, dicha causal de nulidad podría enmarcarse en la de objeto ilícito, pues como ya se demostró, un acto violatorio de un derecho colectivo es, en principio violatorio de la Constitución.

(...)

Esta Sentencia (Consejo de Estado, Sección Quinta, 19 de julio de 2002, Rad. 25000-23-26-000-2000-010401) acogió la tesis garantista y reconoce que, a pesar de que el objeto de la acción popular no es controvertir la legalidad de actos administrativos o contratos, si estos son la causa de la afectación o amenaza de un derecho colectivo, el juez puede anularlos de oficio” (BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe. Acción popular y nulidad de actos administrativos. Protección de derechos colectivos. Serie Lex Nova, Ed. Legis, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, primera edición, 2004, p. 139 a 144).

Cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se incurre en desviación de poder, que es causal de nulidad absoluta de los contratos (ordinal 3 del art. 44 de la ley 80 de 1993) y además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular.

La ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. Sin embargo, el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo”.⁴¹

Nótese que la jurisprudencia ha adoptado soluciones disímiles, por no decir antinómicas, que

“van desde la negativa rotunda a cualquier control -incluido el de la validez- de los contratos estatales, hasta la plena aceptación del mismo, la admisión de la posibilidad de que el actor popular solicite la nulidad absoluta del contrato estatal o de que el juez la declare de oficio, la suspensión de procesos precontractuales para que se cumplan determinados requisitos que el juez entiende necesarios para la tutela adecuada de los derechos colectivos, la suspensión temporal de los efectos de un contrato mientras el juez de la acción ordinaria contractual se pronuncia sobre su validez, la suspensión de obras que son fruto de un contrato por encontrarlas contrarias a dichos derechos, etc. En todo caso, existe una clara tendencia mayoritaria que admite la posibilidad de que la existencia o la ejecución de contratos estatales pudiera amenazar o vulnerar los derechos y los intereses colectivos, así como la procedencia, en estos casos, de la acción popular”.⁴² (Subrayas de la Sala)

No obstante lo expuesto, debe advertirse que, tratándose de la procedencia de la acción popular para discutir la validez de los contratos estatales no existe en la actualidad divergencia de criterios, como quiera que desde que asumió su conocimiento exclusivo la Sección Tercera ha guardado coherencia con el planteamiento expresado desde un comienzo. Con todo, a partir de la casuística, corresponderá al juez popular evaluar la existencia o no de violación del derecho

41 HOYOS DUQUE, Ricardo, La acción popular frente al contrato estatal, XIV Congreso Colombiano de Derecho procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Santiago de Cali, septiembre de 2003.

42 HERNÁNDEZ, Alíer. Ob. Cit.

colectivo invocado, al tiempo que habrá de determinar la medida procedente por adoptar, toda vez que la violación del mismo no está necesariamente determinada por la ilegalidad del contrato. Así, en aras de la clara definición de la línea jurisprudencial vigente, se reitera que cuando quiera que otros jueces hayan avocado el conocimiento del contencioso contractual, el juez popular puede tomar medidas diferentes como es, vgr., la suspensión de la ejecución del contrato, *“hasta tanto se defina la legalidad en este último proceso”*.⁴³

Ahora, por sabido se tiene que la actividad contractual es una modalidad de la función administrativa, pues como afirma Escola:

“El contrato administrativo no es sino una forma de la actividad administrativa, es decir, de aquella actividad estatal ‘que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos -que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos-condición- y operaciones materiales’ (Sayagués). La actividad administrativa es, en esencia, una actividad teleológica, que está enderezada al logro de una finalidad, la cual es la satisfacción de las necesidades colectivas y la obtención de los fines propios del Estado”.⁴⁴

Y así lo ha señalado la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional⁴⁵ como

43 Colombia. Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2002, Exp. AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque, en el mismo sentido Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. AP 537, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

44 ESCOLA, Héctor Jorge, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen I, Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, Pág. 110 y ss. En el mismo sentido también la doctrina extranjera ha indicado que: “...así como la concepción vigente crea ‘deberes’, también ocurre que limita o recorta ‘derechos’ originados en la autonomía de la voluntad negocial (...) El contrato no puede ser el campo del ‘abuso’, debe ser el ámbito destinado al ‘uso’. El interés particular debe compadecerse con el general o comunitario; el espíritu del lucro, el egoísmo, el afán de especulación, debe encontrar una barrera infranqueable en el bien común, la tranquilidad de todos. El Estado moderno está anoticiado acerca de la importancia de la contratación en orden a la satisfacción de las necesidades -lo cual hace que los contratantes sean, por lo común, ‘consumidores’ y ‘productores’ de bienes y servicios- y la trascendencia que las injusticias o los abusos tienen para la paz social. En tal sentido es que se afirma, cada vez con más fuerza, la ‘función social del contrato’ y la combinación que opera entre intereses privados y públicos”. (MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por Daños, Tomo II, El incumplimiento contractual. Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998, p. 27 y 28)

45 Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C 449 de 1992: “En cuanto a la excelencia en la gestión, ella se logra mediante la igualdad, la moralidad, la eficacia, la celeridad, la economía, la imparcialidad y la publicidad en la actuación estatal, todo ello inscrito en una actitud de servicio a la comunidad por parte de los funcionarios. Ello está contenido en los artículos 209 y 123 de la Constitución como parámetro específico de la función administrativa, y en forma genérica en el artículo primero, en cuanto consagra la prevalencia del interés general, así como en el artículo segundo, en la medida en que establece que es fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes. () la gestión -de la cual la contratación es una de sus formas-, en un Estado social de derecho debe inspirarse en los principios de legalidad, de independencia y colaboración armónica, y en criterios de excelencia” (negritas originales). En el mismo sentido CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 088 de 2000: *“Conviene recordar*

del Consejo de Estado,⁴⁶ de modo que de la función administrativa contractual se predicen los principios constitucionales de moralidad, eficacia y economía previstos en el artículo 209 Superior.

que en la Sentencia C-449 de 1992, esta Corporación enfatizó que la actividad contractual en el Estado Social de Derecho, es una modalidad de gestión pública que ha de guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad que los artículos 209 y 123 de la Constitución Política prevén, como parámetros específicos de la función administrativa y que, en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado Social de Derecho. En la ocasión en cita, la Corporación, además, destacó que el Congreso de la República es el órgano competente para expedir el Estatuto Contractual de la Administración Pública, de acuerdo al artículo 150, concordante con el 352 de la Carta Política, habida cuenta que ésta compromete el interés colectivo representado en el patrimonio público. Ciertamente, entonces, la Corte sostuvo: "...La *ratio juris* del estatuto contractual estriba en el hecho de que en un régimen democrático es preciso asegurar la intervención de un órgano colegiado de representación popular en un proceso que compromete la responsabilidad y el patrimonio nacional." (negrillas originales).

- 46 Colombia. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de noviembre 25 de 2004, Radicación: 110010326000200300055-01, Expediente: 25560, Referencia: Recurso de Anulación de Laudo Arbitral, Actor: Sociedad Centrimed Ltda., Demandado: Hospital Militar Central, C.P. German Rodríguez Villamizar: "...la legalidad propia del contrato estatal, ... como tal, constituye expresión nítida de la función administrativa .La conformidad, acatamiento y sometimiento estricto de los agentes del Estado y de sus colaboradores (contratistas) a los procedimientos y reglas previamente establecidos por el ordenamiento jurídico, es un **imperativo ético** de todo Estado de Derecho: El ejercicio mismo de las competencias en un Estado liberal está sometido a la ley. Ese es el **fundamento moral** de la tradición jurídico-política de occidente: El cumplimiento estricto y sin excepción, por parte de las autoridades, del derecho público de la nación (constitución, leyes, códigos civil y comercial, decretos, actos administrativos imperativos). A su vez, el principio de legalidad es la razón misma del derecho administrativo, al decir del profesor García de Enterría, para quien esta rama del derecho nació de la lucha contra la arbitrariedad y el despotismo del ancien régime" (negrillas originales). En el mismo sentido Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de marzo de 2005, Radicación número 25000232600020020121601 (27.921), Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y Otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías-INVÍAS, Referencia: Contractual Recurso ordinario de reposición, C.P. Ruth Stella Correa Palacio: "...por descontado se tiene que todo contrato estatal como expresión de la función administrativa (art. 209 C.N.), tanto en su celebración como en su ejecución busca el cumplimiento de los fines estatales, por manera que los contratistas colaboran en el logro de los mismos y, en consecuencia, cumplen una función social que implica obligaciones (art. 3 ley 80 de 1993), o lo que es igual, las partes convergen en la satisfacción de un interés público y ello es así -como afirma Vedel- porque el objetivo perseguido por la Administración "debe ser siempre un objetivo de interés público", por ser éste el fin de la actividad del Estado."

En consonancia con este mandato fundamental, el artículo 3 de la ley 80 de 1993 establece que con la celebración de los contratos los funcionarios deben buscar el cumplimiento de los fines estatales, en tanto la actividad contractual es una *“forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales”*, además de *“cumplir una función social, la cual implica obligaciones”*. Resulta claro que el desconocimiento de estos principios constitucionales y legales que deben orientar la contratación estatal, puede comprometer derechos e intereses de contenido colectivos.

Con toda razón Casagne estima que:

“El contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo...La finalidad pública y no la competencia jurisdiccional es lo que define y tipifica la institución del contrato administrativo con rasgos peculiares que lo distinguen tanto del contrato civil entre particulares como del regido parcialmente por el derecho civil...”:⁴⁷

Con esta perspectiva, el inciso segundo del artículo 40 de la ley 472 prevé la responsabilidad solidaria entre el representante legal de la entidad contratante y el contratista por sobrecostos e irregularidades cometidas en la contratación, en los siguientes términos:

“cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y el contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso”.

De la lectura de esta norma, se infiere que para el legislador era claro que es posible vulnerar los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa con la celebración de contratos estatales en los dos eventos allí consignados (sobrecostos e irregularidades provenientes de la contratación). Corresponderá al juez, en cada caso en concreto, definir si se configura o no esa trasgresión.⁴⁸

Ahora bien, al conocer de una demanda de inconstitucionalidad contra el precepto transcrito la Corte señaló:

47 CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, Pág. 15 y ss.

48 HOYOS DUQUE, Ricardo. Ob. Cit.

“No se trata, pues, de que a través de las acciones populares, se debatan y decidan controversias de tipo contractual, que tienen bien definidas las reglas que les corresponden y que son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme al estatuto contractual de la administración y al código respectivo”.⁴⁹ (Subrayas no originales)

En oportunidad precedente, la Sala había entendido que esta afirmación de la Corte Constitucional que *prima facie* parece excluir del conocimiento del juez popular toda controversia atinente al contrato estatal, en modo alguno resultaría vinculante, por tratarse de un típico *obiter dictum*, esto es, una aseveración carente de fuerza vinculante obligatoria -en los términos del artículo 48 LEAJ- por ser ajena a la *ratio decidendi* del fallo de constitucionalidad.⁵⁰ Una segunda lectura del párrafo transcrito, independiente de su fuerza vinculante, permite a la Sala concluir que lo que en realidad la Corte Constitucional señaló fue que las acciones populares no tienen por vocación convertirse en sucedáneo de las acciones contenciosas al efecto previstas por el C.C.A., pero ello no excluye -como en efecto no lo hace la Corte, como tampoco lo hace la ley 472- que un contrato estatal pueda eventualmente vulnerar o amenazar un derecho o interés colectivo y, por ende, tornar procedente su amparo en sede popular.

Retomando la idea expresada líneas arriba según la cual la contratación es expresión de la función administrativa, al tenor de lo dispuesto por el artículo 9 de la ley 472, las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. Dispositivo legal reiterado por el artículo 15 *eiusdem* que atribuye a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la com-

49 Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C 088 de 2000.

50 Colombia. Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2002, Rad.52001233100020001059-01, Exp. AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque: “no tiene carácter vinculante porque la decisión versó sobre la constitucionalidad de la disposición que ordena a los representantes legales de las entidades públicas responder solidariamente con los contratistas, en los eventos en los cuales se incurra en sobrecostos u otras irregularidades en la contratación estatal, pero no tenía por objeto definir la procedencia de la acción popular para la protección de derechos colectivos cuando su afectación estaba relacionada con la celebración de un contrato estatal. En la sentencia no se justificó por qué los asuntos contractuales no podían ser cuestionados ante el juez de la acción popular a pesar de que los mismos involucraran la vulneración de derechos colectivos y tampoco se condicionó el fallo en esos términos”. “En consecuencia, la afirmación hecha por la Corte Constitucional en la sentencia C-088 de 2000 de que a través de las acciones populares no pueden ser debatidas ni decididas controversias de tipo contractual, constituye un *obiter dicta* o dicho al pasar y por lo tanto, carece de fuerza obligatoria. En este orden de ideas, el juez de la acción popular es quien tiene competencia para definir los eventos en los cuales para protección del derecho o interés colectivo hay lugar a examinar la legalidad de un contrato estatal”.

petencia para conocer de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones populares originadas en “*actos, acciones, u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas*”.

En armonía con estos preceptos, el artículo 34 eiusdem prescribe que la sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o no hacer y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o interés colectivo, cuando fuere físicamente posible.

Es importante advertir que cuando estas normas aluden a acciones de las autoridades públicas, resulta claro para la Sala que este concepto genérico incluye, por supuesto, la celebración de contratos, por lo que no resulta, entonces, difícil admitir el examen de validez del contrato en sede popular.

En definitiva, si se acude al contexto mismo de la ley 472, como a sus antecedentes arriba reseñados, se ilustra el sentido indicado. Una lectura sistemática que establezca correspondencia y armonía entre cada uno de sus dispositivos (arts. 9, 15, 34 y 40) permite concluir que los contratos estatales son susceptibles de evaluación por parte del juez popular cuando quiera que se amenace o vulnere un derecho colectivo, siendo del caso -incluso- examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta, en tanto que esta hipótesis se acompasa mejor a las otras preceptivas que gobiernan la materia (Código Civil, Código de Comercio y ley 80 de 1993), en

tanto que sólo ésta puede ser declarada oficiosamente, al tiempo que -con su ocurrencia- resulte más clara la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo.⁵¹

51 “*La jurisprudencia del Consejo de Estado, hasta el momento, parece referirse únicamente a la posibilidad de declarar la nulidad absoluta, excluyendo la relativa; esa conclusión se conforma mejor con la preceptiva legal en esta materia que sanciona la generalidad de las irregularidades con la nulidad relativa y reserva la absoluta para casos excepcionales, tanto en el código civil y en el de comercio como en la ley 80 de 1993; permite el saneamiento, sin exclusiones, de la primera, bien por ratificación de las partes o por el transcurso del tiempo, mientras que restringe el de la segunda, a veces de manera absoluta, en otras de manera parcial; mientras la nulidad relativa debe ser pedida, en todos los casos, por las partes, su declaración, desde que está vigente el artículo 2º de la ley 50 de 1936, puede ser declarada por el juez sin necesidad de petición de parte, la cual puede ser formulada también por “todo el que tenga interés en ello” y por el ministerio público. Está, pues, proscrita legalmente toda posibi-*

Con todo, no debe perderse de vista que la Sala ha advertido -criterio que se reitera en esta oportunidad- que cuando cursa proceso ante el juez natural del contrato, el juez popular, porque entiende que es suficiente garantía para el derecho colectivo, debe ser muy cuidadoso al adoptar las medidas del caso:

“Como quiera que el contrato materia de esta acción popular actualmente es objeto de una acción contractual ante el juez administrativo en razón de la demanda de nulidad absoluta que en reconvencción formuló la administración, la cual deberá resolverse en los términos del art. 44 y siguientes de la Ley 80 de 1993,

lidad de que el juez, cualquiera él sea y por lo tanto también el de la acción popular, declare oficiosamente una nulidad relativa, y no se atisba tampoco la posibilidad de que una irregularidad de esa naturaleza pudiera amenazar o quebrantar los derechos colectivos, circunstancia que, en la práctica, deja vigente únicamente la hipótesis de la nulidad absoluta.” (HERNÁNDEZ, Alier. Las acciones populares...ob. cit.). En otro documento el mismo autor plantea las dificultades que enfrenta el tema en materia contractual: “... mientras en relación con los actos se ha instituido únicamente la nulidad, sin calificativos, para los contratos existe la nulidad absoluta y la relativa que tienen causales y fundamentos distintos y la legitimación para pedirlos varía en uno y otro casos; la competencia para conocer de las controversias contractuales (y ésta de la nulidad es una de ellas), no siempre está radicada en la sede del juez administrativo : esa es la regla general del artículo 75 de la ley 80 de 1.993 lo cual no impide que algunas de ellas estén sujetas al conocimiento de la jurisdicción ordinaria (...).si el propósito que mueve al actor es el interés general de restablecer el orden jurídico violado, puede pedirse por cualquier persona (siendo, desde este ángulo una acción popular), la nulidad de los contratos, si es relativa sólo se puede pedir por las partes, y, si es absoluta, pueden hacerlo, además, el ministerio público o un tercero con interés directo. No hay decisiones judiciales que hayan elaborado aproximaciones generales sobre este punto; sin embargo, tomando en cuenta la legislación existente, se podría aventurar la tesis de que, siendo la regla general que compete al juez del contrato pronunciarse sobre su validez, la situación varía cuando se trata de la nulidad absoluta, pues , en los términos del artículo 87 del C.C.A., “El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso” y, siempre que en él (en el proceso) “intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”. Según lo han entendido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y la Sección Tercera del Consejo de Estado, siempre que se cumpla esa doble condición, el juez administrativo dispone de la prerrogativa de declarar la nulidad absoluta del contrato en cualquier proceso, y no solo en los procesos contractuales, lo cual, estimo, que admite la posibilidad de que tal cosa ocurra en el proceso originado en una acción popular.” (HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier, La presunción de legalidad de los actos administrativos y de validez de los contratos estatales en las acciones populares. conferencia IARCE , 26 de octubre de 2001, en Revista del mismo Instituto, 2002)

se suspenderá su ejecución, hasta tanto se defina su legalidad en este último proceso”.⁵²

En todo caso, es preciso anotar que en estos casos no es dable hacer aseveraciones de carácter absoluto, sino que, a partir de la casuística, corresponderá al juez popular evaluar con suma atención la procedencia de la medida que al mismo tiempo permita la protección del derecho colectivo vulnerado, sin atentar contra la seguridad jurídica, pilar básico de todo Estado de Derecho.⁵³

Por lo demás, no está llamada a prosperar la excepción de pleito pendiente propuesta en el escrito de contestación de la demanda (fls. 35 a 64 c. 1), como en la sustentación del recurso de apelación interpuesto al fallo de primera instancia (fls. 826 a 868 c. 1), pues al tenor de lo dispuesto por el artículo 23 de la ley 472 de 1998 sólo podrán proponerse las excepciones previas de falta de jurisdicción y cosa juzgada.

En cuanto hace a las excepciones propuestas de “*inexistencia de los intereses amenazados y de las causales invocadas*”, comoquiera que estas excepciones están encaminadas a establecer que no existe amenaza o vulneración alguna de los derechos colectivos invocados, materia justamente asunto del proceso, su procedencia o no, sólo podrá determinarse al final del mismo, luego del estudio respectivo de los hechos y las pruebas.

52 Colombia. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2002, Radicación número: AP- 52001233100020001059-01, Exp. AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Actor: Jesús Orlando Mejía Yépez, Demandado: Empresa Licorera de Nariño y Otros, Referencia: Acción popular.

53 La Sala de forma reiterada ha señalado la cláusula Estado Social de Derecho no niega los rasgos distintivos clásicos de la cláusula Estado de Derecho, sino que por el contrario participa de ellos. (GARCÍA-PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo, Alianza Universidad, novena reimpresión, 1995, Madrid, p. 56). Vid Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de marzo de 2005, Radicación número 25000232600020020121601 (27.921), Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y Otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías-INVÍAS, Referencia: Contractual Recurso ordinario de reposición, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; en el mismo sentido Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de noviembre 25 de 2004, Radicación: 110010326000200300055-01, Expediente: 25560, Ref. Recurso de anulación de laudo arbitral, Actor: Sociedad Centrimed Ltda., Demandado: Hospital Militar Central, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Una vez establecida la procedencia de la acción popular para decidir asuntos en relación con los contratos estatales cuando con éstos se vean afectados derechos o intereses colectivos y, las consecuencias jurídicas que su ejercicio puede acarrear, se debe precisar la legitimación para ejercitar una acción popular en este sentido y, entonces, con ella solicitar medidas en relación con un contrato estatal.

3. Legitimación universal de las acciones populares

El art. 87 del C. C. A.⁵⁴ estatuye que sólo están legitimados para demandar la nulidad absoluta del contrato, las partes, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo en el mismo, y así mismo podrá ser declarada de oficio por el juez cuando esté plenamente demostrada y siempre que en el proceso intervengan las partes o sus causahabientes. Y si bien el artículo 45 de la ley 80 de 1993 le había dado el carácter de popular a la acción de nulidad absoluta de los contratos, ya que extendió la legitimación a “cualquier persona”, además de las partes, el Ministerio Público o la oficiosidad del juez, se debe aplicar al art. 32 de la Ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 87 del C. C. A., por ser de carácter posterior en el tiempo y especial en materia de procedimiento.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-221 del 14 de abril de 1999, declaró la exequibilidad de dicho artículo 32 de la Ley 446 de 1998 al estimar que:

“...no siendo una acción pública de rango constitucional, bien puede el Legislador, en ejercicio de su libertad de configuración legislativa, restringir la titularidad de la acción o someter su ejercicio al cumplimiento de requisitos y condiciones razonables, atendiendo criterios de política legislativa, en aras de la efectividad de otros principios constitucionales, como el de la pronta y oportuna decisión por la justicia contencioso administrativa de las controversias contractuales que le son sometidas

(...)

Es obvio que dicho interés directo radica esencialmente en quienes intervinieron en el proceso licitatorio. Empero, **no puede considerarse que el interés directo se circunscriba a esta sola circunstancia de representar un interés meramente patrimonial y exclusivo, porque, repárese bien, en que al demandarse la nulidad se protege igualmente el interés general**”. (Negrillas fuera del texto original)

54 Colombia. Modificado por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989 y este a su vez por el artículo 32 de la ley 446 de 1998.

Por lo demás, cuando mediante una acción popular se busca atacar un contrato estatal, estará legitimada cualquier persona (art. 12 ley 472), siempre y cuando con su instauración se pretenda proteger los derechos e intereses colectivos y, en este último evento, se encuentre plenamente demostrada dicha amenaza o vulneración al interior del proceso y hayan concurrido a él las partes contratantes, para garantizar así el derecho de defensa. Esa titularidad de la acción popular en toda persona está plenamente justificada, ya que esta última no pretende sustituir las acciones ordinarias, sino la defensa de un derecho o interés colectivo, como ya se expuso, dentro del marco de un conflicto en interés general.

Comoquiera que en el presente caso, la parte actora considera que el derecho colectivo a la moralidad administrativa ha sido vulnerado en conexión con el derecho a la salvaguarda del patrimonio público, la Sala hará una breve aproximación al tema, para más adelante entrar a estudiar la imputación con base en las pruebas que obran en el expediente.

4. Derechos colectivos invocados: Moralidad administrativa y defensa del patrimonio público

Pretender definir normativamente la moralidad administrativa⁵⁵ es un cometido complejo que bien podría incluso en esta materia lesionar el pluralismo consignado como una de las características distintivas de nuestro Estado Social de Derecho (art. 1 C.P.). De allí que la moralidad administrativa prevista como derecho colectivo en el artículo 88 Superior en el literal b) del artículo 4 de Ley 472 de 1998, y en el artículo 209 C. P. como principio que debe inspirar la actividad de la administración, tiene una textura abierta que llama al juez en el caso concreto a configurarla, pero no de forma subjetiva, sino atendiendo a la finalidad legal que ha de orientar la acción u omisión de la autoridad pública o del particular que haya violado o amenace violar dicho derecho. Hace parte de lo que la doctrina y

55 Sobre la moral como fin de la acción administrativa ver GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, Administración pública y moral, Cuadernos Civitas, Madrid, primera edición, 1995, p. 45.

Una buena aproximación conceptual de la ética pública en PECES-BARBA, Gregorio, Ética, poder y derecho, Centro de estudios constitucionales, Cuadernos y Debates No. 54, Madrid, 1995, p. 75 y ss.

En torno al debate moral y derecho, puede consultarse SALMERÓN, Fernando. Sobre moral y derecho, apuntes para la historia de una controversia, en Isonomía No. 5, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, octubre de 1996, p. 79 y ss.

la jurisprudencia denominan “*conceptos jurídicos indeterminados*”⁵⁶ o “*normas flexibles*” que, como advierte García de Enterría,

“son consustanciales a toda la técnica jurídica y no constituyen una particularidad del Derecho público

(...)

Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; (...) Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta.

(...)

La funcionalidad inmediata de esta fundamental distinción se comprende en seguida; allí donde estemos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, allí cabe con perfecta normalidad una fiscalización jurisdiccional de su aplicación”.⁵⁷

En tal virtud, la Sala ha entendido como contraria a la moralidad administrativa toda actuación no coherente con el interés de la colectividad y, en particular, con los fines que persiguen las facultades asignadas al funcionario que las ejerce. Con esta perspectiva, esta Corporación ha señalado unos parámetros orientadores del proceso de concreción de este concepto jurídico indeterminado al caso concreto por parte del juez de conocimiento:

“El derecho o interés colectivo a la **moralidad administrativa** no se encuentra definido en la Ley 472 de 1998, pues el legislador al desarrollar las acciones po-

56 Colombia. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 16 de marzo de 2005, Radicación número 25000232600020020121601 (27.921), Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y Otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías-INVÍAS, Referencia: Contractual Recurso Ordinario de Reposición, C.P. Ruth Stella Correa Palacio: “La redefinición, pues, del ámbito de la discrecionalidad y su limitación a través del control jurisdiccional es la lucha del derecho administrativo en los últimos cincuenta años, que cobija incluso a los llamados “*conceptos jurídicos indeterminados*” que en realidad no le dejan a la Administración la libertad de optar entre varias posibilidades de actuación, en tanto no hay múltiples soluciones para la Administración, sino una sola justa, esto es, ajustada a los fines del derecho. Al fin y al cabo, la limitación de la actividad discrecional en función de la idea de fin, únicamente puede hacerse efectiva mediante la fiscalización jurisdiccional, en tanto -como afirma Vedel- discrecionalidad no quiere decir arbitrariedad, es más se trata de conceptos antagónicos”.

57 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La lucha contra las inmunidades del poder, Cuadernos Civitas, Madrid, Tercera Edición, segunda reimpresión, 1995, p. 33 a 42.

pulares y de grupo, sólo reconoció su carácter de derecho colectivo (artículo 4°), en los antecedentes de esta ley al precisar como derecho colectivo 'la moralidad administrativa y la prevención de cualquier práctica corrupta por parte de los servidores públicos', se consignó la siguiente definición: 'Se entenderá por moralidad administrativa, el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario' (Cfr. Gaceta del Congreso N° 277 de septiembre 5/95 Pág. 1).

Lo expuesto permite afirmar que, la **moralidad administrativa** entre otros, persigue el manejo adecuado del erario público y en general que los funcionarios públicos asuman un comportamiento ético frente al mismo, pues los servidores públicos pueden incurrir en conductas que la generalidad tacharía de inmorales, o en otras que podrían ser sancionadas disciplinaria o penalmente⁵⁸.

Ahora bien, la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, puede comportar afectación de otros derechos colectivos, en especial la preservación del patrimonio público, como lo ha anotado la Sala:

"...aunque pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias..., en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsible, entre otros"⁵⁹.

Con apoyo en ello, el patrimonio público ha sido definido jurisprudencialmente en los siguientes términos:

"Por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales. La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular.

58 Colombia. Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 14 de noviembre de 2002, Exp. AP-616, C.P. María Inés Ortiz Barbosa.

59 Colombia. Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de junio de 2001, Exp. AP-166, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

La protección del Patrimonio Público busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y transparente, conforme lo dispone el ordenamiento jurídico y en especial las normas presupuestales.

Para la Sala, el debido manejo de los recursos públicos, la buena fe y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, enmarcan el principio de moralidad administrativa, ámbito dentro del cual se debe estudiar el caso concreto”.⁶⁰

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sección:

“Esta Sala,⁶¹ teniendo en cuenta la textura abierta del principio de moralidad administrativa y con la finalidad lograr su aplicación esbozó una solución que propone la concreción del mismo, mediante ejemplos, de manera que dicha concreción se convierte en el elemento que hace reaccionar al principio con un alcance determinado.

Ahora bien, con el objeto de precisar aún más la aplicación del principio que se estudia, esta Sala en la sentencia AP-170 de 2001, señaló ‘que la regla que concreta a la moralidad administrativa como derecho colectivo, esto es, el art. 4 de la ley 472 de 1998, es asimilable a lo que en derecho penal se ha denominado norma en blanco, pues contiene elementos cuya definición se encuentra, o se debería encontrar, en otras disposiciones, de manera que para aplicar la norma en blanco, el juez deberá estarse a lo que prescribe la norma remitida respecto del concepto no definido en aquella.’

La moralidad administrativa y el patrimonio público: Para la Corte Constitucional,⁶² la moralidad, “en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad”

Lo expuesto por la Corte pone en evidencia la estrecha relación entre los derechos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, que, en ocasiones, los hace inescindibles, aunque cada uno de ellos posea una naturaleza distinta e independiente.

En efecto, la defensa del patrimonio público, como derecho colectivo, hace alusión al interés que tiene la comunidad en general para proteger los elementos

60 Colombia. Sentencia del 31 de mayo de 2002. Rad. AP-300. Consejo de Estado. Sección Cuarta, C.P. Ligia López Díaz.

61 Colombia. Sentencia de 16 de febrero de 2001. exp. AP 170, C.P. Alir E. Hernández Enríquez.

62 Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-046 de 1994.

que lo componen;⁶³ a su vez, la moralidad administrativa no tiene un contenido predeterminado, pues como se dijo, se precisa en cada caso.

Dada la estrecha relación existente entre los derechos en cuestión, es probable que la vulneración de uno de ellos conlleve la del otro, sobre todo si se tiene en cuenta que ‘es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público’;⁶⁴ no obstante, la anterior no constituye una regla absoluta.”⁶⁵

Procede la Sala a estudiar el caso concreto puesto en su conocimiento. Así, en primer lugar se establecerán los hechos aquí alegados, en concordancia con el material probatorio aportado legalmente al proceso.

5. El caso concreto.

5.1 Hechos probados

A continuación se reseñan en orden cronológico los hechos probados más relevantes en relación con el contrato No. 038/99 celebrado entre el señor Amadeo Tamayo Morón y el Departamento del Cesar:

a. El **10 de febrero de 1999** se llevó a cabo una reunión de los gobernadores de la Costa Atlántica, con participación del Viceministro de Energía de la época y quienes al momento se desempeñaban como representantes de la Comisión Nacional de Regalías, de la Financiera Energética Nacional y del Programa PLANIEP de CORELCA, cuya acta reposa en el expediente. En dicha reunión se aprobó por unanimidad la participación, montos y porcentajes en la distribución de los recursos correspondientes a las inversiones del programa PLANIEP, y el valor allí reconocido al Departamento del Cesar por su contribución a través del PLANIEP en ELECTROCESAR S.A. E.S.P., fue de \$11.974’783.523.20 (copia auténtica fls. 426 a 428 c. 2; fls. 47 a 49 Anexo 3).

63 La doctrina ha considerado que el patrimonio público está compuesto por tres clases de bienes: el territorio, los bienes de uso público y los bienes fiscales (Libardo Rodríguez, Derecho Administrativo Parte General y Colombiano, Décima Edición, P. 172 a 184)

64 AP-166 de 2001, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

65 Colombia. Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 2004, Exp. AP-00336, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

b. El **25 de marzo de 1999** el Dr. Tamayo Morón dirigió un escrito al liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P. en el cual presentó las siguientes reclamaciones:

1) Registro de capitalización y expedición de títulos o certificado de acciones, a favor del Departamento del Cesar, en su condición de socio de ELECTROCESAR S.A. E.S.P., por los siguientes aportes:

a. Cofinanciación para la ejecución de las obras del PLANIEP, la suma de \$11.974'783.523.

b. Obras realizadas con recursos propios del Departamento, para ensanche del sistema eléctrico por un valor de \$6.000'000.000.

c. Obras de electrificación ejecutadas con recursos del Fondo Nacional de Regalías.

d. Obras construidas con dineros girados por los Fondos de Cofinanciación y otras entidades del orden nacional.

e. Obras eléctricas ejecutadas con recursos derivados de estampillas pro-electrificación rural.

2) El reembolso a la Tesorería del Departamento de los dineros recaudados de estampillas pro electrificación rural no invertidos por ELECTROCESAR S.A. E.S.P.

3) La devolución a Tesorería de las estampillas que aún reposaban en la Electrificadora. (Copia auténtica fls. 2 a 7 anexo 3.)

c. El **7 de abril de 1999** el Director General de Presupuesto del Departamento del Cesar expidió certificado de disponibilidad presupuestal-CDP No. 99-00146 en el cual se indica que en el presupuesto de rentas y gastos de esa vigencia fiscal existe disponibilidad en el rubro 2.1.1.02.01 en la cuenta 'honorarios personales' por valor de \$20.000.000,00 *"para la realización de un contrato de asesoría, vigilancia, consultoría y gestión profesional en el (sic) proceso de privatización del sector eléctrico de la Costa Atlántica particularmente de Electrocesar S.A. E.S.P. en liquidación"* (copia auténtica fl. 609 c. 2).

d. El día **8 de abril de 1999**, el Gobernador del Departamento del Cesar de la época LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR y AMADEO TAMAYO MORÓN celebraron el contrato No. 038, el cual consta de XIX cláusulas y cuya copia expedida por la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos del Departamento del Cesar el día 30 de noviembre de 2001, reposa en el expediente (fls. 2 a 5 c. 1).

El objeto del contrato, nominado de ASESORÍA, CONSULTORÍA Y GESTIÓN, según su cláusula I consistía en:

“...realizar todas las actividades necesarias de asesoría y gestión profesional, así como los estudios jurídicos y técnicos, informes y similares que se requieran para obtener las indemnizaciones o compensaciones por el no cumplimiento del Gobierno Nacional, a lo dispuesto en los artículos 23 y 40 de las Leyes 226 de 1995 y 344 de 1996, respectivamente en el proceso de privatización del sector eléctrico en la Costa Atlántica y a realizar todas las acciones que haya lugar para el reconocimiento de los derechos del Departamento dentro del proceso liquidatorio de ELECTROCESAR S.A. E.S.P. El desarrollo del objeto de este contrato realizará las siguientes labores: 1.1: revisión y evaluación de la documentación existente para sustentar las reclamaciones y configurar la existencia de los derechos. 1.2: hacer los trámites de agotamiento de la vía gubernativa. 1.3: apoderamiento, gestión y trámite de las gestiones judiciales encaminadas a obtener las indemnizaciones o compensaciones respectivas y la efectividad de los derechos constitucionales y legales que le correspondan al Ente Territorial. 1.4: Como consecuencia de los anteriores, adelantar idénticas actividades y gestiones sobre derechos que se vayan generando y que puedan ser reivindicados a favor del Departamento del Cesar”.

Así mismo, la cláusula III previó frente a los honorarios del contratista:

“...el valor de los honorarios a reconocer, se determinarán en un porcentaje del DIECISÉIS POR CIENTO (16%) del total de las acciones (valor nominal) que por gestión comprobada del CONTRATISTA, incremente el porcentaje del Departamento del Cesar. Así mismo también (sic) un porcentaje igual del 16% sobre el valor de los créditos o derechos que el CONTRATISTA haga reconocer a favor del Ente Contratante ya sea agotando las reclamaciones, peticiones y en general las acciones extrajudiciales y judiciales a que haya lugar. En ambos casos, se deberá probar por parte del CONTRATISTA el desarrollo de tales actividades o gestiones material y temporalmente entendido, es decir, que en todos los eventos el resultado sea posterior a la fecha del perfeccionamiento del presente contrato”.(subrayas de la Sala)

En materia de garantía, en la cláusula XIII las partes convinieron lo siguiente:

“El CONTRATISTA se compromete a constituir a favor del Departamento una garantía única que cubra todas las obligaciones contractuales en los términos del numeral 19 del art. 25 de la Ley 80 de 1993 y los arts. 16 y 17 del Decreto 679 de 1994, la garantía deberá constituirse por un valor equivalente al 15% del monto total del contrato y deberá mantenerse en vigencia durante su término de duración. La garantía deberá ser aprobada por el Gobernador del Departamento en cumplimiento del art. 18 del Decreto 679 precitado”.

Por fin, en cuanto al perfeccionamiento y ejecución del contrato No. 038 la cláusula XIX estableció:

“En cumplimiento del inciso 1º del art. 41 de la Ley 80 de 1993 este Contrato se entenderá perfeccionado con las firmas de las partes. Su ejecución no podrá iniciarse hasta cuando se aprueben las garantías” (Negrillas de la Sala).

e. El día **9 de abril de 1999**, las partes contratantes celebraron “*el contrato aclaratorio No. 01 del contrato de prestación de servicios profesionales No. 038 de 1999*”, mediante el cual se modificó la cláusula XIV del mismo, en el sentido de que el valor fiscal del contrato No. 038-99 sería de \$20'000.000, y no de \$10'000.000 como se había estipulado inicialmente. (Copia auténtica fl. 6 c.1.).

En la copia auténtica del contrato original que reposa en el expediente, el valor fiscal del contrato se encontraba estipulado en la cláusula V en \$20'000.000. (fl. 3 c. 1)

f. El día **21 de mayo de 1999**, fue elevada a escritura pública No. 841 el acta en la que quedó consignada la reunión de gobernadores de la Costa Atlántica celebrada el **10 de febrero de 1999** y en la cual le fueron reconocidos al Departamento de Cesar \$11.974'783.523.20. por su participación a través del PLANIEP en ELECTROCESAR S.A. E.S.P., ante la Notaría Segunda del Círculo de Valledupar, otorgada por el liquidador de la Electrificadora del Cesar S.A. E.S.P., en su calidad de representante legal de la misma (copia auténtica fls. 424 a 435 c.2; fls. 44 a 46 anexo 3)

g. El día **27 de mayo de 1999**, el Departamento del Cesar efectuó a favor del contratista un anticipo por valor de \$10'000.000 por concepto de gastos de administración del contrato No. 038-99, de conformidad con lo dispuesto por la cláusula XIV (copia auténtica del comprobante de egresos fl. 627 c.p.).

h. El día **8 de junio de 1999**, el liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P., mediante Resolución No. 038 que determinó los bienes que hacen parte de la masa de liquidación, aceptó la reclamación hecha por Tamayo Morón el día 25 de marzo de 1999, en relación con las estampillas pro electrificación rural por un valor de \$130'173.522.82 y negó las demás reclamaciones. (Copia auténtica fls. 18 a 25 anexo 3)

i. El día **28 de junio de 1999**, el contratista presentó recurso de reposición contra la citada Resolución No. 038 (copia auténtica fls. 33 a 38 anexo 3).

j. El día **25 de agosto de 1999** el liquidador al resolver el recurso propuesto mediante Resolución No. 076 no accedió a lo pedido por el impugnante y por lo tanto confirmó en todas sus partes la Resolución No. 038 (copia auténtica fls. 39 a 43 anexo 3).

k. El día **17 de noviembre de 1999**, mediante acto administrativo, cuya copia auténtica reposa en el expediente (fl. 645 c.2.), la Gobernación del Cesar aprobó la póliza de garantía No. 0210479659 (copia auténtica fls. 649 y 650 c.2.) expedida por la Compañía de Seguros La Previsora S.A. el mismo **17 de noviembre de 1999**, y en la cual figura como tomador Tamayo Morón y como asegurado el Departamento del Cesar. El valor asegurado es de \$3'000.000 y su vigencia desde el 8 de abril de 1999 hasta el 08 de abril de 2000.

l. El **22 de diciembre de 1999** la jefe de Presupuesto, Mercedes Pérez Maestre, expidió el Registro Presupuestal No. 99-0015, por valor de \$20.000.000,00 con cargo al rubro 2.1.1.02.01 (imputación presupuestal) 'servicios personales', con código contable 031501010001 para descarga R CDP No. 99-00146,99- Amadeo Tamayo Morón (copia auténtica fl. 608 c. 2).

m. El **18 de abril de 2000**, el contratista dirigió al Gobernador del Departamento del Cesar un oficio remitido vía fax en el que se lee:

“En desarrollo de la gestión que la Gobernación a su digno cargo me encomendara, de que trata el asunto de la referencia, me permito acompañar, con anexos correspondientes, la comunicación que Usted debe dirigir al señor Liquidador de la ELECTRIFICADORA DEL CESAR S.A. E.S.P.”

Aparece como referencia de este escrito:

“ASUNTO: RECUPERACIÓN DE ACTIVOS DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR, EN LA LIQUIDACIÓN DE LA EMPRESA ELECTRIFICADORA DEL CESAR S.A. E.S.P.”. (Folio 661 c.2 copia auténtica del envío vía fax, cuyo reporte de transmisión tiene fecha y sello de recibido de la misma fecha).

n. El día **12 de abril de 2000** el Gobernador del Departamento del Cesar, suscribió una comunicación -recibida según sello, el **18 de abril de 2000**- dirigida al liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P., en la cual solicita la contabilización en los activos de dicha Electrificadora, de los bienes que el Departamento del Cesar entregó a ELECTROCESAR, referentes a obras e inversiones del Departamento (diferentes al PLANIEP), con dineros provenientes del Fondo Nacional de Regalías, del Fondo DRI, de recursos propios y de recursos por estampillas pro electrifica-

ción rural, cuyos valores indexados se determinaron en un anexo adjunto a dicha comunicación, ascendiendo a \$11.841'963.870 (copia auténtica fls. 662 a 664 c. 2).

ñ. El día 13 de junio de 2000, las partes contratantes celebraron el contrato aclaratorio No. 02 del contrato de prestación de servicios profesionales No. 038 de 1999 por el cual se adicionó un parágrafo a la cláusula tercera del mismo, del siguiente tenor:

“En todo caso el valor de los honorarios pactados no será acumulativo, SINO SIEMPRE Y EXCLUSIVAMENTE DE UN DIECISÉIS POR CIENTO (16%), ya sea que como consecuencia de la gestión del Contratista, se reconozcan a favor del Departamento del Cesar, acciones (valor nominal), créditos o derechos, indemnizaciones o compensaciones”. (Copia auténtica fl. 7 c.p.),

ñ. El día 21 de julio de 2000, mediante Resolución No. 030 el liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P., resuelve positivamente la solicitud hecha por el Gobernador del Departamento del Cesar, recibida el 18 de abril del mismo año y ordena la contabilización de un pasivo interno a favor del Departamento del Cesar, por un valor de \$11.841'963.870, el cual sería contabilizado en la cuenta de depósito para futuras suscripciones de acciones. (Copia auténtica fls. 665 a 678 c.2)

o. El día **26 de septiembre de 2000** el contratista dirigió un escrito al Gobernador del Cesar, contentivo de un informe final acerca de las gestiones por él desempeñadas, con el fin de *“proceder a la liquidación bilateral o consensual”* del contrato administrativo No. 038-99 y al consecuente pago de honorarios en su favor los cuales fueron estimados por el contratista en \$3.832'260.085.54, correspondientes al 16% de \$23.951'625.534.63, suma que él consideró correspondía al total de dinero reconocido y reivindicado al Departamento del Cesar gracias a su gestión. (Copia auténtica fls. 276 a 286 anexo 3)

p. El día **2 de octubre de 2000**, las partes contratantes suscribieron el acta de liquidación del contrato No. 038-99, (copia auténtica fls. 8 a 10 c. 1), en la cual se estipularon los siguientes valores como rubros reivindicados por el contratista a favor del Departamento del Cesar:

| DERECHOS REIVINDICADOS A FAVOR DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR. | | | | VALOR REIVINDICADO |
|--|-----------------|-----------------|-----------------|---------------------|
| Por reconocimiento, capitalización y aumento accionario por obras del programa Plan de Inversiones Prioritarias de la Costa Atlántica - PLANIEP. | | | | \$11.974'783.523 |
| Por concepto de estampillas Pro-Electrificación Rural. | | | | \$134'878.141,63 |
| Por otras inversiones eléctricas: | | | | |
| Obras | V/r Inicial | Correc. Monet. | V/r Total | \$11.841'963.870 |
| D.R.I. | \$2.375'615.293 | \$2.100'105.567 | \$4.475'720.860 | |
| Pro Estampilla | \$719'895.180 | \$897'368.455 | \$1.617'263.635 | |
| C.N.R. | \$2.115'762.520 | \$1.094'412.374 | \$3.210'174.894 | |
| Rec. Propios | \$1.783'016.939 | \$755'787.542 | \$2.538'804.481 | |
| VALOR TOTAL REIVINDICADO: | | | | \$23.951'625.534,63 |

Cuadro No. 1.

Se consignó así mismo en el acta de liquidación que al contratista se le había hecho un pago anticipado por valor de \$10'000.000, por concepto de gastos de administración y ejecución del contrato, los cuales se descontarían del valor final a pagar por honorarios. Igualmente en dicha acta, las partes acordaron una rebaja en los honorarios a pagar al contratista del 16% al 10% del valor total reivindicado a favor del Departamento del Cesar, dineros que serían incluidos en el presupuesto departamental con vigencia fiscal del año 2001, como un presupuesto adicional, siendo el total por cancelar el siguiente:

| | |
|--|---------------------|
| Valor total reivindicado a favor del Departamento del Cesar: | \$23.951'625.534,63 |
| 10% por pagar a favor del contratista: | \$2.395'162.553 |
| Valor pago anticipado: | \$10'000.000 |
| Valor final a favor del contratista: | \$2.385'162.553 |

Cuadro No. 2.

q. El día **20 de febrero de 2002** el Gobernador del Departamento del Cesar, expidió la Resolución No. 000410 mediante la cual resolvió:

“ARTICULO PRIMERO: Dar cumplimiento estricto a lo ordenado por el señor Procurador General de la Nación, mediante comunicación anteriormente citada

(comunicación No. 1374 del 9 de octubre de 2001) y por tanto SUSPENDER DE MANERA INMEDIATA E INDEFINIDA, el trámite de pago de los honorarios pactados y conciliados en el Acta de liquidación bilateral, de fecha 2 de octubre de 2000, suscrita entre el Gobernador de la época y el Doctor AMADEO TAMAYO MORÓN, en relación con el contrato No. 038 de 1999” (copia auténtica fls. 305 y 306 c.2).

Del análisis de los hechos que estructuran este proceso a la luz de las pruebas obrantes en el expediente, se harán las siguientes consideraciones en función de los problemas jurídicos planteados a lo largo de este proceso.

Pasa la Sala a estudiar la regulación legal del perfeccionamiento del contrato estatal, en razón a su incidencia directa en el caso puesto a su estudio.

5.2 Perfeccionamiento del contrato estatal

Según el actor popular las acciones emprendidas por el Dr. Amadeo Tamayo Morón fueron efectuadas con anterioridad a la entrada en vigor del contrato No. 038 de 1999, esto es -a su juicio- antes del 17 de noviembre de 1999 (fls. 12 a 16 c. 1). En la reforma a la demanda se agregó que si los contratos estatales son solemnes, mientras no se formalicen en un documento no existen, *“de tal manera que las diligencias cumplidas con anterioridad a la celebración del mismo, no son contractuales, no tienen su fuente en el contrato sino fuera de él, y no pueden ser esgrimidas para justificar pagos con fundamento en el negocio”* (fls. 206 a 209 c. 1).

Por su parte, el demandado estima que si bien la aprobación de la póliza fue hecha el 17 de noviembre de 1999, ésta amparaba con efecto retroactivo los riesgos comprendidos desde el 8 de abril de 1999 hasta el 8 de abril de 2000; luego, las gestiones realizadas con anterioridad a la aprobación quedaron amparadas por ella. Además, esta omisión no genera inexistencia ni nulidad absoluta del contrato, toda vez que en virtud del artículo 41 de la ley 80 de 1993 el contrato estatal se perfecciona con el acuerdo sobre el objeto y éste se eleva a escrito. A lo sumo generaría una nulidad relativa, la cual fue saneada con la aprobación de la póliza.

El régimen jurídico aplicable a la contratación estatal es claro en distinguir el perfeccionamiento de la ejecución del contrato estatal, al señalar inequívocamente que aquel tiene lugar una vez se obtiene el registro presupuestal previa formalización por escrito del acuerdo de las partes en torno al objeto contractual, mientras que la ejecución legal sólo tiene lugar hasta tanto se hayan aprobado las garantías.

Debe recordarse que conforme lo dispone el numeral 3º del artículo 25 de la ley 80, en virtud del principio de economía, las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.

Con esta perspectiva, el artículo 39 de la ley 80, al ocuparse de la forma⁶⁶ del contrato estatal, estableció que los contratos que celebren las entidades estatales “constarán por escrito” (*contrato litteris*:⁶⁷ *Ex nudo pacto actio non nascitur, nuda pactio obligationem non parit* ⁶⁸ del derecho romano, regla diametralmente opuesta a la del derecho civil moderno).⁶⁹ La forma como se materializa el vínculo jurídico es pues escrita, sólo que las formalidades plenas están determinadas en función de la cuantía (par. Art. 39 ley 80 y art.

25 decreto 679 de 1994).⁷⁰ Coherente y armónico con este precepto, el artículo 41 de la ley 80 de 1993 revistió a la forma escrita de un valor *ad solemnitatem*

66 “La forma, ante todo, debe considerarse como un elemento natural de cualquier negocio jurídico, ya que la declaración de voluntad, que es su médula, necesita exteriorizarse, darse a conocer ante los demás” DIEZ-PICAZO, Luis y GUILLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. I, 9ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1976, p. 511.

67 Clasificación adoptada por JUSTINIANO en sus Instituciones.

68 L. 7, t. 14, De Pactis, lib. 2 del Digesto (en El Digesto de Justiniano, A. D’ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. Garrido-Garrido y J. Burillo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1975.)

69 “*solus consensus obligat*”. Sobre los contratos solemnes y consensuales vid. URIBE HOLGUÍN, Ricardo. De las obligaciones y del contrato en general, Ediciones Rosaristas, Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1980, p. 244 y ss; ALVADALEJO GARCÍA, Manuel, El negocio jurídico, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1958, p. 294.

70 Colombia. La Corte Constitucional al declarar exequible el parágrafo del artículo 39 de la ley 80 que prevé los contratos sin formalidades plenas señaló: “*Nada impide que el legislador en ejercicio de su libertad de configuración haya decidido que en eventos como los regulados en el parágrafo impugnado sea improcedente celebrar contrato con las formalidades plenas, toda vez que se trata de una medida razonable que pretende imprimirle celeridad, eficacia y economía a la gestión contractual de la administración pública, objetivos éstos que son consecuentes con lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley Fundamental. En efecto, el señalamiento de los contratos en los que no hay lugar a cumplir plenamente con las formalidades legales no debe ser interpretado como una informalidad excesiva, sino como una manera de hacer eficiente la actividad de la administración y, por ende, la prestación de los servicios públicos a su cargo, objetivo que se puede lograr ahorrando tiempo y dinero en la celebración de los contratos como sucede en las hipótesis reguladas en el precepto en cuestión, donde el legislador adoptó para estos efectos el criterio del presupuesto anual de la entidad y el valor de los contratos expresado en salarios mínimos legales mensuales.*

Para comprender a cabalidad el significado de la medida censurada valga esta digresión: una cosa

o ad substantiam actus o ad esentiam (forma dat esse rei),⁷¹ al predicar que el acto o negocio jurídico sólo nace a la vida jurídica cuando adopta esa forma obligatoria, se trata de una solemnidad esencial para su existencia jurídica de rigurosa observancia, que constituye una restricción positiva a la expresión de la voluntad:

Artículo 41.- Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. (Subrayas de la Sala)

Consultados los antecedentes históricos de estas normas se lee en la exposición de motivos al proyecto de ley 149 de 1992, Senado:

“Si bien tratándose de los contratos la consensualidad de los mismos es la regla general, a veces se requiere en su otorgamiento o celebración la observancia de ciertas formalidades establecidas por la ley, cuyo incumplimiento conduce a la ineficacia. En este caso se estará en presencia de un contrato ‘solemne’. A diferencia del decreto 222 de 1983, cuyo artículo 51 establece una serie de requisitos y condiciones para el perfeccionamiento del contrato, el proyecto de ley, siguiendo los lineamientos que le traza la adopción del postulado de la autonomía de la voluntad, consagró un único requisito formal. En efecto, los artículos 33 y 35 establecen que los contratos que celebren las entidades constarán por escrito. Es el escrito, entonces, el único requisito exigido para el perfeccionamiento del contrato estatal, en el cual se recogerá el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación. El artículo 35 del proyecto básicamente está fundamentado en dos hechos. El uno, nacido del principio de publicidad que regula toda actividad administrativa, el cual exige por lo menos la formalidad escrita; y el otro, producto de la práctica inveterada de elevar a escrito todo contrato en razón a la seguridad que ello pro-

es las formalidades del contrato y otra muy distinta su forma. Las formalidades son los requisitos esenciales que deben observarse en la celebración del contrato y pueden ser anteriores (p.ej. pliego de condiciones), concomitantes (la adjudicación) o posteriores (aprobación, formalización escrita) al acuerdo de voluntades entre el Estado y el contratista. Precisamente la forma es uno de esos requisitos esenciales y se refiere al modo concreto como se documenta, materializa e instrumenta el vínculo (sic) contractual. Ahora bien, si se repara en el contenido normativo de la norma que se acusa se observará con claridad meridiana que en ella no se obliga a prescindir de todas las formalidades. Simplemente se considera que en los eventos allí referidos bastará que las obras, trabajos, bienes y servicios materia del contrato sean ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto.” (Corte Constitucional, Sentencia C 949 de 2001)

71 En España, por el contrario, el documento en que se recogen los términos del contrato es un requisito ad probationem: “no es requisito esencial de la perfección y validez de los contratos, sino un simple medio de constatación y prueba en los términos ordinarios del Derecho Civil” (PARADA, Ramón, Derecho Administrativo I, Parte General, Marcial Pons, Decimocuarta edición, Madrid, 2004, p. 299.

duce. El propio estatuto prevé situaciones excepcionales en que el requisito del escrito no se exigirá, como es el caso de los contratos de urgencia”.⁷² (Subrayas no originales)

Con esta perspectiva, la Sala puso de relieve la importancia del riguroso cumplimiento de esa exigencia escrita que el legislador ha previsto de modo general para todo contrato estatal.⁷³

Sin embargo, tal y como ya lo advirtió la Sala en oportunidad precedente,⁷⁴ el artículo 41 de la ley 80 de 1993, fue modificado por el artículo 49 de la ley 179 de 1994, que a su vez modificó el artículo 86 de la ley 38 de 1989, orgánica o normativa del presupuesto general de la Nación, al ordenar:

“Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestas deberán contar con certificados de disponibilidad previstos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberán indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del CONFIS o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

(...)

72 BENDECK OLIVELLA, Jorge, Ministro de Obras Públicas y Transporte, Exposición de Motivos al proyecto de ley No. 149 de 1992, Senado, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en Gaceta Del Congreso, Año I, No. 75, miércoles 23 de septiembre de 1992, p. 12.

73 Colombia. Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de febrero de 2000. Radicación No: 10399, C.P. Ricardo Hoyos Duque: *“La ley 80 de 1993 precisó que ‘los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y las contraprestaciones y éste se eleve a escrito’ (Art. 41) y los requisitos que en el anterior régimen se requerían para perfeccionar el contrato pasaron a ser requisitos para su ejecución - aprobación de la garantía única y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes - (Art. 41, inciso 2º Ley 80 de 1993), lo cual significa que desde el momento en que las partes firman el contrato, éste existe como tal en el mundo del derecho”* (se subraya), A.V. Alíer Hernández Enríquez, Germán Rodríguez Villamizar y Jesús María Carrillo.

74 Colombia. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 27 de enero de 2000, Exp. 14935,MP Germán Rodríguez Villamizar

Cualquier compromiso que se adquiriera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones” (subraya la Sala).⁷⁵

La Sala reitera el criterio expresado sobre el alcance de esta disposición orgánica:

“Si bien, la norma antes transcrita hace alusión al perfeccionamiento de “actos administrativos”, la misma ha de entenderse hecha en sentido genérico y no reducida a los actos administrativos unilaterales; por lo tanto, en ella deben incluirse tanto los unilaterales como los bilaterales, ya que dicha disposición no hace distinción alguna, interpretación que ve coadyuvada por lo dispuesto en el artículo 2º del decreto-ley 111 de 1996 de la misma ley 179 de 1994, que establece:

“Esta Ley Orgánica del Presupuesto, su reglamento, las disposiciones legales que ésta expresamente autorice, además de lo señalado en la Constitución, serán las únicas que podrán regular la programación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y ejecución del Presupuesto, así como la capacidad de contratación y la definición del gasto público social. En consecuencia, todos los aspectos atinentes a estas áreas en otras legislaciones quedan derogados y los que se dicten no tendrán ningún efecto.” (Resalta la Sala).

En consecuencia, a términos de las normas antes transcritas, se deduce, que el perfeccionamiento de los contratos estatales se produce con el registro presupuestal de los mismos, luego de que las partes hayan expresado, por escrito, su consentimiento acerca del objeto y las respectivas contraprestaciones (negrillas originales).⁷⁶

A lo expuesto en esa oportunidad, conviene agregar que esta norma está en perfecta consonancia con el artículo 32 de la ley 80 de 1993 que define a los contratos como los *“actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales”*(se destaca), adoptándose de esta suerte la terminología jurídica de tiempo atrás utilizada por el derecho privado que asimila el acto y el negocio jurídico (Carbonnier).⁷⁷ En otras palabras, cuando el precepto citado alude a ‘actos

75 Colombia. Artículo 71 del Decreto 111 de 1996. El artículo 24 de la ley 225 de 1995 autorizó al Gobierno Nacional para compilar las normas de esa ley, de la ley 38 de 1989 y la ley 179 de 1994. Al efecto se expidió el Decreto 111 de enero 15 de 1996, compilatorio de estos preceptos que conforman el Estatuto Orgánico.

76 Colombia. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 27 de enero de 2000, Exp. 14935, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

77 Vid. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier, Aplicación del derecho privado por el juez administrativo colombiano en los contratos del Estado: Una aproximación panorámica a la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano, VI Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colom-

administrativos', involucra a los actos jurídicos que celebre la Administración de que trata la ley 80. Esa misma conclusión parece desprenderse de la historia del establecimiento de dicha norma (*voluntas legis*), toda vez que en la ponencia para segundo debate en la plenaria de la Cámara de Representantes al proyecto de ley No. 48 de 1993, por la cual se modifica la ley 38 de 1989, orgánica de presupuesto (hoy ley 179 de 1994), se alude a los 'compromisos' de las entidades estatales, expresión que inequívocamente involucra los contratos estatales:

“Con el fin de garantizar el prudente manejo de los recursos públicos, se exige que los compromisos de los órganos cuenten con los certificados de disponibilidad y se efectúen los registros presupuestales correspondientes”.⁷⁸

Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 151 Constitucional, en consonancia con el artículo 352 Superior, el Congreso expide las leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa y entre estos tipos normativos incluye a las relativas a la preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y apropiaciones. Se trata, entonces no sólo de una norma posterior⁷⁹ que prevalece sobre la anterior (art. 2 de la ley 153 de 1887)⁸⁰ y de un precepto especial en materia presupuestal (art. 3 de la ley 153 de 1887),⁸¹ sino también de una disposición que, con arreglo al artículo 352 Constitucional, se ocupa de regular privativamente “*lo correspondiente a la programación, apropiación, modificación, ejecución de los presupuestos de la nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo*”, de suerte que en este punto el propio constituyente estableció lo que bien podría denominarse una “*reserva de ley orgánica*”, o lo que es igual, el estatuto de contratación

bia, Bogotá, julio de 2005.

78 Gaceta Del Congreso. Año II, No. 387, martes 9 de noviembre de 1993, p.4

79 Colombia. Código Civil art. 71 La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La derogación de una ley puede ser total o parcial.

Código Civil Art. 72 La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.

80 Colombia. Ley 153 de 1887, Parte Primera (Reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes), art. 2 “La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior.”

81 Colombia. Ley 153 de 1887, Parte Primera (Reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes), art. 3 “Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

estatal debe subordinarse -por imperativo mandato constitucional- al régimen presupuestal.⁸²

Ahora, si bien la aplicación de artículo 71 del decreto 111 de 1996 puede resultar más fácil frente a obligaciones contractuales que por su monto y naturaleza tienen un valor determinado y son exigibles en el corto plazo, la regla allí contenida se predica sin excepción respecto de todo tipo de contrato, incluso de aquellos en los que su valor podría en principio resultar indeterminado al momento de su suscripción (vgr. Cuota litis) dada la naturaleza de la obligación adquirida, toda vez que las partes en estos eventos tendrían la carga adicional de estimar el valor de la cuantía en orden a cumplir con dicho precepto.

Por lo demás, en concordancia con lo dispuesto en la ley orgánica de presupuesto, el artículo 20 del Decreto Reglamentario 568 de 1996 dice que el registro presupuestal es la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación, garantizando que ésta no será desviada a ningún otro fin. A su vez, la Resolución No. 036 de 1998, por la cual se determinan algunas normas y procedimientos sobre registros presupuestales, suministro de información y su sistematización del Presupuesto General de la Nación, reitera la obligatoriedad del registro presupuestal al prever:

“Obligatoriedad. De conformidad con el Estatuto Orgánico del Presupuesto y demás normas reglamentarias no se podrán atender compromisos con cargo al presupuesto que no cuenten previamente con el registro presupuestal correspondiente en el que se indique claramente el valor y plazo de las prestaciones a que haya lugar”

Conviene señalar que este ha sido también, de tiempo atrás, el criterio expuesto por la Dirección General de Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que por vía de doctrina (art. 26 del Código Civil) ha reiterado en varios conceptos (art. 25 C.C.A.):

“Teniendo en cuenta que la principal y originaria fuente de perfeccionamiento de las relaciones contractuales, privadas o públicas, es el acuerdo de voluntades, frente a estas últimas deberá primero firmarse el documento escrito por las partes, en señal de prueba y manifestación que la confluencia de voluntades ha coincidido sobre elementos fundamentales, entre otros: su objeto, las contraprestaciones y demás estipulaciones contractuales.

82 Colombia. Sobre la prevalencia de las normas orgánicas presupuestales sobre otras leyes, entre ellas la ley 80, vid. Corte Constitucional, Sentencias C 772 de 1998, M.P. Fabio Morón y C 317 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo.

Una vez logrado éste, debe procederse a efectuar el registro presupuestal, el cual, por demás, no depende de la voluntad de las partes, sino que se materializa en un pronunciamiento unilateral de la entidad contratante, de tal manera que el contrato queda perfeccionado, y nace a la vida jurídica”.⁸³

Igualmente, es preciso subrayar que el artículo 41 de la ley 80 de 1993 distingue entre perfeccionamiento y ejecución, de modo que por virtud de este mandato legal si un contrato no está perfeccionado no es ejecutable.

Por ministerio de la ley, entonces, en el derecho colombiano el contrato estatal es solemne o formal (art. 1500 del Código Civil)⁸⁴ y no consensual. Su perfeccionamiento sólo tiene lugar mediante el lleno de la forma escrita prevista por la ley 80 y el registro presupuestal ordenado por las normas orgánicas de presupuesto; la manifestación de la voluntad se sujeta a un modelo preestablecido por el legislador, el cual constituye la fisonomía del negocio jurídico. O lo que es igual, sin el lleno de estos requisitos los contratos estatales no quedan perfeccionados y por tanto no pueden ser ejecutados. No basta, entonces, el simple acuerdo de voluntades sino que es preciso que la expresión del consentimiento se haga a través de ese canal previsto por la ley: debe constar por escrito y debe contar con el respectivo registro presupuestal y la inobservancia de esas solemnidades especiales “*impide el nacimiento de cualquier efecto contractual*”,⁸⁵ y por lo mismo carece de relevancia jurídica al quedar por fuera del derecho.⁸⁶

83 Colombia. Ministerio De Hacienda Y Crédito Público, Dirección General De Presupuesto Público Nacional, Conceptos Ref. 44743 de 18 de junio de 2003; Ref.: 18868 de 25 de marzo de 2004; Ref.: 2005-010223 de 10 de marzo de 2005. En el mismo sentido, y antes del pronunciamiento de la Sala, se había pronunciado esa misma dependencia en Concepto 0138 de 25 de enero de 1996.

84 Chile. “...es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil”. Texto legal inspirado en el artículo 1443 del Código Civil Chileno.

85 DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal, aproximación crítica a la ley 80 de 1993, Ed. Legis, Bogotá, Segunda Edición 2003, P. 355 y 356. En el mismo sentido, ESCOBAR GIL, Rodrigo, Teoría general de los contratos de la administración pública, Ed. Legis, Bogotá, primera edición, segunda reimpresión, 2000, p. 221.

86 Colombia. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 11 de julio de 1996, Exp. 9692: “El contrato surge del acuerdo de voluntades, por manera que el intercambio de consentimientos, de un lado de la Administración y de otro del particular, se convierte en elemento esencial de un negocio de esta naturaleza. Podría decirse que este principio se cumple cabalmente en los contratos privados. En cambio, en tratándose de contratos estatales, para su validez y eficacia deben llenarse otros requisitos que la ley se ha encargado de precisar. Esto significa que la Administración tiene una libertad relativa para contratar. Aunque exprese su voluntad y esté amparada por la presunción de legalidad, los actos que realice sin sujeción a determinados procedimientos y exigencias no pueden tener total eficacia”.

Sobre la naturaleza del contrato solemne nuestra Corte Suprema de Justicia ha señalado que si la voluntad no se expresa en la forma requerida como obligatoria por el ordenamiento, el acto será jurídicamente inexistente:

“Es principio indiscutible que los contratos solemnes no tienen existencia jurídica, no pueden producir efectos legales, sino desde que se cumple la formalidad externa que la ley exige para su perfección; ni la voluntad de las partes contratantes, ni sentencia alguna pueden derogar, para un caso particular, tan fundamental principio, dando efecto retroactivo a un contrato solemne, para hacerle producir efectos desde una época anterior al cumplimiento de la formalidad que le ha dado la vida jurídica”.⁸⁷ (Subrayas de la Sala).

La legislación es, pues, clara en impedir la consolidación de los efectos de un negocio jurídico que no se avenga a este cauce legal, al exigir que las partes han de elevarlo a escrito y contar con el registro presupuestal. En otras palabras, el contrato únicamente existe, una vez se satisface el requerimiento de la forma documental y su registro presupuestal, que de no cumplirse priva de efectos jurídicos al acuerdo de voluntades y, por lo mismo, no puede entrar a ejecutarse. En suma, la contratación estatal verbal está, pues, excluida, prohibida o proscrita en nuestro ordenamiento jurídico.

Esta exigencia legal de estipulación escrita se inscribe en la tendencia universal del derecho administrativo (especialmente en Argentina, Uruguay⁸⁸ y Espa-

87 Colombia. Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 11 de octubre de 1929.

88 BERÇAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos, segunda edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, P. 298: *“La voluntad de la Administración se forma mediante una serie de actos de distintas personas que expresan o contribuyen a expresarla. Para su concatenación es indispensable documentar, instrumentar formalizar, todas y cada una de esas manifestaciones de voluntad que al fundirse en un haz constituyen la voluntad del Estado. (...) las formas en derecho público tienen por fin principal documentar la actuación administrativa, actuaciones que se cumplen mediante la intervención de varios funcionarios y agentes de la Administración. Existe, pues, un fin instrumental, a la vez que de garantía sobre la juridicidad del obrar administrativo. (...) porque en esta materia el documento que instrumenta el contrato, adquiere particular importancia por la intervención activa del cocontratante en él, por la función de garantía que cumplen todos los actos anteriores, concomitantes y posteriores a su concertación, por la naturaleza especial de los intereses públicos y económicos que involucran, por ser necesaria su existencia a los fines de su debida interpretación y ejecución, y por ser indispensable frente a los terceros a los cuales pueda afectar. (...) no se trata tan sólo de una cuestión de prueba, sino de algo atinente a la seriedad y juridicidad del quehacer administrativo, a la autenticidad y certeza de los actos de la Administración pública y al carácter formal que debe investir su actividad”*

SAYAGUÉS LASSO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Montevideo, 6ª edición, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Fundación de Cultura Universitaria, 1988, p. 547 y 548: *“Al estudiar los actos administrativos señalamos que eran esencialmente formales y que, por lo tanto, el estudio de las formalidades requeridas tenía especial relevancia (...). Lo mismo cabe decir de los contratos de la administración. Procede también a su respecto la distinción entre formalidades y forma (...). Las formalidades son los requisitos han de observarse o llenarse en la celebración del contrato y pueden ser anteriores, concomitantes*

ña⁸⁹⁾ aunque cada legislación le imprime distintos alcances jurídicos a esa forma. No es, pues, insólito que la ley 80 señale que el cumplimiento de la forma escrita es ineludible, por lo que su respeto es una carga contractual.⁹⁰ A juicio de la doctrina nacional:

o posteriores al encuentro de ambas voluntades; la forma es uno de dichos requisitos y se refiere a l modo como se documenta el vínculo contractual (...) En principio, siendo los contratos esencialmente formales, el cumplimiento de las formas prescriptas es obligatorio y condiciona su validez. En nuestro derecho no hay formas especiales genéricas. Pero como regla general debe reputarse indispensable que el contrato conste por escrito". MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III A, Contratos Administrativos, Abeledo-Perrot, Cuarta edición actualizada, reimpresión, p. 144 y 266: "si la norma aplicable a la índole del negocio exigiere que, después de producido el acuerdo de voluntades, se 'suscriba el contrato', éste recién quedará perfeccionado cuando se haya cumplido tal requisito (...) el contrato se perfecciona cuando, después de efectuada la adjudicación y ésta es notificada al adjudicatario, se formaliza un contrato 'ad hoc', concreta o específicamente redactado en un documento...".

CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 61: "El tema del perfeccionamiento del contrato presenta algunas peculiaridades en el derecho administrativo pues los principios provenientes del Código Civil deben articularse con los regímenes contractuales que contienen prescripciones específicas. Como regla general, el contrato se perfecciona con el acuerdo o fusión de voluntades, aunque esta regla va a tener una aplicación relativa en el derecho administrativo que, por lo común, acota el margen de libertad formal de los contratantes no sólo en el proceso de selección sino en el perfeccionamiento del vínculo contractual. (...) Recién a partir del perfeccionamiento del acuerdo de voluntades es que nacen propiamente los derechos y obligaciones del contrato y de la Administración y, por ende, la responsabilidad contractual en caso de incumplimiento."

DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 5ª edición, 1996, p. 314: "Formalismo. En los contratos administrativos se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación." En el mismo sentido DROMI, Roberto. La licitación Pública, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1985, 3ª reimpresión, p. 407. BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo, Tomo II, La ley, Sociedad Anónima Editora e Impresora, Buenos Aires, 1980, p. 195: "Los contratos administrativos tienen forma instrumental, no importa que no sea escritura pública, basta que sea un instrumento público con las solemnidades y requisitos propios de todo acto administrativo". DIEZ, Manuel María. Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Bibliográfica Argentina. S.R.L., Buenos Aires, 1965, p. 467: "En general los contratos deben ser hechos por escrito. En el caso que la ley lo establezca, la forma escrita es necesaria para la validez del acto".

89 GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Volumen II, Parte general: conclusión, Ed. Tecnos, Madrid, 10ª edición, 1992, p. 79 y 80: "Los requisitos de forma pueden resumirse en las siguientes reglas:

1) Está excluida la contratación verbal (art. 41)

(...) la escritura de formalización del contrato viene absolutamente condicionada por el proceso previo anterior que conduce hasta ese momento de la contratación administrativa".

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, Undécima edición, 2002, p. 718: "La contratación administrativa es eminentemente formalista. El artículo 55 LCAP prohíbe a la Administración contratar verbalmente la ejecución de obras, así como iniciara éstas sin la previa formalización del contrato correspondiente, salvo que se trata de obras urgentes o de emergencia (art. 55.4 LCAP). El artículo 54.1 LCAP dispone que los contratos se formalizarán en documento administrativo dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la adjudicación pudiendo también elevarse a escritura pública si el contratista lo solicita y a su costa".

90 BENAVIDES, José Luis, El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, segunda edición, 2004, p. 206 y ss.

“Existen dos razones de interés público que determinan la necesidad que el legislador imponga esta ritualidad para la celebración del negocio jurídico: en primer término, la transparencia de la gestión contractual administrativa exige que todas las actuaciones de las autoridades sean públicas (L. 80/93, art. 24.3), lo que sólo se puede garantizar si los acuerdos de voluntades se otorgan por escrito, porque en caso contrario, se tornaría dispendioso y complejo para los ciudadanos y los órganos de control del Estado conocer y determinar las condiciones pactadas por la Administración y el contratista para la ejecución del contrato. En segundo lugar, la necesidad de orden práctico de imprimirle claridad y precisión al objeto del contrato, recomienda a las partes manifestar expresa e inequívocamente su voluntad por escrito, para prevenir posibles discrepancias en torno al contenido y alcances del convenio. De esta manera, la forma documental cumple una función de gran importancia jurídica, al permitirle a las partes la prueba del contrato”.⁹¹

Si los contratos estatales son solemnes, a términos de los artículos 39 y 41 de la ley 80 y 49 de la ley 179 de 1994 (art. 71 del Decreto ley 111 de 1996), ha de estarse a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 998 del Código de Comercio -aplicable a los negocios jurídicos estatales por expresa remisión del inciso primero de los artículos 13 y 40 de la ley 80⁹² y del artículo 8 del decreto 679 de 1994⁹³-conforme al cual: “Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación del acto o contrato”.⁹⁴

91 ESCOBAR GIL, Rodrigo, Teoría general...Ob. Cit., p. 219 y 220.

92 Colombia. El inciso primero del artículo 13 de la ley 80 establece: “De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la ley” (subrayas de la Sala). Inciso primero del artículo 40 de la ley 80 de 1993: “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza”.

93 Colombia. El artículo 8 Decreto 679 de 1994 prescribe “De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos estatales se sujetarán a la ley 80 de 1993 y en materias no reguladas en dicha ley, a las disposiciones civiles y comerciales. En las materias no reguladas por la ley 80 de 1993 se aplicará la legislación comercial cuanto el contrato tenga el carácter de mercantil de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 20, 21 y 22 del Código de Comercio. En caso contrario se aplicará la legislación civil”.

94 Colombia. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de enero de 1994, Exp. 9072

La ausencia de estas precisas exigencias legislativas en la contratación estatal ocasiona la inexistencia del negocio jurídico,⁹⁵ pues esa es la manera como el legislador ha previsto para manifestar válidamente el consentimiento (*forma dat esse rei*).⁹⁶ Por lo demás, la ratificación expresa posterior que permite la ley (inc. 1 art. 898 C.Co.) dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes, perfecciona el acto inexistente tan sólo en la fecha de tal ratificación y no constituye una habilitación para normalizar o subsanar lo que comúnmente se denominan “*hechos cumplidos*”, mediante el acta de liquidación, al tratarse de supuestos surgidos por fuera del marco del contrato, o lo que es igual, extracontractuales.

No puede pretenderse, entonces, “legalizar” la ejecución de unas prestaciones con el ulterior perfeccionamiento del contrato y, además, pretender el reconocimiento de sumas de dinero en el acta de liquidación. En efecto, ha dicho la Sala:

“Mal haría la Sala pasar por alto la gravedad de las siguientes anomalías que denuncian los documentos presentados por la parte actora y aceptados por el representante del municipio al momento de suscribir la conciliación.

Naturalmente, los contratos se suscriben para que en el futuro inmediato las partes asuman el cumplimiento de las mutuas prestaciones. Eso llamase ejecución del contrato, que obviamente debe iniciarse luego o después de que éste haya nacido a la vida jurídica, fenómeno que de ordinario se logra mediante la firma del documento contractual.

Así, el artículo 41 de la ley 80 alude al perfeccionamiento del contrato una vez se logre ‘el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se lleve a escrito’

95 Tradicionalmente según la jurisprudencia el derecho civil positivo (art. 1741 C.C.) no permite distinguir entre la nulidad absoluta y la inexistencia: Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias de 15 de marzo de 1941 en G.J., t. L, p. 802 y ss y 15 de septiembre de 1943, en G.J., t. LVI, p. 125. En el mismo sentido ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, Curso de Derecho Civil, 3ª ed., Vol. 1, t. 1, Santiago, Ed. Nascimento, 1961, p. 420 y 421 y CEDIEL ÁNGEL, Ernesto. Ineficacia de los actos jurídicos, Bogotá, Escuelas gráficas salesianas, 1943, p. 64 y ss. En sentido contrario CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, 2ª ed., t. II, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1941, p.582 y ss.

96 Colombia. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 27 de enero de 2000, Exp. 19935. En el mismo sentido Consejo De Estado, Sala De Consulta Y Servicio Civil, Concepto de 26 de agosto de 1998: “La ley 80 de 1993 dispone en su artículo 40 que las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en dicha ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Y, el artículo 41 *ibidem* prescribe: ‘Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito’. ‘Perfeccionar’ significa completar los requisitos exigidos para que el contrato tenga plena fuerza jurídica. Por tanto, la omisión de cualquiera de los requisitos previstos en las disposiciones legales, salvo excepciones consignadas en las mismas, determina que el contrato no se forma, no produce efecto alguno. En nuestro ordenamiento jurídico actual, los elementos de los contratos que celebran las entidades estatales son los que las disposiciones civiles, comerciales y la ley 80 de 1993 determinen como de la esencia y la naturaleza.”

Para la ejecución del contrato esa norma exige la aprobación de las garantías, lo cual sólo es factible realizar, obviamente, una vez el contrato esté perfeccionado, es decir suscrito. Síguese entonces que no es jurídicamente posible, o es por lo menos una enorme- sino torpeza- irregularidad suscribir un contrato cuando ya el objeto contractual se ejecutó, es decir cuando ya el servicio se consumió, como sería para el caso sub examine. Y lamentablemente así sucede en el sub júdice para los contratos que sí tienen fecha. El visible al fl. 94, alude a un objeto contractual a prestarse durante todo el mes de agosto de 1995, sin embargo se suscribió el 6 de septiembre de ese año. El contrato visible al fl. 109 se refiere a unos servicios de publicidad a prestarse durante el mes de septiembre de 1995 pero se suscribió el 10 de octubre de 1995, y otro tanto sucede con el contrato que figura en el folio 126.

Esos contratos fueron celebrados luego de ejecutados. En este hecho puede existir falta disciplinaria que amerite sancionarse o delito que deba investigarse. La Sala ordenará que los organismos competentes asuman con diligencia una investigación sobre este aspecto”.⁹⁷ (Subrayas no originales)

Sobre la sujeción del contrato estatal al principio de legalidad la Sala de tiempo atrás ha sentado que:

“...Si bien en desarrollo de su accionar, las entidades estatales gozan de autonomía para celebrar los contratos que resulten necesarios y convenientes para el desarrollo de sus funciones, como instrumento para el cumplimiento de sus fines institucionales en particular y, sobre todo, para la realización de los cometidos estatales en general, dichos negocios jurídicos deben estar siempre ajustados al ordenamiento jurídico preestablecido, por cuanto en el sistema del Estado de Derecho, toda la actividad del Estado está sujeta a los precisos márgenes de autorización y regulación fijados por el constituyente y el legislador, sin que la actividad contractual de las entidades estatales constituya, en modo alguno, una excepción.”⁹⁸ (Destacado y subrayas de la Sección).

Por manera que el contrato estatal no nace a la vida jurídica, sino cuando se expide el registro presupuestal respectivo una vez se ha formalizado en documento escrito.

97 Colombia. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 19 de marzo de 1998, Exp. 13783, Actor: G. Jaramillo y Cía. Ltda., Demandada Municipio de Santiago de Tolú (Sucre).C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

98 Colombia. Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 1º de agosto de 2002. Ref.: Exp. No. 21.041 - Laudo Arbitral, Actor: Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P., Demandada: Termorio S.A. E.S.P., C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

5.3 Liquidación del contrato

Según el actor popular “los servicios profesionales prestados sin contrato de mandato no pueden incluirse dentro de la liquidación de éste. La liquidación que se hace del contrato en este caso, no puede servir para encubrir la solución de una irregularidad: la circunstancia que Tamayo se apresurara (sic) a gestionar antes de suscribir el correspondiente contrato....La pregunta es: Si algo se debía por una gestión útil al Departamento, ¿por qué no acudir a una transacción?, ¿por qué no acudir a una conciliación prejudicial? ¿Por qué no acudir a un proceso de responsabilidad extracontractual?”. De modo que, a su juicio, si todas las actuaciones surtidas antes se hicieron con desconocimiento de la ley, no pueden invocarse como ejecución del contrato y “mal podrían incluirse en el proceso de liquidación bilateral” (fl. 707 a 722 c. 2).

La liquidación de común acuerdo es regulada por el artículo 60 de la ley 80⁹⁹ y al aludir a su contenido, de su lectura se infiere que ese ‘corte de cuentas’ debe versar exclusivamente sobre las actividades desarrolladas dentro del marco del contrato. En efecto, en la exposición de motivos al proyecto -que a la sazón se convertiría en la ley 80- se anotó:

“La liquidación es el procedimiento a través del cual una vez concluido el contrato, las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él derivadas, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto relacionado con su ejecución.

Como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, se trata de un trámite cuyo objetivo primordial consiste en determinar quién le debe a quién, qué o cuánto le debe, y por qué se lo debe, todo lo cual, como es apenas obvio, supone

99 Colombia. “Art. 60 de la Ley 80 de 1993: De su ocurrencia y contenido. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. También en esta etapa **las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar. En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y las transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.**”

que dicho trámite únicamente procede con posterioridad a la terminación del contrato”.¹⁰⁰

En cuanto hace a su naturaleza jurídica, la jurisprudencia pregona:

“La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes, constituye un acto de autonomía privada de aquellas que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas (...).

La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado quedan después de cumplida la ejecución de aquel; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento.¹⁰¹ (Negrillas propias.)

Por su parte, ya en vigencia de la ley 80, la doctrina esgrime que:

“La liquidación de los contratos, en general, tiene por fin determinar por qué conceptos y en qué cuantías se adeudan entre sí las partes, en relación directa con el contrato que entre ellas se celebró y que se propone liquidar

(...)

Conviene señalar que la liquidación no puede versar sino sobre las cuentas directamente relacionadas con el contrato que se liquida. Es, pues, al contrato materia de liquidación, al que deben referirse única y exclusivamente, los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar; y es sólo con respecto a pretendidos derechos relativos al contrato que se liquida que pueden transigirse o conciliarse”.¹⁰²

De suerte que únicamente las actuaciones del contratista que se lleven a cabo dentro del marco de la ejecución del contrato estatal debidamente perfeccionado se podrán entender como parte de la ejecución del objeto contractual, y por ende **el acta de liquidación** del mismo sólo podrá consignar materias atinentes a las actividades contractuales.

100 BENDECK OLIVELLA, Jorge, Ministro de Obras Públicas y Transporte. Exposición de Motivos al proyecto de ley No. 149 de 1992, Senado, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, miércoles 23 de septiembre de 1992, p. 21.

101 Colombia. Sentencia de abril 10 de 1997. Expediente 10.608.

102 VÉLEZ ESCALLÓN, Luis Fernando. La terminación y liquidación en los contratos de las entidades estatales, en V.V.A.A. Comentarios al nuevo régimen de la contratación administrativa, Colegio Mayor de Nuestra Señora Del Rosario, Ediciones Rosaristas, 2ª edición, 1995, p. 192.

Dicho en otros términos, si entre una entidad estatal y un particular surgen relaciones sinalagmáticas sin que hayan sido elevadas a escrito ni obtenido el registro presupuestal respectivo, no se está delante de una relación contractual, porque no existe contrato¹⁰³ y por lo mismo el acta de liquidación no será el documento idóneo para involucrar obligaciones que no tengan por fuente el contrato.

Así lo puso de relieve la Sala, al señalar respecto del contenido de la liquidación unilateral, que los asuntos ajenos al contrato no pueden ser objeto de inclusión en el acta de liquidación al ser claramente extracontractuales:

“en el recurso mencionado se hizo referencia a la existencia de un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad contratante, en virtud de la realización por el contratista de obras distintas de las estipuladas en el contrato, que no fueron incluidas al efectuarse su liquidación unilateral, y en segundo lugar, que el INVÍAS negó la reposición solicitada, teniendo en cuenta, precisamente, que se trataba de obras que no formaban parte del objeto contractual y que no fueron nunca autorizadas por la Administración.

Se trata, entonces, sin duda alguna, de la respuesta a una petición formulada con un fundamento distinto al contrato celebrado, que, por la misma razón, no constituía un elemento de discusión propio de la liquidación unilateral del mismo, efectuada en este caso por medio de la Resolución 005766 de 2001. En efecto, el planteamiento de aquélla en el recurso interpuesto es el único argumento que justifica su análisis por parte de la Administración en la Resolución 000852 de 2002, por la cual se confirmó dicha liquidación, y su ajenidad respecto del contrato explica que no se hubiera hecho ninguna referencia a la situación aludida en la Resolución 005756, ya citada.

(...)En efecto, el debate sobre el derecho del contratista a recibir el pago por concepto de las obras realizadas que no formaban parte del objeto del contrato, si bien está contenido materialmente en la Resolución 000852 de 2002, es claramente extracontractual y, por la misma razón, la decisión que sobre el mismo se adoptó no podría ser considerada, de ninguna manera, objeto de la facultad exor-

103 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de enero de 1998, Exp. 11099, C.P. Daniel Suárez H.: “la ausencia de suscripción por escrito del convenio comportaba una ineficacia negocial, en el entendido de que dicha formalidad contiene la voluntad contractual de las partes y sin ella no puede hablarse, se reitera, de la existencia del contrato, pues en este aspecto sabido se tiene que para las partes no opera el principio de libertad de forma, pues la solemnidad escrituraria hace parte de la definición del tipo negocial por razones de seguridad y certeza en atención a que se trata de la disciplina normativa reguladora de la contratación de las entidades públicas.”

bitante de liquidación unilateral del contrato ejercida por la Administración.¹⁰⁴
(Subrayas fuera de texto original)

Por lo demás, no debe perderse de vista que, por virtud del principio de responsabilidad, las actuaciones de los servidores públicos en la gestión contractual estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia (numeral 4º del artículo 26 de la ley 80 de 1993).

No se olvide que, de conformidad con el artículo 38 de la ley 153 de 1887, aplicable por remisión expresa del artículo 13 de la ley 80 de 1993,¹⁰⁵ en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. O lo que es igual, además de las estipulaciones que las partes pudieron haber acordado en el contrato estatal, se debe cumplir con las exigencias que establecidas para su perfeccionamiento por las normas orgánicas del presupuesto y la ley 80, preceptos que -huelga decirlo- hacen parte del derecho público de la Nación y que no pueden ser desconocidos por las partes en desarrollo de la autonomía contractual.

5.4 Contenido del acta de liquidación bilateral.-

En el caso sub lite, al tenor de lo dispuesto por el artículo 41 de la ley 80 de 1993, modificado por el artículo 49 de la ley 179 de 1994, el contrato estatal celebrado -al ser solemne- requería para su perfeccionamiento una vez se elevara a escrito el acuerdo sobre el objeto y la prestación, lo cual tuvo lugar el **8 de abril de 1999** (fls. 2 a 5 c. 1), obtener el respectivo 'registro presupuestal', a términos de las normas orgánicas presupuestales, lo cual tuvo lugar el **22 de diciembre de 1999** (fl. 608 c. 2).

Por manera que, las actividades que el contratista alega haber desarrollado y que supuestamente tuvieron lugar **antes del 22 de diciembre de 1999**, fecha

104 Colombia. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 15 de abril de 2004, Radicación: 11001-03-26-000-2003-00056 01

No. Interno 25.561, Recurso de anulación de laudo arbitral, Impugnante: Mario Nigrinis Sánchez y Emilio Gil Giraldo, C.P. Alíer E. Hernández Enríquez.

105 Colombia. Sobre la aplicación de las reglas civiles y comerciales al contrato estatal, ver. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, Sentencia de noviembre 25 de 2004, Radicación: 110010326000200300055-01, Expediente: 25560, Referencia: Recurso de Anulación De Laudo Arbitral, Actor: Sociedad Centrimed Ltda, Demandado: Hospital Militar Central y Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de mayo de 2005, Radicación número: 63001-23-31-000-2002-00719-02, Actor: Gabriel Herrera Castañeda Romero, Referencia: AP - 00719 Acción Popular, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

en la cual se perfeccionó el contrato con la expedición del respectivo registro presupuestal, no podían tenerse en cuenta como parte de la ejecución válida del contrato administrativo No. 038-99 y, por lo tanto tampoco podían haber sido reconocidas en el acta de liquidación bilateral del mismo, suscrita por las partes el **2 de octubre de 2000** (copia auténtica fls. 8 a 10 c. 1.)

Ahora, con base en las pruebas obrantes en el expediente, la Sala observa que las siguientes actuaciones que el demandado aduce haber desplegado tuvieron lugar **antes del perfeccionamiento del contrato**, esto es, con anterioridad al **22 de diciembre de 1999** cuando se expidió el registro presupuestal No.99-0015:

a. El día **25 de marzo de 1999**, Tamayo Morón dirigió un escrito al liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P. en el cual presentó las siguientes reclamaciones:

1. Registro de capitalización y expedición de títulos o certificado de acciones, a favor del Departamento del Cesar, en su condición de socio de ELECTROCESAR S.A. E.S.P., por los siguientes aportes:

a) Cofinanciación para la ejecución de las obras del PLANIEP, la suma de \$11.974'783.523.

b) Obras realizadas con recursos propios del Departamento, para ensanche del sistema eléctrico por un valor de \$6.000'000.000.

c) Obras de electrificación ejecutadas con recursos del Fondo Nacional de Regalías.

d) Obras construidas con dineros girados por los Fondos de Cofinanciación y otras entidades del orden nacional.

e) Obras eléctricas ejecutadas con recursos derivados de estampillas pro-electrificación rural.

2. El reembolso a la Tesorería del Departamento de los dineros recaudados de estampillas pro electrificación rural no invertidos por ELECTROCESAR S.A. E.S.P.

3. La devolución a Tesorería de las estampillas que aún reposaban en la Electrificadora. (Copia auténtica fls. 2 a 7 anexo 3.)

b. El liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P., el **8 de junio de 1999**, mediante la Resolución No. 038(fl. 18 a 25 anexo 3), **negó** tal reclamación, ante lo cual el contratista presentó un recurso de reposición el **28 de junio de 1999**, (copia auténtica fls. 33 a 38 anexo 3). Tal recurso fue resuelto confirmando el acto re-

currido mediante Resolución No. 076 de **25 de agosto de 1999** (fls. 39 a 43 anexo 3), de suerte que el liquidador no accedió a lo pedido por el impugnante y por lo tanto confirmó en todas sus partes la Resolución No. 038.

Está probado que estas actuaciones se llevaron a cabo antes del perfeccionamiento del contrato No. 038-99 y que la última -por lo demás- lo fue sin resultado satisfactorio.

No pasa por alto la Sala que estas sumas, además, en principio ya habían sido reconocidas a favor del Departamento del Cesar en el Acta de la reunión de Gobernadores de la Costa Atlántica llevada a cabo el **10 de febrero de 1999** (copia auténtica fls. 426 a 428 c. 2; fls. 47 a 49 Anexo 3), el cual se encuentra suscrito por las máximas autoridades del sector eléctrico, lo mismo que por los gobernadores respectivos.

En cuanto refiere al segundo rubro también fue reclamado al liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P., en el mismo escrito de **25 de marzo de 1999** (fls. 2 a 7 anexo 3), esto es, antes del perfeccionamiento del contrato No. 038 de 1999. Dicho monto pecuniario sí fue reconocido al Departamento del Cesar en la Resolución No. 038 de junio 8 de 1999, pero tal resolución se profirió **antes del perfeccionamiento del contrato**, y como respuesta a una actuación anterior al perfeccionamiento del contrato No. 038-99, por lo tanto, tampoco podía ser incluido en el acta de liquidación bilateral de tal contrato administrativo y no podía ser objeto de remuneración al contratista por concepto de ejecución de su objeto contractual.

En este punto se observa además una inconsistencia numérica, pues en el acta de liquidación bilateral del contrato en cuestión, se esgrime la Resolución No. 038 de 1999 como la fuente del reconocimiento de este primer rubro por la suma de \$134'878.141.63, y en dicha Resolución, el valor realmente consignado por dicho concepto es de \$130'173.522.63, es decir, \$4'704.619 menos de lo que en dicha acta de liquidación bilateral está plasmado.

Le asiste, pues, razón al actor popular al señalar que cuando en la contestación a la reforma a la demanda se afirma que las gestiones cumplidas antes del perfeccionamiento se entienden incorporadas al contrato, se está desconociendo que las normas que determinan la solemnidad del contrato estatal son de orden público y por tanto no pasibles de ser modificadas por acuerdo.

Por último, es menester señalar que no puede admitirse el criterio del demandado en cuanto que una vez liquidado un contrato no hay lugar a iniciar ningún tipo de acción, pues semejante teoría implicaría nada menos que la derogatoria por acuerdo bilateral de las atribuciones legales y constitucionales de los jueces de la República, al tiempo que cercenaría el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P. y arts. 1 a 9 LEAJ), lo mismo que el derecho a la igualdad ante la ley (art. 13 C.P.)

En cuanto hace al pago anticipado por la suma de \$10'000.000 que el Departamento del Cesar le hizo al contratista el día **27 de mayo de 1999**, es decir, **antes del perfeccionamiento del contrato**, por lo tanto, si la garantía no había sido otorgada por el contratista, no podía el ente contratante, hacer un desembolso a manera de pago anticipado el cual quedaría totalmente desamparado en cuanto a su manejo e inversión. Entonces, tal egreso de \$10'000.000 del patrimonio del Departamento del Cesar, sin duda alguna constituye una irregularidad, por cuanto no le estaba permitido a la Administración llevar a cabo dicha erogación.

Pasa la Sala a determinar si las conductas descritas configuran vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público.

5.5. Vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público.

Las pretensiones de la parte actora -Ministerio Público- van encaminadas a que se rescinda el contrato No. 038-99 y consecuentemente se deje sin efectos el acta de liquidación del mismo. La Sala advierte que la rescisión, cuando se produce como resultado de la nulidad relativa de un contrato, no puede ser solicitada por el Ministerio Público toda vez que sólo facultado legalmente para incoar la nulidad absoluta de los contratos administrativos al tenor de lo dispuesto por el artículo 45 de la ley 80 de 1993.

En este caso, el juez de esta acción popular a quien le corresponde examinar el contrato en cuestión, a la luz del régimen jurídico aplicable y el acervo probatorio obrante en el expediente, para establecer si se presenta de manera evidente una nulidad de carácter absoluto que invalide el contrato y que sea en consecuencia declarada oficiosamente, siempre y cuando la misma comporte vulneración a un derecho colectivo y el asunto no haya sido sometido a estudio de la jurisdicción competente.

En el caso *sub-judice* ya cursa un proceso ante la jurisdicción contenciosa, tal y como lo acredita la certificación remitida por la Secretaría del Tribunal Administrativo del Cesar a este proceso el 1 de julio de 2005, con ocasión de una prueba ordenada por la Sala el 26 de mayo de 2005, en donde se lee:

“En atención a la solicitud de su oficio No. 8221 fechado junio 22 de 2005, de manera atenta me permito remitir copia de archivo, de la demanda de nulidad interpuesta por la Procuraduría General de la Nación, contra el contrato No. 038 de 1999 suscrito por el entonces Gobernador del Cesar, Sr. Lucas Segundo Gnecco Cerchar y Amadeo Tamayo Morón

(...)

El expediente fue enviado para fallo, a la Sala de Descongestión de San Gil (Santander), y hasta la fecha no ha regresado con pronunciamiento de fondo” (fl. 944 c. ppal.)

Las pretensiones consignadas en esa demanda, según aparece en la copia de la misma remitida por ese Tribunal el 1 de julio de 2005 en cumplimiento de la prueba decretada por la Sala, son las siguientes:

“Primera. Se declare la nulidad absoluta del contrato No.038 de 1999, celebrado el 8 de abril de 1999 entre el Departamento del Cesar y el Dr. Amadeo Tamayo Morón y de los contratos aclaratorios Nos. 01 y 02.

Segunda. Como consecuencia de la anterior declaración, en caso de que, en desarrollo del referido contrato, se hubieren efectuado pagos a favor del contratista, de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, pido que se efectúe la correspondiente restitución.

Tercera. Se declare la nulidad del acto contractual de liquidación bilateral del contrato No. 038-99, de fecha 2 de octubre de 2000.

Primera subsidiaria. En caso que no prosperasen las pretensiones primera y segunda, se declare la nulidad parcial del contrato No. 038-99, específicamente de la cláusula tercera, y de sus contratos aclaratorios No. 01 y 02 llevados a efecto el 9 de abril y el 13 de junio de 2000, por medio de la cual se determinó el valor de los honorarios a reconocer.

Segunda subsidiaria. Como consecuencia de la nulidad parcial anterior, pido que se determine judicialmente, de conformidad con las normas legales vigentes que regulan la actividad del ejercicio profesional y con las disposiciones referentes a los precios de referencia de la Contraloría General de la República, el valor de los honorarios que el contratista debe recibir por la gestión realmente desempeñada, que se acreditará en autos.” (fls. 946 a 947 c. ppal.)

En el capítulo ‘Fundamentos de Derecho’ de la demanda la sala encuentra que los cargos que se presentaron en el juicio contractual son los siguientes:

“Primer cargo. Haber incurrido en la causal consagrada en el numeral segundo del artículo 44 de la ley 80 de 1993, en cuanto que no se llevó a cabo el procedimiento de selección del contratista, previsto por el Estatuto Contractual del Estado, vulnerándose con ello, de contera, el principio de transparencia y el deber de selección objetiva.

(...)

Segundo cargo. Haber desconocido el contrato No. 038-99 celebrado entre el Departamento del Cesar y el doctor Amadeo Tamayo Morón los artículos 13 y 32 numeral 3º de la ley 80 de 1993, artículo 1502 del Código Civil, y demás normas concordantes y complementarias, en tanto y en cuanto que dicho negocio jurídico posee un objeto ilícito, por contrariar disposiciones legales imperativas de orden público.

(...)

Tercer Cargo. Haber sido celebrado dicho contrato contra expresa prohibición constitucional o legal (art. 44 núm. 2 ley 80 de 1993)

(...)

Cuarto cargo. Haber desconocido el contrato No. 038-99 el numeral cuarto del artículo 1502 del Código Civil, por estar dotado de una causa ilícita.

(...)

Quinto cargo. Específicamente dirigido en contra del acta de liquidación del contrato:

(...)

1. Tipificación de la causal de nulidad del acto por falsa motivación y por carencia de causa.

(...)

2. Tipificación de la causal de nulidad del acto por falsa motivación y por carencia de objeto de la obligación a cargo del Departamento o del derecho correlativo a favor del contratista.

(...)

Sexto Cargo. Específicamente referido como soporte de las pretensiones subsidiarias. (...)” (fls. 952 a 972 c. ppal.)

Ahora bien, siguiendo la jurisprudencia sentada por la Sala,¹⁰⁶ se evaluará si se encuentra acreditada la vulneración de un derecho colectivo para, en caso afirmativo, tomar las medidas necesarias para su efectiva tutela, sin entrar a revisar la legalidad del mismo.

La inclusión en dicha acta de actividades desplegadas antes del perfeccionamiento del contrato, como base de la liquidación de los honorarios del contratista, constituye prueba indiciaria de la configuración en este caso de DESVIACIÓN DE PODER,¹⁰⁷ pues esta acta de liquidación se aparta del fin a ella señalado en la ley 80 al liquidar partidas económicas que no se generaron como consecuencia del desarrollo del objeto contractual, ya que varias de ellas se reconocieron como consecuencia de actuaciones previas al perfeccionamiento del contrato en estU-

106 *“Como quiera que el contrato materia de esta acción popular actualmente es objeto de una acción contractual ante el juez administrativo en razón de la demanda de nulidad absoluta que en reconvencción formuló la administración, la cual deberá resolverse en los términos del art. 44 y siguientes de la Ley 80 de 1993, se suspenderá su ejecución, hasta tanto se defina su legalidad en este último proceso”*. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2002, Radicación número: AP-52001233100020001059-01, Actor: Jesús Orlando Mejía Yépez, Demandado: Empresa Licorera de Nariño y Otros, Referencia: Acción popular, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

107 Para LAFERRIÈRE “el vicio consistente en desviar un poder legal del fin para el cual fue instituido, haciéndolo servir finalidades para las cuales no está destinado” (LAFERRIÈRE, *Traité de la jurisdiction et le droit administratif*, 2e éd, t. II, Paris, 1896, p. 548 y ss).

Según Prat: “Si bien en un comienzo, vicio de forma y desviación de poder presentan un residuo común con la incompetencia, porque quien no observa o no utiliza debidamente las formas que el orden jurídico impone para emitir sus actos, revela una cierta y particular manera de actuar incompetentemente, al igual que aquel que utiliza sus poderes persiguiendo un fin distinto del que le impone específicamente la ley” (PRAT, Julio A. *La desviación de poder*, 2ª edición actualizada, Montevideo, Ediciones jurídicas, 1976, p. 21).

Al decir de Gordillo: “La desviación de poder siempre fue considerada como límite a la discrecionalidad administrativa, de directa base constitucional y racional (pues si la ley da una atribución determinada a un funcionario, sólo cabe admitir que se la dio para que cumpla con la propia finalidad legal, y no con una finalidad distinta, cualquiera sea su naturaleza) (...) La prosecución encubierta -o peor aún, desembolsada- de fines propios o públicos, distintos de los que resultan de la ley del caso y los antecedentes de hecho que corresponden al acto, constituye así una trasgresión a los límites de la discrecionalidad y un vicio del acto administrativo.” (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte General, tomo I, Buenos Aires, Ed. Macchi, cap. VIII, p. 32 y ss.)

dio, de modo que en este evento el funcionario público hizo uso de sus poderes con un fin distinto¹⁰⁸ de aquel para el cual han sido conferidos.¹⁰⁹

Con la inclusión de estas actividades en un documento llamado por la ley sólo a versar sobre asuntos propios del contrato, la Sala encuentra una flagrante amenaza para la moralidad administrativa y el patrimonio público del Departamento del Cesar, en la medida en que dicho patrimonio no fue manejado de acuerdo con la legislación vigente y con la debida diligencia y cuidado, que se advierte indiciariamente con la inclusión de conceptos que no podían ser incorporados en el acta de liquidación en tanto se trata de actividades anteriores al perfeccionamiento del contrato, actuación que desconoce palmariamente los fines que busca la ley 80 respecto del acto de liquidación, al buscar favorecer los intereses pecuniarios del particular.

Como quiera que con la protección de estos derechos colectivos pretende que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable y que la actuación de la administración se despliegue sin desviación de poder, es a través de esta acción popular que deben tomarse las medidas adecuadas para garantizar dicha protección, medidas orientadas a que cese el peligro y la amenaza sobre los derechos colectivos invocados.

Aparece, entonces claramente la vulneración del mandato constitucional contenido en el art. 209, conforme al cual la función pública está al servicio de los intereses generales y que debe ser ejercida con sujeción al **principio de moralidad** acorde con los fines del estado. Precepto constitucional desarrollado por el artículo 3º de la Ley 489 de 1998, que señala como principios de la función administrativa “*los principios constitucionales, en particular los atinentes a ...moralidad, ...responsabilidad y transparencia*”, lo mismo que por el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, establece que “*las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad*

108 Colombia. Consejo De Estado, Sentencia de 30 de julio de 1959: “Lo que viola el acto dictado con desviación de poder es, en último análisis, el postulado básico del Estado de derecho, que pudiera enunciarse así: el poder público no se justifica sino en función de servicio a la colectividad. De ese postulado se deduce, en primer lugar, que la discrecionalidad con pueden obrar los órganos del poder en ejercicio de sus atribuciones no es jamás ilimitado (...) Esos motivos tienen que ser razones de buen servicio para que impliquen el uso legítimo de la atribución respectiva; ya que ésta se confiere al agente u órgano de la administración sólo para que la ejerza por motivos y para fines de buen funcionamiento del servicio que se le haya confiado, y no por móviles de afecto o desafecto personal, de malevolencia o de favoritismo, en contra o en beneficio de alguien”

109 Vid. JÉZE, Gaston, La jurisprudence du Conseil d'État et le détournement de pouvoir, en Revue de Droit Public, 1944, p. 60

y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa". De modo que, el marco constitucional y legal prohíbe ejercer la función administrativa -dentro de la cual se encuentra la contratación estatal- con violación de dichos principios erigidos como orientadores de la gestión pública.

En tal virtud, la Sala se limitará a adoptar la medida de suspensión del acta de liquidación.

Esta providencia se limitó, pues, a evaluar jurídicamente inclusión en el acta de liquidación de actividades previas al perfeccionamiento del contrato, uso desviado del poder que por sí solo constituye amenaza de los derechos colectivos invocados. Esta circunstancia relevó a la Sala de entrar en el estudio de los otros problemas jurídicos planteados, como son los relativos a la ejecución legal del contrato y a las incidencias propias de la validez del contrato, asuntos que son del resorte de la acción contractual impetrada. Con ello se avala en sede jurisdiccional la orden ya proferida por la Procuraduría General de la Nación en ese sentido. La solución definitiva y de fondo correrá, pues, por cuenta del juez natural del contrato.

En mérito de lo expuesto, **EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA:

REVÓCASE el fallo impugnado y en su lugar se dispone:

1º. **NIÉGANSE** las excepciones propuestas por el demandado

2º. **AMPÁRANSE** los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, vulnerados con el acta de liquidación del contrato No. 038 de 2 de octubre de 1999, suscrita por Lucas Segundo Gnecco Cerchar, entonces Gobernador del Departamento del Cesar, y **AMADEO TAMAYO MORÓN**, el 2 de octubre de 2000.

3º. **ORDÉNASE** la suspensión del acta de liquidación bilateral del contrato administrativo No. 038 de 1999, suscrita por las partes el 2 de octubre de 2000.

4º. **FIJASE** como incentivo económico a favor del Fondo de Defensa de Intereses Colectivos y a cargo del demandado Amadeo Tamayo Morón y del repre-

sentante legal del Departamento del Cesar de la época, Lucas Gnecco Cerchar en forma solidaria, la suma de 10 salarios mínimos mensuales.

5º. Por secretaria envíese copia de este fallo al registro público de acciones populares y de grupo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO

Presidenta

MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA